

# 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)

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

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 1 – 39

- 1 | „Sexualisierte Gewalt“ statt „Sexueller Missbrauch“?  
*von Engin Turhan, LL.M. (Istanbul)*
- 10 | „I’m not sure this is rape, but...“ – Zur Strafbarkeit von „Stealthing“  
*von Ass. iur. Johannes Makepeace*
- 16 | Alternativansätze zur Senkung überlanger Verweildauern im  
Maßregelvollzug gemäß § 63 StGB  
*von Dr. Jan Querengässer und Prof. Dr. Boris Schiffer*
- 25 | Gesetzentwurf zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenz-  
technik im Strafvollstreckungsverfahren  
*von StAin Hedda Appuhn, LL.B.*
- 31 | Fünf Jahre Anti-Doping-Gesetz: Ausgewählte Rechtsprobleme  
*von Dr. Carsten Kusche*

### ENTSCHEIDUNGEN | 40 – 58

- 40 | Vorratsdatenspeicherung 3.0 – Allgemeine und unterschiedslose  
Vorratsdatenspeicherung ohne Anlass unzulässig  
*EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-511/18, C-512/18 und C-520/18*

### BUCHBESPRECHUNGEN | 59 – 63

- 59 | *Davina Theresa Stisser: Die Sicherungsverwahrung – de lege lata et  
de lege ferenda*  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*
- 61 | *Corinna Götze: Durchbrechung der ärztlichen und psycho-  
therapeutischen Schweigepflicht*  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

### TAGUNGSBERICHTE | 64 – 78

- 64 | Erlanger Cyber<sup>2</sup> Crime Tag 2020: IT-Forensik und Strafprozessrecht  
*von Dr. Christian Rückert und Wiss. Mit. Marlene Wüst*
- 76 | Triage – Pflichtenkollision beim Lebensschutz  
*von Oliver Michaelis, LL.M., LL.M. und Dr. Angela Michaelis*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## „Sexualisierte Gewalt“ statt „Sexueller Missbrauch“? Zur Begriffswahl für §§ 176 bis 176b StGB und zur Einordnung der Zwangsmittel in die Missbrauchstatbestände

von Engin Turhan, LL.M. (Istanbul)\*

### Abstract

Eines der aktuellen Themen des Bundestages ist, wie in den letzten Jahren üblich, die Veränderung von einigen Vorschriften im 13. Abschnitt des StGB. Vergleichbar mit der "Nein heißt Nein!"-Änderung des § 177 StGB und der Einfügung des § 184i StGB von 2016 erkannte der Staat die Reaktionen der Gesellschaft an. Dieses Mal ist hauptsächlich eine Änderung im Rahmen des sexuellen Missbrauchs von Kindern geplant, die auch die Überschriften der aktuellen §§ 176 bis 176b StGB betrifft. Damit wird beabsichtigt, den „bagatellisierten“ Missbrauchsbegriff aufzugeben, und eine neue Überschrift zu fassen: „Sexualisierte Gewalt gegen Kinder“. Wie äquivalent ist jedoch der im Gesetzentwurf vorgeschlagene Begriff der "sexualisierte[n] Gewalt" – vom Besonderen zum Allgemeinen – zum § 176 StGB, zu den anderen Missbrauchstatbeständen, der Systematik des 13. Abschnitts des StGB und dem "Gewaltbegriff" im Rahmen des bisherigen herrschenden Verständnisses im Strafrecht? Sollten Gewalt und andere Zwangsmittel in die Vorschriften des sexuellen Missbrauchs eingebunden sein? Gibt es in diesem Sinne einen Mangel in den Vorschriften und wie könnte dieser behoben werden? Das sind die Fragen, die im Folgenden beantwortet werden.

*One of the issues on the Bundestag's agenda right now, as it has been common in recent years, is the change in the regulations on sexual crimes. Comparable with the "No means no!"-change in 2016 or the inclusion of the Art. 184i in the German Criminal Code (StGB), the state has paid attention to the reactions in the community. This time, a change is planned mainly within the regulation on the crime of child sexual abuse which concerns the titles of the current Art. 176 to 176b StGB. The intention is to*

*give up the "trivialized" term of abuse and to have a new title: "Sexualized Violence of Children". How equivalent, however, is the proposed new term "sexualized violence" – from the specific to the general – to the Art. 176 StGB, to the other regulations on sexual abuse, the systematic of the Section 13 of the StGB and the "term of violence" due to the current understanding in criminal law? Should violence and other means of coercion be included in the regulations of sexual abuse? Is there a lack in the regulations in this sense and how could this be remedied? These are the questions that will be answered in this article.*

### I. Problemstellung

In letzter Zeit wurde in den Medien über zahlreiche Fälle sexuellen Missbrauchs berichtet. Es herrschte große mediale Aufmerksamkeit, die zu wachsender Empörung der Öffentlichkeit führte.<sup>1</sup> Rasch wurde vom Gesetzgeber verlangt, den sexuellen Missbrauch von Kindern neu zu regeln, insbesondere die Strafrahmen anzuheben. Nach kurzer Zeit fand diese Forderung den Zuspruch mehrerer politischer Parteien und auch der Bundesregierung,<sup>2</sup> die am 1.7.2020 im Rahmen des „Reformpakets zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder“ einen Gesetzentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz veröffentlichte.<sup>3</sup> Dieser Entwurf wurde am 21.10.2020 von der Bundesregierung beschlossen<sup>4</sup> und am 27.10.2020 von den Fraktionen CDU/CSU und SPD übernommen.<sup>5</sup> Es folgte eine öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz am 7.12.2020, zu der mehrere Sachverständige eingeladen wurden. Bei ihnen stieß der Entwurf, einschließlich der

\* Engin Turhan ist Doktorand und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinrecht von Prof. Dr. Henning Rosenau und zugelassener Rechtsanwalt an der Anwaltskammer Istanbul. Der Verfasser dankt seinen Kollegen Samuel Rehberger, Henning Lorenz und Felix Flaig für die sorgfältige sprachliche Korrektur.

<sup>1</sup> Zum direkten Einfluss der Medien auf den politischen Prozess bis zur Veröffentlichung des Gesetzentwurfs siehe die fünfte Staffel der Dokumentarserie „BILD.Macht.Deutschland?“ auf Amazon Prime Video. Siehe auch die Nachricht von der Tagesschau v. 7.6.2020, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/regional/nordrhein-westfalen/kindesmissbrauch-muenster-101.html> (zuletzt abgerufen am 10.10.2020).

<sup>2</sup> Siehe z.B. die Nachricht vom Spiegel-Online v. 11.6.2020, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/politik/nach-dem-fall-in-muenster-justizministerin-doch-fuer-haertere-straefen-bei-kindesmissbrauch/25908084.html> (zuletzt abgerufen 10.10.2020).

<sup>3</sup> Siehe das „Reformpaket zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder“ v. 1.7.2020, abrufbar unter: [https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/010720\\_Reformpaket\\_Missbrauch.pdf](https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/010720_Reformpaket_Missbrauch.pdf) (zuletzt abgerufen am 24.9.2020).

<sup>4</sup> Siehe die Pressemitteilung des BMJV, abrufbar unter [https://www.bmju.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/10/2120\\_RegE\\_Bekaempfung\\_sexualisierte\\_Gewalt\\_gegen\\_Kinder.html](https://www.bmju.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/10/2120_RegE_Bekaempfung_sexualisierte_Gewalt_gegen_Kinder.html) (zuletzt abgerufen am 21.10.2020).

<sup>5</sup> Siehe den zum RegE gleichlautenden Entwurf, BT-Drs. 19/23707.

Änderung der Terminologie, größtenteils auf Widerstand.<sup>6</sup>

Der Entwurf sieht als wichtigste Neuerungen 1. die Aufspaltung des aktuellen § 176 StGB in drei Paragraphen (§ 176 bis § 176b StGB-E), 2. die Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit von § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB (bei irriger Annahme, dass die eigentlich erwachsene Person, auf die eingewirkt wurde, ein Kind war – § 176a Abs. 3 StGB-E),<sup>7</sup> 3. die Streichung des § 176 Abs. 3 StGB zu besonders schweren Fällen, 4. die Annahme des geringen Altersunterschieds als Grund für Absehen von Strafe<sup>8</sup> (§ 176 Abs. 2 StGB-E) und 5. die Anhebung der Strafrahmen vor.<sup>9</sup> Darüber hinaus ist die Änderung des Tatbestandes der Kinderpornographie sowie einiger Regelungen der StPO, des GVG und des BZRG vorgesehen.<sup>10</sup>

Wengleich inhaltlich für die §§ 176-176b StGB keine grundsätzlichen Veränderungen geplant sind, lässt sich mit Blick auf die sprachlichen Änderungen, die der Gesetzentwurf vorsieht, etwas anderes vermuten. Denn der neue Entwurf verzichtet gänzlich auf den Begriff des „sexuellen Missbrauchs“ und beabsichtigt die Neueinführung des Begriffs der „sexualisierten Gewalt“. Der Entwurf greift somit die schon seit einiger Zeit bestehende Kritik auf, beim Begriff des „Missbrauchs“ handele es sich um eine Fehlbezeichnung, da dieser suggerieren würde, es gäbe neben verbotenem *Missbrauch* auch einen legalen *Gebrauch* von Kindern,<sup>11</sup> was den eigentlichen Unrechtsgehalt der Taten bagatellisiere.<sup>12</sup> Die Wahl des Begriffs der sexualisierten Gewalt hingegen sei eindeutiger und bilde das Unrecht der Tat besser ab – so jedenfalls der Gedanke aus dem BMJV.<sup>13</sup>

Vor diesem Hintergrund soll der Beitrag das Für und Wider um die sprachliche und begriffliche Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit des Entwurfs beleuchten. Die Bedeutung dieses – auf den ersten Blick unscheinbar wirkenden Aspekts – liegt darin, dass hieran beispielhaft gezeigt werden kann, wie sprachliche Veränderung zur Verwässerung rechtlicher Begriffe, zur Inkohärenz zwischen Gesetzesüberschrift und Norminhalt sowie Problemen bei der Normauslegung führen kann.<sup>14</sup>

Ergänzend dazu wird der Gesetzentwurf als Gelegenheit genutzt, den Standort von Gewalt und anderen willensbeugenden/-brechenden Merkmalen in §§ 176, 176a StGB zu hinterfragen. Es erfolgt ein Rechtsvergleich mit dem türkischen StGB und ein Vorschlag zur Implementierung dieser Merkmale *de lege ferenda*.

## II. Formulierung der Überschrift und Begriffswahl

### 1. Wörtliche Geeignetheit der Verwendung der Präposition „gegen“ in der Überschrift

Bereits die im Entwurf gewählte Verwendung der Präposition (Sexualisierte Gewalt) *gegen* (Kinder), in der Überschrift, wird dem Norminhalt des § 176 StGB nicht gerecht und ist daher unpassend und z.T. irreführend. In der Überschrift sollte quasi „die Richtung der sexuellen Handlung“ nicht vorgeschrieben werden. Denn mit dieser Formulierung werden in erster Linie Handlungen des Täters *am* Kind, nicht jedoch Handlungen *vom* Kind selbst assoziiert. Gerade letztere Handlungen werden indes von § 176 StGB umfasst, weil die Vorschrift auch von einem

<sup>6</sup> Die Sachverständigen äußerten sich in der Anhörung kritisch gegenüber der Begriffsänderung im Entwurf. Die Stellungnahmen sind abrufbar unter: [https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06\\_Recht/anhoerungen?url=L2F1c3NjaHVlc3NIL2EwNi9SZWNodC9hbmhvdXZlJ1bmdlb9hcmNoaXYvODAsMDE4LTgwOTAxOA==&mod=mod559522](https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoerungen?url=L2F1c3NjaHVlc3NIL2EwNi9SZWNodC9hbmhvdXZlJ1bmdlb9hcmNoaXYvODAsMDE4LTgwOTAxOA==&mod=mod559522) (zuletzt angerufen am 5.1.2021).

<sup>7</sup> Hörnle, ZIS 2020, 440 (444). Vgl. Die Mitteilung des BMJV (siehe Fn. 4), S. 2 Nr. 5.

<sup>8</sup> Das sieht wie eine Mischung der vorgebrachten Gedanken in der Reformkommission zum Sexualstrafrecht 2017 aus. Siehe dazu die Optionen cc), dd) und ee) im Abschlussbericht Reformkommission Sexualstrafrecht v. 19.7.2017, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Studien/Untersuchungen-Fachbuecher/Abschlussbericht\\_Reformkommission\\_Sexualstrafrecht.pdf](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Studien/Untersuchungen-Fachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf), S. 121 (zuletzt abgerufen am 8.10.2020).

<sup>9</sup> Selbst die Straferhöhungen bringen Inkonsistenzen mit, insbesondere bzgl. der Anpassung der Strafrahmen zu den Handlungen im § 176 Abs. 5 StGB (Anbieten oder Nachweisen eines Kindes oder dazu Verabreden) an die Strafrahmen des Grundtatbestandes. Die Handlungen stellen einen Versuch zur Beihilfe bei einer späteren Tat dar und sollen ebenso wie nach dem Grundtatbestand bestraft werden. So wird eine Person, die ein Kind für eine sexuelle Handlung nachzuweisen verspricht, ebenso bestraft, wie eine Person, die mit einem Kind sexuellen Kontakt hat, auch wenn erstere das Kind tatsächlich nie nachweist. Ohnehin wird die Regelung des § 176 Abs. 5 StGB zu Recht schon kritisiert, weil dies die Strafbarkeit zu weit vorverlagert und steht zu dem allgemeinen Teil (§ 30 StGB) im Widerspruch, nach dem diese Art von Versuch (zur Beihilfe) strafflos bleiben soll. Siehe dazu Eisele, in: Schöнке/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 176 Rn. 19, 21; Renczkowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 176 Rn. 57. *Je härter die Strafen desto höher die Abschreckung* ist keine gelungene Formel. Hierzu ist eine intensivere Verfolgung effektiver. Siehe dazu Kreuzer, KriPoZ 2020, 263 (265). Siehe auch den Antrag einigen Abgeordneten und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 27.10.2020, BT-Drs. 19/23676.

<sup>10</sup> Siehe dazu die Zusammenfassung der KriPoZ, abrufbar unter: <https://kripoz.de/2020/08/31/gesetz-zur-bekaempfung-sexualisierter-gewalt-gegen-kinder> (zuletzt angerufen am 21.10.2020).

<sup>11</sup> Reformpaket (Fn. 3), S. 1.

<sup>12</sup> Siehe dazu der „Referentenentwurf zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder“ v. 21.10.2020, S. 24, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Bekaempfung\\_sex\\_Gewalt\\_Kinder.pdf](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Bekaempfung_sex_Gewalt_Kinder.pdf) (zuletzt abgerufen am 21.10.2020).

<sup>13</sup> Siehe dazu die Pressemitteilung der Bundesjustizministerin v. 1.7.2020, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/070120\\_Bekaempfung\\_Gewalt\\_Kinder.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/070120_Bekaempfung_Gewalt_Kinder.html) (zuletzt abgerufen am 24.9.2020). Der Bundesrat positioniert sich hingegen in seiner Stellungnahme vom 27.11.2020 eindeutig gegen die Begriffsänderung aufgrund schlüssiger Argumente, BR-Drs. 634/20 (Beschluss).

<sup>14</sup> Siehe dazu den Hinweis auf Inkohärenz im Referentenentwurf in der Stellungnahme von Kreuzer v. 1.9.2020, S. 2, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/10/Stellungnahme\\_kreuzer\\_RefE\\_Sex\\_Gewalt.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/10/Stellungnahme_kreuzer_RefE_Sex_Gewalt.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.10.2020).

Kind am Täter *vorgenommene* Handlungen einschließt (bspw. „oder an sich von dem Kind vornehmen lässt“).

Zwar ist in der Literatur umstritten, wie Handlungen aus Eigeninitiative des Kindes zu bewerten sind. Unabhängig davon, ob man in dieser Frage das Ermunterungskriterium von Hörnle,<sup>15</sup> das Initiativenbestärkungskriterium von Eisele<sup>16</sup> oder die „weniger als Bestimmen, mehr als reine Duldung“-Formel<sup>17</sup> zu Grunde legt, kommen alle genannten Auffassungen entweder über die Annahme eines Vornehmens i.S.d. § 176 Abs. 1 Alt. 1 StGB oder eines An-sich-vornehmen-Lassens i.S.d. § 176 Abs. 1 Alt. 2 StGB zur Strafbarkeit des Täters, zumindest bei denjenigen Handlungen, bei denen der Täter nicht lediglich passiv bleibt, sondern sich über die reine Duldung hinausgehend verhält.<sup>18</sup> Denn § 176 Abs. 1 Var. 2 StGB stellt nach herrschender Meinung kein echtes Unterlassungsdelikt dar.<sup>19</sup> Nach einer entgegengesetzten Ansicht sollte es in Bezug auf die interne Konsistenz der Vorschrift anders gedeutet werden. Diese Ansicht wird hauptsächlich anhand des Vergleichs mit § 176 Abs. 2 Alt. 2 StGB („ein Kind dazu bestimm[en], daß es sexuelle Handlungen [...] von einem Dritten an sich vornehmen lässt“) schlüssig begründet, dort könne nicht vorausgesetzt sein, dass das Kind zum über die reine Duldung hinausgehenden Verhalten gegenüber des Dritten bestimmt wurde und Bestimmen zur reinen Duldung für die Strafbarkeit nicht ausreichend ist.<sup>20</sup> Das heißt, dass die Formulierung von „an sich vornehmen lassen“ sogar ein echtes Unterlassungsdelikt beschreibt und die reine Duldung sowohl des Täters i.S.d. § 176 Abs. 1 Alt. 2 StGB als auch des Kindes i.S.d. § 176 Abs. 2 Alt. 2 StGB zur Strafbarkeit führen soll. Aufgrund dieser Auslegung weicht die entworfene Bezeichnung vom Norminhalt mehr ab, weil der Täter richtigerweise gar nicht handeln, geschweige denn *gegen* das Kind aktiv werden muss.

Abgesehen davon umfasst die Vorschrift außerdem vom Kind an einem Dritten ausgerichtete Handlungen durch *Bestimmen* i.S.d. § 176 Abs. 2, Abs. 4 Nr. 3 StGB, *Einwirkungen*, bei denen es nicht zu einer sexuellen Handlung kommt, i.S.d. § 176 Abs. 4 Nr. 3, 4 StGB sowie das *Anbieten/Versprechen/sich-Verabreden* i.S.d. § 176 Abs. 5 StGB. Obwohl im Entwurf die Aufspaltung des § 176 StGB vorgesehen wird, bleibt die Formulierung all dieser Tathandlungen unverändert. Diese Begehungsweise als sexualisierte Gewalt gegen Kinder zu bezeichnen, wäre *praeter legem*.

Freilich soll es eine bewusste Entscheidung der Bundesregierung sein, die Vorschrift zwar mit der Präposition *gegen* zu überschreiben, im Einzelnen dennoch an den bisherigen Ausgestaltungen der Norm festzuhalten und die Handlungen differenzierend zu beschreiben („an“/“an sich“/“vor“). Der Norminhalt und die entworfene Normüberschrift passen hierdurch jedoch nicht zusammen. Diese Unstimmigkeit würde einen gesetzgebungstechnischen Defekt bedeuten und zudem entsteht infolgedessen die Gefahr, dass der Tatbestand restriktiv ausgelegt werden könnte. Dies gilt für alle Handlungen, die nicht als *gegen* ein Kind vorgenommene sexuelle Handlung bzw. angewendete sexualisierte Gewalt bezeichnet werden können; würde vor allem die oben erklärte Deutung von „an-sich-vornehmen-lassen“ i.S.v. § 176 Abs. 1 Var. 2 StGB aber auch von „zu-sexuellen-Handlungen-bestimmen“ i.S.d. § 176 Abs. 2 Var. 1 StGB betreffen, da der Dritte weder an vom Kind vorgenommenen sexuellen Handlungen mitwirken, noch sie wahrnehmen soll.<sup>21</sup> Gleichwohl würde der schon heute strittige Umfang von § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB restriktiv beeinflusst werden.<sup>22</sup> Die Vermutung liegt nahe, dass die Wahl der Überschrift eine Reflexion derjenigen besonders extremen Fälle (wie der Münster-Fall<sup>23</sup>) darstellt, in denen ein Erwachsener am Körper eines Minderjährigen aktiv sexuelle Handlungen vornimmt.<sup>24</sup> Die Wahl von Gesetzesüberschriften sollte jedoch weniger reflexartiges Handeln auf in der Öffentlichkeit besonders diskutierten Einzelfällen, als den eigentlichen Norminhalt widerspiegeln. Es könnte zudem durch die Überschrift der Eindruck entstehen, dass diejenigen tatbestandlichen Konstellationen, die sprachlich nicht unter den neuen Begriff der „sexualisierten Gewalt“ passen, hinter den sprachlich erfassten im Unrechtsgehalt zurückbleiben. Die zu befürchtende Bagatellisierung wird dem eigentlichen Unrecht dieser, zuvor zutreffend unter der Überschrift des sexuellen Missbrauchs eingestuftem Fällen, nicht gerecht.

## 2. Begriffserklärung

### a) Sexueller Missbrauch

Die Kritik gegen den Begriff des sexuellen Missbrauchs besteht darin, dass er nicht dazu in der Lage sei, die Schwere der dem Tatbestand unterfallenden Taten vermitteln zu können. Zudem werde durch die Überschrift der Eindruck erweckt ein Kind könne sexuell auch rechtmäßig „gebraucht“ werden.<sup>25</sup> Diese Interpretation verkennt jedoch die dem Begriff innewohnende Bedeutungstiefe<sup>26</sup>

<sup>15</sup> Hörnle, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2010), § 176 Rn. 11.

<sup>16</sup> Der Täter muss auf das Kind, über eine rein passive Duldung hinausgehend, einwirken, siehe Eisele, in: Schönlke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 4, § 184h Rn. 19.

<sup>17</sup> Ziegler, in: BeckOK-StGB, 46. Ed. (Stand: 1.8.2020), § 176 Rn. 13. Siehe Wolters in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. (2017), § 176 Rn. 5.

<sup>18</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 29; Eisele, in: Schönlke/Schröder, StGB, § 176 Rn. 4.

<sup>19</sup> Siehe dazu Brockmann, Anmerkung BGH, Urt. v. 9.7.2014 – 2 StR 13/14 (LG Aachen), JZ 2015, 152 (155).

<sup>20</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 32.

<sup>21</sup> Ferner dazu s. Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 39 f.

<sup>22</sup> Siehe z.B. die Nachricht in der Zeit v. 7.7.2020, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/gesellschaft/2020-06/missbrauchsfaelle-muenster-kindesmissbrauch-taeter-opfer-faq> (zuletzt abgerufen am 25.9.2020).

<sup>24</sup> Ähnliche Sichtweise Kreuzer, StV 2020 (Editorial); Hörnle, Stellungnahme, S. 4 (siehe Fn. 6).

<sup>25</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 176 Rn. 2; DRB, Stellungnahme Nr. 9/20, S. 2; BKSf, Stellungnahme, S. 8 (siehe Fn. 6). Dieser Gedanke wurde bereits in der Reformkommission Sexualstrafrecht geäußert. Siehe dazu den Abschlussbericht Reformkommission Sexualstrafrecht (Fn. 8), S. 245.

<sup>26</sup> Auf internationaler Ebene wird sexueller Missbrauch als nur eine Form des Missbrauchs angesehen. Daneben existieren andere Formen wie physischer Missbrauch, emotionaler Missbrauch und Vernachlässigung. Siehe 3. Kapitel zur sexuellen Gewalt des Weltberichts über Gewalt und Gesundheit der WHO, S. 59 f., abrufbar unter: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/global\\_campaign/en/chap3.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/global_campaign/en/chap3.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.10.2020).

und das hinter ihm stehende Konzept. Es kann aufgezeigt werden, dass die ihm vorgehaltene Unterbewertung, Missinterpretation oder Bagatellisierung unzutreffend ist.<sup>27</sup>

Vergleicht man den Begriff des Missbrauchs mit seinen möglichen englischen Äquivalenten „misuse“ und „abuse“, weist „abuse“ im Gegensatz zu „misuse“ ein vom Vorsatz des „users“ umfasstes moralisches Defizit auf.<sup>28</sup> Es ist klar, wie das deutsche Wort entstand: dem Wort (ge)brauchen wird das Präfix miss- vorgesetzt, das „eine negative Bedeutung i.S.v. schlecht oder unzulänglich hat“.<sup>29</sup> Dementsprechend schafft das Präfix miss- bei einzelnen Worten eine bloße Negativierung, so kann beispielsweise mit „missdeuten“ ein *fahrlässiges* falsches bzw. fehlerhaftes Deuten gemeint sein. Bei Missbrauch ist dies anders. Ebenso wie bei „abuse“, wird im allgemeinen Sprachgebrauch unter „missbrauchen“ verstanden, dass der Missbrauchende sich der Falschheit seiner Handlung bewusst ist. Über die bloße Negativität hinausgehend deutet es zudem auf eine Unangemessenheit oder ein negativ ausfallendes moralisches Werturteil hin, was auch dem englischen Begriff (abuse) entspricht.<sup>30</sup> Überdies ist in Wörterbüchern beider Sprachen auch der mögliche sexuelle Bezug des Wortes anerkannt.<sup>31</sup> Missbrauch kann im allgemeinen Sprachgebrauch somit sehr wohl in einer Weise verstanden werden, die den unterfallenden Taten gerecht wird.

Selbst wenn der Begriff des sexuellen Missbrauchs umbenannt würde in „*Gebrauch* von Kindern“, würde dies keinen legalen Gebrauch suggerieren, sondern eine negative Assoziation hervorrufen, da ein Mensch mit freiem Willen niemals einseitig zum Gebrauchsobjekt gemacht werden kann. Im Kontext mit Menschen ist also schon der Wortstamm (ge)brauchen negativ konnotiert. Durch das negative Präfix (*miss-*) wird diese negative Bedeutung noch verstärkt. Sexueller Missbrauch bzw. Gebrauch kann somit niemals als sexuelle Handlung zwischen zwei freiverantwortlichen Menschen verstanden werden. Von Natur aus neigen konzeptualisierte Wörter zum Bedeutungswandel. Es ist möglich und durchaus üblich, dass ein Wort seine alltägliche Bedeutung beibehält, zugleich aber auch als *terminus technicus* eines Fachgebiets fungiert. Auch und gerade im Strafrecht ist dies keine Seltenheit: Konkurrenz bedeutet ebenso wenig echten Wettbewerb, wie von tatsächlich gewaschenem Geld bei der Geldwäsche gesprochen wird.

Missbrauch beruht grundsätzlich auf Relativität, konkreter formuliert auf einer relativen Unterlegenheit einer Person gegenüber einer anderen (d.h. auch die relative Überlegenheit der anderen Person). Beispielsweise wird eine Handlung zwischen zwei Erwachsenen gemäß § 177 StGB oder § 184i StGB behandelt.<sup>32</sup> Daher zielen die gesetzlichen Regelungen, in denen von sexuellem Missbrauch gesprochen wird, ohnehin nicht auf den Missbrauch einer Person ab, sondern auf den Missbrauch einer Lage oder Situation, in welcher eine Person einer anderen unterlegen und die andere dieser Person entsprechend überlegen ist.<sup>33</sup> Mit anderen Worten mangelt es unterlegenen Personen an der Fähigkeit, gegenüber der überlegenen Person einen vollständigen und selbstbestimmten Willen zu bilden, diesen zu äußern oder zu verwirklichen. Auch einer faktischen Einwilligung kommt daher keine rechtfertigende Wirkung zu. Im Gesetz findet diese Betrachtungsweise Ausdruck in § 182 Abs. 1 StGB, der durch die Formulierung „*Missbrauch* eines Jugendlichen *unter Ausnutzung* einer *Zwangslage*“ klarstellt, dass nicht der Jugendliche selbst zum *Missbrauchsgegenstand* abgewertet wird, sondern der Missbrauch im Ausnutzen der Lage besteht.

Der Begriff des sexuellen Missbrauchs unterliegt vor diesem Hintergrund einem der Metonymie ähnlichen Bedeutungswandel. Als rhetorische Stilfigur wird bei dieser der eigentliche Ausdruck durch einen anderen, nahestehenden ersetzt, bspw. wird *Goethe* gelesen oder ein Glas getrunken, ohne dass beides im eigentlichen Wortsinn möglich wäre. Die Parallelität besteht beim sexuellen Missbrauch in sprachlicher Hinsicht, soweit von Missbrauch einer Person gesprochen wird, obwohl der Missbrauch nicht im Missbrauch der Person, sondern im Missbrauch der jeweiligen Lage oder Situation (bspw. Minderjährigkeit, Abhängigkeit, Hilfsbedürftigkeit usw.) besteht.<sup>34</sup>

Dieses Konzept des Missbrauchs liegt allen Missbrauchsdelikten zu Grunde. Dabei variiert je nach Tatbestand, worin im Einzelnen die Überlegenheit des Täters bzw. Unterlegenheit des Opfers besteht. §§ 174, 176 und 182 StGB stellen primär auf die Minderjährigkeit des Opfers ab. § 176 StGB ist Ausdruck dessen, dass bei Personen unter 14 Jahren von mangelnder Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ausgegangen wird, m.a.W. folgt aus dem Alter eine mangelnde Willensbildungs- und Willensäußerungsfähigkeit des Kindes in Bezug auf sexuelle

<sup>27</sup> Ähnlich Hörnle, ZIS 2020, 440 (445); Renzikowski, KriPoZ 2020, 308 (309).

<sup>28</sup> Teilweise wird der Begriff noch konkreter („grausame, gewalttätige oder unfaire Behandlung“) definiert. Siehe dazu Online Cambridge Dictionary, abrufbar unter: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/abuse> (zuletzt abgerufen am 9.10.2020).

<sup>29</sup> <https://dict.leo.org/grammatik/deutsch/Wortbildungsregeln/Derivation/To-A/Praefixe/miss.html> (zuletzt abgerufen am 11.10.2020).

<sup>30</sup> Siehe die Definition („etw. [absichtlich] falsch, in übertriebenem Maße oder unerlaubt gebrauchen“) im DWDS, abrufbar unter: <https://www.dwds.de/wb/missbrauchen> (zuletzt abgerufen am 15.10.2020).

<sup>31</sup> <https://www.duden.de/rechtschreibung/missbrauchen> (zuletzt abgerufen am 9.10.2020).

<sup>32</sup> Es sei denn, eine von den Beteiligten beispielsweise ein Gefangener und der andere ein Vollzugsbeamter ist.

<sup>33</sup> Ähnlich DAV, Stellungnahme Nr.: 60/2020, S. 6 (siehe Fn. 6). Nach der Auffassung Hörnles, ZIS 2020, 440 (445) wird beim Missbrauch das Abhängigkeitsverhältnis und die Unterlegenheit des Kindes (Stellungnahme, S. 4 [Fn. 6]) missbraucht bzw. ausgenutzt. Der Entwurf zum Absehen von Strafe im Falle eines geringen Unterschiedes „sowohl im Alter als auch im Entwicklungsstand oder Reifegrad“ diene sogar dem Missbrauch zugrunde liegenden Gedanken. Der entsprechende Entwurf in § 176 Abs. 2 StGB-E: „In den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 kann das Gericht von Strafe nach dieser Vorschrift absehen, wenn zwischen Täter und Kind die sexuelle Handlung einvernehmlich erfolgt und 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.“

<sup>34</sup> Ähnlich Fischer, ZIS 2015, 312 (316). Nach der Auffassung Hörnles ist „sexueller Missbrauch eine Kurzformel von Missbrauch von Abhängigkeit und Unterlegenheit für sexuelle Zwecke“, siehe Stellungnahme, S. 4 (Fn. 6).

Handlungen. § 182 Abs. 3 StGB stellt zusätzlich zum Alter des Opfers auf den Altersunterschied der Personen ab, während in § 182 Abs. 1 StGB eine Zwangslage und in § 174 StGB ein Abhängigkeitsverhältnis maßgebend ist. Darüber hinaus besteht auch die Möglichkeit, auf das Verhältnis zwischen Täter und Opfer abzustellen, wodurch auch Erwachsene zu Missbrauchsopfern werden können, etwa in §§ 174a-174c StGB. Schließlich muss auch betont werden, dass es in jeder Hinsicht unzutreffend wäre, lediglich die Überschrift eines der zu diesem Konzept gehörenden Tatbestände zu ändern.<sup>35</sup>

Weiterhin betont auch die WHO im Rahmen ihrer Erläuterung zum Begriff „abuse“ das geringe Entwicklungsniveau und die fehlende Fähigkeit des Kindes, sexuelle Handlungen nachvollziehen zu können und in diese einzuwilligen. Im Originaltext wird ausgeführt: „*Child sexual abuse is evidenced by this activity between a child and an adult or another child who by age or development is in a relationship of responsibility, trust or power, the activity being intended.*“<sup>36</sup> Auch eine von der Interagency Working Group (IWG)<sup>37</sup> durchgeführte Studie kommt zu dem Ergebnis, der Begriff des „abuse“ sei hinreichend klar und stifte keine Verwirrung.<sup>38</sup> Nach Ansicht in der Psychologie schließlich wird beim sexuellen Missbrauch ein Kind von einem Erwachsenen ausgenutzt, um sexuelle Handlungen vorzunehmen,<sup>39</sup> oder durch Täuschung, Zwang oder Bedrohung zu sexuellen Handlungen gebracht.<sup>40</sup> Diese Definitionen sind zu weit gefasst, um sie bei der Auslegung von Strafnormen heranzuziehen. Dennoch leuchtet dieses außerrechtliche Begriffsverständnis hinsichtlich der Reichweite und Klarheit des Begriffes ein und bestätigt die hier vertretene Sichtweise.<sup>41</sup>

Als Zwischenfazit bleibt festzuhalten, dass den Tatbeständen der sexuellen Missbrauchsdelikte ein einheitliches Konzept zugrunde gelegt werden kann. Die beschriebenen

Situationen oder Lagen erleichtern regelmäßig<sup>42</sup> die Tatbegehung. In diesem Kontext ist der Begriff des Missbrauchs sprachlich adäquat.

#### b) Sexualisierte Gewalt

Gewalt ist ein dem Strafrecht vertrauter Begriff, der auch dem Sexualstrafrecht als Bestandteil des § 177 StGB (wenn auch nicht mehr im Grundtatbestand) nicht fremd ist.<sup>43</sup> Sie setzt „körperlich wirkenden Zwang“ voraus (gleichwohl die Diskussion um dessen Reichweite kein Ende nimmt).<sup>44</sup> Seelische, sich körperlich nicht manifestierende, Zwangswirkungen reichen hingegen *nicht* aus.<sup>45</sup> Es ist nicht Aufgabe des Strafrechts, auf alle denkbaren Arten und Definitionsweisen von Gewalt zu reagieren. Die Funktion des Strafrechts als *ultima ratio* gebietet vielmehr ein Eingreifen als letztes Mittel. Die Aufweichung der Bestimmtheit und Grenzen von Begriffen birgt hingegen die Gefahr strafrechtlicher Sanktionierung *prima ratio*.<sup>46</sup>

Jedoch will der Gesetzentwurf in seiner Verwendung keine Abkehr vom bisherigen Inhalt sehen: „*Dabei ist mit der Änderung der Begrifflichkeit aber keine Inhaltsänderung verbunden. Es bleibt dabei, dass es für die Tatbestandsverwirklichung nicht auf die Anwendung von Gewalt oder auf Drohung mit Gewalt ankommt.*“<sup>47</sup> Der Entwurf will unter den Gewaltbegriff demnach auch passiv bleibende Verhaltensweisen, Herabsetzungen oder Demütigungen fassen, die eigentlich unter den Oberbegriff des Missbrauchs fallen.<sup>48</sup>

Die Änderung einer Überschrift sollte bestenfalls mit einer Präzisierung einhergehen. Die verwendeten Begriffe sollten die tatbestandlich erfassten Verhaltensweisen daher besser umschreiben, als dies durch die vorherige Überschrift geschehen ist. Es müssten also die Fälle der

<sup>35</sup> Für eine hinter der hier vertretenen Sichtweise zurückbleibenden Begrenzung auf die §§ 174 bis 174c StGB votieren DAV, Stellungnahme Nr. 60/2020, S. 5; Eisele, Stellungnahme, S. 2; DRB, Stellungnahme Nr. 9/20, S. 2 (Fn. 6).

<sup>36</sup> Report of the Consultation on Child Abuse Prevention WHO v. März 1999, [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/65900/1/WHO\\_HSC\\_PVI\\_99.1.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/65900/1/WHO_HSC_PVI_99.1.pdf), S. 15 (zuletzt abgerufen am 5.10.2020).

<sup>37</sup> Beteiligte der IWG sind Institutionen wie UNICEF, das Sekretariat des Rates der Europäischen Union und INTERPOL.

<sup>38</sup> „Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse“ -Interagency Working Group v. 2016, abrufbar unter: <http://luxembourgguidelines.org/wp-content/uploads/2017/06/Terminology-guidelines-396922-EN.pdf>, S. 20 (zuletzt abgerufen am 25.10.2020). In der deutschen Übersetzung dieses Dokumentes liegt ein vom englischen Original abweichender zusätzlicher Hinweis auf Kritik des Begriffes „sexueller Missbrauch“, der wortwörtlich aus der Webseite eines Amtes der Bundesregierung namens „Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs“ abgeschrieben ist. Das ist irreführend. Es könnte vermutet werden, dass diese Kritik bereits im Originaltext stünde. Vergleiche <https://www.terminologie.ecpat.de/wp-content/uploads/2019/12/Terminologischer-Leitfaden-A4-DE.pdf>, S. 18 und <https://beauftragter-missbrauch.de/praevention/was-ist-sexueller-missbrauch/definition-von-sexuellem-missbrauch> (zuletzt abgerufen am 22.10.2020).

<sup>39</sup> Taner/Gökler, „Çocuk İstismarı ve İhmal“, Hacettepe Tıp Dergisi C. 37 („Kindesmissbrauch und -vernachlässigung“, *Hacettepe Medizin Zeitschrift*, Band 37), 2004, 82 (83).

<sup>40</sup> Endres/Scholz, NZS 1994, 466 (467 f.).

<sup>41</sup> Gegenansicht in der Stellungnahme des DJB, S. 4 (Fn. 6) aufgrund der weiten Definition des Gewaltbegriffs nach Art. 3 lit. a Istanbul-Konvention und der Formulierung des Art. 19 UN-Kinderrechtskonvention.

<sup>42</sup> Es handelt sich um eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung, dass in den entsprechenden Situationen oder Lagen die sexuelle Selbstbestimmung einem erhöhten Risiko ausgesetzt ist. So kann eine 14-Jährige zwar in gewissem Maße zur sexuellen Selbstbestimmung fähig sein. Doch wird unwiderlegbar vermutet, dass der Beischlaf mit einem 20-jährigen Betreuer i.R.e. Zeltlagers nicht selbstbestimmt stattfinden kann (§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB, vgl. *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 174 Rn. 24).

<sup>43</sup> Seit der letzten Änderung aus dem Jahre 2016 ist der Nötigungsteil des § 177 StGB nicht mehr Bestandteil des Grundtatbestandes, sondern Qualifikation.

<sup>44</sup> *Sinn*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 3. Aufl. (2017), § 240 Rn. 29 ff.; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 n.F. Rn. 104. Siehe auch *BGH*, Urt. v. 31.7.2013 – 2 StR 318/13, Rn. 3; *BGH*, Urt. v. 12.12.2018 – 5 StR 451/18. Vgl. auch *BVerfGE* 92, 1, B (Sitzblockaden).

<sup>45</sup> *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 177 Rn. 32; *Toepel*, in: NK-StGB, 5. Auflage (2017), § 240 Rn. 35.

<sup>46</sup> Primär von Strafschärfungsgedanken ausgehend meint *Kreuzer*, Strafrecht werde dadurch *prima ratio* statt *ultima ratio*, KriPoZ 2020, 263 (263, 265).

<sup>47</sup> Die Mitteilung des BMJV (siehe Fn. 4), S. 24.

<sup>48</sup> Siehe dazu die Stellungnahme zum Referentenentwurf der BKSF v. 14.9.2020, in der sexualisierte Gewalt als „Ausnutzen von Machtverhältnissen“ definiert wird, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/091420\\_Stellungnahme\\_BKSF\\_RefE\\_Sex\\_Gewalt.pdf](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/091420_Stellungnahme_BKSF_RefE_Sex_Gewalt.pdf), S. 2 (zuletzt abgerufen am 11.10.2020).

§§ 176-176b StGB inhaltlich mit dem Begriff der sexualisierten Gewalt besser abgebildet werden als mit dem Missbrauchsbegriff.

Dies entspricht jedoch weder dem im Entwurf geäußerten Willen der Bundesregierung noch dem Norminhalt. Stattdessen soll sehenden Auges der Begriff der sexualisierten Gewalt verwendet werden, ohne das Vorliegen von Gewalt im strafrechtlichen Sinne zu verlangen.<sup>49</sup> Dies hätte jedoch gleich mehrere negative Folgen: Erstens wird hierdurch – wie erwähnt – Inkohärenz zwischen den Neuregelungen des Entwurfs und allen anderen Missbrauchstatbeständen geschaffen. Konsequenterweise müssten diese ebenfalls den neuen Begriff der sexualisierten Gewalt erhalten. Zweitens stimmt die entworfenen Überschrift mit den unverändert beibehaltenen Handlungstypen nicht überein, die in keiner Hinsicht als „sexualisierte Gewalt gegen Kinder“ bezeichnet werden können. Hierfür gelten die oben angegebenen Kritiken und Erläuterungen über die Verwendung des Artikels „gegen“ (I.1.) aus dem Grund, weil die Handlungen, die keine sexuelle Handlung gegen Kinder darstellen, *argumentum a fortiori*, nicht als eine vom Täter auf das Kind ausgeübte Gewalt angesehen werden können.<sup>50</sup> Drittens würde der Begriff der sexualisierten Gewalt Ungenauigkeit im Rahmen des gesamten StGB schaffen.<sup>51</sup> Er würde vor dem Hintergrund eines einheitlichen strafrechtlichen Gewaltbegriffs diesen aufweichen und zum Oberbegriff eines weiten Gewaltbegriffs machen. Sobald der Begriff der sexualisierten Gewalt eingeführt wird, der den strafrechtlichen Gewaltbegriff von seinem physischen Kontext loslöst, wird dieser zu einem Oberbegriff, der alle Gewaltarten im nichtstrafrechtlichen Sinne potenziell umfassen würde. Dies würde eine Grundsatzelementreform des Gewaltbegriffs im Strafrecht bedeuten, deren Einführung die auf Konsens beruhende Annahme zu der Definition und dem Umfang des Gewaltbegriffs zu nichtemacht. Hingegen ist vom Entwurf zur Änderung der Überschrift, die sich nur auf den Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern beziehen soll, freilich nicht gewollt, dass zum Beispiel emotionale oder emotionalisierte Gewalt i.R.d. § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB, ökonomische Gewalt i.R.d. § 129a Abs. 1 Nr. 5 StGB<sup>52</sup> oder psychologische Gewalt als Nötigung von Verfassungsorganen i.R.d. § 105 StGB<sup>53</sup> unter diese Vorschriften fallen; denn sie lassen sich sämtlich nicht dem bisherigen Gewaltbegriff subsumieren.

Die Verwendung des Gewaltbegriffs als Oberbegriff, der auch Verhaltensweisen außerhalb physischen Zwangs umfasst, ist nicht neu. In anderen Fachbereichen<sup>54</sup> sowie im internationalen Recht<sup>55</sup> geht die Tendenz in diese Richtung. Der Schluss liegt also nahe, dass die Bundesregierung sich von diesem Verständnis bei der geplanten Reform hat inspirieren lassen. Wenngleich auch abseits der strafrechtlichen Debatte wegen der Ausweitung des Gewaltbegriffs die Befürchtung besteht, dass hierunter neu subsumierte Verhaltensweisen, wie der Missbrauch, an Aufmerksamkeit verlieren und der Fokus innerhalb des Oberbegriffs hin zu den extremen Fällen geht,<sup>56</sup> ist es durchaus nachvollziehbar, wenn andere Fachbereiche und internationale Organisationen unter dem Begriff der sexuellen Gewalt (sexual violence) alle möglichen sexuellen Delikte einschließlich des sexuellen Missbrauchs von Kindern (child sexual abuse) erfassen.<sup>57</sup> Diesem Begriffsverständnis folgend müsste jedoch die Überschrift des gesamten 13. Abschnitts zur Diskussion gestellt und nicht lediglich einzelne Paragraphen geändert werden, da im deutschen Strafrecht der Oberbegriff „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ für alle Sexualdelikte verwendet wird.

Weitere Probleme bestehen zudem bei der Auslegung des Merkmals der *Sexualisierung*. Wann wird Gewalt sexualisiert? Zielt dies auf eine sexuelle Absicht, also auf den subjektiven Tatbestand hin? Bereits die Feststellung, ob und wann eine Handlung sexuell ist, bereitet Probleme. Mit Hilfe des § 184h StGB sowie großer Bemühungen der Literatur konnten diese jedoch größtenteils gelöst werden. Der Begriff sexualisiert ist demgegenüber noch weitestgehend unbestimmt. Freilich nicht gewollt, aber konsequent wäre es, wegen des Bezugs zur Gewalt zu verlangen, die Gewalt müsse selbst sexualisiert sein und einen sexuellen Charakter haben. Wirklich geeignet ist der Begriff dann indes nur zur Beschreibung von SM-Handlungen, deren Gewalttätigkeit selbst sexuellen Charakter hat.<sup>58</sup>

Überdies bedeutet die Änderung einen Systembruch für das gesamte Sexualstrafrecht. Gewalt im strafrechtlichen Sinne passt nicht zum oben erwähnten Konzept des Missbrauchs, sondern weicht davon ab: Bei sexuellen Missbrauchsdelikten ist die gesetzliche Vermutung, dass der Täter eine *bereits existierende* Lage oder Situation und das daraus regelmäßig resultierende Gefälle zum Opfer ausnutzt. Bei Nötigung bzw. Gewalt wird die Lage, wel-

<sup>49</sup> Ähnliche Kritik Hörnle, Stellungnahme, S. 2 (Fn. 6).

<sup>50</sup> Ähnliche Kritik im Rahmen von Handlungen manipulativer Art und „Hands-off-Delikte“ DAV, Stellungnahme Nr. 60/2020, S. 5; Eisele, Stellungnahme, S. 2 (Fn. 6).

<sup>51</sup> Ähnlicher Vorbehalt Eisele, Stellungnahme, S. 2; DRB, Stellungnahme Nr. 9/20, S. 2 und mit dem Begriffsvorschlag „sexualisierte Übergriffe an Kindern“ DJB, Stellungnahme, S. 4 (Fn. 6).

<sup>52</sup> Siehe dazu BGH, NJW 1984, 931 (932).

<sup>53</sup> Siehe dazu Müller, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 105 Rn. 14.

<sup>54</sup> Im pädagogischen Kontext wird häufig „sexualisierte Gewalt“ als Oberbegriff verwendet, um allgemein sexuelle Handlungen gegen Kinder zu umschreiben. Siehe dazu die Broschüre des Bundesministeriums für Bildung und Forschung zur „Sexualisierte[n] Gewalt gegen Kinder und Jugendliche“ v. Juni 2019, abrufbar unter: [https://www.bmbf.de/upload\\_filestore/pub/Sexualisierte\\_Gewalt\\_gegen\\_Kinder\\_und\\_Jugendliche.pdf](https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Sexualisierte_Gewalt_gegen_Kinder_und_Jugendliche.pdf) (zuletzt abgerufen am 6.10.2020).

<sup>55</sup> Siehe dazu das 6. Kapitel zur sexuellen Gewalt des Weltberichts über Gewalt und Gesundheit von WHO, abrufbar unter: [https://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/global\\_campaign/en/chap6.pdf](https://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/global_campaign/en/chap6.pdf), S. 149 (zuletzt abgerufen am 6.10.2020).

<sup>56</sup> Nach der Auffassung Bussweilers (Stellungnahme, S. 3 [Fn. 6]) kann dadurch eine irreführende gesellschaftliche Bewertung hervorgerufen werden.

<sup>57</sup> „Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse“ (Fn. 38), S. 15.

<sup>58</sup> Nach der Gegenansicht in der Stellungnahme des DJB, S. 4 (Fn. 6) mache das Wort sexualisiert „deutlich, dass es sich dabei nicht um Sexualität handelt, sondern um einen Gewaltakt und eine Ausübung von Macht und Kontrolle in sexualisierter Form.“ Dabei wird die einfache Tatsache ignoriert, dass „sexualisiert“ als ein qualitatives Adjektiv vor dem Wort „Gewalt“ steht.

che dem Täter die sexuelle Handlung ermöglicht, von diesem selbst durch Willensbrechung oder -beugung geschaffen.<sup>59</sup> Es bleibt daher festzuhalten, dass der Begriff „sexualisierte Gewalt“ weder ins Strafrecht gehört noch ohne weitgehende Friktionen eingeführt werden kann.<sup>60</sup> Er droht die Systematik des Sexualstrafrechts und die Grenzen des Gewaltbegriffs zu sprengen, um einen vermeintlich stärker wirkenden, der Empörung gerecht werdenden, in Wahrheit aber unpassenden Begriff einzuführen.<sup>61</sup>

### 3. Zwischenbilanz

Die vom Entwurf vorgesehene Begriffsverwendung der *sexualisierten Gewalt* stimmt nach dem bisherigen Verständnis des strafrechtlichen Gewaltbegriffs nicht mit dem Inhalt der sie überschreibenden Regelungen überein. Die vorgesehene Verwendung von Gewalt als Oberbegriff, der auch Formen der Gewalt umfasst, die keinerlei physische Zwangswirkung entfalten, würde zu einem Bruch mit dem bisherigen Gewaltbegriff im Strafrecht führen.

Trotz des im Grundsatz bestehenden Konzepts der Unterscheidung zwischen Missbrauch und Nötigung, müssen die einzelnen Delikte Raum für die Transitivität beider Konzepte belassen, um eine der Tat angemessene Bestrafung zu gewährleisten. Dementsprechend finden sich Missbrauchselemente i.R.d. § 177 StGB<sup>62</sup> (Ausnutzen einer Lage, § 177 Abs. 2 Nr. 1 bis 4, Abs. 5 Nr. 3 StGB) wieder. Weil Gewaltanwendung gegenüber einem Kind immer auch Ausdruck eines Gefälles von Kraft- oder Urteilsvermögens zu Gunsten des Täters ist, hat diese meist einen Missbrauchscharakter inne. Spiegelbildlich hierzu sollten auch: nötigende Elemente in § 176a StGB Berücksichtigung finden. Darauf, ob die Konstruktion diesbezüglich ausreichend oder eine Umgestaltung erforderlich ist, wird im zweiten Abschnitt dieses Beitrags ausführlicher eingegangen.

## III. Fehlende Anknüpfung des Gewaltbegriffs und der anderen Zwangsmittel am Tatbestand

### 1. Aktuelle und unverändert bleibende Gesetzeslage

Bei den Vorschriften über den sexuellen Missbrauch geht es inhaltlich nicht um die Gewaltanwendung und den in-

folgedessen entstandenen Unterschied zwischen dem Täter und Opfer in der Willensrealisierungsmöglichkeit. Zudem sind Gewalt bzw. Nötigung und andere Zwangsmittel kein Tatbestandsmerkmal des § 176 StGB oder der anderen Vorschriften zum sexuellen Missbrauch. In Fällen des Missbrauchs besteht zwar oft ein Machtgefälle zwischen dem Opfer und dem Täter, aber eine Regelung zum tatsächlichen Zwang fehlt unter den *strafbegründenden* Merkmalen. Jedoch enthält der aktuelle § 176a StGB über den schweren sexuellen Missbrauch von Kindern zwei Qualifikationsmerkmale, die zum Teil Fälle von Gewaltanwendung erfassen und im neuen Gesetzentwurf unverändert bleiben sollen.

a) *Schaffung der „Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung“ (§ 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 176c Abs. 1 Nr. 3 StGB-E)*

In der Literatur wird versucht, zu verdeutlichen, was unter einer „schweren Gesundheitsschädigung“ und „erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung“ zu verstehen ist.<sup>63</sup> Allerdings wird bereits allein aus der Formulierung von Nr. 3 klar, dass die entsprechende Gefahr *durch eine Tat* i.S.d. § 176 StGB verursacht worden sein muss. Das heißt, Nr. 3 erfasst nur die Schäden, die durch eine vom Täter vorgenommene sexuelle Handlung oder die anderen tatbestandlichen Handlungen (sowie *An-sich-vornehmen-Lassen* u.a.) entstanden sind. Demnach wird Gewalt, die im Vorfeld angewendet wird, um das Opfer zu sexuellen Handlungen zu zwingen, gemäß Nr. 3 nicht berücksichtigt. Jedoch kann sich eine andere Bewertung ergeben, wenn die sexuelle Handlung selbst körperliche Gewalt beinhaltet – wie bei sadistischen sexuellen Handlungen<sup>64</sup> oder wenn *sexualisierte Gewalt* im eigentlichen Sinne angewendet wird.

b) *Körperliche schwere Misshandlung und Gefahr des Todes in den Fällen des § 176 Abs. 1 bis 3 StGB (§ 176a Abs. 5 StGB; § 176c Abs. 3 StGB-E)*

Mit der in § 176a Abs. 5 Alt. 2 StGB vorausgesetzten *Todesgefahr* verhält es sich ähnlich wie bei § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB. Die Todesgefahr muss *durch die Tat* geschaffen werden. Insofern gelten die dargestellten Erklärungen entsprechend.

<sup>59</sup> Siehe dazu *Renzikowski*, KriPoZ 2020, 308 (310). Er unterteilt auch in: MüKo-StGB, Vor § 174 Rn. 10 die Sexualdelikte nach Angriffsweisen in Nötigung und Missbrauch.

<sup>60</sup> Siehe dazu die strenge Kritik der Neuen Richtervereinigung v. 14.9.2020, abrufbar unter: [https://www.neuerichter.de/fileadmin/user\\_upload/fg\\_strafrecht/2020\\_FG\\_StrR\\_NRV\\_Ges.entwurf\\_sexualisierte\\_Gewalt.pdf](https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/fg_strafrecht/2020_FG_StrR_NRV_Ges.entwurf_sexualisierte_Gewalt.pdf), S. 2 (zuletzt abgerufen am 11.10.2020).

<sup>61</sup> Ähnlich *Kreuzer*, KriPoZ 2020, 263 (266); DAV, Stellungnahme Nr.: 60/2020, S. 5; f. *Kinzig*, Stellungnahme, S. 3 (Fn. 6). Siehe dazu die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer v. 9.2020 (Nr.: 53/2020) abrufbar unter: <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/september/stellungnahme-der-brak-2020-53.pdf>, S. 5 (zuletzt abgerufen am 11.10.2020).

<sup>62</sup> Aus dieser Hinsicht kann die Gesetzesänderung in § 177 StGB vom 10.11.2016 kritisiert werden. Die hier erklärte konzeptuelle Differenzierung wurde dadurch ignoriert, dass in § 177 Abs. 2 StGB nötigungs- und missbrauchsmäßige Angriffe seitdem Alternativen zu einander darstellen.

<sup>63</sup> *Renzikowski* beschreibt die *schwere Gesundheitsschädigung* i.S.d. Alt. 1 mit den Worten „ernstlich, einschneidend und nachhaltig – insbesondere langwierig, qualvoll oder lebensbedrohend“. *Die erhebliche Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung* i.S.d. Alt. 2 umfasse die dauernde oder nachhaltige Störung des normalen Ablaufs des körperlichen Reifeprozesses oder psychische Störungen wie „Verwahrlosung, Traumatisierung, Verhaltensauffälligkeiten“, *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 176a Rn. 25 ff. Vgl. *Hörnle*, in: LK-StGB, § 176a Rn. 41-43; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176a Rn. 10.

<sup>64</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176a Rn. 10; *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 176a Rn. 15. Durch Einschluss der *Begleitumstände* abweichend *Hörnle*, in: LK-StGB, § 176a, Rn. 40.

Bei der *körperlichen schweren Misshandlung* i.S.d. Abs. 5 Alt. 1 ist die Situation anders. Dabei liegt der Unterschied zum oben erklärten § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB darin, dass die Misshandlung nicht „durch die Tat“ sondern „bei der Tat“ begangen worden sein muss. Demnach muss die Misshandlung kein Bestandteil der sexuellen Handlung (oder *Bestimmen* i.S.d. § 176 Abs. 2 StGB) sein, sodass die das Opfer zur sexuellen Handlung zwingenden Handlungen auch berücksichtigt werden können. Eine körperlich schwere Misshandlung geht über die einfache Körperverletzung hinaus. Nicht erforderlich für die Erfolgsqualifikation<sup>65</sup> ist der Eintritt einer schweren Körperverletzung i.S.d. § 226 StGB.<sup>66</sup> Dabei kommen „erhebliche oder lang andauernde Schmerzen“ zufügende Handlungen in Betracht, sowie heftiges Schlagen oder Fesselung.<sup>67</sup> Allerdings ist ein unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Zusammenhang zwischen der Tat und der Misshandlung erforderlich.<sup>68</sup> Misshandlungen zur Erleichterung des Tatbegehens (vor der Tat)<sup>69</sup> oder durch Ausnutzen der durch die Tat entstandenen Lage (nach der Tat)<sup>70</sup> bleiben außer Betracht.

## 2. Beispiel aus dem türkischen StGB: Zwangsmittel als Tatbestandsmerkmal

Im türkischen Strafgesetzbuch (tStGB) existieren zwei ähnliche Erfolgsqualifikationen wie bei § 176a StGB. Gemäß § 103 Abs. 5 tStGB kann ein Täter, der Nötigung bzw. Gewalt für die Begehung des sexuellen Missbrauchs anwendet und dabei die Folgen einer schweren Körperverletzung i.S.d. § 87 tStGB verursacht, zusätzlich auch nach dieser Vorschrift bestraft werden. Die zweite Erfolgsqualifikation setzt gemäß § 103 Abs. 6 tStGB voraus, dass das Opfer infolge der Tat dauerhaft ins Koma fällt oder verstirbt. Darüber hinaus beinhaltet aber auch der Grundtatbestand zum sexuellen Missbrauch in § 103 tStGB ausdrückliche Regelungen bezüglich der Einwirkung auf den Willen des Opfers. Um die Lage im tStGB hinsichtlich der Begriffe Gewalt und Nötigung zu erläutern, soll im Folgenden zunächst die Regelung zum sexuellen Missbrauch von Kindern kurz dargelegt werden.

Das tStGB enthält einen einzigen Paragraphen zum sexuellen Missbrauch (§ 103 tStGB). Im Gegensatz zum deutschen Recht werden dort alle Menschen zwischen 0 und 18 Jahren, also alle Minderjährigen, als Kinder bezeichnet und können Opfer i.S.d. Tatbestands sein. Sie werden jedoch in Bezug auf Alter und Einsichtsfähigkeit in zwei Gruppen geteilt: Die absolut geschützte Gruppe besteht einerseits aus Kindern zwischen 0-15 Jahren und andererseits aus den Kindern zwischen 15-18 Jahren, die keine Einsichtsfähigkeit („*bezüglich der rechtlichen Bedeutung und der Folgen der Tat*“) besitzen.<sup>71</sup> Zur anderen Gruppe gehören die Minderjährigen zwischen 15-18 Jahren, die

diese Einsichtsfähigkeit besitzen. Die Einsichtsfähigkeit ist vom Gericht anhand eines Gutachtens festzustellen.

### a) Willensbeugung als strafbegründendes Tatbestandsmerkmal: Zweite Gruppe von Minderjährigen

In § 103 Abs. 1 lit. b tStGB wird die Nötigung bezüglich der zur zweiten Gruppe gehörenden Kinder<sup>72</sup> als ein Regelbeispiel bestimmt (neben Bedrohung, Täuschung und anderen auf Willen einwirkenden Gründen) und stellt damit ein tatbestandsähnliches Merkmal dar. In diesem Zusammenhang geht der türkische Gesetzgeber davon aus, dass diese Minderjährigen in der Lage sind, Anlass und Folgen der sexuellen Handlung zu verstehen bzw. dagegen (oder dafür) einen Willen zu bilden. Aber das heißt nicht, dass sie auch gleichermaßen wie ein Erwachsener den äußerlichen physischen und psychischen Einwirkungen widerstehen und ihren Willen diesbezüglich schützen können. Sie können beispielsweise leichter dadurch getäuscht werden, dass der Täter ihnen vorspiegelt, an ihnen vorgenommene Handlungen seien „nur ein Liebesakt“ oder „nicht so intim“. Kurz gesagt, ist die Annahme hier, dass sich aus der Minderjährigkeit selbst ein Zustand der Schutzlosigkeit gegen Willensbeugung ergibt.

In der türkischen Literatur ist die herrschende Ansicht der Meinung, die Nötigung (und auch Bedrohung, Täuschung und andere auf den Willen einwirkende Gründe) sei ein Element der Tathandlung. Allerdings ist dem Gesetzestext zufolge lediglich notwendig und auch hinreichend, dass die Tat „aufgrund“ einer Willensbeugung begangen wurde. Die wortlautkonforme Auslegung führt uns dazu, die Willensbeeinträchtigung als eine Lage zu sehen, in der sich das Opfer befinden, die aber nicht vom Täter geschaffen worden sein muss.<sup>73</sup> Man könnte dazu neigen, diese Auslegung lediglich als eine unnötige Nuancierung anzusehen. Jedoch wird die Differenzierung beispielsweise bei solch einem Fall entscheidend, in dem das Opfer zuvor vom Zuhälter (als einem Dritten ohne Tatbeteiligung) bedroht wurde oder sich betrank und sein Wille auf diese Weise gebeugt war. In der Rechtsprechung werden solche Handlungen im Ergebnis zutreffend als sexueller Missbrauch geahndet.<sup>74</sup> Eigentlich kommt § 103 Abs. 1 lit. b tStGB größtenteils dem § 182 und § 174 StGB gleich, bei denen die Altersobergrenze 16 oder 18 Jahre ist. In diesen Paragraphen sowie bei den §§ 176, 176a StGB (mit den oben erklärten indirekten Ausnahmen) existiert allerdings kein Merkmal zur Willensbeugung oder -brechung. Deshalb greift im Falle von Nötigung, Gewalt oder Bedrohung der Auffangtatbestand des § 177 StGB ein, so dass

<sup>65</sup> Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 176a Rn. 7, 37.

<sup>66</sup> BGH, Urt. v. 9.12.2014 – 5 StR 422/14 (LG Berlin).

<sup>67</sup> Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 176a Rn. 18.

<sup>68</sup> Siehe zur Diskussion darum Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 176a Rn. 35; Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 262 f.

<sup>69</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 176a Rn. 14.

<sup>70</sup> Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 176a Rn. 19.

<sup>71</sup> Ein weiteres, im Gesetz verankertes strafschärfendes Merkmal ist einschlägig, wenn das Opfer jünger als 12 Jahre ist.

<sup>72</sup> Minderjährige, die zwischen 15-18 Jahre alt sind und Einsichtsfähigkeit besitzen.

<sup>73</sup> Sie muss aber selbstverständlich vom Vorsatz des Täters umfasst sein. Turhan, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (Sexueller Missbrauch von Kindern im Türkischen und Deutschen Strafrecht), 2021, S. 50 ff.

<sup>74</sup> Der *Türkische Oberste Gerichtshof*, 14. Strafsenat, 2015/5752, 10.11.2015 (Yargıtay 14. CD 2015/5752 E., 2015/10400 K., 10.11.2015 T.).

möglicherweise eine Idealkonkurrenz entsteht.<sup>75</sup> Im Gegensatz dazu werden im türkischen Recht *aufgrund einer Gewaltanwendung bzw. Bedrohung* vorgenommene sexuelle Handlungen lediglich im Rahmen vom Tatbestand des sexuellen Missbrauchs (§ 103 tStGB) von Minderjährigen behandelt.

*b) Nötigung und Bedrohung als strafscharfendes Tatbestandsmerkmal: Erste Gruppe von Minderjährigen*

Bei der ersten Gruppe, also der Personen zwischen 0-15 Jahren und zwischen 15-18 Jahren ohne Einsichtsfähigkeit, wird kein strafbegründendes Merkmal wie Nötigung oder Bedrohung vorausgesetzt. Für sie gilt ein absoluter Schutz, d.h. auch im Falle einer faktischen Einwilligung des Opfers bleibt die Tat rechtswidrig. Hinsichtlich dieser Gruppe stellen Nötigung und Bedrohung strafscharfende Tatbestandsmerkmale dar (§ 103 Abs. 4 tStGB). Die Annahme von Gewalt und Bedrohung als Qualifikationsmerkmale basiert auf der Idee, dass sogar diese Kinder den sexuellen Aufforderungen des Täters widerstehen können (negative Selbstbestimmung<sup>76</sup>) und dass der Täter Nötigung bzw. Gewalt oder Bedrohung anwenden kann, um diesen Widerstand zu überwinden. Nach der sachgerechten Sicht des tStGB wird in solchen Fällen die sexuelle Selbstbestimmung einer Person auf, zu *beiden Konzepten* der Sexualangriffe, passende Weise (missbräuchlich und willensbeugend/-brechend) verletzt. Dadurch wird das Unrecht der Tat erheblich erhöht, sodass der Qualifikationstatbestand im Allgemeinen ein entsprechendes Merkmal innehaben sollte. Nur so kann die intensivere Tatmotivation des Täters und die schädlichere Wirkung auf das Opfer in der Bestrafung angemessen berücksichtigt werden.<sup>77</sup> Im tStGB wird im Falle dieser Qualifikation beispielsweise die Strafe um die Hälfte erhöht.

An diesem Punkt sollte noch kurz erklärt werden, dass im tStGB der sexuelle Missbrauch hinsichtlich der Schwere (also des Grades der Intensität) der sexuellen Handlung in drei Stufen eingeteilt wird, für die jeweils unterschiedliche Strafrahen gelten. Die Stufen können grob wie folgt aufgezählt werden: 1. Belästigung, also unerhebliche und kurz andauernde Berührungen, 2. den Grundtatbestand erfüllende sexuelle Handlungen an einem Kind, 3. mit Eindringen in den Körper verbundene Handlungen. Nach der im Einzelfall passenden Einstufung wird die sog. Grundstrafe bestimmt und anhand dieser wird die eben erwähnte Erhöhung durchgeführt. So kann das türkische Gesetz im

Einzelfall angemessen auf eine *Vergewaltigung eines Kindes* reagieren.<sup>78</sup>

#### IV. Fazit

1. Es hat sich gezeigt, dass der Begriff „sexualisierte Gewalt“ mehrere Probleme aufwirft: extreme Unbestimmtheit, Ungeeignetheit bezüglich des *Telos* der Missbrauchsdelikte, Inkohärenz bezüglich der Systematik des 13. Abschnitts – die nach dem Gesetzesentwurf unverändert bleibt – (s. Teil I.) sowie fehlende Anknüpfung am Inhalt der betreffenden Paragraphen (s. Teil II.). Außerdem bleibt es sehr fraglich, ob Gewalt ein aussagekräftiger Begriff ist, der das Unrecht besser umschreibt, als der Begriff des Missbrauchs. Schließlich besteht keine Notwendigkeit, den Begriff „sexueller Missbrauch“ aufzugeben, zumindest nicht für den Begriff der „sexualisierte[n] Gewalt“. Statt den Begriff des „sexuellen Missbrauch[s]“ abzuschaffen, wäre es besser, seine konzeptionelle Tiefe zu erklären und zu verdeutlichen.

2. „Sexualisierte“ oder, besser und einfacher formuliert, „sexuelle Gewalt“ wird im Strafrecht lediglich i.S.v. *vis compulsiva* oder *vis absoluta* verstanden, kann jedoch als Qualifikationsgrund des sexuellen Missbrauchs fungieren. Der Grund, warum eine Regelung zu den willensbeugenden/-brechenden Handlungen sachgerecht erscheint, ist, dass ohne sie ein umfassender Schutz der negativen Selbstbestimmung bei Missbrauchstatbeständen nicht ausreichend gewährleistet wird. Dieser würde sich ansonsten auf den § 176a Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 StGB, die Konkurrenzen und die Strafzumessung beschränken, obwohl es in der Sache um ein erheblich erhöhtes Unrecht geht. Entsprechende Fallkonstellationen behalten zwar grundsätzlich den missbräuchlichen Charakter, hinzu kommt allerdings noch die Einwirkung auf den Willen des Opfers oder die Ausnutzung einer „externen“ Willensbeugung. An diesem Punkt könnte die Sicht des tStGB von Nutzen sein. Auch im europäischen Recht (Richtlinie 2011/92/EU Art. 3 Abs. 5 Nr. iii, Art. 6<sup>79</sup>) sowie in vielen nationalen Rechtssystemen<sup>80</sup> befinden sich willensbeugende/-brechende Merkmale als ein strafscharfendes Merkmal im Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern. Daher sollte in den Missbrauchstatbeständen ein strafscharfendes Merkmal, welches Gewalt, Nötigung, Bedrohung u.ä. erfasst, ergänzt werden.<sup>81</sup>

<sup>75</sup> Beispielsweise wird bei *vis absoluta* der Tatbestand des § 182 StGB nicht erfüllt, weil dann die sexuelle Handlung nicht durch Ausnutzung einer Zwangslage, Bezahlung eines Entgelts oder Bestimmen vorgenommen wurde. Siehe *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 182 Rn. 77.

<sup>76</sup> *Hörnle*, in: LK-StGB, Vor § 174 Rn. 41, 44.

<sup>77</sup> *Turhan*, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (Fn. 73), S. 129 f.

<sup>78</sup> Der Strafrahen bei einem Vergewaltigungsfall liegt zwischen 24 bis 30 Jahren Freiheitsstrafe. Übrigens ist die Mindeststrafe bei sexuellem Missbrauch von Kindern (Belästigung) eine 3-jährige Freiheitsstrafe.

<sup>79</sup> Richtlinie 2011/92/EU Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0092> (zuletzt abgerufen am 10.11.2020).

<sup>80</sup> „Terminology Guidelines for the Protection of Children from Sexual Exploitation and Sexual Abuse“, (Fn. 38), S. 15.

<sup>81</sup> Es wäre auch vorstellbar, in § 177 StGB ein Merkmal zur Minderjährigkeit einzufügen. Bedeutend wäre in diesem Zusammenhang allerdings, dass Fälle, bei denen das Unrecht der Tat primär auf einem Missbrauch beruht, ausgeschlossen sind. Das hieße insbesondere, dass sexuelle Handlungen mit Kleinkindern nicht von § 177 StGB erfasst werden.

## „I’m not sure this is rape, but...“ Zur Strafbarkeit von „Stealthing“ nach dem neuen Sexualstrafrecht

von Ass. iur. Johannes Makepeace\*

### Abstract

„Stealthing“ nennt man das heimliche Abstreifen des Kondoms während des ansonsten einverständlichen Geschlechtsverkehrs, das von Geschädigten als Vertrauensbruch und Missachtung ihrer sexuellen Selbstbestimmung empfunden wird. Doch ob dieser „Trend“ nach dem neuen Sexualstrafrecht strafbar ist, ist umstritten. Das Berliner Kammergericht bejahte im Juli 2020 eine Strafbarkeit jedenfalls nach § 177 Abs. 1 StGB. Dieser Beitrag setzt sich sowohl mit der Entscheidung als auch mit den ablehnenden Stimmen auseinander. Das Ergebnis: Stealthing ist nicht nur ein sexueller Übergriff, sondern erfüllt auch das Regelbeispiel der Vergewaltigung.

*Nonconsensual condom removal during sexual intercourse, popularly known as "Stealthing," is experienced by victims as a grave breach of trust and a violation of their sexual self-determination. But whether this trend is punishable under German criminal law is still a matter of dispute. In July 2020, the Berlin Court of Appeals affirmed criminal liability under Section 177 (1) of the German Criminal Code. This article addresses both the decision and its dissenting voices. The result: Stealthing is not only sexual assault but rape.*

### I. Einleitung: Was ist „Stealthing“?

Sie lernen sich im Internet kennen, gehen ein paar Mal aus. Nach einem der Dates schlafen sie miteinander. Einvernehmlich und auf Wunsch der Frau mit Kondom. Bis dahin eine ganz normale Bettgeschichte im Zeitalter von Tinder und dergleichen. Doch bei einem Stellungswechsel zieht der Mann heimlich das Kondom ab und setzt den Geschlechtsverkehr ungeschützt fort. Erst als er kommt, bemerkt sie es.<sup>1</sup>

„Stealthing“ nennt man dieses heimliche Abstreifen des Kondoms beim ansonsten einverständlichen Geschlechtsverkehr. Der Haken: Der oder die Geschädigte hatte nur hinsichtlich eines geschützten Geschlechtsverkehrs das Einverständnis erteilt. Nach einer Studie von *Brodsky* aus dem Jahr 2017 handelt es sich um eine weit verbreitete Sexualpraxis gerade unter jungen, sexuell aktiven Menschen. Stealthing setze die ahnungslosen Geschädigten

dem Risiko unerwünschter Schwangerschaften und sexuell übertragbarer Krankheiten aus und fühle sich an wie ein Vertrauensbruch und eine Missachtung ihrer sexuellen Autonomie, was einer Vergewaltigung zumindest „nahekomme“ („rape-adjacent“).<sup>2</sup> Täter fühlten sich hingegen durch Gleichgesinnte auf zahlreichen Internetforen bestätigt und ermutigt: Es sei ihr „natürliches Recht“ als Mann, ihren Samen zu verteilen.<sup>3</sup> Und tatsächlich finden sich online recht schnell explizite Ratschläge, wie man den Geschlechtspartner erfolgreich austricksen und das Kondom entfernen kann (ohne diese Websites hier zitieren zu wollen).

Ob Stealthing in Deutschland strafbar ist, ist umstritten. So entschied erst im November 2020 das *AG Kiel* auf Freispruch. Der Strafrichter war der Auffassung, dass das Verhalten des Angeklagten zwar ein erheblicher Vertrauensbruch sei. Das Gesetz kenne jedoch keinen einvernehmlichen Geschlechtsverkehr, der strafbar sei. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.<sup>4</sup>

Das *Berliner KG* bejahte hingegen im Juli 2020 eine Strafbarkeit wegen eines sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB jedenfalls für den Fall, dass der Täter das Opfer nicht nur gegen dessen Willen in ungeschützter Form penetriert, sondern im weiteren Verlauf in den Körper des oder der Geschädigten ejakuliert.<sup>5</sup> Zudem sah das *KG* grundsätzlich die Voraussetzungen des Regelbeispiels des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB und somit eine Vergewaltigung als gegeben an. Da es sich bei der Vergewaltigung um eine Strafzumessungsregel handelt, konnte das *KG* den Schuldspruch allerdings nicht abändern. Es blieb bei der vom *AG Berlin-Tiergarten* ausgesprochenen Bewährungsstrafe.<sup>6</sup> Der Entscheidung des *KG* ist in beiden Punkten zuzustimmen, jedoch unabhängig davon, ob der Täter in den Körper des oder der Geschädigten ejakuliert.

### II. Zur Sexualstrafrechtsreform und zur „Freiwilligkeit“ sexueller Handlungen

Auch wenn seit dem 50. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. November 2016 schon ein paar Jahre vergangen sind, erlaube ich mir dennoch ein paar Worte zur Sexualstrafrechtsreform, durch die die Struktur des 13. Abschnitts

\* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Europäisches Strafrecht von Prof. Dr. Tonio Walter an der Universität Regensburg.

<sup>1</sup> So in etwa der Sachverhalt bei *KG*, Beschl. vom 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243.

<sup>2</sup> *Brodsky*, Columbia Journal of Gender and Law 32 (2017), S. 183 (184 f.); von ihr stammt auch das als Überschrift übernommene Zitat.

<sup>3</sup> Vgl. *Brodsky*, Columbia Journal of Gender and Law 32 (2017), S. 183 (189); *Hoffmann*, NSZ 2019, 16 (17).

<sup>4</sup> *AG Kiel*, Urte. v. 17.11.2020 – 38 Ds 559 Js 11670/18 = BeckRS 2020, 38969.

<sup>5</sup> *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 16).

<sup>6</sup> *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 41); *AG Tiergarten*, Urte. v. 11.12.2018 – 278 Ls 14/18.

des Strafgesetzbuchs verändert wurde.<sup>7</sup> Besonders hervorheben möchte ich hier die tatbestandliche Neufassung des § 177 StGB. Ziel der Gesetzesnovelle war vor allem, den Anwendungsbereich von § 177 StGB auszuweiten, da er bestimmte Fallkonstellationen nicht erfasste, obwohl sie weitgehend zu Recht für strafwürdig befunden wurden.<sup>8</sup>

### 1. Als ein „Nein“ nicht ausreichte

Ursprünglich setzte § 177 Abs. 1 StGB voraus, dass der Täter das Opfer mit Gewalt, durch qualifizierte Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert war, zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen nötigte. Ausschlaggebend war somit nicht nur das Vorliegen eines entgegenstehenden Willens, sondern vor allem das Brechen eines solchen. Für die Strafbarkeit entscheidend war also ein nach außen erkennbares, objektivierbares Verhalten des Täters, durch das er sich über den entgegenstehenden Willen des Opfers hinwegsetzte, um die sexuelle Handlung zu erzwingen.<sup>9</sup>

Nicht erfasst waren hingegen Fälle, in denen der Täter einen entgegenstehenden Willen nicht durch Gewalt brechen musste, aber wusste oder billigend in Kauf nahm, dass das Opfer wegen besonderer Umstände keine Gegenwehr leistete – zum Beispiel indem es für den Täter erkennbar annahm, dem Angreifer ausgeliefert zu sein, obwohl die Lage objektiv nicht schutzlos war. Ferner blieben Fälle straflos, in denen das Opfer die Gegenwehr nicht aus Furcht vor Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten unterließ, sondern aus anderen Motiven – etwa aus Furcht vor einer Kündigung, vor ausländerrechtlichen Konsequenzen oder aus Verlustängsten.<sup>10</sup> Schließlich konnten auch die sogenannten Überraschungsfälle nicht als sexuelle Nötigung geahndet werden. Diese Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter für das Opfer unvermittelt eine sexuelle Handlung an diesem vornimmt – etwa ein „Busengrapschen“ oder ein Griff an Geschlechtsteile – obwohl er zumindest billigend in Kauf nimmt, dass die sexuelle Handlung bei dem Opfer nicht auf Zustimmung stoßen wird. Eine Strafbarkeit nach dem 13. Abschnitt entfiel schon deshalb, weil das Opfer wegen der überraschenden Begehung nicht dazu kam, einen entgegenstehenden Willen zu bilden, den der Täter mit Zwang hätte beugen können.<sup>11</sup> Stealthing war nach alter Rechtslage also nicht strafbar.<sup>12</sup>

### 2. „(Erkennbares) Nein heißt Nein“

Durch die Neufassung des § 177 StGB wurden diese Strafbarkeitslücken im Sinne eines zeitgemäßen Verständnisses der Behauptung sexueller Selbstbestimmung geschlossen, indem die sogenannte „Nein heißt Nein“ oder „Nichteinverständnislösung“ implementiert wurde. Das physische Überwinden eines entgegenstehenden Willens ist jetzt nicht mehr erforderlich.<sup>13</sup> Gemäß § 177 Abs. 1 StGB in seiner aktuellen Fassung reicht es aus, dass der entgegenstehende Wille, also das „Nein“ des Opfers, erkennbar ist und der Täter sich dennoch über diesen hinwegsetzt, ohne beispielsweise Gewalt anwenden zu müssen – was immerhin zu einer Herabsetzung der Mindeststrafe von einem Jahr auf sechs Monate geführt hat. Notwendig ist somit einerseits der entgegenstehende Wille des Opfers – also dessen subjektive, innere Einstellung; andererseits setzt die Strafbarkeit die Erkennbarkeit der Ablehnung voraus, und zwar für einen objektiven Dritten, der als hypothetische Position gedacht wird.<sup>14</sup> Das Nichtwollen des Opfers kann sowohl durch ausdrückliche Erklärung („Nein“) als auch durch konkludentes Verhalten (zum Beispiel Weinen oder Abwehren der sexuellen Handlung) zum Ausdruck gebracht werden.<sup>15</sup> Eines weiteren objektiven Handlungselements bedarf es zur Erfüllung des Tatbestands aber nicht mehr; und eine Nötigung ist selbst bei der Vergewaltigung gemäß § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB – mit einer Mindeststrafe von weiterhin zwei Jahren – nicht mehr erforderlich.<sup>16</sup>

### 3. Auf Freiwilligkeit kommt es an

Man mag daran kritisieren, dass der Neufassung des § 177 StGB ein „problematisches Menschenbild“ zugrunde liege.<sup>17</sup> So schreibt *Deckers*: „Das Modellbild der Frau des 21. Jahrhunderts (selbstbestimmte – wohl auch selbstbewusste Wahl, Sexualkontakt aufzunehmen) wird ersetzt und das durch Scham oder Schüchternheit geprägte wehrlose oder gegen seinen eigenen Willen handelnde Opfergeschöpf zum verallgemeinerbaren Schutzobjekt eines Straftatbestandes stilisiert.“<sup>18</sup> Diese Kritik trifft hinsichtlich mancher neu geschaffenen Tatbestandalternativen sicherlich zu. Handelt das Opfer – ob Mann oder Frau – etwa aus Angst vor einer Kündigung oder einer Anzeige eines tatsächlich strafbaren Verhaltens, ist es anmaßend, einen erwachsenen, selbstbestimmten Menschen mit Selbstachtung, der sich dennoch sexuell verfügbar macht, mit einem Opfer gleichzusetzen, das aus (berechtigter) Furcht vor Körperverletzungen sexuelle Handlungen über sich ergehen lässt. Ersteres mag zwar eine durchaus erhebliche Zumutung sein; jedoch kann von jeder Person

<sup>7</sup> BGBl. I 2016, S. 2460.

<sup>8</sup> BT-Drs. 18/8210, S. 7 f.; BT-Drs. 18/9097, S. 2.

<sup>9</sup> Vgl. zur damals noch erforderlichen Finalität *BGH*, NSTZ 2005, 268 (269).

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drs. 18/8210, S. 10 f.

<sup>11</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 25; in Betracht kam damals jedoch eine Strafbarkeit wegen (tätlicher) Beleidigung, *T. Walter*, JR 2016, 361 (362).

<sup>12</sup> A.A. *Franzke*, BRJ 2019, 114 (120 ff.), der eine Strafbarkeit wegen (versuchter) Körperverletzung und Beleidigung annimmt – und eine Strafbarkeit nach dem neuen Sexualstrafrecht verneint; diese Auffassung lässt das vom Opfer grundsätzlich nicht zu rechtfertigende Selbstbestimmungsrecht aber außer Betracht.

<sup>13</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 21; *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (14); jetzt als Qualifikationstatbestand, § 177 Abs. 5 StGB.

<sup>14</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.; *Fischer*, NSTZ 2019, 580 (581); *Rohmann*, Praxis der Rechtspsychologie 27 (2017), S. 27 (31).

<sup>15</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 22 f.; *Fischer*, StGB, 67. Aufl. (2020), § 177 Rn. 13; kritisch zum konkludenten Verhalten *Hörnle*, NSTZ 2017, 13 (15); *Lederer*, StraFo 2018, 280 (283).

<sup>16</sup> Kritisch zur unterlassenen Anpassung des Strafrahmens bei der nun „gewaltfreien“ Vergewaltigung *Deckers*, StV 2017, 410 (411).

<sup>17</sup> *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 4, schreibt von einer Viktimisierung des Frauenbilds und einer Infantilisierung der Opferposition; kritisch auch *Lederer*, StraFo 2018, 280 (281 f.).

<sup>18</sup> *Deckers*, StV 2017, 410 (411).

grundsätzlich verlangt werden, zum Schutz ihrer Person und ihrer Interessen sowie zum Wahren ihrer Belange mitunter schwierige – aber freie – Entscheidungen zu treffen.<sup>19</sup> Entscheidet sie sich bewusst für den sexuellen Akt, muss eine Strafbarkeit ausscheiden – ungeachtet ihrer Motive.<sup>20</sup>

Verallgemeinern lässt sich die Kritik aber nicht, soll § 177 StGB die Opfer zu Recht davor schützen, *zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt zu werden*.<sup>21</sup> Natürlich verläuft die strafbewehrte Grenze fließend, und die Zweifel an der daraus resultierenden Unbestimmtheit lassen sich durchaus hören.<sup>22</sup> Doch die Grenze ist überschritten, sobald eine *freie* Entscheidung über das „Ob“, das „Wann“ und das „Wie“ einer sexuellen Begegnung vom Täter ignoriert wird oder überhaupt nicht (mehr) möglich ist.<sup>23</sup> Immerhin soll laut Gesetzgeber, der freie „Wille des Opfers [...] in das Zentrum der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gestellt werden“.<sup>24</sup> Mit anderen Worten kommt es also auf *Freiwilligkeit* oder eben *Unfreiwilligkeit* an. Und eine Handlung ist unfreiwillig, wenn die betroffene Person (subjektiv) keine andere Wahl hat, als die konkrete sexuelle Handlung zu erdulden.<sup>25</sup>

Das ist einerseits gegeben, wenn die Umstände einen so starken seelischen Druck auf das Opfer ausüben, dass es gar nicht mehr anders kann, als die sexuelle Handlung über sich ergehen zu lassen. Das Opfer hat (subjektiv) keine Wahl und keine Handlungsalternative. Unfreiwillig ist die Handlung aber andererseits auch dann, wenn dem Opfer von Anfang an gar keine Möglichkeit gegeben wird, selbst zu entscheiden. So liegt es größtenteils bei § 177 Abs. 2 StGB: Hier muss weder ein entgegenstehender Wille des Opfers erkennbar sein, noch bedarf es – mit Ausnahme von § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB – Handlungen des Täters mit Nötigungscharakter.<sup>26</sup> So genügt für eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB, dass der Täter für eine sexuelle Handlung eine Situation ausnutzt, in der das Opfer gar nicht erst in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern.<sup>27</sup> Eine solche

liegt zum Beispiel vor, wenn das Opfer aufgrund schwerster Behinderung schlicht nicht kommunizieren kann – dann greift in der Regel gar der Qualifikationstatbestand § 177 Abs. 4 StGB<sup>28</sup> – oder durch K.O.-Tropfen oder Alkoholkonsum das Bewusstsein verloren hat.

Unfreiwillig ist eine sexuelle Handlung aber vor allem dann, wenn das Opfer einen entgegenstehenden Willen unmissverständlich formuliert hat, sich der Täter aber bewusst über diesen hinwegsetzt. Und ein solcher Fall ist beim Stealthing gegeben.

### III. Zur Strafbarkeit von „Stealthing“

#### 1. „Ja“ zu geschütztem, „Nein“ zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr

Bereits die absprachewidrige ungeschützte Penetration erfüllt den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB – und ungeachtet einer etwaigen Ejakulation.<sup>29</sup> Denn das Einverständnis des oder der Geschädigten bezieht sich allein auf den Bereich des *geschützten* Geschlechtsverkehrs. Nur und ausschließlich für diesen liegt eine freie und selbstbestimmte Entscheidung vor, und zwar hinsichtlich des „Ob“ (überhaupt) und des „Wie“, also der konkreten Modalitäten des sexuellen Akts. Alles, was über dieses „Wie“ hinausgeht, ist – wenn es sich denn als erhebliche Abweichung, als *Aliud*, entpuppt – logischerweise nicht von der erteilten Zustimmung gedeckt und somit als ausdrückliche Ablehnung zu verstehen: „Ja“ zu geschütztem, „Nein“ zu ungeschütztem Geschlechtsverkehr. Anders lässt sich eine Aussage wie „Aber nur mit Kondom“ nicht verstehen.<sup>30</sup>

Zwar ist *Wolters* insoweit zuzustimmen, wenn er schreibt, ein ausdrückliches „Ja“ begründe automatisch noch kein *erklärtes* „Nein“.<sup>31</sup> Doch weder verlangt der Gesetzgeber zwingend ein „Nein“ *expressis verbis*, so dass ein entgegenstehender Wille grundsätzlich auch aufgrund schlüssigen Verhaltens geäußert werden kann,<sup>32</sup> noch ist die vorliegende mit der von *Wolters* beschriebenen Situation vergleichbar, in der sich das Opfer den entgegenstehenden

<sup>19</sup> Rohmann, *Praxis der Rechtspsychologie* 27 (2017), S. 27 (37); siehe auch Hörnle, *ZStW* 127 (2016), 851 (882); T. Walter, *JR* 2016, 361 (364 f.).

<sup>20</sup> Anders, aber ohne klares Abgrenzungsmerkmal Hörnle, *ZStW* 127 (2016), 851 (883 ff.): entscheidend sei die Verantwortung des „Täters“ für das Entstehen oder die Vergrößerung eines Dilemmas aufseiten des „Opfers“ – das hat aber m. E. wenig mit Autonomie zu tun.

<sup>21</sup> Renzikowski, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), Vor § 174 Rn. 8; vgl. auch Hörnle, *ZStW* 127 (2016), 851 (859).

<sup>22</sup> Vgl. Frommel, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. (2017), § 177 Rn. 100 f.; dagegen Renzikowski, in: *MüKo-StGB*, § 177 Rn. 4.

<sup>23</sup> Renzikowski, in: *MüKo-StGB*, Vor § 174 Rn. 8; Vavra, *ZIS* 2018, 611 (612).

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 21 (Hervorhebung von mir).

<sup>25</sup> Das Erfordernis der Freiwilligkeit ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/9097, S. 24.

<sup>26</sup> Nur § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB „rechtfertigt“ demnach die amtliche Überschrift „sexuelle Nötigung“, Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. (2019), § 177 Rn. 53; Fischer, *StGB*, § 177 Rn. 5.

<sup>27</sup> Hörnle, *ZStW* 127 (2016), 851 (871 f.).

<sup>28</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 27; die Reformkommission empfiehlt, Abs. 4 zu streichen, da kein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung gegenüber Menschen besteht, die sich aufgrund anderer Umstände in einem Zustand der Unfähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung befinden, BMJV, Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, S. 303 f.

<sup>29</sup> So auch Hoven, *NStZ* 2020, 578 (581); *Wolters*, in: FS Merkel, 2020, S. 951 (964 f.); deutlicher: *ders.*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, *StGB*, 5. Aufl. (2020), § 177 Rn. 19; Ziegler, in: BeckOK-StGB, 48. Ed. 2020, § 177 Rn. 9a; siehe auch KG, *Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS* 2020, 18243 (Rn. 23): schon für den ungeschützten Geschlechtsverkehr *an sich* stand der Wille der Nebenklägerin *erkennbar* entgegen (Hervorhebung von mir).

<sup>30</sup> A.A. offenbar Denzel/Kramer da Fonseca Calixto, *KriPoZ* 2019, 347 (353 f.) und Franzke, *BRJ* 2019, 114 (118), der auch für das Entfernen des Kondoms weiterhin von einem faktisch bestehenden Willen ausgeht; auch Schumann/Schefer, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (821 f.), lehnen i.E. eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 StGB mangels *Erkennbarkeit* des entgegenstehenden Willens ab.

<sup>31</sup> *Wolters*, in: FS Merkel, 2020, S. 951 (962), Hervorhebung im Original; siehe auch zum Folgenden *dessen* weitgehend inhaltsgleiche Kommentierung in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, *StGB*, § 177 Rn. 15 ff.

<sup>32</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 23; Fischer, *StGB*, § 177 Rn. 13.

Willen nur innerlich vorbehalten hatte. Vielmehr findet das subjektive Nichteinverständnis den erforderlichen objektiven Ausdruck in der Erklärung des Opfers, den Geschlechtsverkehr ausschließlich mit Kondom zu wollen.<sup>33</sup> Denn die Ablehnung von ungeschütztem Geschlechtsverkehr ist die schlüssige, logische – und somit für jeden (als hypothetische Person gedachten Dritten) objektiv erkennbare – Kehrseite von dem vereinbarten geschützten Geschlechtsverkehr.<sup>34</sup> Damit liegt auch keine „ambivalente“ Motivlage im Sinne des Gesetzgebers vor.<sup>35</sup> Vom Opfer zu verlangen, auch darauf ausdrücklich hinzuweisen, ist mehr als lebensfremd.

Somit kommt es gar nicht darauf an, ob der Täter das Opfer getäuscht hat, zumal nach wohl herrschender Auffassung eine bloße Täuschung nach der „Nein heißt Nein“-Lösung straflos wäre.<sup>36</sup> Abgesehen von der Strafzumessung im engeren Sinne macht es ferner keinen Unterschied, ob der Täter das Abstreifen des Kondoms von Anfang an geplant hatte, oder ob er sich erst während des Geschlechtsverkehrs „spontan“ dazu entscheidet. Beim Stealthing besitzt eine etwaige Täuschung keine rechtliche Relevanz, denn der oder die Geschädigte hat seinen Widerwillen bereits unmissverständlich geäußert.<sup>37</sup>

## 2. „Safer Sex“ ist nicht gleich ungeschützter Sex

Zweitens handelt es sich um eine *erhebliche* Abweichung im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB. Das KG führt dazu zutreffend aus, dass ein ungeschützter Geschlechtsverkehr im Verhältnis zum Geschlechtsverkehr mit Kondom in sexualstrafrechtlicher Hinsicht „ein wesentlich anderes Gepräge erhält“. Dies folgt bereits aus der Tatsache, dass sich die sexuelle Handlung durch die Verwendung eines Kondoms *objektiv* unterscheidet.<sup>38</sup> Der sexuelle Kontakt mit der Haut eines Penis ist grundverschieden vom Kontakt

mit einem Kondom. Zudem dient ein solches etwa mangels gefestigten Vertrauens als mentale Barriere vor zu enger Intimität – oder als Schutz vor Schwangerschaft, Ansteckung mit etwaigen Geschlechtskrankheiten und, ganz allgemein, unerwünschtem Austausch von Körperflüssigkeit.<sup>39</sup> Mögen auch tatsächliche Gesundheitsgefahren keine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers begründen, sind doch die *Sorge* um die eigene Gesundheit und die bewusste Entscheidung gegen etwaige Gesundheitsrisiken zu respektieren.<sup>40</sup> Dies wird auch darin deutlich, dass die geschützte Form sexueller Betätigung in der Alltagssprache mit einer eigenen Begrifflichkeit versehen ist: „Safer Sex“.<sup>41</sup> Ungeschützter Geschlechtsverkehr erfordert daher eine eigenständige, separate Zustimmung in diesen Fällen. Liegt eine solche nicht vor, handelt der Täter gegen den erkennbaren Willen des Opfers.

Anders als etwa *Fischer* (ohne nähere Begründung) behauptet, bezieht sich das Einverständnis gerade nicht auf die sexuelle Handlung der Penetration insgesamt.<sup>42</sup> Denn sonst wäre die meist sogar ausdrückliche Erklärung des Opfers, auf das Verwenden eines Kondoms zu bestehen, strafrechtlich ohne Bedeutung. Zu Recht weist das KG darauf hin, dass das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Opfers schon allein deshalb rechtserheblich verletzt ist, weil es „von dem penetrierenden Sexualpartner bewusst zu einem bloßen Objekt fremdbestimmten sexuellen Tuns herabgesetzt und für dessen persönliche sexuelle Befriedigung benutzt [wird].“<sup>43</sup> Stealthing unterscheidet sich somit nicht von der – auch nach *Fischer* und *Heger* – unstrittig strafbewehrten Situation,<sup>44</sup> in der sich das Einverständnis nur auf bestimmte sexuelle Handlungen bezieht und andere ausschließt, sich der Täter aber über die Grenzen des Einverständnisses hinwegsetzt – zum Beispiel ungewollter Anal- statt vaginaler Verkehr oder forciertes tiefes orales Eindringen („*deep throat*“).<sup>45</sup> Ansonsten wäre ein

<sup>33</sup> Vgl. *Wolters*, in: FS Merkel, 2020, S. 951 (961); daher folgerichtig *ders.*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 177 Rn. 19.

<sup>34</sup> Das verkennen *Franzke*, BRJ 2019, 114 (117 ff.) und *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819 ff.).

<sup>35</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9097, S. 23.

<sup>36</sup> Zur h.A. *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 2a; *Hoven*, NStZ 2020, 578 (581); *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 13 Rn. 106 f.; *Wolters*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, § 177 Rn. 18; allgemein *Jeschke/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), § 34 I 2, S. 374; *Rönnau*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2019), Vor § 32 Rn. 159; a.A. *Hörnle*, ZStW 127 (2016), 851 (881) und *Vavra*, ZIS 2018, 611 (614): eine solche Täuschung führe zur Unwirksamkeit der erteilten Zustimmung; das sexuelle Selbstbestimmungsrecht sei stets betroffen, wenn über Tatsachen getäuscht werde, die für die betroffene Person notwendige Bedingungen für die konkrete sexuelle Handlung seien („*Dealbreaker*“); der Gesetzgeber schweigt bislang zum Umgang mit Manipulationen und Täuschungen, so dass unklar ist, ob er auf Täuschung beruhende sexuelle Handlungen von § 177 StGB erfasst sieht; dagegen *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (157 f.) die daher für eine Gesetzesänderung plädieren (159 ff.).

<sup>37</sup> Vgl. auch *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391 f.); a.A. *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (353), nach denen der „Kerngehalt der sexuellen Selbstbestimmung“ beim Stealthing nicht berührt sei; vielmehr gehöre es – so die Autoren – zum allgemeinen Lebensrisiko, sich auf bestimmte Informationen zu verlassen, auch wenn sie falsch und *conditio sine qua non* für eine sexuelle Handlung seien (351); knapp *Hoven/Weigend*, KriPoZ 2018, 156 (159).

<sup>38</sup> KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 19), Hervorhebung von mir.

<sup>39</sup> Siehe auch *Brodsky*, Columbia Journal of Gender and Law 32 (2017) S. 183 (190–191, 195); *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (354); *Linoh/Wettmann*, ZIS 2020, 383 (391, 395); kommt es tatsächlich zu einer spürbaren Infizierung mit einer Geschlechtskrankheit, liegt selbstverständlich auch eine (gefährliche) Körperverletzung vor; dazu *Makepeace*, ZJS 2020, 189 (190 ff.).

<sup>40</sup> *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (815 f.); siehe bereits *Hörnle*, ZStW 127 (2016), 851 (863); a.A. das AG Kiel, Urt. v. 17.11.2020 – 38 Ds 559 Js 11670/18 = BeckRS 2020, 38969 (Rn. 9), für das Geschlechtsverkehr mit oder ohne Kondom keinen Unterschied macht.

<sup>41</sup> KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 19).

<sup>42</sup> *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 9b; so auch *Heger*, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. (2018), § 177 Rn. 5; siehe auch AG Kiel, Urt. v. 17.11.2020 – 38 Ds 559 Js 11670/18 = BeckRS 2020, 38969 (Rn. 8): maßgebend sei allein, dass der Geschlechtsverkehr jeweils vaginal sei.

<sup>43</sup> Vgl. KG, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 17); somit liegt auch eine erhebliche sexuelle Handlung im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB vor, *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17); *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819): „andernfalls wäre die geäußerte Entscheidung von vornherein sinnlos“.

<sup>44</sup> Vgl. *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 9b; *Heger*, in: Lackner/Kühl, § 177 Rn. 5.

<sup>45</sup> So ausdrücklich auch *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (355); a.A. wieder *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354): das „Wesen der sexuellen Handlung *Penetration*“ werde nicht verändert.

Einverständnis, obgleich es ausdrücklich nur auf bestimmte Formen sexuellen Kontakts erteilt wird, als „Blanko-Konsens“ und „Freifahrtsschein“ zu verstehen für jegliche sexuellen Handlungen, und zwar im Belieben des Täters.

### 3. „Stealthing“ als strafrechtlich relevante Zäsur

Zu Recht widerspricht das *KG* auch der Argumentation der Verteidigung, nach der eine Strafbarkeit einen einheitlichen Lebenssachverhalts unnatürlich aufspalte.<sup>46</sup> Das vorsätzliche, heimliche Abstreifen des Kondoms stellt nämlich eine strafrechtlich relevante Zäsur dar, die sich zudem *objektiv* bestimmen lässt: Indem der Täter den Geschlechtsverkehr unterbricht, um das Kondom abzuziehen, das Kondom entfernt und mit der nun ungeschützten Penetration fortfährt, lassen sich die beiden sexuellen Handlungen eindeutig unterscheiden.<sup>47</sup> Diese Differenzierung lässt somit eine neue Beurteilung der Strafbarkeit zu: Vor dem Abziehen des Kondoms ist der Geschlechtsverkehr vom Einverständnis umfasst und folglich straflos – nach dem heimlichen Abziehen und bei Wiederpenetration hingegen strafbar.

Damit kommt es auch nicht darauf an, ob der oder die Geschädigte die erneute, nun ungeschützte Penetration bemerkt und der Täter von einer weiteren Fortsetzung absieht – zumal es lebensfremd wäre, eine solche Kontrolle, ob das Kondom noch vorhanden ist, von der betroffenen Person zu verlangen.<sup>48</sup> Entscheidend ist der entgegenstehende Wille *zum Zeitpunkt der sexuellen Handlung*,<sup>49</sup> hier also zum Zeitpunkt des erneuten Eindringens ungeachtet des weiteren Geschehens. Und zu diesem Zeitpunkt bestand das Opfer auf das Verwenden eines Kondoms.

### 4. „Stealthing“ als Vergewaltigung

Richtigerweise ist das Stealthing auch stets als Vergewaltigung im Sinne von § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB einzuordnen. Das Regelbeispiel ist grundsätzlich erfüllt, wenn der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht. Penetriert der Täter den oder die Geschädigte vaginal oder anal, bedarf es darüberhinausgehend keiner Feststellung einer besonderen Erniedrigung, da sich der entsprechende Relativsatz nur auf ähnliche sexuelle Handlungen bezieht.<sup>50</sup> Nicht anders verhält es sich beim Stealthing.<sup>51</sup> Denn auch hinsichtlich der Erfüllung des Regelbeispiels der Vergewaltigung kommt es allein auf den Tatzeitpunkt nach dem heimlichen Entfernen des Kondoms an. Dass der Geschlechtsverkehr vor dieser Zäsur einvernehmlich war, spielt für die rechtliche Würdigung der späteren sexuellen Handlung wie gezeigt keine Rolle. Und nach der

Zäsur ist die dann ungeschützte Penetration nichts anderes als Beischlaf gegen den Willen des Opfers im Sinne des § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB.

Beim Stealthing besteht zudem kein Grund, die Verwirklichung des Regelbeispiels ausnahmsweise abzulehnen,<sup>52</sup> und zwar wieder unabhängig davon, ob der Täter den Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss vollzieht. Letzteres ist vielmehr als besonders erniedrigende Tatmodalität in der Strafzumessung im engeren Sinne strafschärfend zu berücksichtigen.<sup>53</sup> Umstände, die es Gerichten in atypischen Fällen ermöglichen sollen, von einer Strafschärfung abzusehen, liegen beim Stealthing grundsätzlich nicht vor. Im Gegenteil: Das vorsätzliche Hinwegsehen des Täters über die ausdrücklichen Belange des oder der Geschädigten degradiert das Opfer gerade „zum bloßen Sexualobjekt unter Missachtung [der] Menschenwürde“.<sup>54</sup> Sollte man das geschriebene Regelbeispiel der Vergewaltigung verneinen, liegt erst recht und mindestens ein unbenannter besonders schwerer Fall vor, kommt das Stealthing einer Vergewaltigung doch zumindest sehr nahe („rape-adjacent“).

## IV. Fazit: Das wahre Problem ist ein anderes

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Phänomen des Stealthing sehr wohl strafbar ist, und zwar nach dem neuen Sexualstrafrecht. Indem sich der Täter gegen den unmissverständlichen Willen der oder des Geschädigten hinwegsetzt, nur mit geschütztem Geschlechtsverkehr einverstanden zu sein, verwirklicht er den Tatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB. Dass das Opfer einem ungeschützten Geschlechtsverkehr nicht ausdrücklich widersprochen hatte, ändert nichts an der Strafbarkeit. Denn die Ablehnung von ungeschütztem Geschlechtsverkehr ist die logische und objektiv erkennbare Kehrseite des vereinbarten geschützten Geschlechtsverkehrs. Ungeschützter und „Safer Sex“ sind grundverschieden, so dass die fortgesetzte ungeschützte Penetration ein erhebliches *Aliud* im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB ist. Stealthing unterscheidet sich daher nicht von anderen Fallgruppen, in denen sich der Täter über die Grenzen des Einverständnisses hinwegsetzt. Schließlich sind das heimliche Abstreifen des Kondoms und die ungeschützte Wiederpenetration als strafrechtlich relevante Zäsur anzusehen, die eine neue Beurteilung der Strafbarkeit ermöglicht: Vor Abziehen des Kondoms ist der Geschlechtsverkehr straflos, danach hingegen strafbar. Und da die ungeschützte Penetration nichts anderes ist als Beischlaf gegen den Willen des Opfers, kann ohne weiteres das Regelbeispiel der Vergewaltigung nach § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 StGB angenommen werden.

<sup>46</sup> Vgl. *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 31); siehe aber *Denzel/Kramer da Fonseca Calixto*, KriPoZ 2019, 347 (354); *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (17).

<sup>47</sup> So auch *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (356).

<sup>48</sup> *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (357); *Schumann/Schefer*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 811 (819).

<sup>49</sup> Vgl. nur BT-Drs. 18/9097, S. 23; *BGH*, NStZ 2019, 717 (718); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 19; *El-Ghazi*, ZIS 2017, 157 (163); *Wolters*, in: FS Merkel, 2020, S. 951 (956).

<sup>50</sup> *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 177 Rn. 100; *Wolters/Noltenius*, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 177 Rn. 85; siehe auch *BGH*, StV 2000, 198; StV 2000, 308.

<sup>51</sup> Vgl. *KG*, Beschl. v. 27.7.2020 – 4 Ss 58/20 = BeckRS 2020, 18243 (Rn. 41).

<sup>52</sup> Daher jeweils in sich widersprüchlich die Vorinstanz *AG Berlin-Tiergarten*, Urt. v. 11.12.2018 – 278 Ls 14/18 (Rn. 35 ff.) und *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584); weitgehend offen gelassen von *Herzog*, in: FS Fischer, 2018, S. 351 (359) und *Hoffmann*, NStZ 2019, 16 (18).

<sup>53</sup> Vgl. *BGHSt.* 37, 153 (154); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 177 Rn. 188; *Schneider*, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2020), § 46 Rn. 265.

<sup>54</sup> Vgl. *Hoven*, NStZ 2020, 578 (584), deren Vergleich mit der von ihr zitierten Entscheidung des *LG Bamberg* nicht passt.

So viel zum materiellen Strafrecht. Auf einem ganz anderen Blatt Papier steht das Verfahrensrecht. Und diesbezüglich ist *Fischer* beizupflichten, der vor Problemen bei der Beweiswürdigung warnt.<sup>55</sup> Diese Probleme sind aber den Stealthing-Fällen nicht vorbehalten. Da Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung meist zwischen zwei Personen ohne weitere Zeugen oder sachliche Beweismittel stattfinden, stehen Gerichte fast immer vor diesem kaum zu lösenden Beweisproblem.<sup>56</sup> In Verfahren zum neuen Sexualstrafrecht bildet meist allein die Aussage des mutmaßlichen Opfers die Grundlage der Verurteilung. Bereits im Gesetzgebungsverfahren wurde daher auf ein „nicht hinnehmbares Maß an Unsicherheit“ hingewiesen, das auf „eine fast unlösbare Aufgabe spekulativer Glaubwürdigkeits-Begutachtung“ hinauslaufe.<sup>57</sup>

Das neue Sexualstrafrecht führt zwangsläufig zu einem Anstieg dieser sogenannten Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen.<sup>58</sup> Und in einer solchen Verfahrenssituation stellt sich für das Gericht nur eine Frage: welcher Aussage es Glauben schenkt. Die Antwort auf diese Frage ist die wahrscheinlich größte Schwierigkeit, die dem neuen Sexualstrafrecht immanent ist. Ihr kann an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden. Doch so viel sei verraten: da die aussagepsychologische Glaubhaftigkeitsbegutachtung kaum mehr sinnvoll angewendet werden kann, wird der Ruf laut nach alternativen Methoden, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu ermitteln.

<sup>55</sup> *Fischer*, StGB, § 177 Rn. 9a und 18a.

<sup>56</sup> *Hofmann*, Praxis der Rechtspsychologie 27 (2017), S. 7 (17); *Wolters/Noltenius*, in: SK-StGB, § 177 Rn. 15.

<sup>57</sup> Nachweise bei *Hofmann*, Praxis der Rechtspsychologie 27 (2017), S. 7 (18).

<sup>58</sup> BMJV, Abschlussbericht, S. 50.

## Alternativansätze zur Senkung überlanger Verweildauern im Maßregelvollzug gemäß § 63 StGB

*Ein Überblick aus Sicht der Versorgungsepidemiologie und Behandlungspraxis*

von Dr. Jan Querengässer und  
Prof. Dr. Boris Schiffer\*

### Abstract

Die 2016 erfolgte und damit jüngste Novellierung des Maßregelrechts zielte primär darauf, die Verweildauern im Rahmen einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB zu reduzieren. Dies geschah in erster Linie durch die Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der jährlichen Überprüfung der weiteren Vollstreckung der Maßregel durch die Strafvollstreckungskammern. Bereits kurz nach der Novelle wurden vermutete Probleme und zu überwindende Herausforderungen benannt, die sich durch die rechtspraktische Umsetzung der Neuregelungen für Maßregelvollzugskliniken und Nachsorgeeinrichtungen ergaben. Nicht wenige dieser Befürchtungen traten mittlerweile ein, ohne dass bisher eine nachhaltige Verringerung der Verweildauern – und damit des Belegungsdruckes im stationären Maßregelvollzug – erreicht werden konnte. Der vorliegende Aufsatz fasst daher Alternativansätze zur Senkung überlanger Verweildauern zusammen, die sich auf das erkennende Verfahren, die laufende Vollstreckung bzw. den Vollzug der Maßregel sowie die Behandlung nach der Unterbringung gem. § 63 StGB beziehen, aber auch auf der Ebene der Gesetzgebung, der Rechtsprechung sowie der Vollzugs- und Behandlungspraxis ansetzen. Allen diskutierten Vorschlägen, die aus der versorgungsepidemiologischen und therapeutischen Perspektive der Autoren hervorgehen, ist gemein, dass sie zwar komplexer daher kommen als die Novelle einzelner Strafrechtsparagrafen – dass sie aber mutmaßlich nachhaltiger und mit weniger „Nebenwirkungen“ versehen das erklärte Ziel der Senkung von Belegung und Verweildauern im psychiatrischen Maßregelvollzug bewirken würden.

*The 2016 amendment to the German law on special measures, which is the most recent, was primarily aimed at reducing the length of stay in psychiatric hospitals pursuant to Section 63 of the German Criminal Code (StGB). This was predominantly accomplished by strengthening the principle of proportionality in the annual review of the further enforcement of the detention measure by the Chambers for the Execution of Sentences. Shortly after the amendment, suspected problems and challenges to overcome were identified that arose from the practical legal*

*implementation of the new regulations for forensic psychiatric hospitals and aftercare facilities. Quite a few of these fears have since materialized, without any sustainable reduction in lengths of stay, which results in occupancy pressures in the inpatient psychiatric hospital, having been achieved to date. Therefore, this paper summarizes alternative approaches to reducing excessively long lengths of stay, which relate to the adjudicatory process, the ongoing enforcement or execution of the measure, and treatment after placement pursuant to Section 63 of the Criminal Code, but also addresses the legislative, judicial, and correctional and treatment practice aspects. All the proposals discussed, which are based on the authors' epidemiological and therapeutic perspectives, have in common that they are more complex than the amendment of individual paragraphs of criminal law, but that they would presumably achieve the declared goal of reducing the occupancy rate and length of stay in forensic psychiatric hospitals more sustainably and with fewer "side effects".*

### I. Ausgangslage

*1. Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB und zur Änderung anderer Vorschriften von 2016*

Die letzte größere Novellierung der Maßregelparagrafen und ihrer Begleitvorschriften in 2016 erfolgte nicht zuletzt mit dem Ziel, den ansteigenden Verweildauern und der Belegungszunahme in den Kliniken des Maßregelvollzugs (MRV) gemäß § 63 StGB Einhalt zu gebieten.<sup>1</sup> Überlange Unterbringungen sollten insbesondere durch die Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deutlich erschwert werden. Die normative Umsetzung in § 67d Abs. 6 StGB erfolgte in Form einer Etablierung zweier Zeitschwellen, ab deren Überschreitung die Fortdauer einer Unterbringung durch die zuständige Strafvollstreckungskammer regelhaft für unverhältnismäßig zu erklären ist, sofern vom Untergebrachten außerhalb des MRV keine Straftaten mehr drohen, die mit einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung der potentiellen Opfer einhergingen (Zeitschwelle 10 Jahre) oder diese zumindest in die Gefahr einer solch schweren Schädigung brächten (Zeitschwelle 6 Jahre).

\* Dr. Jan Querengässer und Prof. Dr. Boris Schiffer koordinieren bzw. leiten den Fachbereich Versorgungsforschung der LWL-Akademie für forensische Psychiatrie (LWL-AFoPs). Prof. Dr. Boris Schiffer ist zudem Leiter der Abteilung Forensische Psychiatrie

und Psychotherapie am LWL-Universitätsklinikum der Ruhr-Universität Bochum.

<sup>1</sup> BT-Drs. 18/7244.

## 2. Vermutete und beobachtete Folgen der Novellierung

Während große Zustimmung und Einigkeit hinsichtlich des Ziels der Senkung der Unterbringungszahlen und -dauern vorherrschte, erhob sich doch deutliche Kritik an der Art und Weise, wie dieses Ziel vom Gesetzgeber zu erreichen versucht wurde.<sup>2</sup> Insbesondere auf das – im Vergleich zu Bewährungsauisetzungen gemäß § 67d Abs. 2 StGB – eingeschränkte Arsenal an Reaktionsmöglichkeiten auf Krisen oder problematischen Entwicklungen nach einer Erledigung der Maßregel wurde eindringlich hingewiesen<sup>3</sup> und weitere Herausforderungen für Therapie und Sozialarbeit im Maßregelvollzug wurden beschrieben und problematisiert.<sup>4</sup>

Eine umfassende empirische Evaluation der Reform steht zwar noch aus, jedoch werden mittlerweile erste versorgungsepidemiologische Folgen sichtbar. Während sich in einigen Bundesländern offenkundig nichts oder nur wenig an der gerichtlichen Entlasspraxis änderte,<sup>5</sup> erlebte insbesondere Nordrhein-Westfalen mit dem bundesweit höchsten Patientenbestand und vergleichsweise langen Unterbringungsauern in den ersten beiden Jahren nach der Novelle eine „Welle“ an Erledigungen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit: Kamen in 2014 und 2015 nur je rund 15% (n = 28 bzw. 26) der entlassenen Patienten im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitserledigung frei, so verdoppelte sich dieser Anteil (nach einem moderaten Anstieg auf 23% bzw. n = 38 in 2016<sup>6</sup>) auf 32% (n = 83) in 2017 und 30% (n = 72) in 2018.<sup>7</sup> Der Gesamtpatientenbestand wurde im selben Zeitraum (2014 – 2018) um knapp 9% (n = 177) Patienten reduziert. Hieraus eine nachhaltige Zielerreichung abzuleiten, wäre jedoch verfrüht. Erstens lag der Bestand an Patienten gemäß § 63 StGB in NRW 2018 – also nach der „Entlassungswelle“ – immer noch um 3% über jenem von 2008, während er bundesweit im selben Zeitraum um gut 5% zurückging. Zweitens scheint die Welle an Verhältnismäßigkeitserledigungen zuletzt auch in NRW wieder abzubauen. Vorläufigen Zahlen des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen zufolge sank die Zahl entsprechender Erledigungsentscheidungen von je über 70 in 2017 und 2018 auf 41 in 2019 und auf unter 20 in 2020.<sup>8</sup>

Hinzukommt, dass v.a. die Zunahme vorläufiger Unterbringungen gemäß § 126a StPO den Belegungsrückgang der letzten Jahre in NRW zuletzt nicht nur kompensierte, sondern gemeinsam mit dem weiterhin ungebrochenen Wachstum bei Neueinweisungen gem. § 64 StGB sogar zu einer dramatischen Überbelegung im MRV des Landes

NRW führt. Dies sei in Ermangelung der Werte für Gesamt-NRW mit Zahlen aus den Kliniken des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe (LWL) illustriert: Der Patientenbestand aller gem. § 63 StGB (Anzahl zzgl. gem. § 126a StPO Untergebrachter) untergebrachter Patienten betrug dort am 31.12.2016, also ein knappes halbes Jahr nach in Krafttreten des Gesetzes, n = 671 (n = 720), blieb auch 2 ½ Jahre nach Inkrafttreten mit n = 654 (n = 721) am 31.12.2018 in Summe stabil und steigt aufgrund der relativ hohen Zahl bei den vorläufig Untergebrachten sogar an; zum Stichtag 31.12.2019 auf n = 657 (n = 747) bzw. zum Stichtag 31.12.2020 auf n = 667 (n = 774). Die Anzahl der gem. § 63 StGB Untergebrachten erscheint zu den Stichtagen also recht stabil (zw. 654 und 689), während sich die Zahl der vorläufig Untergebrachten in den 4 ½ Jahren nach Novellierung mehr als verdoppelt hat (von 49 zum 31.12.2016 auf 107 zum 31.12.2020).

Unabhängig von den Zahlen bleibt im Einzelfall auch offen, ob ein Teil der auf Grundlage der Verhältnismäßigkeitsregelung entlassenen Patienten nicht ohnehin entlassen worden wäre – nach der Novelle nun aber eben auf einer anderen Rechtsgrundlage.

Insofern stellt sich die Frage, ob es nicht andere und möglicherweise effektivere Wege geben könnte, das Ziel eines Rückgangs der Verweildauern und des Bestandes an Maßregelvollzugspatienten gem. § 63 StGB insgesamt zu erreichen.

## II. Alternativvorschläge

Der vorliegende Text soll daher einen Überblick über Alternativvorschläge geben, wie das Ziel einer Senkung der Verweildauern im Maßregelvollzug gemäß § 63 StGB erreicht werden könnte. Nicht alle Vorschläge oder Ansatzpunkte sind neu oder innovativ (im Gegenteil: vieles wird seit mehreren Jahren gefordert), doch erscheint es auch in Anbetracht der oben beschriebenen Belegungsentwicklung wichtig, dem Thema erneut die nötige Aufmerksamkeit zu schenken. Als Gliederung wurde eine konsekutive Form gewählt – beginnend mit dem erkennenden Verfahren, über die Ausgestaltung der Unterbringung, bis hin zur Entlassung – auch wenn sich die Ebenen, auf die sich die Vorschläge beziehen (z.B. Gesetzgebung, Rechtsprechung, Vollzugs- und Behandlungspraxis), teilweise mischen bzw. in schneller Abfolge abwechseln.

<sup>2</sup> Baur, JR 2017, 413 (419); Schmidt-Quernheim, Kerbe 4 2017, 28 (31); Baur/Querengässer, MSchrKrim 2017, 313 (327).

<sup>3</sup> A.a.O.

<sup>4</sup> Querengässer/Jörges/Schiffer, R&P 2019, 68 (74).

<sup>5</sup> Dies betrifft beispielsweise Bayern, Hessen und Baden-Württemberg. Die Ursachen sind jedoch mutmaßlich verschieden: Während Baden-Württemberg wegen seiner insgesamt kurzen Verweildauern weniger Patienten „im kritischen Bereich“ aufweist, wurde in Hessen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits vor der Novelle durch die Rechtsprechung konsequenter als anderswo umgesetzt. Dass in Bayern trotz eher längerer durchschnittlicher Verweildauern (bislang) kaum von § 67d Abs. 6 StGB Gebrauch gemacht wurde, hängt wohl mit den Besonderheiten der freistaatlichen Justizkultur zusammen.

<sup>6</sup> Das Gesetz trat am 1. August 2016 in Kraft.

<sup>7</sup> Alle Daten entstammen dem Kerndatensatz von CEUS.

<sup>8</sup> Persönliche Emailkorrespondenz mit dem Referat Therapie und Sicherheit (IV B2) des MAGS NRW vom 15. Januar 2021.

## 1. Im erkennenden Verfahren

### a) Vermeidung des § 126a StPO als „verdeckte forensische Krisenintervention“

Dass es in den letzten Jahren offenbar zu einer Zunahme bei den Anordnungen einer einstweiligen Unterbringung gem. § 126a StPO kommt, darf überraschen, da die Verschärfung der Anforderung an eine Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB im Rahmen der Gesetzesnovellierung von 2016 eher auch einen Rückgang bei den Anordnungen gem. § 126a StPO hätten vermuten lassen. Denn in der entsprechenden Vorschrift wird in Absatz 1 explizit Bezug auf die zu erwartende Anordnung einer Unterbringung genommen: „Sind *dringende* Gründe für die Annahme vorhanden, daß jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 des Strafgesetzbuches) begangen hat und daß seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt angeordnet werden wird, so *kann* das Gericht durch Unterbringungsbefehl die einstweilige Unterbringung in einer dieser Anstalten anordnen, *wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert*“ (kursive Hervorhebungen durch die Autoren). § 63 StGB spricht von *erheblichen* rechtswidrigen Taten, die vom Täter zu erwarten sind und die mit *erheblichem* körperlichen oder seelischen Schaden für die Opfer oder mit *schwerem* Sachschaden einhergehen. § 126a StPO ist damit nicht nur eine Kann-Regelung (und keine Soll- oder gar Muss-Vorschrift), sie stellt durch die Beziehung zu § 63 StGB auch relativ hohe Hürden für ihre Anwendung auf.

Dem klinischen Eindruck zufolge werden diese Anforderungen jedoch zunehmend liberaler ausgelegt.<sup>9</sup> Es steigt nicht nur die Anzahl der Unterbrachten nach § 126a StPO,<sup>10</sup> sondern tendenziell auch der Anteil jener, deren vorläufige Unterbringung in der folgenden Hauptverhandlung nicht in einer Verurteilung gem. § 63 StGB resultiert. Dies kann primär zwei Gründe haben: Entweder lagen die Voraussetzungen gem. § 63 StGB bereits zu Beginn der vorläufigen Unterbringung nicht vor (s.o.) – oder aber bereits die während der vorläufigen Unterbringung erfolgten Behandlungsinterventionen reichten aus, um die Gefährlichkeit des vorläufig Unterbrachten unter die geforderte Erheblichkeit der zu besorgenden zukünftigen Taten zu drücken. Man könnte in diesen Fällen auch von verdeckten „forensischen Kriseninterventionen“ sprechen, die sich oft auf Patienten mit psychotischen Störungen beziehen, die in Allgemeinpsychiatrien oder anderen institutionellen Settings (auch im Rahmen öffentlich-rechtlicher Unterbringung nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker) nicht ausreichend behandelbar erscheinen oder als „untragbar“ gelten.<sup>11</sup> Eine neuere Auswertung<sup>12</sup> aus Baden-Württemberg deutet zusätzlich

daraufhin, dass zuletzt zwei weitere Gruppen zunehmend häufiger gem. § 126a StPO untergebracht werden: Wohnsitzlose und Migranten, die als Flüchtlinge in den letzten Jahren erst nach Deutschland zugewandert sind. Bei aller Vorläufigkeit der Befunde und der noch offenen Frage, ob sie auf das gesamte Bundesgebiet generalisierbar sind, könnten diese Phänomene ebenfalls so interpretiert werden, dass die Forensik zunehmend eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe übernimmt, die ihr nicht zugeordnet ist – nämlich jene der (Re-)Integration eher sozial randständiger Menschen.

Neben der Frage einer möglicherweise kritikwürdigen Auslegung des Gesetzes zur einstweiligen Unterbringung durch die jeweiligen Gerichte, stellt sich zum einen die gesellschaftliche Frage, ob eine solche Integration durch eine zunächst einmal hoch desintegrativ ausgelegte Institution gelingen kann und zum anderen auch die individuelle Frage, ob es nicht doch andere Behandlungsmöglichkeiten und -settings für diese Menschen geben könnte oder sogar geben müsste. Denn selbst wenn (v.a. kurzfristig) nach § 126a StPO behandelte Patienten zunächst in keinem Kontext zu überlangen Behandlungsdauern im MRV stehen – sie erhöhen die ohnehin schon bestehende Überbelegungssituation in den Kliniken und binden dabei überproportional viele Ressourcen. Dies hängt einerseits mit der oftmals eher akut imponierenden Psychopathologie und andererseits mit den rechtlichen Besonderheiten des Status zusammen: vorläufig Unterbrachte haben keine Mitwirkungspflicht bei Behandlungsangeboten und unterliegen zugleich höheren Sicherungsauflagen.

Neben der mutmaßlich gesunkenen Schwelle, gewalttätiges oder auch anderweitig deviantes Verhalten in anderen Behandlungs- oder Versorgungssettings zu dulden, drängt sich der Verdacht auf, dass der MRV in diesen Fällen systemisch bedingte Probleme auffängt v.a. in Bezug auf die Möglichkeiten einer längerfristigen öffentlich-rechtlichen Unterbringung,<sup>13</sup> die eine konsequente Behandlung der z.T. sehr „schwierigen“ Patienten mit einer geringen Compliance über einen längeren Zeitraum erlauben würde. Die Tatsache, dass die Erforderlichkeit der weiteren Unterbringung täglich aufs Neue überprüft, begründet und dokumentiert werden muss (vgl. § 17 Abs. 3 PsychKG NRW, das seit dem 1.1.2017 eine tägliche Überprüfung vorsieht – in der zuvor gültigen Fassung war lediglich eine „fortlaufende“ Prüfung vorgesehen), führt i.d.R. zu insuffizienten Behandlungen und dem bekannten Drehtürpatientenphänomen, welches vermutlich Gerichte wie zuständige Kliniken im Ergebnis gleichermaßen resignieren lässt.

Natürlich kann es sinnvoll sein, die Möglichkeit oder Notwendigkeit forensischer Kriseninterventionen als Primärsanktion<sup>14</sup> zu diskutieren. Dies sollte dann aber auch

<sup>9</sup> Um mit den Worten von *Garlipp/Ziegenbein/Haltenhof*, *Nervenheilkunde* 2013, 514 (519) zu sprechen, scheint sich das Spannungsfeld zwischen Forensifizierung (gewalttätiges Verhalten wird vorrangig als Delikt verstanden) und Neglect (gewalttätiges Verhalten wird vorrangig als Symptom im psychopathologischen und -dynamischen Zusammenhang gesehen) zugunsten von ersterem aufzulösen.

<sup>10</sup> *Schmidt-Quernheim*, *Bewährungshilfe* 2020, 253 (268).

<sup>11</sup> Siehe dazu auch *Saimeh*, *Kerbe* 4 2013, 19 (21).

<sup>12</sup> *Traub*, Digitaler Vortrag auf der virtuellen 35. Münchner Herbsttagung der AGFP am 8. Oktober 2020.

<sup>13</sup> Je nach Bundesland wird eine solche Unterbringung zumeist geregelt durch ein eigenständiges PsychKG oder PsychKHG.

<sup>14</sup> Als solche zu unterscheiden von einer Krisenintervention gem. § 67h StGB, die erst nach Aussetzung einer erfolgten Unterbringung gem. § 63 StGB angeordnet werden kann.

so benannt werden, anstatt dass es unter dem Deckmantel einer Rechtsvorschrift erfolgt, die zu einem ganz anderen Zweck konzipiert wurde. Diese Überlegungen stellen auch eine passende Überleitung zum zweiten Punkt dar.

#### b) *Ausdifferenzierung der forensisch-psychiatrischen Maßregel*

Gegenwärtig ist die Behandlung psychisch kranker und gem. §§ 20, 21 StGB mindestens als erheblich vermindert schuldfähig eingestuft Straftäter im deutschen Rechtssystem dichotom geregelt: entweder es erfolgt die zeitlich unbefristete stationäre Unterbringung gemäß § 63 StGB oder sie erfolgt nicht.<sup>15</sup> Dieses Regelsystem ist historisch erklärbar, spiegelt den aktuellen Wissensstand über störungs- und deliktsspezifische Behandlungsnotwendigkeiten jedoch nur unzureichend wider. Dabei geht es weniger um *Behandlungsinhalte*, denn selbstverständlich gilt es in MRV-Kliniken als *state of the art* individuelle Behandlungspläne zu erstellen und -elemente anzubieten. Doch der starre Rahmen des § 63 StGB setzt enge Grenzen und es sollte überlegt werden, wie auch strukturell ein individuelleres Eingehen auf *Behandlungsnotwendigkeiten* im forensischen Kontext möglich werden könnte. Dazu lohnt auch ein Blick auf die Regelungen anderer Länder, wie etwa der Schweiz.

Schon die Ausdifferenzierung in eine ambulante, teilstationäre, befristet stationäre (im Sinne einer Krisenintervention s.o.) und wie gehabt unbefristet stationäre Maßregel – etwa im Sinne eines gestuften Maßregelsanktionensystems – würde wesentlich individuellere Behandlungsverläufe ermöglichen, die sicherlich mit einem deutlich positiven Effekt auf die Behandlungsdauern insgesamt einhergehen würden ohne dabei die Sicherheit der Allgemeinheit unverhältnismäßig stark zu gefährden. Wie entsprechend differenzierte Maßregelstufen genau aussehen könnten, soll im Folgenden exemplarisch kurz skizziert werden:

#### aa) *Ambulante Maßregel*

Hierunter könnte zweierlei verstanden werden. Zunächst eine „klassische“ Behandlungsaufgabe, bei der ein psychisch kranker Straffälliger mit eher moderatem Gefährdungspotential initial zunächst unbefristet dazu verurteilt wird, regelmäßig (ggf. auch hochfrequent) an forensischen Einzel- und/oder Gruppentherapien im Sinne einer Komm-Struktur<sup>16</sup> teilzunehmen. Das Novum an einer solchen Maßregel wäre, dass die Therapeuten als Angehörige des MRV-Systems über das nötige forensische Wissen und Verständnis verfügten, direkt der Strafvollstreckungskammer (StVK) berichtspflichtig wären und ggf. auf kur-

zen Verfahrenswegen die Umwandlung in eine eingriffsintensivere Maßregel anregen könnten (bei deren Durchführung sie selbst im Sinne einer Behandlungskontinuität dem Betroffenen als Therapeut im Idealfall erhalten blieben).

Eine andere Form der ambulanten Maßregel (die v.a. für Patienten in Frage kommen dürfte, die in einem institutionellen Setting straffällig wurden) könnte die Etablierung forensischer „Task-Force“-Teams sein, die – bestehend aus erfahrenen forensischen Therapeuten, Sozialarbeitern und/oder Pflegekräften – die bereits involvierte Institution beraten, unterstützen und in Form einer Geh-Struktur<sup>17</sup> Patienten in dem ihnen bekannten Umfeld aufsuchen und behandeln.

Der Vorteil beider Regelungen wäre, dass Patienten in ihrem gewohnten Lebensumfeld und der etablierten Tagesstruktur verbleiben könnten. Denn für viele Patienten bedeutet allein die Aufnahme in eine forensische Klinik – ein Umfeld mit eigenen Regeln und Strukturen, und die damit einhergehende Notwendigkeit, sich neu zurechtzufinden – eine Destabilisierung, d.h. der Patient ist oftmals mehrere Monate vor allem damit beschäftigt, sich in der neuen Situation zurecht zu finden. Hinzu kommt, dass nach erfolgter MRV-Behandlung in der Regel wieder mit viel Aufwand ein institutioneller Empfangsraum geschaffen werden muss.

#### bb) *Teilstationäre Maßregel*

Eine andere Gruppe forensischer Patienten mit ebenfalls eher moderatem Gefährdungspotential wiederum dürfte von teilstationären Maßregeln gut profitieren. Auch hierbei wären zwei Varianten denkbar. Einerseits forensische tagesstationäre Angebote wie sie in der Allgemeinpsychiatrie inzwischen zum Standard gehören. Patienten würden hier nur tagsüber spezifische forensisch-psychiatrische Behandlungsangebote wahrnehmen und abends wieder in ihr gewohntes Lebens- und Wohnumfeld zurückkehren. Andererseits forensische Wohneinrichtungen, in denen Patienten wohnen, aber zu geregelten Tätigkeiten oder auch ausgewählten Freizeitaktivitäten die Einrichtung verlassen können. Natürlich fände in beiden Formen dieser teilstationären Maßregel spezifisch forensische, mithin deliktpräventive Behandlung statt. Während tagesstationäre Angebote für jene Patienten gedacht wären, die über ein stabiles Wohnumfeld und/oder gute familiäre Anbindung verfügen, aber durch mangelnde Tagesstruktur (einhergehend mit ihrer psychischen Erkrankung) ein manifestes Delinquenzrisiko aufweisen, wären forensisch geführte Wohnheime eher für jene Patienten geeignet, die Unterstützungsbedarf im Alltag aufweisen, aber schon etablierten tagesstrukturierten Tätigkeiten nachgehen. Ein

<sup>15</sup> Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf die Möglichkeit verwiesen, die stationäre MRV-Unterbringung initial zur Bewährung auszusetzen (gem. § 67b StGB) und das Wahrnehmen anderer Behandlungen als Bewährungsaufgabe auszusprechen. Praktisch wird davon aber nur selten Gebrauch gemacht, was sicherlich auch an hohen Hürden hinsichtlich Zuständigkeit, Finanzierbarkeit und Kontrollierbarkeit liegt. Siehe dazu auch *Schmidt-Quernheim* (Fn. 10), der nicht zu Unrecht häufigere Entlassungen gem. § 67b StGB anmahnt und dabei auch die Gerichtshilfe in die Pflicht nimmt.

<sup>16</sup> Der Betroffene kommt zu seinen Behandlern.

<sup>17</sup> Der Betroffene wird von seinen Behandlern aufgesucht.

typischer Fall wäre ein chronifiziert psychotischer Patient, der bei seinen Eltern lebt, mit denen es aber – resultierend aus gegenseitiger Überforderung – immer häufiger zu handgreiflichen Streitereien kommt, während er in einer Werkstatt für Menschen mit Behinderung eigentlich ganz gut eingegliedert ist.

cc) *Befristet stationäre Maßregel*

Für jene Patienten mit (akut) höherem Gefährdungspotential sollte die Möglichkeit einer (initial ausgesprochenen) zeitlich befristeten Krisenintervention geschaffen werden, bei der im Rahmen der bestehenden MRV-Strukturen Patienten mit klar umschriebenen Behandlungsauftrag zunächst nur für eine gewisse Zeit behandelt werden. Ein solcher Zeitrahmen könnte beispielsweise 6 oder auch 12 Monate darstellen, verbunden mit einer Möglichkeit einer weiteren befristeten Verlängerung um weitere max. 6 oder 12 Monate. Für den prototypischen Fall eines ausschließlich im Rahmen einer schizophrenen Erkrankung zu Gewalttaten neigenden Patienten ohne komorbide Störungen oder im engeren Sinne dissozialen bzw. kriminellen Entwicklung sollte dieser Zeitrahmen in der Regel ausreichen, eine rückfallpräventive Behandlung sowohl im Hinblick auf die Grunderkrankung als auch im Hinblick auf die damit in Zusammenhang stehende Gefährlichkeit zum Ziel zu führen.

Dass auch diese (eigentlich recht unkompliziert zu behandelnde) Gruppe von Patienten auch in Kliniken mit speziell auf diese Klientel zugeschnittenen sog. Schnellläuferstationen wesentlich länger in der Maßregel verbleibt, hängt vielleicht ein Stück an der Eigenlogik des Systems § 63 StGB, das mit seinen relativ starren Überprüfungs- und Behandlungsplanungsfristen sowie auch Lockerungsanforderungen nicht auf kürzere Verweildauern ausgelegt ist. Eine Befristung der Maßregel würde diese Logik umkehren und die Schaffung entsprechend effizienter Behandlungsstrukturen quasi erzwingen.

dd) *Unbefristet stationäre Maßregel, die der aktuellen Form des § 63 StGB entspräche*

Mit einer solchen Ausdifferenzierung einhergehen würde ein erweiterter Auftrag an gutachterliche Sachverständige, die im erkennenden Verfahren nicht nur (wie bisher) darauf eingehen müssten, ob die Eingangskriterien für §§ 20, 21 StGB und die Voraussetzung der Unterbringung gem. § 63 StGB vorliegen. Sie müssten nun in Abhängigkeit von Behandlungs-, Sozial- und Kriminalprognose beurteilen, welches das mildeste Sanktionsmittel darstellt, um die Behandlung der Anlasserkrankung zu gewährleisten und gleichzeitig die notwendige Sicherheit der Allgemeinheit zu wahren. Somit könnte auch hier das erkennende Gericht die (normative) Entscheidung, welche der Maßregelstufen geeignet erscheint, auf der Grundlage tatsächlicher Anknüpfungspunkte treffen. Um möglichen psychopathologischen Verschlechterungen und damit zunehmender

Gefährlichkeit oder (nicht zu vermeidenden) prognostischen Unschärfen gerecht zu werden, könnten und sollten in Form von verfahrensrechtlichen Begleitregelungen klare Kriterien definiert werden, unter welchen Voraussetzungen ggf. auch eingriffsintensivere Maßnahmen eingesetzt werden könnten.

Vor allem die ersten beiden ausdifferenzierten Maßregelstufen dürften sich wesentlich weniger als der aktuelle § 63 StGB in einem Spannungsfeld zum individuellen Freiheitsgrundrecht bewegen, was Bedenken hinsichtlich der (Un-) Verhältnismäßigkeit der angeordneten Maßregel sicherlich abschwächt.

Es ist daher wahrscheinlich, dass im Vergleich zu heute zwar sogar *häufiger* von den weniger eingriffsintensiven Maßregeln Gebrauch gemacht würde. Doch dürfte deren geringere Dauer und der niedrigere Platz- und Personalbedarf unterm Strich dennoch auf eine monetäre Entlastung des Steuerzahlers hinauslaufen.

Natürlich könnte eine Ausdifferenzierung der psychiatrischen Maßregel auch anders aussehen, als die vorstehende grobe (und sicherlich nicht zu Ende gedachte) Skizze,<sup>18</sup> grundsätzlich würde sich durch eine derartige Differenzierung jedoch auch ein anderer Webfehler des deutschen Sanktionensystems, der oben bereits angeklungen ist, beheben lassen: Die schuldstrafrechtrechtliche Spur folgt selbstverständlich einem Äquivalenzprinzip, die Höhe der verhängten Strafe (sei es Geld- oder Freiheitsstrafe) wird direkt nach der Höhe der Schuld bemessen. Eine entsprechende Äquivalenz fehlt bislang in der maßregelrechtlichen Spur. Denn unabhängig von Art und Höhe der Gefährdung, die von dem psychisch kranken Straffälligen ausgeht, steht genau eine Interventionsform zur Verfügung sobald die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist, unterhalb dieser Schwelle praktisch keine. Dass sich die Dauer der tatsächlich vollzogenen MRV-Unterbringung wiederum flexibel darstellt, ist dabei allenfalls als Notbehelf zu sehen. Denn einerseits richtet sie sich nicht nach der *initialen* Gefährlichkeit, sondern nach der *Gefährlichkeitsentwicklung*; andererseits hängt sie am Ende des Tages eben nicht nur von dem Untergebrachten ab, sondern auch von Setting- und anderen institutionellen Faktoren sowie letztlich auch individuellen Behandlerfaktoren. Die Ausdifferenzierung der psychiatrischen Maßregel in verschiedene Eingriffsintensitäten würde daher auch erstmals eine Art Gefährlichkeitsäquivalenz dieser Spur ermöglichen, was im Umkehrschluss aber eben auch bedeutet, dass die Gesellschaft und die Verantwortlichen von der Prämisse maximaler initialer Sicherung abrücken müssten.

<sup>18</sup> Mehr noch: Idealerweise sollte eine derartige Differenzierung einhergehen mit einer Neuordnung/-konzeptionierung des gesamten Sanktionensystems, also unter Einbezug der §§ 64, 66 StGB und unter Revision des alleinigen Eingangskriteriums der Schuldfähigkeit für eine Maßregel gem. § 63 StGB.

## 2. Während der Vollstreckung bzw. dem Vollzug der Maßregel

Dieser Abschnitt beschäftigt sich mit Möglichkeiten, wie im Rahmen einer laufenden unbefristeten Unterbringung gem. § 63 StGB überlange Unterbringungen verringert werden könnten.

### a) Verhältnismäßigkeitserwägungen im Lockerungsverlauf

Seit der Gesetzesnovelle kommt es spätestens nach dem Erreichen der 6-Jahresschwelle zu einem Auseinanderdriften der Anforderungen, die für die Gewährung von Lockerungen einerseits und den Entscheid über die Fortdauer der Maßregel andererseits gestellt werden. Während bezüglich letzterer zunehmend Verhältnismäßigkeitserwägungen eine Rolle spielen, basieren Lockerungen nach wie vor auf der Erreichung vorher definierter Behandlungsziele, sei es aufgrund klinischer Konvention oder gar festgeschrieben in Vollzugsgesetzen.<sup>19</sup> Anders ausgedrückt stehen sich Vollstreckungs- und Vollzugslogik zunehmend unverbunden gegenüber, was im Extremfall darin resultiert, dass Patienten auf der Grundlage einer Erledigung gem. § 67d Abs. 6 StGB entlassen werden, ohne vorher je einen Schritt (begleitet oder unbegleitet) vor die Kliniktür gesetzt zu haben. Dies öffnet nicht nur der Chronifizierung von Hospitalisierungseffekten Tür und Tor, es unterbindet auch die Gelegenheit der Bewährung, die mit Vollzugslockerungen verbunden ist und die ihrerseits eine wichtige Erkenntnisquelle für die Legalprognose darstellt (von der Motivationsquelle für den einzelnen Patienten, der dann wieder „etwas zu verlieren“ hat, einmal ganz abgesehen). Insofern wäre es wünschenswert, wenn bereits bei Lockerungsüberlegungen Verhältnismäßigkeitserwägungen einbezogen würden. Mit anderen Worten müsste gerade bei einer im Raum stehenden Entlassung nach § 67d Abs. 6 StGB – auch und gerade im nachhaltigen Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit – eine höhere Risikobereitschaft vonseiten der Verantwortlichen eingenommen werden. Neben der Streichung entsprechender Passagen in Vollzugsgesetzen und internen Richtlinien, sollte dabei auch diskutiert werden, inwiefern die Anordnung von Vollzugslockerungen auch vonseiten der Justiz ausgehen könnte. Die gegenwärtige Haltung, Vollzugslockerungen lägen im Entscheidungsbereich der Behandler (und werden allenfalls abgestimmt mit der Staatsanwaltschaft) führt u.E. jedenfalls vielerorts zu einer nicht unerheblichen Risikoaversion. Denn allzu oft fühlen sich Maßregelvollzugseinrichtungen und deren Aufsichtsbehörden genauso wie die vollzugsüberwachenden Staatsanwaltschaften ausschließlich dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit verpflichtet – nicht aber dem Freiheitsanspruch der Untergebrachten. Die Einführung von Verhältnismäßigkeitsklauseln in Lockerungsrichtlinien und Voll-

zugsgesetzen würde aller Voraussicht nach Behandlungsabläufe beschleunigen. Sie wäre daher ebenso wünschenswert wie ein Mentalitätswandel bei Strafvollstreckungskammern dahingehend, dass sie im Rahmen der Überprüfung der weiteren Unterbringung (gem. § 67e StGB) verstärkt Informationen über Lockerungsmaßnahmen verlangen und Begründungen einfordern sollten, wenn diese hinter den Erwartungen zurückgeblieben sind.

Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf den tatsächlichen Grad an Freiheitsentzug, der bei weitreichenden Lockerungen als wesentlich geringer einzuschätzen ist, als bei nicht gelockerten Patienten, hätte einen weiteren positiven Nebeneffekt: Er würde auch den Druck mindern, eine rein dichotome Verhältnismäßigkeitsabwägung zu treffen: Bei einem als „moderat“ eingeschätzten Rückfallrisiko für i.S. des § 67d Abs. 6 StGB definierte Straftaten wird ein Fortdauerbeschluss nach mehr als zehnjähriger Unterbringung wesentlich eher als unverhältnismäßig anzusehen sein, wenn er sich auf einen Patienten bezieht, der im Rahmen von umfassenden Einzelausgängen einer externen Arbeitstätigkeit nachgeht, als wenn er sich auf einen Patienten ohne jegliche Lockerung(sperspektive) bezieht.

### b) Verschlinkung des Begutachtungs- und Dokumentationswesens

In der gegenwärtigen Praxis des Maßregelvollzugs werden Behandlungsprozesse nicht selten verzögert oder ausgebremst durch formale Prozesse, die die MRV-Beschäftigten sehr viel Zeit kosten. Zwar unterscheiden sich die formalen Vorgaben zur Dokumentation (beispielsweise von Behandlungsinhalten, -planungen oder Lockerungsentscheidungen) nicht nur je nach Bundesland, sondern je nach Klinikträger und sogar auf Ebene der einzelnen Kliniken teilweise erheblich, doch finden sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in jeder einzelnen Klinik Beispiele für überzogene Anforderungen. Eine saubere Dokumentation der Behandlung und das Verfassen substanzieller Stellungnahmen an die Justiz liegen fraglos auch im Interesse der Untergebrachten und sind prinzipiell notwendig. Dennoch bemisst sich Behandlungsqualität nicht zwangsläufig im korrekten Ausfüllen zahlreicher Checklisten oder der pünktlichen Ablieferung oftmals redundanter Inhalte. Grundsätzlich gilt auch im MRV: Wer schreibt, behandelt nicht. Jede Minute, die im Dokumentations- und Berichtswesen eingespart wird, kann direkt in die Patientenbehandlungen investiert werden. Hinzukommt, dass der Abbau teilweiser überbordender formaler Anforderungen das Berufsfeld Maßregelvollzug für Berufseinsteiger und -wechsler attraktiver machen würde. Dies hätte wiederum den Effekt, dass freie Stellen schneller und mit motivierten Mitarbeitern besetzt werden könnten. Dies vor allem dann, wenn der Eindruck entstünde, dass Dokumentation tatsächlich in erster Linie der Reflexion und Optimierung

<sup>19</sup> Dies trifft beispielsweise auf das aktuell gültige Maßregelvollzugsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (MRVG NRW) zu, das bald abgelöst werden soll durch ein gänzlich neu gestaltetes und in „Strafrechts-bezogenes Unterbringungsgesetz“ (StrUG NRW) umbenanntes Gesetz. Der aktuell vorliegende Gesetzentwurf rückt erfreulicherweise bereits ab von der beklagten Koppelung an den „Erfolg der Therapie“.

von Behandlungsprozessen diene – und nicht primär der rechtlichen Absicherung im Falle etwaiger kritischer Vorfälle.

Ein ähnlicher Verdacht drängt sich auf bei dem Versuch, die Motivation des Gesetzgebers zu ergründen, wieso in den letzten Jahren immer häufiger externe Gutachten vorgesehen wurden (z.B. durch die neuen Fristen des § 463 Abs. 4 StPO). Der Nutzen von Pflichtgutachten ist bei Patienten, die einen „normalen“ Verlauf aufweisen, fachlich sehr umstritten.<sup>20</sup> Dem steht gegenüber, dass jedes externe Gutachten einen hohen organisatorischen und zeitlichen Aufwand für die behandelnde Klinik bedeutet und dass der Zeitraum zwischen Beauftragung und Erstattung eines Gutachtens mehrere Monate (erfahrungsgemäß bis hin zu einem ganzen Jahr) umfasst. Für Patienten bedeuten Begutachtungen auch eine Belastung. Neben der physischen Belastung durch umfangreiche Explorationstermine empfinden viele Patienten einen großen Druck, sich dabei gut „präsentieren“ zu wollen, bei gleichzeitigem Unverständnis nun schon wieder einer weiteren Person die gesamte Lebensgeschichte erzählen zu müssen. Nicht zuletzt stellt das Warten auf (und die Unsicherheit über) das Gutachtenergebnis für viele Patienten psychischen Stress dar.

In der Zeit zwischen Beauftragung und Gutachtenerstattung werden selten Behandlungsänderungen vorgenommen oder Lockerungen eingesetzt, da die Verantwortlichen nachvollziehbarerweise dem externen Sachverstand nicht vorgreifen wollen. Außerdem sehen einige Maßregelvollzugsgesetze es dezidiert vor, Lockerungsentscheidungen erst nach Hinzuziehung externen Sachverständigen umzusetzen. In diesem Fall verführen Regelgutachten dazu, anstehende Entscheidungen bis zum nächsten regulär anstehenden Gutachten aufzuschieben.

Aber auch Gutachten, die anlassbezogen erstattet werden, sollten nicht unkritisch betrachtet werden. Der Wunsch, die Verantwortung (v.a. für Lockerungsentscheidungen) auf mehrere Schultern zu verteilen, erscheint verständlich – geht jedoch zeitlich betrachtet zulasten des Untergebrachten. Denn die Gutachtenvergabe erfolgt meist erst dann, wenn zumindest die Klinik eine Lockerung gutheißen würde. Erfahrungsgemäß dienen Gutachten damit selten einer Entscheidungsfindung, sondern oft der Absicherung einer bereits getroffenen Entscheidung. Zu der Zeit der Findung addiert sich somit die Zeit der Absicherung. Sowohl Regel- als auch anlassbezogene Gutachten können damit zu einem Hemmnis für Lockerungsmaßnahmen werden – obwohl sie eigentlich dazu gedacht sind, dass die Freiheitsperspektive des Untergebrachten verlässlich und objektiv im Behandlungsprozess Beachtung findet.

Es steht außer Frage, dass im Falle kritischer oder komplexer Behandlungsverläufe die Einholung externen Sachverständigen nicht nur nützlich, sondern unabdingbar ist. Durch Regelgutachten (seien sie zeitlich oder an Behandlungsschritten gebunden), werden diese Ausnahmefälle jedoch zur Regel erklärt. In der Mehrzahl der Fälle sollte die Einschätzung und Erfahrung der behandelnden Klinik im Zusammenspiel mit der kritischen Reflexion durch Aufsichts- und vollzugsüberwachende Behörden, durch den Rechtsbeistand des Untergebrachten und durch die StVK ausreichen, um verantwortungsbewusst und vernünftig über Fragen nach Lockerungen oder gar der Fortdauer der Vollstreckung zu befinden.

Insofern wäre es sicherlich nicht gänzlich abwegig, darüber nachzudenken, Regelgutachten gänzlich zu streichen. Stattdessen könnte überlegt werden, interdisziplinär klare Kriterienkataloge zu entwickeln, in welchen Einzelfällen externer Sachverstand wichtig bzw. unabdingbar sein sollte. Eine solche Änderung dürfte mit hoher Wahrscheinlichkeit die Senkung der Behandlungsdauern in der Breite zur Folge haben – ob sie durchsetzbar wäre, bleibt jedoch fraglich. Denn es drängt sich der Eindruck auf, dass vom gegenwärtigen System hochfrequenter Begutachtungen zu viele der Beteiligten auf die eine oder andere Weise profitieren (eben mit Ausnahme des Patienten).

### c) (Erneute) Etablierung von Bewährungsaussetzungen als reguläre Entlassungsform

Vor dem Hintergrund schlagkräftigerer Ausgestaltungsmöglichkeiten der Führungsaufsicht sind Bewährungsaussetzungen aus präventiver Sicht grundsätzlich als günstiger zu betrachten als Erledigungen einer Unterbringung.<sup>21</sup> Seit der angesprochenen Novelle 2016 sind Verhältnismäßigkeitserledigungen jedoch – spätestens nach Erreichung der zehn-Jahres-Schwelle – der gesetzlich vorgesehene Regelfall für eine Entlassung aus dem psychiatrischen Maßregelvollzug. Diese „ungünstige“ Entlassungsform trifft dabei also regelhaft jene langjährig untergebrachten Patienten, bei denen Hospitalisierungen und ungünstige Behandlungsverläufe gehäuft vorkommen. Auch bezüglich Diagnosen, Eingangsdelikten und soziodemographischem Hintergrund legen neuere Auswertungen eines NRW-weiten Forschungsprojekts zum Thema nahe, dass bestimmte Patientengruppen ein größeres Risiko für lange Unterbringungsdauern und eine Entlassung auf dem Wege der Erledigungsentscheidung aufweisen als andere.<sup>22</sup>

Zwar ist es prinzipiell möglich, auch nach Überschreiten der zehn-Jahres-Schwelle eine Bewährungsaussetzung

<sup>20</sup> Schallast/Lindemann, R&P 2015, 72 (84); Pfäfflin, Sexual Offender Treatment 2014, 1 (9); Pfäfflin, R&P 2014, 62 (63).

<sup>21</sup> Vgl. Baur, JR 2017, 413 (419) sowie Baur/Querengässer, MSchr-Krim 2017, 313 (327): Bei einer Erledigung können im Rahmen der Führungsaufsicht nur Weisungen nach § 68b Abs. 1 StGB (darunter z.B. eine „Vorstellungsweisung“) ausgesprochen werden, bei Bewährungsentlassungen auch solche nach § 68b Abs. 2 StGB (z.B. eine „Therapieweisung“). Auch bestehen ausschließlich bei letzterem die Möglichkeiten einer Krisenintervention gem. § 67h StGB oder eines Widerrufs der Maßregelauflösung gem. § 67g StGB.

<sup>22</sup> Hein/Querengässer/Schiffer, eingereicht bei Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie (FPPK).

auszusprechen,<sup>23</sup> doch wird hiervon praktisch kaum Gebrauch gemacht. Sicherlich hängt dies mit dem hohen argumentativen Aufwand und der verbleibenden Rechtsunsicherheit zusammen.

Es wäre daher wünschenswert, wenn es gelänge, bereits vor der Erreichung der Zeitschwellen mehr Patienten gem. § 67d Abs. 2 StGB zu entlassen. In diesem Zusammenhang wirkt es wie eine verpasste Chance des Gesetzgebers im Zuge der Novelle 2016 nicht auch die Hürden dieser Entlassvorschrift abgesenkt zu haben bzw. die Verschärfung aus dem Jahre 1998 nicht revidiert zu haben.<sup>24</sup> Bis dato lautete die wesentlich bewährungsfreundlichere Gesetzesfassung, dass die Vollstreckung bereits zur Bewährung ausgesetzt werden kann, sobald „...verantwortet werden kann zu erproben, ob der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird.“<sup>25</sup>

Doch selbst solch eine wünschenswerte Senkung der Anforderungen würde wohl weitgehend folgenlos bleiben, wenn sich die oft beschworene Verantwortungsgemeinschaft aus Strafvollstreckungskammer, MRV-Klinik, Staatsanwaltschaft und den externen Sachverständigen weiterhin nicht selten als „Verantwortungsdiffusionsgemeinschaft“ präsentierte. Nicht nur in Einzelfällen drängt sich der Eindruck auf, dass sich im Sinne eines falsch verstandenen Konsensprinzips ein unausgesprochenes Veto-Prinzip etabliert hat – in dem Sinne, dass die Fortdauer ausgemacht ist, sobald eine der beteiligten Parteien leise Zweifel an einer im Raum stehenden Entlassung äußert. An dieser Stelle kann daher erneut nur an den Mut zu einer weniger risikoaversiven Grundhaltung appelliert und auf die Nutzung anderer Instrumente des Risikomanagements verwiesen werden.

### 3. Nach Entlassung aus dem (stationären) Maßregelvollzug

#### a) Ganzheitliches Verständnis deliktpräventiver Interventionen bei psychisch kranken Straftätern

Mit diesem Punkt sollen weniger konkrete Vorschläge angesprochen, als vielmehr ein Haltungswandel angemahnt werden. Weder das (akut-)medizinische Paradigma, eine Erkrankung könne behandelt werden, danach sei sie überstanden, noch die Metapher einer chronischen Erkrankung, die immerwährender Behandlung bedarf, passen auf Straftäter, die aufgrund einer psychischen Problematik „gefährlich“ sind. Ersteres resultiert in der falschen Erwartung, Patienten seien nach der Behandlung eben nicht mehr gefährlich, letzteres in der ebenso falschen Annahme, sie bräuchten „ewig“ Behandlung. Bei den wenigsten forensischen Patienten beruht die Gefährlichkeit ausschließlich auf der psychiatrischen Komponente, sondern auf einem mehr oder weniger komplexen Zusam-

menspiel unterschiedlicher (mehr oder weniger krankheitswertiger) intrapsychischer und situationaler Faktoren. Ein sozial-psychiatrischer oder auch systemischer Blickwinkel wird dieser Gemengelage viel eher gerecht. Im Idealfall sollten die mit „der Behandlung“ betrauten Personen ein ganzheitliches Verständnis anstreben. Denn erst auf dessen Grundlage können die unterschiedlichsten Maßnahmen des Risikomanagements nachhaltig etabliert werden. An dieser Stelle sei nochmals auf die eingangs aufgeführten forensischen „Task-Forces“ verwiesen, die auch und gerade nach erfolgter Entlassung aus stationärem Maßregelvollzug das weitere Leben des ehemaligen Patienten (und wenn es auch nur übergangsweise wäre) begleiten. Solche Task-Forces, die im Idealfall auch personell eine Behandlerkonstanz ermöglichen könnten, müssten jedoch personell, finanziell und von den Eingriffsbefugnissen her gestärkt werden im Vergleich zum gegenwärtigen System der forensischen Nachsorge. Auch wenn es bundesweit erhebliche Unterschiede gibt, wie forensische Nachsorgeeinrichtungen organisiert sind und auf welche Ressourcen sie zurückgreifen können, würden alle Beteiligten von einheitlich höheren Standards profitieren.

So sollte eine interdisziplinäre Zusammensetzung der Teams zur Regel werden, in denen neben sozialarbeiterischer auch ärztliche und psychotherapeutische Kompetenzen vertreten sind. Neben der empfangenden und aufsuchenden Behandlung und Betreuung der (ehemaligen) MRV-Patienten sollten die Teams dadurch auch Zusatzaufgaben übernehmen können, wie etwa die Beratung anderer professioneller (z.B. Wohnheime, Arbeitgeber) oder privater Beteiligten im Ausgliederungsprozess (z.B. Angehörigengruppen, Vermieter). Zudem könnte überlegt werden, weitere hoheitliche Aufgaben an diese Task-Force-Teams zu übertragen – bis hin zu der Möglichkeit, dass das Team in Akutfällen (und selbstverständlich unter klar definierten Rahmenbedingungen) eigenständig eine stationäre Behandlung anordnen und durchsetzen kann, jedenfalls solange, bis die zuständige StVK über einen Sicherungshaftbefehl oder eine Krisenintervention gem. § 67h StGB entschieden hat. Im Moment vergeht in entsprechenden Fällen nämlich oftmals wertvolle Zeit, bis es zu einer juristischen Entscheidung kommt.

Eine entsprechende Stärkung und Kompetenzerweiterung der poststationären Institutionen, dürfte in vielen Fällen die Bereitschaft erhöhen, die (stationäre) MRV-Unterbringung zu einem früheren Zeitpunkt als heute zu beenden. Erfreulicherweise deutet sich auch in der Politik ein entsprechender Paradigmenwechsel an, wie er etwa aus

<sup>23</sup> Vgl. Koller, in: Schmidt-Quernheim/Hax-Schoppenhorst, Praxisbuch Forensische Psychiatrie, Behandlung und ambulante Nachsorge im Maßregelvollzug, 3. Aufl. (2018), 2. Kap.

<sup>24</sup> Vgl. Baur, JR 2017, 413 (414); Schöch, NJW 1998, 1257 (1258); Veh, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 67d Rn. 18.

<sup>25</sup> Seither lautet die Vorschrift: „[...] setzt das Gericht die weitere Vollstreckung der Unterbringung zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, daß der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzugs keine erheblichen rechtswidrigen Taten mehr begehen wird.“

den Empfehlungen der sogenannten Bosbach-Kommission<sup>26</sup> zur Sicherheit in NRW hervorgeht.

#### b) Ausbau der nachsorgenden Wohninfrastruktur

Zu guter Letzt soll auf die Notwendigkeit eingegangen werden, dass viele ehemalige MRV-Patienten auch nach einer erfolgreichen forensischen Behandlung (im Sinne einer Gefährlichkeitsreduktion) auf Unterstützung angewiesen sind. Patienten, die in Wohnheime oder andere professionell betreute Wohnformen entlassen werden, stellen sogar die Mehrheit aller Entlassungen aus einer Unterbringung gem. § 63 StGB dar. Meist bezieht sich deren Unterstützungsbedarf neben forensischen Themen auch auf sozialpsychiatrische oder lebenspraktische Bereiche. Oftmals hat auch die jahrelange Unterbringung selbst mit dazu beigetragen, dass entsprechende Fertigkeiten verloren gingen oder nicht weiter ausgebaut werden konnten.

Die Vermittlung forensischer Patienten in geeignete Nachsorgeeinrichtungen gestaltet sich aber vor allem in Ballungsräumen und erst recht in Bezug auf gewisse Tätergruppen leider oft sehr schwierig, was wiederum dazu führen kann, dass sich Entlassungen länger als nötig hinziehen. Es sind dabei nicht nur faktische Probleme bezüglich zu geringer Platzkapazitäten, unklarer Kostenträgerschaft oder widersprüchlicher Stoßrichtungen der Rechtsgrundlagen (Strafrecht vs. Sozialrecht), die gelöst werden müssen<sup>27</sup>. Regelmäßig steht auch eine mangelnde Bereitschaft externer Einrichtungen, entsprechende Patienten aufzunehmen, einer erfolgreichen Vermittlung entgegen. Die dabei zutage tretenden Vorbehalte nur auf unreflektierte Vorurteile zu attribuieren, würde jedoch zu kurz greifen. Oftmals fehlt es Einrichtungen, insbesondere jenen in freier oder kirchlicher Trägerschaft, an Kenntnissen über das MRV-System und/oder an erfahrenem Personal, dass sich den Umgang mit vormaligen forensischen Patienten zutraut.

Wollte man dieses Problem nachhaltig abmildern, müsste also auf zwei Ebenen angesetzt werden. Zunächst sollte sich auch die Justiz und der Maßregelvollzug an Anstrengungen beteiligen, geeignete Nachsorgeeinrichtungen zu schaffen. Schließlich endet die Resozialisierung nicht mit dem Ende der formalen Zuständigkeit (siehe auch den letzten Unterabschnitt). Die Errichtung neuer Wohnheim-

plätze durch dieselben Träger, in deren Händen sich auch die MRV-Kliniken befinden, könnte dabei ebenso einen Ansatzpunkt darstellen, wie die (Mit-)Finanzierung oder die Abschließung von Rahmenverträgen über kontingentierte Plätze mit externen Trägern. Finanzielle Anreize für die Aufnahme forensischer Patienten werden aber nicht ausreichen, die angesprochenen Vorbehalte hinsichtlich des Klientels aufzulösen. Diese Ebene könnte durch enge Begleitung der ehemaligen Patienten *und* der Mitarbeiter der nachsorgenden Betreuungseinrichtungen durch forensisches Fachpersonal erfolgen. Unbürokratische, verbindliche und rasch umzusetzende Absprachen über die Rücknahme der ehemaligen Patienten im Falle von Krisen oder Zuspitzungen sowie Schulungen, Hospitationen und gegenseitiges Kennenlernen dürften ebenfalls einen Teil dazu beitragen, gewisse Vorbehalte abzubauen.

### III. Fazit und Ausblick

Dass es nicht in jedem Fall gelingen wird, lange Unterbringungen zu verhindern – mehr noch: dass es in Einzelfällen auch weiterhin zu jahrzehntelangen Unterbringungen kommen wird, ist den Autoren klar. Es wird immer einen Anteil an Patienten geben, deren störungsbedingte hohe Gefährlichkeit trotz zahlreicher Interventionsversuche und -ansätze nicht hinreichend gesenkt werden kann. Aus Sicht der Versorgungsepidemiologie und der (Behandlungs-)Praxis ergeben sich dennoch viele Punkte, an denen angesetzt werden könnte, um die Behandlungsdauern im MRV gemäß § 63 StGB und damit indirekt auch den Patientenbestand *in der Breite* nachhaltig zu reduzieren.

Allerdings sind all die beschriebenen Vorschläge nicht allein mit Gesetzesänderungen umzusetzen, sondern implizieren einen mehr oder weniger umfassenden Paradigmenwechsel in MRV und Justiz. Inwiefern dieser realisiert werden kann, wird sich herausstellen. Sicher ist aber jetzt schon, dass das Ziel nur dann zu erreichen sein wird, wenn sich zu der in Fachkreisen erkannten Handlungsnotwendigkeit ein politischer Handlungswille gesellt. Da der MRV in der jüngeren Vergangenheit vor allem dann einen Platz auf der politischen Bühne einnehmen durfte, wenn es zu gravierenden Zwischenfällen kam oder höchststrichterliche Entscheidungen es unumgänglich machten, darf man diesbezüglich gespannt sein.

<sup>26</sup> Bosbach, Online-Dokument „Abschlussbericht der Regierungskommission Mehr Sicherheit für Nordrhein-Westfalen 2020“. Deziert erwähnt werden hierin die Begriffe Task-Force-Team und Behandlerkonstanz – zwar in Bezug auf suchtkranke Straftäter, die gemäß § 64 StGB in einer Entziehungsanstalt untergebracht sind, aber damit eben dennoch im Kontext des Maßregelvollzugs.

<sup>27</sup> Vgl. ausführlich *Querengässer/Jörges/Schiffer*, R&P 2019, 68 (74).

# Gesetzentwurf zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik im Strafvollstreckungsverfahren

von StAin Hedda Appuhn, LL.B.\*

## Abstract

*Im Schatten der SARS-CoV-2-Pandemie brachte der Bundesrat erneut eine Gesetzesinitiative auf den Weg, die bei gerichtlichen Entscheidungen über den Widerruf einer Bewährung oder die Aussetzung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung eine Anhörung ohne die persönliche Anwesenheit der Beteiligten mittels Videokonferenztechnik ermöglichen soll. Im Jahr 2013 war ein vergleichbarer Vorstoß bereits gescheitert. Nun erfolgt ein weiterer Versuch mit einer leicht abgewandelten Gesetzesfassung. Wird die neue Widerspruchslösung und die aktuelle Dynamik der Digitalisierung der Gesetzesinitiative dieses Mal zum Erfolg verhelfen? Ein Beitrag über die Hintergründe und die diskutierten Vor- und Nachteile des aktuellen Gesetzentwurfs.*

*Under the shadow of the current SARS-CoV-2-Pandemic, the German Federal Council (Bundesrat) is once again launching a legislative initiative to enable a hearing without the personal presence of the parties involved by means of videoconferencing technology in court proceeding concerning the revocation of probation or the suspension of the remainder of a prison sentence. In 2013, a similar attempt had failed. Now another attempt is being made, with a slightly modified version of the law. Will the modifications and the current dynamics of digitalisation help the legislative initiative to succeed? An article on the background and the discussed advantages and disadvantages of the current draft law.*

Seit Beginn der SARS-CoV-2-Pandemie tritt das Thema Digitalisierung und die vermehrte Nutzung digitaler Medien – auch im Strafverfahren – wieder in den Vordergrund. In den vergangenen Jahren ist die Strafprozessordnung in dieser Hinsicht bereits in vielen Punkten modernisiert worden. An verschiedenen Stellen besteht bereits die Möglichkeit, die persönliche Anhörung oder Vernehmung von Beteiligten durch Videoübertragungen zu ersetzen.<sup>1</sup>

Videoübertragungen kommt seit Beginn der SARS-CoV-2-Pandemie eine neue Bedeutung zu, da Prozesse mit Beteiligten aus Risikogebieten oder mit Risikogruppen oft nicht in der gewohnten Form stattfinden können. Deshalb kommen den Gerichten mehr denn je die bereits in der Strafprozessordnung verankerten Möglichkeiten

des Zuschaltens von Beteiligten mittels Videokonferenz zugute.<sup>2</sup>

Diese und weitere Vorteile des Einsatzes von Videokonferenztechnik möchte das Land Niedersachsen nun auch im Strafvollstreckungsverfahren nutzen. Aus dem Bundesrat heraus ist dem Bundestag in Bezug auf den vermehrten Einsatz von Videokonferenztechnik bei Anhörungen im Vollstreckungsverfahren am 3.7.2020 auf Antrag des Landes Niedersachsen der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung zugeleitet worden.<sup>3</sup> Im Bundestag wurde über diesen Gesetzentwurf bislang nicht beraten. Im Wesentlichen sieht der Entwurf eine Änderung der Modalitäten vor, die bei einer Anhörung nach den §§ 453 oder 454 StPO zu beachten sind.

## I. Der aktuelle Gesetzentwurf

Der aktuelle Gesetzentwurf des Bundesrates schlägt drei wesentliche Änderungen vor:

### 1. Änderung

Ein neu eingefügter § 453 Abs. 2 StPO soll nach der Vorstellung der Entwurfsverfasser die mündliche Anhörung des Verurteilten zeitgleich in Bild und Ton an dem Ort zulassen, an dem sich der Verurteilte befindet. Dem Verurteilten soll allerdings die Möglichkeit gegeben werden, einer Anhörung im Wege der Übertragung in Bild und Ton zu widersprechen. Auf diese Möglichkeit ist er rechtzeitig vom Gericht hinzuweisen. Sollte er von diesem Widerspruchsrecht Gebrauch machen, ist die Anhörung mittels Videoübertragung unzulässig.<sup>4</sup>

### 2. Änderung

In § 454 Abs. 1 StPO soll ein neuer Satz 4 eingefügt werden, der auf den § 453 Abs. 2 E-StPO verweist, sodass auch für die Entscheidung, ob die Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann (§§ 57 bis 58 des Strafgesetzbuches), eine mündliche Anhörung im Wege einer Videokonferenz ausreichend sein soll, soweit das Gericht dies anordnet und der Verurteilte dem nicht widerspricht.<sup>5</sup>

\* Die Verfasserin ist Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Göttingen und dort in der Abteilung für Wirtschafts- und Umweltstrafsachen tätig. Dieser Beitrag gibt ausschließlich die private Auffassung der Verfasserin wieder und ist nicht dienstlich veranlasst.

<sup>1</sup> Vgl. etwa das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 25.4.2013, BGBl. I, S. 935.

<sup>2</sup> Siehe hierzu etwa *Rau*, in: Schmidt, COVID-19, 2. Aufl. (2020), § 19 Straf- und Strafprozessrecht, Rn. 88; *Kaltenbach*, COVuR 2020, 230.

<sup>3</sup> BT-Drs. 19/21612 = BR-Drs. 278/20.

<sup>4</sup> BT-Drs. 19/21612, S. 7.

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

### 3. Änderung

In § 454 Abs. 2 StPO soll ein neuer Satz 4 eingefügt werden, der dem Gericht gestattet, auch Sachverständige mittels Videoübertragung anzuhören. Diese können der Anhörung mittels Videoübertragung nicht widersprechen.<sup>6</sup>

## II. Rechtlicher Hintergrund

Die §§ 453, 454 StPO befassen sich mit nachträglichen Entscheidungen im Strafvollstreckungsverfahren, wenn es etwa um die Frage geht, ob eine gewährte Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung aus den Gründen des § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 StGB (Verstoß gegen Weisungen oder Nichterfüllung von Auflagen) zu widerrufen ist oder ob der Rest einer sich in der Vollstreckung befindenden Strafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Zuständig ist in der ersten Variante das Gericht des ersten Rechtszugs (§ 463a Abs. 2 S. 1 StPO) und in der zweiten jeweils die Kammer des Landgerichts, in deren Bezirk die Strafanstalt liegt, in der der Verurteilte zu diesem Zeitpunkt einsitzt (§ 462a Abs. 1 S. 1 StPO). Bei beiden Entscheidungen ist der Verurteilte durch das Gericht zuvor mündlich anzuhören (§§ 453 Abs. 1 S. 4, 454 Abs. 1 S. 3 StPO). Die Anhörung soll dem Verurteilten die Gelegenheit geben, sich zu den dem Gericht möglicherweise zu seinem Nachteil bekanntgegebenen Umständen zu äußern,<sup>7</sup> um dadurch zu verhindern, dass schwerwiegende Entscheidungen ohne zureichende Tatsachengrundlage getroffen werden.<sup>8</sup> Das in Art. 103 Abs. 1 GG garantierte Gebot rechtlichen Gehörs wird hierdurch gewahrt.<sup>9</sup> Sowohl im Hinblick auf den Widerruf der gewährten Bewährung aus den Gründen des § 56f Abs. 1 S. 1 Nrn. 2 und 3 StGB<sup>10</sup> als auch bei Frage, ob der Strafrest zur Bewährung ausgesetzt wird, ist die mündliche Anhörung grundsätzlich<sup>11</sup> zwingend.

Im Vordergrund steht der Begriff der Anhörung. Während § 453 Abs. 1 S. 2 StPO nur von einem „schlichten“ Anhören der Staatsanwaltschaft und des Verurteilten ausgeht, bestimmt Satz 4 im Fall der Entscheidung über den Widerruf einer Strafaussetzung zusätzlich die Mündlichkeit der Anhörung. Sofern die Mündlichkeit gesetzlich nicht vorausgesetzt wird, genügt es für die Durchführung der Anhörung, wenn dem Verurteilten unter Mitteilung der wesentlichen Fakten – einschließlich des Antrags der Staatsanwaltschaft – die Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben wird und er nicht auf eine mündliche Anhörung besteht.<sup>12</sup> Da bei der schlichten Anhörung gesetzlich keine besondere Form vorgesehen ist, ist hier bereits jetzt auch eine Anhörung mittels Videokonferenztechnik ohne weiteres möglich. In der Praxis erfolgt die

Anhörung aus Gründen der Zeitersparnis und Effizienz jedoch in der Regel schriftlich. Der aktuelle Gesetzentwurf betrifft daher ausschließlich die Fälle des § 453 Abs. 1 S. 3 StPO und § 454 Abs. 1 S. 3 StPO, in denen eine mündliche Anhörung vorgesehen ist.

Für die Mündlichkeit der Anhörung wird nach geltender Gesetzeslage eine gleichzeitige persönliche Anwesenheit von Richter und Verurteiltem für erforderlich erachtet.<sup>13</sup> Eine telefonische Anhörung ist somit nicht ausreichend.<sup>14</sup> Hintergrund ist, dass bei Entscheidungen über den Widerruf der Bewährung oder über die Strafrestaussatzung zur Bewährung der persönliche Eindruck des Gerichts vom Verurteilten von ganz entscheidender Bedeutung ist. Bei der Entscheidung über einen Bewährungswiderruf verlangen Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz und das Grundrecht auf ein faires Verfahren eine besonders gründliche Aufklärung der Sachlage.<sup>15</sup> Um eine Prognoseentscheidung über das künftige Leben des Verurteilten treffen zu können, müssen alle Tatsachen und auch die Situation und Perspektiven des Verurteilten berücksichtigt werden, sodass eine persönliche Anhörung in der Regel unerlässlich ist. Gemäß § 57 StGB ist bei der Entscheidung über die Aussetzung des Restes einer zeitigen Freiheitsstrafe zur Bewährung unter anderem „insbesondere die Persönlichkeit der verurteilten Person, [...] zu berücksichtigen.“ Von dieser kann sich das Gericht jedoch nur durch ein persönliches Treffen mit dem Verurteilten ein Bild machen. Da es bei der Entscheidung um die Freiheit des Verurteilten und somit um ein elementares Grundrecht geht, kann gerade hier nicht darauf vertraut werden, dass die Persönlichkeit des Verurteilten durch die Aktenlage, den Bericht der JVA oder des Sachverständigen angemessen erfasst wird. Das Gericht muss sich vielmehr einen eigenen persönlichen Eindruck von der Person des Verurteilten verschaffen.

## III. Historie

Da gerade bei Entscheidungen über einen Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung oder einer Aussetzung des Strafrests zur Bewährung das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen im besonderen Maße tangiert und der persönliche Eindruck vom Verurteilten von entscheidender Bedeutung ist, scheiterte eine vergangene Gesetzesinitiative des Bundesrates, die eine mündliche Anhörung mittels Videokonferenztechnik in diesen Bereichen ermöglichen sollte. Mit dem Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren aus dem Jahr 2007 wurde zuletzt 2010 in der 17. Wahlperiode eine Änderung der

<sup>6</sup> A.a.O.

<sup>7</sup> Coen, in: BeckOK-StPO, 37. Ed. (1.7.2020), § 453 Rn. 5.

<sup>8</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.12.2008 – 1 Ws 212/08, BeckRS 2009, 5937.

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.11.1995 – 4 Ws 267/95 = NStZ 1996, 152, zum Überprüfungsverfahren nach § 67e StGB: „Der Verteidiger hat [...] das rechtliche Gehör zu erweisen“.

<sup>10</sup> KG Berlin, Beschl. v. 29.5.2015 – 2 Ws 118/15 = NStZ-RR 2016, 30 (31).

<sup>11</sup> Bei der mündlichen Anhörung nach § 454 Abs. 1 S. 3 StPO sieht der geltende Satz 4 Ausnahmen vor. Zudem ist ein Absehen beispielsweise auch dann möglich, wenn der Strafgefangene sein Anhörungsrecht missbraucht (Ganter, in: BeckOK-Strafvollzug Bund, 18. Ed. [1.8.2020], StPO, § 454 Rn. 40 mit weiteren Beispielen).

<sup>12</sup> Pflieger/Meier, in: Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2017), § 453 Rn. 2: „Der Antrag des Verurteilten auf mündliche Anhörung muss beschieden werden“.

<sup>13</sup> Appl, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 454 Rn. 17a.

<sup>14</sup> Ganter, in: BeckOK-Strafvollzug Bund, StPO, § 454 Rn. 35.

<sup>15</sup> Heintschel-Heinegg, in: BeckOK-StGB, 48. Ed. (1.11.2020), § 56f Rn. 25 m.w.N.

§§ 453, 454 StPO angestrebt.<sup>16</sup> Seinerzeit konnte sich die Möglichkeit der Anhörung mittels Videokonferenztechnik nur bei der fakultativ-mündlichen Anhörung des § 462 Abs. 2 S. 2 StPO, nicht aber bei obligatorischen mündlichen Anhörungen im Strafvollstreckungsverfahren durchsetzen.<sup>17</sup> Hauptargument gegen die vorgeschlagene Änderung der §§ 453, 454 StPO war seinerzeit, dass es bei diesen Entscheidungen für die Gerichte besonders wichtig sei, sich durch den unmittelbaren Kontakt mit dem Inhaftierten einen persönlichen Eindruck von ihm zu verschaffen.<sup>18</sup>

#### IV. Aktuelle Rechtslage

Nach der derzeit geltenden Rechtslage ist eine gesetzlich vorgesehene mündliche Anhörung im Strafvollstreckungsverfahren unter Einsatz von Videokonferenztechnik möglich, wenn das Gericht dies für angemessen erachtet und der Verurteilte ausdrücklich zustimmt.<sup>19</sup> Das Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung hat laut aktuellem Gesetzentwurf zur Folge, dass eine Anhörung im Wege der Videokonferenz in der Regel nicht durchgeführt werden kann, da die Verurteilten schlichtweg nicht antworten.<sup>20</sup> Die Entwurfsverfasser streben daher faktisch eine Umkehr der derzeit geltenden Gesetzeslage an, bei der die mündliche Anhörung (bei entsprechender Anordnung durch den Richter) die Regel wird und nur durch einen ausdrücklichen Widerspruch abgewendet werden kann.<sup>21</sup>

#### V. Ziele des Gesetzentwurfs

Die Entwurfsverfasser versprechen sich von der vorgeschlagenen Gesetzesänderung vor allem eine zeitlich effektivere Ausgestaltung des Strafvollstreckungsverfahrens, da die Anreise der Verfahrensbeteiligten und damit verbundene Reisekosten wegfielen und die Terminierung erleichtert werde. Ferner würden auch die Wachtmeister und Justizbediensteten entlastet und der stets mit Sicherheitsrisiken verbundene Gefangenentransport entfallen.<sup>22</sup>

#### VI. Bewertung

##### 1. Finanzielle Auswirkungen

In dem ursprünglichen Gesetzesantrag des Landes Niedersachsen schrieben die Entwurfsverfasser, dass sie von keinem bzw. nur einem geringen Kostenaufwand für die Umsetzung der geplanten Gesetzesänderung ausgingen, da an nahezu allen Landgerichten, Amtsgerichten und Justizvollzugsanstalten bereits Videokonferenztechnik vorhanden sei.<sup>23</sup> Dass dies allerdings nicht der Realität entspricht, ergibt sich aus einer Umfrage der Deutschen Richterzeitung vom Dezember 2020.<sup>24</sup> Dabei stellte sich

heraus, dass insbesondere in den ostdeutschen Bundesländern die erforderlichen Videokonferenzanlagen vielerorts fehlen. So verfügt Sachsen-Anhalt etwa nur über insgesamt drei Videokonferenzanlagen in Gerichten; gleiches gilt für Brandenburg.<sup>25</sup> In Mecklenburg-Vorpommern gibt es acht Videokonferenzanlagen, die von insgesamt 18 Gerichten geteilt werden. Thüringen verfügt über sieben mobile Anlagen für das gesamte Bundesland. Sachsen besitzt acht Anlagen.<sup>26</sup> Viele Bundesländer setzten jedoch eigenen Angaben zufolge auch vermehrt auf eine Lösung, die Videokonferenzen über Notebooks ermöglicht, ohne dass eine spezielle Videokonferenzanlage erforderlich ist.<sup>27</sup> Diese Lösung verschaffe sämtlichen Justizangehörigen einen Zugang zu Videokonferenzen. Allerdings entspricht diese Verfahrensweise technisch noch nicht allen Anforderungen der Justiz,<sup>28</sup> sodass hier zunächst eine weitere Aufrüstung erforderlich sein dürfte.

##### 2. Technische Anforderungen und Umsetzung

Videokonferenzen in gerichtlichen Verfahren müssen vor allem sicher und zuverlässig sein. Es muss sowohl ein unerlaubter Zugriff Dritter ausgeschlossen sein als auch eine Unterbrechung der Verhandlung durch technische Probleme. Deshalb ist hochwertige Hard- und Software erforderlich, die allen Beteiligten die Möglichkeit bietet an der Videokonferenz teilzunehmen. Hier kommt es auch innerhalb des Justiznetzwerkes länderübergreifend zu Problemen, da die Bundesländer zum Teil unterschiedliche Programme verwenden und unterschiedliche Sicherheitsanforderungen haben, die nicht immer miteinander kompatibel sind. Hier wäre eine bundesweite Vereinheitlichung der eingesetzten Technik und Software wünschenswert, sodass zumindest zwischen den Gerichten und Justizvollzugsanstalten ein reibungsloser Ablauf garantiert ist und weitere Beteiligte Notfalls von dort aus an der Videokonferenz teilnehmen können.

Aber auch eine stabile und ausreichend schnelle Internetverbindung ist Voraussetzung für eine Anhörung im Wege der Videoübertragung. Dies dürfte jedoch bei einigen Gerichten oder Verfahrensbeteiligten in ländlichen Regionen zum Problem werden. Eine Befragung von Richterinnen und Richtern, die bereits Anhörungen mittels Videokonferenztechnik durchgeführt haben, hat ergeben, dass es bei 44% zu einer verzögerten Tonübertragung gekommen ist.<sup>29</sup> 6% gaben zudem an, dass die Bildqualität schlecht gewesen sei.<sup>30</sup>

Zu bedenken ist ferner, dass nicht nur die Gerichte und Justizvollzugsanstalten über die erforderliche technische Ausstattung verfügen müssen, sondern auch andere Verfahrensbeteiligte wie etwa Sachverständige, Rechtsanwälte, Dolmetscher und auch die Staatsanwaltschaft. Die

<sup>16</sup> BT-Drs. 17/1224.

<sup>17</sup> BT-Drs. 17/12418, S. 16 f.

<sup>18</sup> A.a.O.

<sup>19</sup> OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 31.8.2006 – 3 Ws 811/06 = NStZ-RR 2006, 357.

<sup>20</sup> BR-Drs. 278/20, S. 2.

<sup>21</sup> vgl. BT-Drs. 19/21612, S. 7.

<sup>22</sup> BT-Drs. 19/21612, S. 1.

<sup>23</sup> BR-Drs. 278/20, S. 3.

<sup>24</sup> Rebehn, DRiZ 2021, 8 ff.

<sup>25</sup> Rebehn, DRiZ 2021, 8 (8).

<sup>26</sup> Rebehn, DRiZ 2021, 8 (9).

<sup>27</sup> A.a.O.

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

<sup>29</sup> Eichinger, Videokonferenz in der Strafvollstreckung: Eine rechtliche und empirische Analyse, 2015, S. 182.

<sup>30</sup> Eichinger, S. 182.

Alternative wäre, dass sie vom Gericht oder von der JVA aus an der Videokonferenz teilnehmen müssten, wodurch aber wiederum eine entsprechende Anreise erforderlich wäre. Ferner dürfte es als kritisch zu sehen sein, wenn ein Großteil der Beteiligten vom Gerichtssaal aus an der Anhörung teilnimmt und nur der Verurteilte im Wege der Videokonferenz zugeschaltet wird. Eine solche Vorgehensweise könnte bei dem Verurteilten den Eindruck erwecken, die übrigen Beteiligten stünden „in einem Lager“ und er sei auf sich alleine gestellt. Insbesondere sollte vermieden werden, dass der Verteidiger des Verurteilten vom Gericht aus an der Videokonferenz teilnimmt, während der Verurteilte selber in der JVA ist.<sup>31</sup>

### 3. Sicherheit und Missbrauchsgefahr

Das interne Netzwerk der Justizbehörden ist gegen unerwünschte externe Zugriffe gut geschützt. Probleme können jedoch auftreten, wenn weitere Beteiligte von außerhalb zugeschaltet werden. Zu denken ist an Fälle, in denen etwa der Sachverständige aus seinem Büro und/oder der Verteidiger aus seiner Kanzlei an der Anhörung teilnimmt. Ob es in derartigen Fällen tatsächlich zu Schwierigkeiten kommt, ist nicht bekannt. Insbesondere gibt es keine Anhaltspunkte, dass in anderen Bereichen, in denen die Videokonferenztechnik bereits verwendet wird, diesbezüglich Probleme aufgetreten sind. In jedem Fall sind jedoch bestimmte technische Mindestanforderungen festzulegen, um eine sichere Verbindung zu garantieren.

Ferner wird in der Literatur das Problem diskutiert, dass bei einer Videoübertragung regelmäßig nicht der gesamte Raum eingesehen werden und dadurch die Gefahr einer unbemerkten Einflussnahme entstehen kann.<sup>32</sup> Es ist jedoch kaum ein Szenario vorstellbar, in dem sich diese Gefahr verwirklichen könnte. Der Verurteilte nimmt an der Videokonferenz aus der JVA teil. Außer ihm können sein Verteidiger, ein Dolmetscher und Bedienstete der JVA in dem Raum der Videoübertragung anwesend sein. Gründe dafür, dass diese Personen ein Interesse daran haben, auf das Ergebnis der Anhörung zu seinen Lasten Einfluss zu nehmen, sind nicht ersichtlich.

### 4. Zeitersparnis und Verfahrensbeschleunigung

Eine Befragung unter Richtern und Justizvollzugsanstalten, die Videokonferenztechnik im Rahmen des Strafvollstreckungsverfahrens bereits verwenden, hat ergeben, dass Richter im Durchschnitt eine geschätzte Zeitersparnis von nur 9,4 Minuten pro Verfahren haben.<sup>33</sup> Justizvollzugsanstalten schätzen hingegen ihre Zeitersparnis pro Verfahren auf durchschnittlich 62,9 Minuten.<sup>34</sup> Die Ausweitung der Videoanhörung entlastet daher insbesondere die Justizvollzugsanstalten. Eine deutliche Verfahrensbeschleunigung bei Gericht ist dagegen im Durchschnitt kaum zu erwarten, mit Ausnahme der Fälle, in denen die Anhörung aus Sicherheitsgründen in der JVA stattfindet.

<sup>31</sup> In *Eichingers* Studie berichteten einige Richter, dass sich der Verteidiger während der Anhörung bei Ihnen aufhält. Dies wird auch von *Eichinger* sehr kritisch beurteilt, da der vertrauliche Austausch zwischen Mandant und Verteidiger so besonders erschwert wird. Vgl. *Eichinger*, S. 191.

<sup>32</sup> Vgl. *Eichinger*, S. 182.

### 5. Ausreichende Wahrung der Rechte des Verurteilten – der persönliche Eindruck

Das größte Problem bleibt aber weiterhin die Frage, ob eine Anhörung mittels Videokonferenztechnik geeignet ist, dem Gericht einen ebenso guten Eindruck vom Verurteilten zu verschaffen wie die Anhörung vor Ort. An dieser Frage war die letzte Gesetzesinitiative im Jahre 2013 gescheitert.

Gemäß § 57 Abs. 1 S. 2 StGB ist bei der Entscheidung über die Aussetzung des Strafrests zur Bewährung bei zeitiger Freiheitsstrafe insbesondere die Persönlichkeit des Verurteilten zu würdigen sowie sein Verhalten im Vollzug. Fraglich ist jedoch, ob dies im Wege einer Videoübertragung aus dem Vollzug heraus angemessen beurteilt werden kann. Denkbar ist etwa, dass der Verurteilte aus dem Vollzug heraus das Gefühl hat, nicht so frei über seine Persönlichkeit und seine Erfahrungen im Vollzug sprechen zu können, wie ihm dies im Gericht – auf „neutralem Boden“ – möglich ist. Aktuell kann allerdings kaum abgeschätzt werden, welche psychologischen Auswirkungen eine Anhörung mittels Videoübertragung auf den Verurteilten und ggf. auch auf das Gericht hat. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Beteiligten sich vor dem Bildschirm anders verhalten oder ihr Gegenüber anders wahrnehmen als bei einem persönlichen Kontakt. Letztlich wird sich dies jedoch erst in der täglichen Praxis zeigen. Eine Befragung unter Richterinnen und Richtern, die bereits Anhörungen mittels Videokonferenztechnik durchgeführt haben, hat ergeben, dass 64% meinen, nicht den gleichen Eindruck von ihrem Gegenüber zu gewinnen wie bei einer Anhörung vor Ort.<sup>35</sup> 31% der Befragten geben an, das Gefühl zu haben, sie hätten nach einer Videokonferenz nicht alle erwarteten Informationen bekommen und hätten zudem Probleme gehabt, den Redner zu unterbrechen. 50% sind sogar der Ansicht, dass sich Gefangene bei der Anhörung mittels Videokonferenz anders verhielten als bei einer persönlichen Anwesenheit.<sup>36</sup>

Aber auch die Übertragung der Mimik und Gestik wird als Problem gesehen. So geben 63% der befragten Richterinnen und Richtern an, Hautrötungen der übertragenen Person nicht erkennen zu können.<sup>37</sup> *Eichinger*, der die Befragung durchgeführt hat, äußerte Bedenken, ob unter diesen Umständen und im Hinblick auf die oft kleine Bildschirmgröße eine angemessene Beurteilung der Mimik und Gestik des Gegenübers möglich ist.<sup>38</sup> Gerade diese Merkmale tragen jedoch oft wesentlich zur Einschätzung der Glaubwürdigkeit einer Person bei.

## VII. Reaktionen auf den Gesetzentwurf

### 1. Stellungnahme der Bundesregierung

Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme, die dem Gesetzentwurf als Anlage 2 beigefügt ist, dem konkreten

<sup>33</sup> *Eichinger*, S. 203.

<sup>34</sup> A.a.O.

<sup>35</sup> *Eichinger*, S. 182.

<sup>36</sup> A.a.O.

<sup>37</sup> *Eichinger*, S. 184.

<sup>38</sup> A.a.O.

Regelungsvorschlag *nicht* zugestimmt. Sie moniert insbesondere, dass der Entwurf nicht nach dem Gewicht der jeweiligen gerichtlichen Entscheidung differenziert und auch kein Rahmen bestimmt werde, der garantiere, dass die Anhörung ihrer rechtsstaatlichen Funktion gerecht wird.<sup>39</sup> Der Idee einer Anhörung mittels Videoübertragung im Strafvollstreckungsverfahren ist die Bundesregierung aber offensichtlich nicht grundsätzlich abgeneigt. So kündigte sie an, einen eigenen Gesetzesentwurf in das Parlament einbringen zu wollen, der den Einsatz von Videokonferenztechnik im Strafvollstreckungsverfahren erweitert.<sup>40</sup>

## 2. Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

Die Bundesrechtsanwaltskammer spricht von einem „akzeptablen Kompromiss“ mit Blick auf die SARS-CoV-2-Pandemie und vergleichbaren Herausforderungen.<sup>41</sup> Sie begrüßt insbesondere die ausdrückliche Normierung des Widerspruchsrechts. Voraussetzung sei allerdings, dass eine effektive technische Umsetzung sichergestellt werde, die es dem Gericht ermögliche, einen unmittelbaren persönlichen Eindruck vom Verurteilten zu gewinnen.<sup>42</sup> Dies erfordere vor allem eine klare Bild- und Tonübertragung ohne Unterbrechungen. Nur wenn die Qualität der Übertragung so gut sei, dass sich Bild und Ton für alle Beteiligten so darstellen, als säße man in einem Raum, sei eine videokonferenztechnische Übertragung akzeptabel.

Die Bundesrechtsanwaltskammer fordert jedoch eine Re-evaluierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik nach etwa einem Jahr, da aktuell insbesondere der Einfluss auf das subjektive Empfinden der Beteiligten nicht angemessen beurteilt werden könne.<sup>43</sup>

Als allgemein unproblematisch wird die Möglichkeit der Anhörung eines Sachverständigen im Wege der Videoübertragung angesehen, da es hier nicht im gleichen Maße auf den persönlichen Eindruck ankomme.<sup>44</sup>

## VIII. Fazit

Auch wenn in Zeiten einer globalen Pandemie der vermehrte Einsatz von Videokonferenztechnik im Strafvollstreckungsverfahren durchaus erstrebenswert ist und auch die Argumente der Zeit- und Kostenersparnis nicht von der Hand zu weisen sind, will wohl überlegt sein, ob Anhörungen im Vollstreckungsverfahren unter dem Einsatz von Videokonferenztechnik so weitgehend, wie beabsichtigt, ermöglicht werden sollen. Zunächst muss sicher sein, dass die Digitalisierung bereits einen Stand erreicht hat, die eine Wahrung der Verfahrensrechte des Verurteilten garantieren kann.

Allgemein begrüßenswert ist die im Gesetzesentwurf eingebaute Widerspruchsmöglichkeit des Verurteilten, da ihm so das Recht der persönlichen Anhörung vor Ort in jedem Fall nicht genommen wird. Es bleibt aber fraglich, ob diese Widerspruchsmöglichkeit ausreicht, um die Verfahrensrechte des Verurteilten zu garantieren. Da bereits jetzt von den Verurteilten kaum auf das Angebot der Anhörung mittels Videokonferenz eingegangen wird, werden sie auf die Möglichkeit, keine Videokonferenz durchzuführen, möglicherweise ebenfalls nicht reagieren oder in jedem Fall widersprechen.

Letztendlich wird der Erfolg des Gesetzesentwurfs im Wesentlichen von der Frage abhängen, ob es dem Verurteilten über eine Videoübertragung gelingt, denselben Eindruck wie bei einer persönlichen Anhörung zu hinterlassen. Dies ist wiederum zum Teil davon abhängig, ob bei allen Beteiligten die technischen Voraussetzungen vorliegen, die für eine qualitativ hochwertige Videoübertragung erforderlich sind.

Im Rahmen der empirischen Studie von *Eichinger* haben nur 25% der befragten Richter angegeben, den Einsatz von Videokonferenztechnik in der Strafvollstreckung zu befürworten. 51% der Befragten befürworten die Nutzung ausdrücklich nicht.<sup>45</sup> Da die Umfrage bereits mehrere Jahre zurückliegt, hat sich diese Tendenz aufgrund des technischen Fortschritts und insbesondere auch im Hinblick auf die aktuelle Pandemie allerdings möglicherweise geändert.

Aus hiesiger Sicht bietet der Gesetzesentwurf des Bundesrates zahlreiche Vorteile und insbesondere die Möglichkeit, die Digitalisierung in der Justiz voranzutreiben. Sobald bundesweit die technischen Voraussetzungen für eine sichere und qualitativ hochwertige Videokonferenz mit allen Beteiligten vorliegen (was von hier aus nicht umfassend beurteilt werden kann), wird eine entsprechende Gesetzesänderung grundsätzlich befürwortet. Insbesondere die eingebaute Widerspruchslösung erscheint ein guter Kompromiss, um Verurteilten, die befürchten ihren Standpunkt über digitale Medien nicht ausreichend darlegen zu können oder anders wahrgenommen zu werden, weiterhin die Anhörung unter Anwesenheit der Beteiligten vor Ort zu ermöglichen. Im Hinblick auf die geäußerten und durchaus nachvollziehbaren Bedenken, wonach das subjektive Empfinden und die Wahrnehmung der Beteiligten durch die Anhörung mittels Videokonferenztechnik beeinflusst werden könnte, wird der Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer einer Re-evaluierung nach einem Jahr befürwortet. Da es allerdings nach einer Änderung der StPO schwierig sein dürfte, die Änderung wieder rückgängig zu machen, könnte ein langfristig angelegtes Pilotprojekt die Lösung sein. In einem solchen könnte

<sup>39</sup> BT-Drs. 19/21612, S. 12.

<sup>40</sup> A.a.O.

<sup>41</sup> Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 70/2020 zum Gesetzesentwurf einer gesetzlichen Regelung zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik im Strafvollstreckungsverfahren, November 2020, S. 3, abrufbar unter: <https://brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/november/stellungnahme-der-brak-2020-70.pdf>. S. 3 (zuletzt abgerufen am 21.1.2021).

<sup>42</sup> A.a.O., S. 3.

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

<sup>44</sup> A.a.O., S. 4.

<sup>45</sup> *Eichinger*, S. 146.

an mehreren Gerichten über einen Zeitraum von etwa einem Jahr Videokonferenztechnik bei Anhörungen gemäß § 453 Abs. 1 S. 3 StPO und § 454 Abs. 1 S. 3 StPO – wann immer möglich – eingesetzt werden. Ohne den Praxistest wird kaum zu beurteilen sein, inwieweit sich die persönlichen Empfindungen der Beteiligten durch den Einsatz von Videokonferenztechnik ändern.

Spannend bleibt auch die Frage, welchen Alternativvorschlag die Bundesregierung vorlegen wird. Dass sie aber einen besseren Weg findet, der garantiert, dass Verurteilte

bei Anhörungen mittels Videokonferenztechnik dem Gericht einen der Anhörung vor Ort vergleichbaren persönlichen Eindruck vermitteln können, ist kaum vorstellbar.

Allgemein kommt die neue Gesetzesinitiative in einer Zeit, die kaum günstiger sein könnte. Ob die aktuelle Digitalisierungseuphorie ausreicht, um dem Gesetzentwurf zum Erfolg zu verhelfen, bleibt abzuwarten. Jedenfalls sollten bleibende Rechtsänderungen nicht voreilig verabschiedet, sondern unabhängig von der aktuell andauernden Pandemie bewertet werden.

## Fünf Jahre Anti-Doping-Gesetz: Ausgewählte Rechtsprobleme der Selbstdopingdelikte

von Dr. Carsten Kusche\*

### Abstract

Doping gehört zu den potentiell größten Bedrohungen des Sports, dem eine überragende gesellschaftliche Bedeutung zukommt. Der deutsche Gesetzgeber hat darauf mit der Schaffung des Anti-Doping-Gesetzes (AntiDopG) reagiert, das Ende 2015 in Kraft getreten ist und erstmals Selbstdoping durch ausgewählte Sportler unter Strafe stellt (§§ 3, 4 Abs. 1 Nrn. 4, 5, Abs. 2, 7 AntiDopG). Fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes erhält es aufgrund der soweit ersichtlich erstmaligen Verurteilung eines Spitzensportlers nach Durchführung der Hauptverhandlung – des ehemaligen Boxweltmeisters Felix Sturm – und der jüngst abgeschlossenen Evaluation des AntiDopG erneut erhebliche Aufmerksamkeit in Öffentlichkeit und Wissenschaft.<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag nimmt das zum Anlass, ausgewählte strafrechtsdogmatische (I.), verfassungsrechtliche (II.) und rechtspolitische (III.) Problemfelder der Neuausrichtung der staatlichen Dopingbekämpfung aufzuzeigen.<sup>2</sup> Diese erscheint im Ergebnis eher als staatliche Symbolpolitik denn als ernsthaftes Bekenntnis gegen Doping im Spitzensport.

*The German Anti-Doping Act (AntiDopG) criminalizes self-doping by selected athletes (§§ 3, 4 para. 1 nos. 4, 5, para. 2, 7 AntiDopG). Five years after the law came into force, it is now receiving considerable attention from the public and the scientific community due to the first-time conviction of a top athlete – the former world boxing champion Felix Sturm – and the evaluation of the AntiDopG, which is imminent under Art. 8 of the AntiDoping Act. The present article points out selected problem areas of the reorientation of the state's anti-doping campaign in terms of criminal law dogmatics (I.), constitutional law (II.) and legal policy (III.). The new law appears more as a symbolic state policy than as a serious commitment against doping in top-class sport.*

### I. Strafrechtsdogmatische Unklarheiten des Straftatbestands des Selbstdopings

#### 1. Erkennbarer Schutz des sportrechtlichen Dopingverbots durch § 3 AntiDopG

Der als Blanketttatbestand ausgestaltete Straftatbestand des Selbstdopings ist in der durch § 4 Abs. 1 Nr. 4, 5, Abs. 2 und 7 AntiDopG strafbewehrten Verbotsnorm des § 3 AntiDopG relativ scharf umrissen.<sup>3</sup>

Verboten ist nach § 3 AntiDopG für jedermann die Anwendung bestimmter Dopingmittel und -methoden (Abs. 1), die Teilnahme an einem sportlichen Wettkampf nach Anwendung dieser Praktiken (Abs. 2) und der vorgelagerte Erwerb oder Besitz von Dopingmitteln (Abs. 4), wenn durch die Vornahme einer dieser Tathandlungen ein Vorteil in einem Wettbewerb des organisierten Sports (Abs. 3) erlangt werden soll. Die tatbestandlichen Handlungen des § 3 Abs. 1, 2 und 4 AntiDopG – die nicht medizinisch indiziert sein dürfen – müssen sich auf einen in der Anlage I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping aufgeführten oder einen solchen enthaltenden Stoff beziehen. Diese Anlage übernimmt die Verbotsliste der Welt-Anti-Doping-Agentur (WADA).<sup>4</sup> Die WADA-Verbotsliste und in der Folge auch Anhang I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping enthalten eine Auflistung verbotener Substanzen und Methoden. Was in dieser Negativliste nicht aufgeführt ist, ist sportrechtlich und staatlich erlaubt.<sup>5</sup> Beschränkungen des sportrechtlichen Verbots der Anwendung bestimmter Dopingmaßnahmen auf bestimmte Sportarten oder deren Untersagung nur im Wettkampf und nicht auch in der Trainingsphase schlagen sich auch in § 3 AntiDopG nieder. Die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands erfordert, dass die Tathandlung in der Absicht vorgenommen wird, sich in

\* Dr. Carsten Kusche ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik (Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

<sup>1</sup> LG Köln, SpuRt 2020, 306 mit Anm. Kubiciel; der "Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen der im Anti-Doping-Gesetz enthaltenen straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen" aus dem November 2020 ist abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Anti-Doping.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Anti-Doping.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (zuletzt abgerufen am 26.1.2021). Die Strafverfolgungsstatistik weist bereits für die Jahre 2016 und 2017 jeweils eine Verurteilung zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe wegen Selbstdopings aus. Die der Evaluation des AntiDopG zugrundeliegende Aktenauswertung durch die beauftragten Sachverständigen Hoven und Kubiciel konnte die Existenz dieser Urteile indes nicht bestätigen, sodass ein Erhebungsfehler naheliegen dürfte, s. Evaluierungsbericht, S. 41 f., 96 f.

<sup>2</sup> Näher zum Ganzen Kusche, Die Strafbarkeit des Selbstdopings – Strafrechtsdogmatische, verfassungsrechtliche und rechtspolitische Überlegungen zu §§ 3, 4 Abs. 1 Nrn. 4, 5, Abs. 2, 7 Anti-Doping-Gesetz, 2020.

<sup>3</sup> Zu den wohl nicht schon bereits allein aus der Fassung des § 3 selbst, sondern insbesondere aus dem Zusammenspiel der Verbotsnorm mit deren Strafbewehrung in § 4 und dem Verbot des Fremddopings aus § 2 resultierenden verbleibenden Differenzierungsschwierigkeiten in der Praxis vgl. den Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des AntiDopG (Fn. 1), S. 20 ff.

<sup>4</sup> BGBl. II 2019, S. 1082.

<sup>5</sup> Zur Problematik der auf Substanzen „mit ähnlicher chemischer Struktur oder ähnlicher/n biologischer/n Wirkung(en)“ abstellenden Öffnungsklauseln von WADA-Verbotsliste und Anhang I des Übereinkommens gegen Doping Kusche (Fn. 2), S. 54 ff., 185 ff.

einem Wettbewerb des organisierten Sports einen sportlichen Vorteil zu verschaffen. Da die erstrebte Besserstellung indes nicht tatsächlich erreicht werden muss, handelt es sich beim Selbstdoping um ein Delikt mit überschießender Innentendenz.

In der Gesamtschau ist § 3 AntiDopG erkennbar darauf ausgerichtet, Verhaltensweisen zu verhindern, die das sportrechtliche Dopingverbot unterlaufen.<sup>6</sup> Auf Ebene der Verbotsnorm findet dabei keine Leistungsbeschränkung „nach unten“ statt, sodass § 3 AntiDopG auch die Vornahme von Dopingpraktiken verbietet, die ein Derby in der Fußball-Kreisliga beeinflussen sollen.

## 2. Selbstdoping als Sonderdelikt des Spitzensportlers – Auffangeigenschaft der Einnahmeklausel (§ 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG) für Mängel im Kontrollsystem des Spitzensports

Strafbar soll das nur für eine ausgewählte Gruppe dopender Athleten sein. Das gilt nach § 4 Abs. 7 AntiDopG für ein Trainingskontrollsystem unterliegende Spitzensportler (Nr. 1) und Athleten, die durch den Sport „Einnahmen von erheblichem Umfang“ (Nr. 2) erzielen. Über die „Testpool-Klausel“ des § 4 Abs. 7 Nr. 1 AntiDopG werden insbesondere Bundeskaderathleten und die Akteure bundesweiter Ligen von der Strafdrohung erfasst.

Umstritten ist der Regelungsgehalt der „Einnahmeklausel“ des § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG. Die Norm wird in der Wissenschaft ihrem Wortlaut entsprechend bisher und insoweit wohl einhellig so verstanden, dass allein die wirtschaftliche Erträglichkeit der sportlichen Betätigung die Strafbarkeit eines Dopingverstoßes begründe. Die Grenze der Strafwürdigkeit wird sodann in aller Regel über absolut formulierte, monatliche Einkommenssummen bestimmt. Hier kommt es dann zu erheblichen Abweichungen, entsprechen die für erforderlich gehaltenen Einkünfte doch zuweilen vollberufssportlicher Tätigkeit und reichen andernorts hinunter bis hin zu lediglich mittleren dreistelligen Beträgen im Monat.<sup>7</sup> Die staatsanwaltschaftliche Praxis scheint ausweislich der im Rahmen der Evaluation des AntiDopG von *Hoven* und *Kubicziel* ausgewerteten Verfahrensakten letztgenannter Auffassung zuzuneigen, von einem „niedrigschwelligen Verständnis“ der Erheblichkeit von Einnahmen auszugehen und Beträge in Höhe von 450 Euro nicht selten für ausreichend zu erachten.<sup>8</sup> Nach dieser Interpretation sanktionierte § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG grundsätzlich also auch den Dopingverstoß im sportlich gehobenen oder jedenfalls gut bezahlten Breitensport – in der Extreme also auch den Fall, in dem sich ein dopender Kreisliga-Fußballer bei der Festlegung seiner von einem Mäzen des örtlichen Dorfvereins bereitgestellten „Aufwandsentschädigung“ nicht lumpen ließ.

Nach hier vertretenem Verständnis fungiert die Vorschrift hingegen als Auffangklausel für Mängel im Kontrollsystem des Spitzensports. Angesichts der Systematik des § 4 Abs. 7 AntiDopG überrascht das. Wenn nämlich in Nr. 1 „Spitzensportler“-Eigenschaft vorausgesetzt wird, spricht das zunächst dafür, dass das Leistungsniveau des dopenden Sportlers, der über Nr. 2 erfasst werden soll, für dessen Tütereigenschaft unbeachtlich sein müsse. Die in vielfältiger Hinsicht widersprüchlichen Gesetzesmaterialien streiten hingegen jedenfalls dann für ein Verständnis als Auffangklausel für den Hochleistungssport, wenn man sie im Lichte der bestehenden Mängel des Trainingskontrollsystems betrachtet. Obwohl der systematischen Auslegung aufgrund ihrer Normtextnähe große Bedeutung zukommt, setzt sich die genetisch begründete Lesart der Norm letztlich durch, weil rechtstatsächliche Erhebungen zur Einkommensstruktur im deutschen (Leistungs-) Sport den Schluss nahelegen, dass nur sie der Vorschrift einen sinnvollen Anwendungsbereich verschaffen kann. Dass ein dopender Sportler „erhebliche Einnahmen“ erzielt, stellt daher nur eine notwendige und nicht auch zugleich hinreichende Bedingung der Strafbarkeit dar.

### a) Strafwürdigkeitsüberlegungen des Gesetzgebers

In der Entwurfsbegründung findet sich in Hinblick auf die Frage, warum die Grenze der Strafwürdigkeit des Selbstdopings gerade auch überschritten werde, wenn durch den Sport erhebliche Einnahmen generiert werden, ein zweisäuliges Argumentationsmodell. Doping soll danach auch außerhalb des Testpoolsystems strafbar sein können, weil es erstens auch dort Bereiche gebe, in denen Athleten so hohe Einnahmen generieren können, dass sich Doping für sie wirtschaftlich lohnt und bzw. oder – das Verhältnis der beiden Begründungen zueinander wird vom Gesetzgeber nicht erläutert – weil es zweitens auch außerhalb des Trainingskontrollsystems Athleten gebe, die mit ihren Leistungen „typischerweise“ derart in der Öffentlichkeit stehen, dass ihre Dopingverfehlungen der „Integrität des Sports“ besonders schaden.<sup>9</sup> Mit seinen Leistungen – und nicht erst einem etwaigen Dopingverstoß – steht indes „typischerweise“ nur in der Öffentlichkeit, wer herausragende Leistungen erbringt. Durch die Bezugnahme auf die Öffentlichkeitswirksamkeit des sportlichen Tuns wirft der Gesetzgeber also auch bei der Einnahmeklausel eine mögliche Relevanz des sportlichen Leistungsniveaus für die Strafwürdigkeit eines Dopingverstoßes in den Ring.

Nach hier vertretenem Verständnis stellt der Gedanke der öffentlichen Wahrnehmung des sportlichen Tuns des Athleten sogar die den Gesetzgeber vorrangig leitende Strafwürdigkeitsüberlegung dar. Dafür spricht, dass sich bei einer Analyse der in der parlamentarischen Diskussion und

<sup>6</sup> Ähnlich *Freund*, in: MüKo-StGB, Band 6, 3. Aufl. (2017), AntiDopG, § 1–4 Rn. 13 ff., 24 ff.; *Volkmer*, in: Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl. (2019), AntiDopG, Vorb. Rn. 10.

<sup>7</sup> Zur Diskussion etwa *Heger*, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 8 f.; *Jahn*, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 25 f.; *Putzke*, in: Lehner/Nolte/Putzke, AntiDopG, 2017, § 4 Rn. 34; *Volkmer*, in: Körner/Patzak/Volkmer, § 4 Rn. 96; *Weber*, BtMG, 5. Aufl. (2017), AntiDopG, § 4 Rn. 217; *Wußler*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, AntiDopG, 211. EL (11/2016), § 4 Rn. 10.

<sup>8</sup> Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des AntiDopG (Fn. 1), S. 31, 33.

<sup>9</sup> BT-Drs. 18/4898, S. 26 f., 32.

der Entwurfsbegründung genannten Akteuren und Sportlergruppen, die den Anwendungsbereich des § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG veranschaulichen sollen, kein Fallbeispiel dafür finden lässt, dass der Gesetzgeber Sportler erfassen wollte, die zwar deutliche finanzielle Gewinne erwirtschaften, dabei aber keinen Spitzensport betreiben bzw. nicht von der breiten Öffentlichkeit wahrgenommen werden, während es an Beispielen für eine öffentlichkeitswirksame und hochklassige sportliche Betätigung als Anwendungsfall der Einnahmeklausel nicht mangelt.<sup>10</sup> Musterbeispiel dafür, dass sich der Gesetzgeber nicht dazu bekennen wollte, auch Sportler unterhalb des Topniveaus zu erfassen, ist der Regionalliga-Fußballer. Während er in den Stellungnahmen der im Gesetzgebungsverfahren angehörten Sachverständigen Dreh- und Angelpunkt der Auseinandersetzung mit dem Erheblichkeitsmaßstab war, spielte er – und das gilt für den mit Verhandlungsgeschick ausgestatteten Verbands-, Landesliga- und Kreisliga-Fußballer ebenso – in der (protokollierten) politischen Diskussion überhaupt keine Rolle. Diese Zurückhaltung mag ihren Hauptgrund darin haben, dass sich der Gesetzgeber selbst nicht im Klaren darüber gewesen sein dürfte, auf welchem finanziellen oder sportlichen Niveau die Strafbarkeitsgrenze am Ende verlaufen soll und der Regionalliga-Fußballer diese Unklarheiten besonders anschaulich offenlegt. Das ändert aber nichts daran, dass sich der Gesetzgeber zur aus systematischen Gründen naheliegenden Irrelevanz des sportlichen Leistungsniveaus in den Gesetzesmaterialien nicht bekannt hat. Stattdessen nennt er als Anwendungsfälle der Vorschrift in der Entwurfsbegründung den – insoweit leistungstechnisch noch nicht konkretisierten – „gesamte[n] Bereich des organisierten Motorsports“, bemerkenswerterweise dann aber auch den „des Profiboxens (mit der derzeitigen Ausnahme der Boxer der Sauerland Event GmbH) sowie der 3. Fußball-Liga der Herren“.<sup>11</sup> Damit nimmt er jedenfalls in zwei von drei Anwendungsbeispielen direkten Bezug (zwar insbesondere auf vollberufliche Betätigung, zugleich aber auch) auf den Hochleistungssport. Mag man nämlich im System einer fünfgleisigen Regionalliga im Fußball – die sich im Fall der Regionalliga Bayern sogar allein aus den Vereinen eines Landesverbandes zusammensetzt – noch darüber diskutieren, ob es sich um „Hochleistungssport“ handelt, ist eine solche Diskussion in Hinblick auf eine leistungsbezogene Bewertung der eingleisigen, also bundesweiten dritten Liga – der ebenfalls nur noch zwei eingleisige Bundesligen übergeordnet sind – hinfällig. Der „Schmerz der Grenze“ ist also gerade im Fußball ein noch verhältnismäßig leichter, verursacht der Flaschenhals „Aufstiegsrelegation zur 3. Liga“ doch nicht aus Zufall wiederkehrend den Ruf nach einer Reform des Ligensystems. Die genetische Auslegung deutet daher eher darauf

hin, dass der Gesetzgeber auch in Hinblick auf die Täterqualität nach § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG Spitzensportler vor Augen hatte als darauf, dass er das Leistungsniveau potentieller Straftäter gegenüber § 4 Abs. 7 Nr. 1 AntiDopG „nach unten“ in den Bereich des Breitensports ausweiten wollte.

*b) Die sozioökonomische Situation von Spitzensportlern als Indiz gegen eine „Breitensport-Klausel“*

Eine Analyse der sozioökonomischen Situation deutscher Spitzensportler deutet darauf hin, dass eine etwaige Ausweitung des Täterkreises in den Bereich des Breitensports der Vorschrift auch keinen nennenswerten Anwendungsbereich verschaffen würde. Das gilt jedenfalls in der praktischen Rechtsanwendung auch dann noch, wenn man für die Täterqualität nach § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG mit dreistelligen monatlichen Beträgen die niedrigste Einkommensschwelle ansetzt, die in der Diskussion um die im Rahmen der Einnahmeklausel zu erzielenden Einkünfte vertreten wird.

Die Studienlage zur Einkommenssituation deutscher Spitzensportler ist rar, repräsentativ sind die Ergebnisse nicht unbedingt. Zumindest aber dürfte sich aus ihr erkennen lassen, dass der deutsche olympische Hochleistungssport in Hinblick auf die mit ihm verbundenen finanziellen Verdienstmöglichkeiten zweigeteilt ist. Auf der einen Seite finden sich z.B. die als besonders finanzstark geltenden Sportarten Ski Alpin, Springreiten, Fußball, Tennis, Handball, Basketball und Eishockey.<sup>12</sup> In der gesamtolympischen Bewegung allerdings stellt vollprofessioneller Berufssport jedenfalls nicht den Regelfall dar. In der Gesamtschau dürfte deutscher Hochleistungssport eher durch ein Nebeneinander von Sport und Beruf als durch vollberufssportliche Betätigung gekennzeichnet werden.<sup>13</sup> Unterstellt man nun, dass mit dem Leistungsniveau auch die möglichen Einkünfte aus dem Sport sinken, stellt sich unabhängig davon, ob man die Erheblichkeitsschwelle des § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG verallgemeinernd bei monatlichen Einkünften von 2.000 Euro, 1.000 Euro oder etwa nur 500 Euro ansetzt, die Frage, welchen Athletenkreis die Vorschrift idealtypisch erfassen soll, der nicht schon von § 4 Abs. 7 Nr. 1 AntiDopG – der „Spitzensportler“-Klausel – erfasst wäre.

Dafür, dass ein etwaig in den Blick genommener „Täterkreis außerhalb des Spitzensports“ im gehobenen mittelklassigen Leistungsbereich „ausgewählter“ finanzstarker Sportarten wie Fußball, Handball, Tennis oder Basketball liegen sollte, gibt die Entwurfsbegründung nach dem Gesagten nichts her. Selbst wenn man aber auf diese Ziel-

<sup>10</sup> Über die im Folgenden dargestellten Beispiele hinaus finden sich weitere Nachweise bei Kusche (Fn. 2), S. 117 ff.

<sup>11</sup> BT-Drs. 18/4898, S. 32.

<sup>12</sup> Nach schriftlicher Auskunft der Geschäftsleitung der Stiftung Deutsche Sporthilfe vom 11.4.2018 gegenüber dem Verfasser waren (nur) diese Sportarten 2018 wegen „vollständig professioneller Strukturen und entsprechenden sportlichen Verdienstmöglichkeiten“ von der finanziellen Förderung durch die Stiftung Deutsche Sporthilfe ausgeschlossen.

<sup>13</sup> S. dazu etwa die Erhebungen von Breuer/Hallmann, Dysfunktionen des Spitzensports, 2013, S. 52; Breuer/Hallmann/Ilgner, Akzeptanz des Spitzensports in Deutschland, 2017, S. 28 ff.; Breuer/Wicker, Sportökonomische Analyse der Lebenssituation von Spitzensportlern in Deutschland, 2010, S. 1, 9 f., 15 ff., 27 f.; Schmidt/Saller, Kollege Spitzensportler: Chancen für Wirtschaft und Athleten, 2013, S. 3, 18; Schneider/Frenzel/Merz/Fischer, Studierende Spitzensportlerinnen und Spitzensportler bei den Olympischen Spielen 2016, Tab. 1; Tabor/Koglin/Stolz, Studierende Spitzensportlerinnen und Spitzensportler bei den Olympischen Spielen 2008, S. 10; näher Kusche (Fn. 2), S. 121 ff.

gruppe abstellte, würde die Klausel zumindest in der praktischen Rechtsanwendung weitestgehend leerlaufen.<sup>14</sup> Denn in diesen Bereichen wird zum einen oftmals bereits der Zufluss erheblicher Einnahmen nicht nachweisbar sein, da als „Aufwandsentschädigung“ betitelte Zahlungen nicht selten „schwarz“ fließen dürften.<sup>15</sup> Zum anderen ist davon auszugehen, dass es in den in Rede stehenden Ligen jedenfalls nicht zu regelmäßigen Dopingkontrollen kommt. In der 4. Liga des Fußballs – der Regionalliga –, an der sich der Streit um den Anwendungsbereich der Einnahmeklausel in der Wissenschaft entzündete, fand in der Saison 2017/2018 in insgesamt fünf Staffeln aus Kostengründen keine einzige Dopingkontrolle statt.<sup>16</sup> Dass schon auf der Schwelle zum finanzstarken Profifußball nicht (konsequent) kontrolliert wird, deutet daraufhin, dass Dopingverstöße im mittelklassigen Fußball, Handball oder Tennis erst recht unbemerkt bleiben würden.

Es erschließt sich unter rechtstatsächlichen Gesichtspunkten nach alledem nicht, welche Breitensportler durch eine Bezugnahme auf die „finanziellen Anreize“ des Dopings zu tauglichen Tätern des Selbstdopingdelikts gemacht werden sollen.

### c) Mängel im Kontrollsystem des Hochleistungssports

Wenn die Einnahmeklausel aber nicht auf eine Ausweitung der Strafbewehrung des Dopingverbots „nach unten“ in den Bereich des Breitensports abzielt, stellt sich die Frage, warum es dann überhaupt einer Ergänzung der „Spitzensportler“-Klausel des § 4 Abs. 7 Nr. 1 AntiDopG bedurfte. Die Antwort liegt – und das schlägt die Brücke zurück zur genetischen Auslegung – in den strukturellen Mängeln des Trainingskontrollsystems des Spitzensports. Einen „wirklich“ sinnvollen Anwendungsbereich erhält die Vorschrift erst in Hinblick auf Athleten, deren Leistungsniveau der Spitzensportlerklausel des § 4 Abs. 7 Nr. 1 AntiDopG entspricht und die ihr nur aus regeltechnischen Gründen nicht unterfallen. Das kann im Einzelfall z.B. daran liegen, dass sich einzelne Sportfachverbände dem institutionalisierten Trainingskontrollsystem der Anti-Doping-Agenturen nicht angeschlossen haben oder einzelne nationale Anti-Doping-Agenturen ihrerseits eine von der Regelungsdichte des deutschen Testungssystems abweichende, gröbere Auswahl der in das Kontrollsystem aufzunehmenden Sportler getroffen haben.<sup>17</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint die vordergründig auf die Erfassung von Vollberufssport abzielende Benennung

des „gesamte[n] Bereich[s] des organisierten Motorsports, des Profiboxens (mit der derzeitigen Ausnahme der Sauerland Event GmbH) sowie der 3. Fußball-Liga der Herren“ als vom Gesetzgeber vorgebrachte Anwendungsbeispiele der Einnahmeklausel in einem neuen Licht. Die Verknüpfung dieser Fallbeispiele mit dem über die Anbindung an das Trainingskontrollsystem verkörperten Leistungsgedanken der „Spitzensportler“-Klausel zeigt sich beim Drittliga-Fußball daran, dass schon die gesetzgeberische Auffassung, dass dessen Akteure nicht über den sog. „Team Testpool“ der NADA vom Trainingskontrollsystem i.S.d. § 4 Abs. 7 Nr. 1 AntiDopG erfasst werden, nicht frei von Zweifeln ist.<sup>18</sup> Für sie entfaltete die Einnahmeklausel bei anderem Verständnis des Art. 2.5.3 des maßgeblichen „Standards für Dopingkontrollen und Ermittlungen“ also gar nur klarstellende Wirkung. Profiboxer sind nicht aus Leistungs-, sondern technischen Gründen nicht von der Trainingskontroll-Klausel erfasst. Denn der Profiboxsport hat sich dem Trainingskontrollsystem der NADA nicht angeschlossen.<sup>19</sup> Eine Ausnahme galt zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens noch für die Sauerland Event GmbH, die mit der NADA eine – während des Normsetzungsprozederes ausgelaufene – Vereinbarung über die Durchführung von Trainingskontrollen geschlossen hatte.<sup>20</sup> Vor diesem Hintergrund ergibt es Sinn, dass die Athleten der Sauerland Event GmbH in der Entwurfsbegründung zu § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG im Rahmen einer „Rückausnahme“ Erwähnung finden, da sie zu diesem Zeitpunkt bereits (bzw. noch) von der Testpool-Klausel des § 4 Abs. 7 Nr. 1 Anti-DopG erfasst waren. Auch der Motorsport wird über das Trainingskontrollsystem nicht erfasst, da die NADA in diesem Bereich nur Wettkampf- und nicht auch Trainingskontrollen durchführt.<sup>21</sup>

### d) Ergebnis

Es geht bei § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG nach hier vertretbarem Verständnis also darum, vereinzelte Lücken bei der Strafbewehrung des Selbstdopings durch Hochleistungssportler zu schließen, die mit dem Abstellen auf die Erfassung des Dopingsünder durch das Trainingskontrollsystem in § 4 Abs. 7 Nr. 1 AntiDopG verbunden sind. Das Erzielen finanzieller Erträge aus der sportlichen Betätigung ist deshalb – angesichts des Wortlauts zwar eine zwingend erforderliche, aber eben auch nur – notwendige und nicht auch hinreichende Bedingung der Strafbarkeit. Die Höhe der erforderlichen Einnahmen ist aufgrund des vorrangigen Leistungsgedankens variabel und hängt vom

<sup>14</sup> Ähnlich DAV, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 9.

<sup>15</sup> *Bittmann/Nuzinger/Rübenstahl/Großmann*, in: BeckOK-StGB, 47. Edit. (08/2020), § 265d Rn. 37 für § 265d Abs. 5 Nr. 3 StGB.

<sup>16</sup> <https://www.sueddeutsche.de/sport/doping-im-fussball-freifahrtschein-1.3990345> (zuletzt abgerufen am 15.1.2021).

<sup>17</sup> Dazu *Kusche* (Fn. 2), S. 128 ff.

<sup>18</sup> Zum Thema BT-Drs. 18/4898, S. 32; wie dort *Schmidt/Kober*, in: *Stopper/Lentze, Handbuch Fußball-Recht*, 2. Aufl. (2018), Kap. 26 Rn. 15, 20; *Wild*, *Rechtsprobleme des Dopings im deutschen Lizenzfußball*, 2018, S. 142 beurteilt die Subsumtion von Drittliga-Spielern unter den Team Testpool hingegen individualisierend danach, ob sie im konkreten Fall Lizenzspieler sind. Zwei schriftliche Anfragen des Verfassers bei der NADA führten zu widersprüchlichen Aussagen in Hinblick darauf, ob die Dritte Liga über den Team Testpool vom Trainingskontrollsystem der NADA erfasst wird.

<sup>19</sup> Schriftliche Auskunft der NADA an den Verfasser vom 10.7.2018; s. ferner <https://www.faz.net/aktuell/karriere-hochschule/wissenschaft-vs-tatort-ist-das-boxen-ein-doping-sumpf-16236496.html> (zuletzt abgerufen am 26.1.2021).

<sup>20</sup> Schriftliche Auskunft der NADA an den Verfasser vom 13.8.2018.

<sup>21</sup> Schriftliche Auskunft der NADA an den Verfasser vom 13.8.2018.

sportlichen Niveau des Athleten ab.<sup>22</sup> Je höher es ist, desto niedriger sind die täterschaftlichen Anforderungen an die erforderlichen Einkünfte aus dem Sport. Das kann insbesondere bei Spitzensportlern aus dem finanzschwächeren Ausland relevant werden, weil dort nicht zwingend ein mit der Regeldichte des NADA-Testpools identisches und stets zur Anwendbarkeit von § 4 Abs. 7 Nr. 1 AntiDopG führendes Kontrollsystem bestehen muss. Umgekehrt steigen mit Absinken des Leistungsniveaus die Anforderungen an die Höhe der aus dem Sport erwirtschafteten Einkünfte erheblich. Das führt dazu, dass die Vorschrift – nach hier vertretenem Verständnis: mit dem Willen des Gesetzgebers – außerhalb des Hochleistungssports keinen relevanten Anwendungsbereich erhält.

### 3. Das Schutzgut der Selbstdopingdelikte

Die Schaffung der Selbstdopingdelikte wurde in der wissenschaftlichen Diskussion kontrovers diskutiert.<sup>23</sup> Kritische Stimmen gründeten ihre Skepsis insbesondere auf Zweifel an der Zwecksetzung der Vorschriften. Diese wurden damit begründet, dass das ihnen zugrundeliegende Rechtsgutskonzept erstens schon nicht hinreichend erkennbar sei oder/und zweitens keine Werthaltigkeit aufweise, die den Einsatz des Strafrechts als „schärfstem Schwert des Staates“ (verfassungsrechtlich) rechtfertige.<sup>24</sup> Die Erkennbarkeit des Schutzzwecks der Norm hat schon Bedeutung für die teleologische Rechtsanwendung und nicht – wie die Werthaltigkeit eines Schutzkonzepts – erst eine (verfassungsrechtliche oder rechtspolitische) Bewertung der Selbstdopingdelikte.

Das AntiDopG vermittelt tatsächlich den Eindruck eines unklaren Schutzkonzepts.<sup>25</sup> Der Tatbestand der Verbotsnorm des § 3 AntiDopG orientiert sich weitestgehend an sportrechtlichen Dopingverbot. Die Zwecksetzungsklausel des § 1 AntiDopG deutet durch die Verwendung von Begrifflichkeiten wie „Fairness“, „Chancengleichheit“ und „Integrität des Sports“ ebenfalls auf den Schutz des Sports um seiner selbst willen hin. Zur „Integrität des organisierten Sports“ bekennt sich der Gesetzgeber in der Entwurfsbegründung sogar ausdrücklich.<sup>26</sup> Damit ist nur leider wenig gewonnen, da das rechtstechnische Verhältnis zu „Fairness“ und Chancengleichheit unklar bleibt und der etwaige Gehalt des Schutzguts „Integrität des Sports“ durch Bezugnahmen der Entwurfsbegründung auf die Vorbildwirkung von Spitzensportlern für junge Menschen, die Repräsentationsfunktionen des Spitzensports für den Staat oder die Gefahren für die Sportförderung

weiter verwässert werden.<sup>27</sup> Auf einen annähernd fassbaren Nenner lassen sich die in der Entwurfsbegründung vorgebrachten „integritätsstiftenden Werte“ nur bringen, wenn man die „Integrität“ des organisierten Sports mit der Unversehrtheit sämtlicher denkbarer positiver Funktionen des (Leistungs-)Sports für die Gesellschaft gleichsetzt. Damit lässt sich aber jedenfalls in der teleologischen Rechtsanwendung nicht sinnvoll arbeiten.

Zu einem „Schutzgut Sport“ könnte aufgrund der potentiellen Gesundheitsschädlichkeit von Dopingpraktiken eine Ausrichtung der Norm auf den Gesundheitsschutz von Sportlern hinzutreten, der ebenfalls in der Zwecksetzungsklausel des § 1 AntiDopG genannt ist. Richtet man den Blick auf die Sanktionsnorm des § 4 AntiDopG, kommt durch die Einnahmeklausel des § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG schließlich ein dritter Eckpfeiler mit wirtschaftlichem Einschlag ins Spiel.

Als Vermögensdelikt im engeren Sinne lassen sich die Selbstdopingdelikte indes nicht verstehen. Denn der Gesetzgeber hat den Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs trotz des – bei isolierter Betrachtung des Wortlauts gar deutlichen – Indizes aus § 4 Abs. 7 Nr. 2 AntiDopG gerade nicht in die mit „Zweck des Gesetzes“ überschriebene Vorschrift des § 1 AntiDopG aufgenommen, sich – anders als bei § 265c f. StGB<sup>28</sup> – auch in der Entwurfsbegründung nicht zum Schutz finanzieller Interessen als Rechtsgut der Vorschrift bekannt und nach dem Gesagten wird auch der Täterkreis des Delikts selbst im Rahmen der Einnahmeklausel nicht primär über die wirtschaftliche Erträglichkeit, sondern vorrangig das sportliche Leistungsniveau des Athleten bestimmt. Rechtsgut der Vorschrift ist auch nicht – weder hart- noch weich-paternalistisch als Autonomieschutz – die Gesundheit der Sportler. Dagegen spricht zunächst die Fassung des Tatbestands, die eine Einflussnahme auf den sportlichen Wettbewerb in den Vordergrund rückt und auch bei der tatbestandlichen Handlung selbst – der Anwendung oder Vorbereitung von Dopingmaßnahmen – nicht zwingend eine potentielle Gesundheitsgefährdung verlangt. So ist über die Anlage I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping etwa auch die Einflussnahme auf die Validität der Dopingkontrolle durch Austausch einer Urinprobe verboten.<sup>29</sup> In der Entwurfsbegründung wird der Gesundheitsschutz als Rechtsgut sogar ausdrücklich ausgeschlossen.<sup>30</sup>

Damit verbleibt als positiv-rechtlich geschütztes Rechtsgut der Selbstdopingverbote, das die Anwendung der Norm in der Praxis leiten kann, die faktische Geltung der

<sup>22</sup> Näher *Kusche* (Fn. 2), S. 165 ff.

<sup>23</sup> Ablehnend etwa *Chrobok*, Zur Strafbarkeit nach dem Anti-Doping-Gesetz, 2017, S. 193, 206 ff.; DAV, Stellungnahme zum Anti-DopG-E, S. 4 ff.; DOSB, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 1 ff.; *Greco/Roger*, JZ 2016, 1125 (1127); *Jahn*, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 4 ff.; *Mitsch*, Exzessive Kriminalpolitik am Beispiel des AntiDopG, S. 11; *Norouzi*, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 2 ff.; *Parzeller/Prittwitz*, StoffR 2015, 2; tendenziell kritisch auch *Jansen*, GA 2017, 600 ff.; befürwortend hingegen etwa *Heger*, medstra 2017, 205; *Haug/Martin*, Causa Sport 2014, 345 (346 f.); *Maihold*, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 27; *Rössner*, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 2 ff.; *Mortsiefer*, SpuRt 2015, 2 (3); (deutlich) einschränkend auch *Freund*, in: MüKo-StGB, AntiDopG, § 1–4 Rn. 13; *Momsen*, KriPoZ 2018, 21 (24).

<sup>24</sup> DAV, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 7; DRiB, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 6; *Jahn*, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 12; *Mitsch*, Exzessive Kriminalpolitik am Beispiel des AntiDopG, S. 11; zurückhaltender, aber ebenfalls skeptisch *ders.*, KriPoZ 2019, 29 (32 f.).

<sup>25</sup> Näher *Kusche* (Fn. 2), S. 45 ff., 133 ff.

<sup>26</sup> BT-Drs. 18/4898, S. 26, 27, 28, 29.

<sup>27</sup> BT-Drs. 18/4898, S. 27; ganz ähnlich auch dort S. 1, 17, 19.

<sup>28</sup> BT-Drs. 18/8831, S. 1, 10, 12, 15, 20.

<sup>29</sup> Verbotsgruppe M2 der Anlage I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping, s. BGBl. II 2019, S. 1082 (1085).

<sup>30</sup> BT-Drs. 18/4898, S. 29.

rechtlichen Chancengleichheit im sportlichen Wettbewerb des organisierten Sports. Die in der Entwurfsbegründung vorgebrachten gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen des Dopings, die die „Integrität“ des Sports als ausdrücklich benanntes Schutzgut schädigen sollen, sind demgegenüber zu abstrakt, um eine verlässliche zweckorientierte Rechtsanwendung im Einzelfall zu ermöglichen und daher wie die Schutzreflexe des Gesundheitsschutzes und des Schutzes finanzieller Interessen auf der Rechtsanwendungsebene unbeachtlich.

## II. Verfassungsrechtliche Problemfelder

Auf verfassungsrechtlicher Ebene rücken der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Art. 103 Abs. 2 GG in den Vordergrund.

### 1. Verhältnismäßigkeit, Rechtsgüter und Schutzreflexe

#### a) Die legitimen Zwecke der Selbstdopingverbote

Die Selbstdopingdelikte werden auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der durch sie bewirkten Grundrechtseingriffe in erster Linie durch das Bestreben legitimiert, die rechtliche Chancengleichheit im sportlichen Wettbewerb faktisch durchzusetzen. Dort kommt allerdings hinzu – und das wird eher selten<sup>31</sup> offen ins Verhältnis zur strafrechtsdogmatischen Unterscheidung zwischen Rechtsgut und bloßem Schutzreflex gesetzt –, dass der Gesetzgeber zur Schaffung verhältnismäßiger Strafgesetze die miteinander streitenden Vor- und Nachteile einer in Rede stehenden Vorschrift gegeneinander abwägen muss.<sup>32</sup> Während ein spezifiziertes Schutzgutkonzept insbesondere einer verlässlichen Normanwendung durch die Praxis dient, gebietet die Verfassung, dass der Gesetzgeber vor Erlass einer Strafnorm sämtliche Auswirkungen seiner Regelung in den Blick nimmt, auch wenn sie nur mittelbar und vage mit der Tatbestandsverwirklichung im Einzelfall verbunden sind.<sup>33</sup> Deshalb<sup>34</sup> können die strafrechtsdogmatisch als Schutzreflexe einzustufenden Interessen der Wahrung einer autonomen Entscheidung gegen die Vornahme potentiell gesundheitsschädlicher Dopingmaßnahmen und des Vermögensschutzes grundsätzlich in die „Abwägung“ eingestellt werden. Das gilt aufgrund eines zumindest denkbaren potentiellen Schädigungszusammenhangs im Ausgangspunkt auch für gesamtgesellschaftliche, die „Integrität des Sports“ gefährdende Auswirkungen von Dopingverstößen.

Unproblematisch ist das insbesondere in Hinblick auf den „Abwägungsbelang Integrität des Sports“ indes nicht. Mit der Proklamation eines solchen Schutzguts, dessen Gehalt schon unklar und Schädigung kaum je nachweisbar ist, erschwert der Gesetzgeber nämlich eine effektive Kontrolle

durch die Judikative. Denn gerade die Erhöhung der geistigen Abstraktion eines gesetzgeberischen Schutzzwecks ist aufgrund der mit ihr verbundenen „Vergesellschaftung“ der negativen Auswirkungen des verbotenen Verhaltens potentiell geeignet, den Strafwürdigkeitsüberlegungen des Gesetzgebers in einer Diskussion um die Verhältnismäßigkeit des Einsatzes von Strafrecht ein kaum zu überwindendes Gewicht zu verleihen.

#### b) Konkrete Beeinträchtigung der widerstreitenden Interessen auf meist niedrigem Niveau

Möglich ist das Auffangen überhöhter Schutzzweckerwägungen des Gesetzgebers immerhin im Ansatz bei der Prüfung der Angemessenheit eines Grundrechtseingriffs, da auf Ebene des Übermaßverbotes der – möglichst empirisch zu bestimmende – Grad der konkreten Beeinträchtigung der geschützten Interessen zu berücksichtigen ist.

An dieser Stelle lassen sich insbesondere die gesellschaftsschädlichen Auswirkungen des Dopings aus der Betrachtung weitgehend herausfiltern. Dafür, dass Dopingverstöße mit den Erwägungen des Gesetzgebers nicht nur auf dem Papier, sondern auch tatsächlich zur Schädigung der „Integrität“ des Sports geeignet sind, weil sie etwa zu einem ernsthaften Rückgang privatwirtschaftlicher oder staatlicher Sportförderung oder zu einem Rückgang des Interesses der Bevölkerung am Sport und der Vorbildwirkung von Spitzensportlern für junge Menschen beitragen,<sup>35</sup> ist bei empirischer Betrachtung wenig ersichtlich. Das gilt zunächst für die Sportförderung und zeigt sich auf privatwirtschaftlicher Ebene daran, dass einerseits das jährliche Sportsponsoring-Volumen allein in Deutschland rund 3,5 Milliarden Euro beträgt und die NADA-Jahresberichte die Zuwendungen aus der Wirtschaft seit 2017 andererseits stets mit 0 Euro ausweisen.<sup>36</sup> Trotz der Aufdeckung diverser Dopingskandale in der letzten Dekade ist seit dem Ausschluss *Jan Ullrichs* von der Tour de France 2006 außerdem eine massive Erhöhung der staatlichen Spitzensportförderung um rund 70% bis 2018<sup>37</sup> bei zunehmender Konzentration der Förderung auf den Leistungsgedanken (Stichwort: Leistungssportreform) zu verzeichnen, ohne dass damit auch eine nennenswerte Aufstockung der prozentualen Anteile der Dopingbekämpfung am staatlichen Sporthaushalt (2018: 3,8 %) einhergegangen wäre. Auch für eine drohende Abkehr des Publikums vom Spitzensport gibt die Studienlage keine schlagenden Hinweise: Obwohl der teils systematische Dopingmissbrauch im Spitzensport in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt ist, erhält die These von der Vorbildfunktion deutscher Spitzensportler etwa in Hinblick auf den Wert „Fairness“ weiterhin hohe Zustimmungswerte in der Bevölkerung und finden sich eher noch

<sup>31</sup> In der Sache deutlich, indes ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die Kategorie der Schutzreflexe *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 119 f.

<sup>32</sup> So im Allgemeinen etwa *Leisner*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. (2018), Art. 20 Rn. 69.

<sup>33</sup> In diese Richtung im Allgemeinen wohl auch *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 70.

<sup>34</sup> Näher *Kusche* (Fn. 2), S. 214 ff.

<sup>35</sup> BT-Drs. 18/4898, S. 27; ganz ähnlich auch dort S. 1, 17, 19.

<sup>36</sup> Statista, Sponsoringvolumen für Sport und Kultur in Deutschland von 2011 bis 2016; NADA-Jahresberichte 2019, S. 17; 2018, S. 15; 2017, S. 15; kritisch insoweit auch *Meutgens*, Doping-Magazin 2017, 6.

<sup>37</sup> Bundeshaushalt 2007: 110.688.000 Euro; Soll-Wert 2018: 188.068.000 Euro, s. BGBl. I 2018, S. 1126, Einzelplan 06, Titelgruppe 02.

Indizien für einen (leichten) Anstieg des Publikumsinteresses als für einen Zuschauerschwund.<sup>38</sup> Am Ende trägt dann also – wenngleich hier auch eine beschränkte Legitimationswirkung der Schutzreflexe des Autonomie- und Vermögensschutzes zu berücksichtigen ist – auch auf verfassungsrechtlicher Ebene die Wahrung der durch Doping massiv beeinträchtigten rechtlichen Chancengleichheit im sportlichen Wettbewerb die wesentliche Begründungslast zugunsten der Zulässigkeit der Selbstdopingdelikte.

Die gegen die Kriminalisierung des Selbst dopings ins Feld geführten Interessen dürften sich jedenfalls in ihrer konkreten Betroffenheit (indes ebenfalls; Ausnahme: rechtliche Chancengleichheit) auf eher niedrigem Niveau bewegen. Denn dopinggeneigte Athleten dürften sich kaum je als Ausdruck ihres Rechts auf Selbstbestimmung selbst schädigen wollen, sondern dies allenfalls als unerwünschte Nebenfolge sportlichen Erfolgs in Kauf nehmen. Hinzukommt, dass ihnen aufgrund einer im Fall vorsätzlichen Verstoßes regelmäßig drohenden vierjährigen sportverbandsrechtlichen Regelsperre mangels unmittelbarer Wiederholungsfahr im Falle ihrer Verurteilung nur selten eine Freiheitsstrafe drohen wird. Darauf deuten auch die Ergebnisse der Evaluation des AntiDopG hin: Ausweislich der Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes sind wegen Selbst dopings vor dem Verfahren gegen *Felix Sturm* bislang lediglich zwei Verurteilungen zu einer Freiheitsstrafe (auf Bewährung) ergangen, deren tatsächliche Existenz indes sogar in Zweifel steht. Die der Evaluation des AntiDopG neben der Auswertung von Polizeilicher Kriminalstatistik und Strafverfolgungsstatistik zugrundeliegende Aktenauswertung durch die beauftragten Sachverständigen *Hoven* und *Kubiciel* konnte die Existenz dieser Urteile nämlich nicht bestätigen, sodass ein Erhebungsfehler naheliegen dürfte.<sup>39</sup> Einiges spricht – wenngleich hier eine differenzierende Betrachtung von Teilnahme-, Anwendungs- und Besitztatbestand nach § 3 Abs. 1, 2 und 4 AntiDopG angebracht ist – daher dafür, dass ein der Verfassungskonformität des AntiDopG entgegenstehendes deutliches Überwiegen der beeinträchtigten Grundrechte – trotz der in Hinblick auf die gesellschaftsschädlichen Auswirkungen des Dopings eher vagen Gefährdungslage – zumindest anhand der Maßstäbe der verfassungsgerichtlichen Praxis in Karlsruhe nicht angenommen werden würde.

## 2. Verweisungsfragen und Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG

Höchst problematisch sind die neuen Vorschriften in Hinblick auf die erforderliche Wahrung des Bestimmtheits- und Gesetzlichkeitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG.

Der Katalog der verbotenen Dopingmittel und -maßnahmen ergibt sich aus derjenigen Fassung des Anhangs I des Internationalen Übereinkommens gegen Doping, die das

Bundesministerium des Innern zuletzt im Bundesgesetzblatt bekannt gemacht hat. Der Inhalt dieses Listenanhangs wiederum übernimmt stets die geltende Verbotsliste der WADA – einer Schweizer Stiftung des privaten Rechts. Das verfassungsrechtliche Problem dieser Tatmittelbestimmung liegt darin, dass dem Innenministerium kein inhaltlicher Gestaltungsspielraum zusteht: Es kann die neue Liste der WADA ausweislich des Wortlauts des AntiDopG nur entweder veröffentlichen oder dies unterlassen. Einschränkungen der WADA-Verbotsliste werden nun aber stets übernommen werden, weil der Staat sonst mehr verbietet als der Sport und damit in Konflikt mit dem Recht der Sportverbände aus Art. 9 GG gerät, sich selbst eigene Regeln zu setzen. Die Übernahme von Ausweitungen des sportrechtlichen Dopingverbots wiederum wäre nur die konsequente Anwendung der sportrechtsakzessorischen Gesetzesfassung und im Fall des kumulativen Vorliegens von Ausweitungen und Einschränkungen in einer neuen WADA-Verbotsliste aus den vorgebrachten Überlegungen zu Art. 9 GG gar verfassungsrechtlich geboten. Das Bundesministerium des Innern fungiert hier deshalb faktisch „als Publikationsorgan“ der WADA. Das lässt sich allenfalls mit der Erwägung legitimieren, dass dieses Vorgehen die konsequente Folge der Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers für eine sportrechtsakzessorische Ausgestaltung der Selbstdopingverbote sei.

Ebenfalls problematisch ist die Täterkreisbestimmung in § 4 Abs. 7 Nr. 1 AntiDopG über das Trainingskontrollsystem des Sports, womit an das private Regelwerk der Anti-Doping-Agenturen angeknüpft wird. Führte dieser „Verweis“ auf das Trainingskontrollsystem als Blankettmerkmal zur Inkorporation der Vorschriften der Anti-Doping-Agenturen in den Gesetzestext, wäre er jedenfalls teilweise verfassungswidrig. Problematisch wäre dann bereits, dass die Erforderlichkeit eines solchen „Outsourcing“ gesetzgeberischer Tätigkeit im vorliegenden Fall zweifelhaft ist. Hinzutritt, dass die Rechtsnormen der deutschen NADA seit 2018 bis Ende 2020 aufgrund der 2016 beschlossenen Novellierung des deutschen Bundeskadersystems im DOSB ihrerseits auf nicht mehr existente Binnenvorschriften des Sports verwiesen, eine etwaige förmliche Verweisung durch das AntiDopG also für diesen Tatzeitraum leerliefe.<sup>40</sup> Anderes würde gelten, wenn man die „Mitgliedschaft im Trainingskontrollsystem“ als „normatives“ Tatbestandsmerkmal begreift. Dann stellte es nämlich nur auf das Ergebnis der Testpoolzugehörigkeit und nicht die der Einordnung in die Testpools zugrundeliegenden Vorschriften ab, weshalb dann auch deren Tatbestandsvoraussetzungen Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu genügen bräuchten.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> *Breuer/Hallmann*, Die gesellschaftliche Relevanz des Spitzensports in Deutschland, 2011, S. 11; *Breuer/Hallmann* (Fn. 13), S. 1; *Breuer/Hallmann/Igner* (Fn. 13), S. 12, 17, 40.

<sup>39</sup> Evaluierungsbericht der Bundesregierung zu den Auswirkungen des AntiDopG (Fn. 1), S. 41 f., 96 f.

<sup>40</sup> Näher *Kusche* (Fn. 2), S. 188.

<sup>41</sup> *Cornelius*, Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen, 2016, S. 282; *Schuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012, S. 302.

### III. Rechtspolitische Bewertung

#### 1. Untauglichkeit kollektiver Schutzgutskonstruktionen

Der Gesetzgeber hält Selbstdoping gerade deshalb für strafwürdig, weil es verschiedenste Interessen und nicht nur die der einzelnen Konkurrenten gedopter Sportler beeinträchtigt: so etwa auch die Vorbildwirkung von Spitzensportlern für junge Menschen, die Repräsentationsfunktionen des Spitzensports für den Staat oder die wirtschaftliche Sportförderung.<sup>42</sup> Es handelt sich bei dem Interesse an der faktischen Wahrung der rechtlichen Chancengleichheit im sportlichen Wettbewerb damit positivrechtlich um ein kollektives Rechtsgut.<sup>43</sup>

Das ist im gedanklichen Ansatz nicht zu bemängeln, da Doping aufgrund der gestiegenen gesellschaftlichen Bedeutung des Sports tatsächlich zumindest potentiell vielfältige Interessen tangieren kann. Die vom Gesetzgeber bemühten Schädigungsszenarien beschreiben aber eher eine fiktive denn reale Gefährdungslage: Die Begeisterung der Bevölkerung für den Spitzensport und die Förderbereitschaft des Staates sind derzeit nicht ernstlich in Gefahr. Auch der Sport als Wirtschaftsfaktor, der insoweit reflexartig geschützt wird, leidet faktisch nicht. Das weckt aus rechtspolitischer Perspektive Zweifel daran, dass es geboten wäre, zur Vermeidung der vom Gesetzgeber ins Feld geführten gesamtgesellschaftlichen Schäden das Strafrecht einzusetzen.

Diese verfestigen sich, wenn man in den Blick nimmt, dass die nach Auffassung des Gesetzgebers schutzwürdigen Gesellschaftsakteure selbst einen erheblichen Beitrag zur Schaffung eines „strukturellen Dopingproblems“ im Spitzensport leisten.<sup>44</sup> Die Verwirklichung der Interessen derer, die sich mit dem Sport umgeben, setzt nämlich regelmäßig besondere Leistungsstärken der in Bezug genommenen Athleten voraus: Staatliche Repräsentation, privatwirtschaftliche Imagepflege, hohe Einschaltquoten und auch die Zufriedenheit des Publikums mit der ihm gebotenen Unterhaltung speisen sich vor allem aus Erfolgen und Extremen. Das Kriterium der Verteilung gesellschaftlicher (und insbesondere finanzieller) Zuneigung bildet deshalb nicht nur gegenüber den einzelnen Athleten, sondern auch den Dach- und Fachverbänden des Sports vor

allem der sportliche Erfolg.<sup>45</sup> Das endet schließlich in von den Verbänden aufgestellten Qualifikationsnormen, von denen nicht selten behauptet wird, dass ihre Sportler sie ohne Doping kaum erfüllen könnten.<sup>46</sup>

Das von Sportverbänden, Wirtschaft, Staat und Publikum verabsolutierte Leistungsdenken muss man nicht als „unethisch“ geißeln, zumal das Streben nach Höchstleistung geradezu das Wesen spitzensportlicher Betätigung ausmacht. Man wird auch nicht behaupten müssen, dass der auf dem einzelnen Athleten lastende Erfolgsdruck ihm eine selbstbestimmte Entscheidung gegen Doping verwehrt. Dass aber die den Sport umgarnenden Gesellschaftsakteure zumindest eine nicht unerhebliche Mitverantwortung für Doping im Spitzensport tragen und außerdem durch das bekanntgewordene – große – Ausmaß der Verbreitung des Problems in ihren Interessen bislang nicht nachhaltig beeinträchtigt worden sind, spricht nach hier vertretener rechtspolitischer Auffassung gegen deren Strafschutzwürdigkeit.

#### 2. Individual(vermögens)schutz zugunsten der sauberen Konkurrenz

In der derzeitigen Gefahrenlage stört sich vor allem der saubere Athlet am Dopingverstoß des Konkurrenten. Damit verbleibt – auch wenn das nicht der gesetzgeberischen Schutzkonzeption entspricht – die individualschützende Funktion der Selbstdopingdelikte als derzeit einzig tragfähiger rechtspolitischer Argumentationsstrang zugunsten der Kriminalisierung des Selbstdopings im Spitzensport.<sup>47</sup> Das AntiDopG schützt die autonome Entscheidung des Einzelnen über den Verzicht auf Dopingmaßnahmen zugunsten einer gesunden Lebensweise und ermöglicht dem Spitzensportler, sich durch Teilnahme an einem regelkonform ablaufenden Wettbewerb in seiner Persönlichkeit und womöglich auch beruflich zu entfalten. Insbesondere die nicht selten vorgebrachte These einer strafwürdigkeitsbegründenden, spitzensporttypischen Verquickung von Sport und Beruf<sup>48</sup> darf allerdings kritisch betrachtet werden. Das gilt – weil nämlich vollberufssportliche Betätigung selbst im Kreis geförderter Bundeskader-Athleten eher die Ausnahme als die Regel zu sein scheint<sup>49</sup> – jedenfalls dann, wenn man einem Sonderstrafrechtsschutz für (kleine) „Splittergruppen“ skeptisch gegenübersteht.

<sup>42</sup> BT-Drs. 18/4898, S. 1, 17 ff., 22 f., 27.

<sup>43</sup> A.A. Freund, in: MüKo-StGB, AntiDopG, § 1–4 Rn. 24.

<sup>44</sup> Bette/Schimank, Die Dopingfalle, 2006, S. 16; zustimmend Müller, Doping und dopingäquivalentes Verhalten, 2015, S. 211; DOSB-Beratungskommission Doping in Deutschland, Abschlussbericht, 2014, S. 15; in diese Richtung auch Singler, Doping und Enhancement, 2012, S. 170 f.; Rössner, Doping-Magazin 2017, 225 (226).

<sup>45</sup> Bette, in: Höfling/Horst, Doping – warum nicht?, 2010, S. 31 f.; Haug, Doping – Dilemma des Leistungssports, 2006, S. 143; Müller (Fn. 44), S. 217; Wollin, Doping – der Drang zum Betrug, 2007, S. 65; in diese Richtung auch die DOSB-Beratungskommission Doping in Deutschland (Fn. 44), S. 13 f.

<sup>46</sup> Bette (Fn. 45), S. 33; Bette, Doping-Magazin 2016, 10 (11); Bette/Schimank, in: Gamper/Mühlethaler/Reidhaar, Doping. Spitzensport als gesellschaftliches Problem, 2000, S. 103; Höfling (Fn. 45), S. 8; Krüger, in: Gamper/Mühlethaler/Reidhaar, Doping. Spitzensport als gesellschaftliches Problem, 2000, S. 26; Lehner, Doping-Magazin 2016, 57; Müller (Fn. 44), S. 218; in diese Richtung Singler (Fn. 44), S. 170 und die DOSB-Beratungskommission Doping in Deutschland (Fn. 44), S. 15.

<sup>47</sup> Freund, in: MüKo-StGB, AntiDopG, § 1–4 Rn. 24, der indes bereits de lege lata von Individualrechtsgüterschutz ausgeht.

<sup>48</sup> So etwa Rössner, Stellungnahme zum AntiDopG-E, S. 5.

<sup>49</sup> S. dazu etwa die Erhebungen von Breuer/Hallmann, Dysfunktionen des Spitzensports, 2013, S. 52; Breuer/Hallmann/Ilgner, Akzeptanz des Spitzensports in Deutschland, 2017, S. 28 ff.; Breuer/Wicker, Sportökonomische Analyse der Lebenssituation von Spitzensportlern in Deutschland, 2010, S. 1, 9 f., 15 ff., 27 f.; Schmidt/Saller, Kollege Spitzensportler: Chancen für Wirtschaft und Athleten, 2013, S. 3, 18; Schneider/Frenzel/Merz/Fischer, Studierende Spitzensportlerinnen und Spitzensportler bei den Olympischen Spielen 2016, Tab. 1; Tabor/Koglin/Stolz, Studierende Spitzensportlerinnen und Spitzensportler bei den Olympischen Spielen 2008, S. 10; näher Kusche (Fn. 2), S. 121 ff.

### 3. Wertbildung statt Wertbestätigung

Ob man Selbstdoping für strafwürdig hält oder nicht, ist letztlich wohl gar nicht entscheidend. Vieles spricht nämlich dafür, dass dem AntiDopG – weil dem Sport von Wirtschaft, Staat und Publikum, also von allen Seiten suggeriert wird, dass „Leistung“ der alles überstrahlende Wert sei – die gegenüber einer bloß normbestätigenden Funktion wesentlich anspruchsvollere Aufgabe zu teil werden wird, wertbildend wirken zu müssen. Ein gesetzgeberisches „Lippenbekenntnis“ allein wird diese Aufgabe kaum bewältigen können. Dringend erforderlich wäre eine umfassende Dopingbekämpfungspolitik, die eine Verbesserung der finanziellen Ausstattung der Kontrollinstanzen des Sports, aber auch eine Stärkung ihrer Unabhängigkeit sowie eine Intensivierung der Präventionsarbeit umfassen muss und nicht zuletzt auch eine gesamtgesellschaftliche Reflexion über die Akzeptanz der Grenzen natürlicher Leistungsfähigkeit.

### IV. Ergebnis

Als „großen Wurf“ des Gesetzgebers wird man die Schaffung der Selbstdopingdelikte des AntiDopG nicht bezeichnen können. Auf Rechtsanwendungsebene sind der Gehalt der „Einnahmeklausel“ als Auffangklausel für Mängel im Kontrollsystem des Spitzensports und das den Vorschriften zugrundeliegende Rechtsgutskonzept unter Anwendung der üblichen Auslegungsmethoden nur mit großen Schwierigkeiten zu ermitteln. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive unterliegt die Vereinbarkeit des Gesetzes mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht unerheblichen Bedenken und bei einer rechtspolitischen Betrachtung erscheint seine Verabschiedung eher als Symbolpolitik denn als ein ernsthaftes Bekenntnis gegen Doping im Spitzensport.

## ENTSCHEIDUNGEN

### Vorratsdatenspeicherung 3.0 – Allgemeine und unterschiedslose Vorratsdatenspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten ohne Anlass unzulässig

*EuGH*, Urt. v. 6.10.2020 – C-511/18, C-512/18 und C-520/18

1. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 geänderten Fassung ist im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen, dass er Rechtsvorschriften entgegensteht, die zu den in Art. 15 Abs. 1 genannten Zwecken präventiv eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen. Dagegen steht Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte Rechtsvorschriften nicht entgegen, die

- es zum Schutz der nationalen Sicherheit gestatten, den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste aufzugeben, Verkehrs- und Standortdaten allgemein und unterschiedslos auf Vorrat zu speichern, wenn sich der betreffende Mitgliedstaat einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ernstesten Bedrohung für die nationale Sicherheit gegenübersteht, sofern diese Anordnung Gegenstand einer wirksamen, zur Prüfung des Vorliegens einer solchen Situation sowie der Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien dienenden Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle sein kann, deren Entscheidung bindend ist, und sofern die Anordnung nur für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber im Fall des Fortbestands der Bedrohung verlängerbaren Zeitraum ergeht;
- zum Schutz der nationalen Sicherheit, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit auf der Grundlage objektiver und nicht diskriminierender Kriterien anhand von Kategorien betroffener Personen oder mittels eines geografischen Kriteriums für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber verlängerbaren Zeitraum eine gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen;
- zum Schutz der nationalen Sicherheit, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit für einen auf das absolut Notwendige begrenzten Zeitraum eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der IP-Adressen, die der Quelle einer Verbindung zugewiesen sind, vorsehen;
- zum Schutz der nationalen Sicherheit, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zum Schutz der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der die Identität der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel betreffenden Daten vorsehen;
- es zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und, *a fortiori*, zum Schutz der nationalen Sicherheit gestatten, den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste mittels einer Entscheidung der zuständigen Behörde, die einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, aufzugeben, während eines festgelegten Zeitraums die ihnen zur Verfügung stehenden Verkehrs- und Standortdaten umgehend zu sichern.

Diese Rechtsvorschriften müssen durch klare und präzise Regeln sicherstellen, dass bei der Speicherung der fraglichen Daten die für sie geltenden materiellen und prozeduralen Voraussetzungen eingehalten werden und dass die Betroffenen über wirksame Garantien zum Schutz vor Missbrauchsrisiken verfügen.

2. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung ist im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, mit der den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auferlegt wird, zum einen eine automatisierte Analyse sowie eine Erhebung in Echtzeit insbesondere von Verkehrs- und Standortdaten und zum anderen eine Erhebung in Echtzeit der technischen Daten zum Standort der verwendeten Endgeräte vorzunehmen, sofern

- der Rückgriff auf die automatisierte Analyse auf Situationen beschränkt ist, in denen sich ein Mit-

gliedstaat einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ernststen Bedrohung für die nationale Sicherheit gegenübersteht, und Gegenstand einer wirksamen, zur Prüfung des Vorliegens einer die fragliche Maßnahme rechtfertigenden Situation sowie der Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien dienenden Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle sein kann, deren Entscheidung bindend ist, und

- der Rückgriff auf die Erhebung von Verkehrs- und Standortdaten in Echtzeit auf Personen beschränkt ist, bei denen ein triftiger Grund für den Verdacht besteht, dass sie auf irgendeine Weise in terroristische Aktivitäten verwickelt sind, und einer vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle unterliegt, deren Entscheidung bindend ist, wobei dieses Gericht oder diese Stelle sich vergewissern muss, dass eine solche Erhebung in Echtzeit nur in den Grenzen des absolut Notwendigen gestattet wird. In hinreichend begründeten Eilfällen muss die Kontrolle kurzfristig erfolgen.

**3. Die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“)** ist dahin auszulegen, dass sie im Bereich des Schutzes der Vertraulichkeit der Kommunikation sowie des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Dienste der Informationsgesellschaft nicht anwendbar ist; dieser Schutz ist entweder durch die Richtlinie 2002/58 in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung oder durch die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46 geregelt. Art. 23 Abs. 1 der Verordnung 2016/679 ist im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, mit der den Anbietern eines öffentlichen Online- Zugangs zu Kommunikationsdiensten und den Betreibern von Hosting-Diensten eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung insbesondere von personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit diesen Diensten auferlegt wird.

**4. Ein nationales Gericht darf eine Bestimmung seines nationalen Rechts nicht anwenden, die es ermächtigt, die ihm nach nationalem Recht obliegende Feststellung, dass nationale Rechtsvorschriften, mit denen den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste u.a. zur Verfolgung der Ziele des Schutzes der nationalen Sicherheit und der Bekämpfung der Kriminalität eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten auferlegt wird, wegen ihrer Unvereinbarkeit mit Art. 15**

**Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte rechtswidrig sind, in ihren zeitlichen Wirkungen zu beschränken. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie verpflichtet bei einer Auslegung im Licht des Effektivitätsgrundsatzes ein nationales Strafgericht dazu, Informationen und Beweise, die durch eine mit dem Unionsrecht unvereinbare allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten erlangt wurden, im Rahmen eines Strafverfahrens gegen Personen, die im Verdacht stehen, Straftaten begangen zu haben, auszuschließen, wenn diese Personen nicht in der Lage sind, sachgerecht zu diesen Informationen und Beweisen Stellung zu nehmen, die einem Bereich entstammen, in dem das Gericht nicht über Sachkenntnis verfügt, und geeignet sind, die Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen.**

[...]

#### Urteil

- <sup>1</sup> Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) (ABl. 2002, L 201, S. 37) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 (ABl. 2009, L 337, S. 11) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2002/58) sowie der Art. 12 bis 15 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) (ABl. 2000, L 178, S. 1) im Licht der Art. 4, 6 bis 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) und von Art. 4 Abs. 2 EUV.

[...]

#### Zu den Vorlagefragen

#### Zur ersten Frage in den Rechtssachen C-511/18 und C-512/18 sowie zur ersten und zur zweiten Frage in der Rechtssache C-520/18

- <sup>81</sup> Mit der ersten Frage in den Rechtssachen C-511/18 und C-512/18 sowie der ersten und der zweiten Frage in der Rechtssache C-520/18, die zusammen zu prüfen sind, möchten die vorlegenden Gerichte wissen, ob Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste zu den in Art. 15 Abs. 1 genannten Zwecken zur allgemeinen und unterschiedslosen Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten verpflichtet.

### Vorbemerkungen

- <sup>82</sup> Aus den Akten, die dem *Gerichtshof* vorliegen, geht hervor, dass sich die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelungen auf alle elektronischen Kommunikationsmittel und alle ihre Nutzer erstrecken, ohne dass es insoweit eine Differenzierung oder Ausnahme gibt. Außerdem handelt es sich bei den Daten, die nach diesen Regelungen von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf Vorrat gespeichert werden müssen, insbesondere um solche, die erforderlich sind, um die Quelle und den Adressaten einer Kommunikation aufzuspüren, Datum, Uhrzeit, Dauer und Art der Kommunikation zu ermitteln, das verwendete Kommunikationsmaterial zu identifizieren sowie den Standort der Endgeräte und der Kommunikationen zu bestimmen. Zu diesen Daten gehören u. a. Name und Adresse des Nutzers, die Telefonnummer des Anrufers und des Angerufenen sowie die IP-Adresse für die Internetdienste. Auf den Inhalt der betreffenden Kommunikationen erstrecken sie sich dagegen nicht.
- <sup>83</sup> Den Daten, die nach den in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelungen ein Jahr lang gespeichert werden müssen, lässt sich somit u. a. entnehmen, mit welcher Person der Nutzer eines elektronischen Kommunikationsmittels kommuniziert hat und mit welchem Mittel dies stattfand, das Datum, die Uhrzeit und die Dauer der Kommunikationen und der Internetverbindungen sowie der Ort, von dem aus sie stattfanden, ohne dass zwangsläufig eine Kommunikation weitergeleitet wurde. Außerdem bieten sie die Möglichkeit, die Häufigkeit der Kommunikationen des Nutzers mit bestimmten Personen während eines konkreten Zeitraums zu ermitteln. Schließlich ermöglicht die in den Rechtssachen C-511/18 und C-512/18 in Rede stehende nationale Regelung, da sie sich auch auf Daten in Bezug auf die Weiterleitung der elektronischen Kommunikationen durch die Netze erstreckt, offenbar überdies die Identifizierung der Art online konsultierter Informationen.
- <sup>84</sup> Zu den verfolgten Zielen ist festzustellen, dass zu den Zielen, die mit den Regelungen, um die es in den Rechtssachen C-511/18 und C-512/18 geht, verfolgt werden, u. a. die Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten im Allgemeinen, die nationale Unabhängigkeit, die Integrität des Hoheitsgebiets und die nationale Verteidigung, die wichtigen Interessen der Außenpolitik, die Erfüllung der europäischen und internationalen Verpflichtungen Frankreichs, die wichtigen wirtschaftlichen, industriellen und wissenschaftlichen Interessen Frankreichs sowie die Verhütung des Terrorismus, von Beeinträchtigungen des republikanischen Charakters der Institutionen und von kollektiver Gewalt, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden schwer zu beeinträchtigen, erfassen. Die Regelung, um die es in der Rechtssache C-520/18 geht, dient u. a. zur Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten sowie zum Schutz der nationalen Sicherheit, der Landesverteidigung und der öffentlichen Sicherheit.
- <sup>85</sup> Die vorliegenden Gerichte werfen insbesondere die Frage nach den etwaigen Auswirkungen des in Art. 6 der Charta

verankerten Rechts auf Sicherheit auf die Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 auf. Ferner möchten sie wissen, ob der mit der Vorratsspeicherung von Daten, die in den Regelungen, um die es in den Ausgangsverfahren geht, vorgesehen ist, verbundene Eingriff in die in den Art. 7 und 8 der Charta verankerten Grundrechte angesichts der bestehenden Vorschriften, die den Zugang nationaler Behörden zu den gespeicherten Daten beschränken, als gerechtfertigt angesehen werden kann. Außerdem muss diese Frage nach Ansicht des Conseil d'État (Staatsrat), da sie sich in einem durch ernste und anhaltende Bedrohungen der nationalen Sicherheit gekennzeichneten Kontext stellt, auch anhand von Art. 4 Abs. 2 EUV beurteilt werden. Der *Verfassungsgerichtshof* hebt hervor, dass mit der nationalen Regelung, um die es in der Rechtssache C-520/18 geht, auch positive Verpflichtungen umgesetzt würden, die sich aus den Art. 4 und 7 der Charta ergäben und die darin bestünden, einen gesetzlichen Rahmen vorzusehen, der eine wirksame Ahndung des sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen ermögliche.

[...]

#### Zur Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58

- <sup>105</sup> Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung bei der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift nicht nur ihr Wortlaut zu berücksichtigen ist, sondern auch ihr Kontext und die Ziele, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden, und insbesondere deren Entstehungsgeschichte (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 17.4.2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257, Rn. 44).
- <sup>106</sup> Die Richtlinie 2002/58 soll, wie sich u. a. aus ihren Erwägungsgründen 6 und 7 ergibt, die Nutzer elektronischer Kommunikationsdienste vor den Risiken für ihre personenbezogenen Daten und ihre Privatsphäre schützen, die sich aus den neuen Technologien und vor allem den zunehmenden Fähigkeiten zur automatisierten Speicherung und Verarbeitung von Daten ergeben. Insbesondere soll mit der Richtlinie nach ihrem zweiten Erwägungsgrund gewährleistet werden, dass die in den Art. 7 und 8 der Charta niedergelegten Rechte uneingeschränkt geachtet werden. Insoweit ergibt sich aus der Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (KOM[2000] 385 endg.), aus dem die Richtlinie 2002/58 hervorgegangen ist, dass der Unionsgesetzgeber sicherstellen wollte, „dass für alle elektronischen Kommunikationsdienste unabhängig von der zugrunde liegenden Technologie weiterhin ein hochgradiger Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre gewährleistet bleibt“.
- <sup>107</sup> Zu diesem Zweck wird in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 der Grundsatz der Vertraulichkeit sowohl elektronischer Nachrichten als auch der damit verbundenen Verkehrsdaten aufgestellt, der u. a. das grundsätzliche Verbot für jede andere Person als die Nutzer, ohne deren Einwil-

ligung solche Nachrichten und Daten auf Vorrat zu speichern, impliziert.

- <sup>108</sup> Insbesondere ergibt sich hinsichtlich der Verarbeitung und Speicherung von Verkehrsdaten durch die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste aus Art. 6 sowie den Erwägungsgründen 22 und 26 der Richtlinie 2002/58, dass eine solche Verarbeitung nur zur Gebührenabrechnung für die Dienste, zu deren Vermarktung und zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen im dazu erforderlichen Maß und innerhalb des dazu erforderlichen Zeitraums zulässig ist. Danach sind die verarbeiteten und gespeicherten Daten zu löschen oder zu anonymisieren. Andere Standortdaten als Verkehrsdaten dürfen nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur dann verarbeitet werden, wenn sie anonymisiert wurden oder wenn die Nutzer oder Teilnehmer ihre Einwilligung gegeben haben (Urt. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 86 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>109</sup> Durch den Erlass dieser Richtlinie hat der Unionsgesetzgeber somit die in den Art. 7 und 8 der Charta verankerten Rechte konkretisiert, so dass die Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel grundsätzlich erwarten dürfen, dass ihre Nachrichten und die damit verbundenen Verkehrsdaten anonym bleiben und nicht gespeichert werden dürfen, es sei denn, sie haben darin eingewilligt.
- <sup>110</sup> Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 gestattet es den Mitgliedstaaten jedoch, Ausnahmen von der in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie aufgestellten grundsätzlichen Pflicht zur Sicherstellung der Vertraulichkeit personenbezogener Daten sowie den entsprechenden, u. a. in den Art. 6 und 9 der Richtlinie genannten Pflichten zu schaffen, sofern eine solche Beschränkung für die nationale Sicherheit, die Landesverteidigung, die öffentliche Sicherheit sowie die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des unzulässigen Gebrauchs elektronischer Kommunikationssysteme in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig ist. Zu diesem Zweck können die Mitgliedstaaten u.a. durch Rechtsvorschriften vorsehen, dass Daten aus einem dieser Gründe für begrenzte Zeit aufbewahrt werden.
- <sup>111</sup> Die Befugnis, von den Rechten und Pflichten, wie sie die Art. 5, 6 und 9 der Richtlinie 2002/58 vorsehen, abzuweichen, kann es aber nicht rechtfertigen, dass die Ausnahme von dieser grundsätzlichen Pflicht zur Sicherstellung der Vertraulichkeit elektronischer Kommunikationen und der damit verbundenen Daten und insbesondere von dem in Art. 5 der Richtlinie ausdrücklich vorgesehenen Verbot, solche Daten zu speichern, zur Regel wird (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 89 und 104).
- <sup>112</sup> Hinsichtlich der Zwecke, die eine Beschränkung der insbesondere in den Art. 5, 6 und 9 der Richtlinie 2002/58 vorgesehenen Rechte und Pflichten rechtfertigen können, hat der *Gerichtshof* bereits entschieden, dass die Aufzählung der in Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie genannten Zwecke abschließend ist, so dass eine aufgrund dieser Bestimmung erlassene Rechtsvorschrift tatsächlich strikt einem von ihnen dienen muss (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>113</sup> Außerdem geht aus Art. 15 Abs. 1 S. 3 der Richtlinie 2002/58 hervor, dass die Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften, die die Tragweite der Rechte und Pflichten gemäß den Art. 5, 6 und 9 dieser Richtlinie beschränken sollen, nur unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, zu denen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört, und der durch die Charta garantierten Grundrechte erlassen dürfen. Hierzu hat der *Gerichtshof* bereits entschieden, dass die den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste durch eine nationale Regelung auferlegte Pflicht, Verkehrsdaten auf Vorrat zu speichern, um sie gegebenenfalls den zuständigen nationalen Behörden zugänglich zu machen, Fragen aufwirft, die nicht nur die Einhaltung der die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten garantierenden Art. 7 und 8 der Charta betreffen, sondern auch der in Art. 11 der Charta gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 8.4.2014, Digital Rights, C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 25 und 70, sowie v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 91 und 92 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>114</sup> Bei der Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 muss somit die Bedeutung sowohl des in Art. 7 der Charta gewährleisteten Rechts auf Achtung des Privatlebens als auch des in Art. 8 der Charta gewährleisteten Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten, wie sie sich aus der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* ergibt, berücksichtigt werden sowie das in Art. 11 der Charta gewährleistete Recht auf freie Meinungsäußerung, das eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft darstellt, die zu den Werten gehört, auf die sich die Union nach Art. 2 EUV gründet (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 6.3.2001, Connolly/Kommission, C-274/99 P, EU:C:2001:127, Rn. 39, und v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 93 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>115</sup> Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Speicherung der Verkehrs- und Standortdaten als solche zum einen eine Abweichung von dem nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 für alle anderen Personen als die Nutzer geltenden Verbot der Speicherung dieser Daten darstellt und zum anderen einen Eingriff in die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und auf den Schutz personenbezogener Daten, die in den Art. 7 und 8 der Charta verankert sind; dabei spielt es keine Rolle, ob die betreffenden Informationen über das Privatleben sensiblen Charakter haben und ob die Betroffenen durch diesen Eingriff Nachteile erlitten haben (vgl. in diesem Sinne Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU-Kanada] v. 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 124 und 126 sowie die dort angeführte Rechtsprechung; vgl. entsprechend, in Bezug auf Art. 8 der EMRK, *EGMR*, Urt. v. 30.1.2020, Breyer gegen

Deutschland, CE:ECHR:2020:0130JUD005000112, § 81).

- <sup>116</sup> Irrelevant ist auch, ob die gespeicherten Daten in der Folge verwendet werden (vgl. entsprechend, in Bezug auf Art. 8 der EMRK, *EGMR*, Urt. v. 16.2.2000, Amann gegen Schweiz, CE:ECHR:2000:0216JUD002779895, § 69, sowie Urt. v. 13.2.2020, Trjakovski und Chipovski gegen Nordmazedonien, CE:ECHR:2020:0213JUD005320513, § 51), da der Zugriff auf solche Daten, unabhängig von ihrer späteren Verwendung, einen gesonderten Eingriff in die in der vorstehenden Randnummer genannten Grundrechte darstellt (vgl. in diesem Sinne Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU–Kanada] vom 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 124 und 126).
- <sup>117</sup> Dieser Schluss erscheint umso gerechtfertigter, als die Verkehrs- und Standortdaten Informationen über eine Vielzahl von Aspekten des Privatlebens der Betroffenen enthalten können, einschließlich sensibler Informationen wie sexuelle Orientierung, politische Meinungen, religiöse, philosophische, gesellschaftliche oder andere Überzeugungen sowie den Gesundheitszustand, wobei solche Daten im Übrigen im Unionsrecht besonderen Schutz genießen. Aus der Gesamtheit dieser Daten können sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der Personen, deren Daten gespeichert wurden, gezogen werden, etwa auf Gewohnheiten des täglichen Lebens, ständige oder vorübergehende Aufenthaltsorte, tägliche oder in anderem Rhythmus erfolgende Ortsveränderungen, ausgeübte Tätigkeiten, soziale Beziehungen dieser Personen und das soziale Umfeld, in dem sie verkehren. Diese Daten ermöglichen insbesondere die Erstellung eines Profils der Betroffenen, das im Hinblick auf das Recht auf Achtung des Privatlebens eine ebenso sensible Information darstellt wie der Inhalt der Kommunikationen selbst (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 8.4.2014, *Digital Rights*, C–293/12 und C–594/12, EU:C:2014:238, Rn. 27, und v. 21.12.2016, *Tele2*, C–203/15 und C–698/15, EU:C:2016:970, Rn. 99).
- <sup>118</sup> Daher kann die Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten zu polizeilichen Zwecken zum einen für sich genommen das in Art. 7 der Charta verankerte Recht auf Achtung der Kommunikation beeinträchtigen und die Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel von der Ausübung ihrer durch Art. 11 der Charta gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung abhalten (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 8.4.2014, *Digital Rights*, C–293/12 und C–594/12, EU:C:2014:238, Rn. 28, und v. 21.12.2016, *Tele2*, C–203/15 und C–698/15, EU:C:2016:970, Rn. 101). Solche abschreckenden Wirkungen können in besonderem Maß Personen treffen, deren Kommunikationen nach den nationalen Vorschriften dem Berufsgeheimnis unterliegen, sowie Whistleblower, deren Aktivitäten durch die Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (ABl. 2019, L 305, S. 17), geschützt werden. Außerdem sind diese Wirkungen umso stärker, je größer die Menge und die Vielfalt der auf Vorrat gespeicherten Daten sind.
- <sup>119</sup> Zum anderen birgt die bloße Vorratsspeicherung durch die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste angesichts der großen Menge von Verkehrs- und Standortdaten, die durch eine Maßnahme allgemeiner und unterschiedsloser Vorratsspeicherung kontinuierlich gespeichert werden können, sowie des sensiblen Charakters der Informationen, die diese Daten liefern können, Gefahren des Missbrauchs und des rechtswidrigen Zugangs.
- <sup>120</sup> In Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58, der es den Mitgliedstaaten gestattet, die in Rn. 110 des vorliegenden Urteils angesprochenen Ausnahmen vorzusehen, kommt allerdings zum Ausdruck, dass die in den Art. 7, 8 und 11 der Charta verankerten Rechte keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen können, sondern im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion gesehen werden müssen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 16.7.2020, *Facebook Ireland und Schrems*, C–311/18, EU:C:2020:559, Rn. 172 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>121</sup> Nach Art. 52 Abs. 1 der Charta sind nämlich Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte zulässig, sofern sie gesetzlich vorgesehen sind und den Wesensgehalt dieser Rechte achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit müssen sie erforderlich sein und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.
- <sup>122</sup> Bei der Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Charta muss somit auch berücksichtigt werden, welche Bedeutung den in den Art. 3, 4, 6 und 7 der Charta verankerten Rechten und den Zielen des Schutzes der nationalen Sicherheit und der Bekämpfung schwerer Kriminalität als Beitrag zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer zukommt.
- <sup>123</sup> Insoweit ist in Art. 6 der Charta, auf den der Conseil d'État (Staatsrat) und der *Verfassungsgerichtshof* Bezug nehmen, das Recht jedes Menschen nicht nur auf Freiheit, sondern auch auf Sicherheit verankert, und er garantiert Rechte, die den durch Art. 5 der EMRK garantierten Rechten entsprechen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 15.2.2016, N., C–601/15 PPU, EU:C:2016:84, Rn. 47, Urt. v. 28.7.2016, JZ, C–294/16 PPU, EU:C:2016:610, Rn. 48, und v. 19.9.2019, *Rayonna prokuratura Lom*, C–467/18, EU:C:2019:765, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>124</sup> Ferner ist darauf hinzuweisen, dass mit Art. 52 Abs. 3 der Charta die notwendige Kohärenz zwischen den in der Charta enthaltenen Rechten und den entsprechenden durch die EMRK garantierten Rechten gewährleistet werden soll, ohne dass dadurch die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des *Gerichtshofs der Europäischen Union* berührt wird. Bei der Auslegung der Charta sind somit die entsprechenden Rechte der EMRK als Mindestschutzstandard zu berücksichtigen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 12.2.2019, TC, C–492/18 PPU, EU:C:2019:108, Rn. 57, und Urt. v. 21.5.2019, *Kommission/Ungarn* [Nießbrauchsrechte an landwirtschaftlichen Flächen], C–235/17, EU:C:2019:432, Rn. 72 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- <sup>125</sup> Art. 5 der EMRK, in dem das Recht auf Freiheit und das Recht auf Sicherheit verankert sind, soll nach der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* den Einzelnen vor jedem willkürlichen oder ungerechtfertigten Freiheitsentzug schützen (vgl. in diesem Sinne *EGMR*, Urt. v. 18.3.2008, *Ladent gegen Polen*, CE:ECHR:2008:0318JUD001103603, §§ 45 und 46, Urt. v. 29.3.2010, *Medvedyev und andere gegen Frankreich*, CE:ECHR:2010:0329JUD000339403, §§ 76 und 77, sowie Urt. v. 13.12.2012, *El-Masri gegen „The former Yugoslav Republic of Macedonia“*, CE:ECHR:2012:1213JUD003963009, § 239). Da diese Bestimmung einen Freiheitsentzug durch eine staatliche Stelle betrifft, kann Art. 6 der Charta jedoch nicht dahin ausgelegt werden, dass er die staatlichen Stellen verpflichtet, spezifische Maßnahmen zur Ahndung bestimmter Straftaten zu erlassen.
- <sup>126</sup> In Bezug insbesondere auf die vom *Verfassungsgerichtshof* angesprochene wirksame Bekämpfung von Straftaten, deren Opfer u.a. Minderjährige und andere schutzbedürftige Personen sind, ist hingegen hervorzuheben, dass sich aus Art. 7 der Charta positive Verpflichtungen der Behörden im Hinblick auf den Erlass rechtlicher Maßnahmen zum Schutz des Privat- und Familienlebens ergeben können (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 18.6.2020, *Kommission/Ungarn [Transparenz von Vereinigungen]*, C-78/18, EU:C:2020:476, Rn. 123 und die dort angeführte Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*). Solche Verpflichtungen können sich aus Art. 7 auch in Bezug auf den Schutz der Wohnung und der Kommunikation sowie aus den Art. 3 und 4 hinsichtlich des Schutzes der körperlichen und geistigen Unversehrtheit der Menschen sowie des Verbots der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ergeben.
- <sup>127</sup> Angesichts dieser verschiedenen positiven Verpflichtungen müssen die verschiedenen betroffenen Interessen und Rechte miteinander in Einklang gebracht werden.
- <sup>128</sup> Der *EGMR* hat nämlich entschieden, dass die den Art. 3 und 8 der EMRK zu entnehmenden positiven Verpflichtungen, denen die Garantien in den Art. 4 und 7 der Charta entsprechen, u. a. bedeuten, dass materielle und prozedurale Vorschriften zu erlassen sowie praktische Maßnahmen zu treffen sind, die eine wirksame Bekämpfung von Straftaten gegen Personen mittels effektiver Ermittlungen und Verfolgung gestatten. Diese Verpflichtung ist umso wichtiger, wenn das körperliche und geistige Wohlergehen eines Kindes bedroht ist. Die von den zuständigen Behörden zu treffenden Maßnahmen müssen aber den Rechtsschutzmöglichkeiten und übrigen Garantien, die geeignet sind, den Umfang der strafrechtlichen Ermittlungsbefugnisse zu begrenzen, sowie den sonstigen Freiheiten und Rechten umfassend Rechnung tragen. Insbesondere ist ein rechtlicher Rahmen zu schaffen, der es erlaubt, die verschiedenen zu schützenden Interessen und Rechte miteinander in Einklang zu bringen (*EGMR*, Urt. v. 28.10.1998, *Osman gegen Vereinigtes Königreich*, CE:ECHR:1998:1028JUD002345294, §§ 115 und 116, Urt. v. 4.3.2004, *M.C. gegen Bulgarien*, CE:ECHR:2003:1204JUD003927298, § 151, Urt. v. 24.6.2004, *Von Hannover gegen Deutschland*, CE:ECHR:2004:0624JUD005932000, §§ 57 und 58, sowie 2. Dezember 2008, *K.U. gegen Finnland*, CE:ECHR:2008:1202JUD000287202, §§ 46, 48 und 49).
- <sup>129</sup> In Bezug auf die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sieht Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2002/58 vor, dass die Mitgliedstaaten eine Vorschrift erlassen können, die vom Grundsatz der Vertraulichkeit von Kommunikationen und der damit verbundenen Verkehrsdaten abweicht, sofern dies in Anbetracht der dort genannten Zwecke „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig“ ist. Im elften Erwägungsgrund der Richtlinie wird klargestellt, dass eine derartige Maßnahme in einem „strikt“ angemessenen Verhältnis zum intendierten Zweck stehen muss.
- <sup>130</sup> Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Schutz des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens nach ständiger Rechtsprechung des *Gerichtshofs* verlangt, dass sich die Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten und dessen Einschränkungen auf das absolut Notwendige beschränken. Außerdem kann eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung nicht verfolgt werden, ohne den Umstand zu berücksichtigen, dass sie mit den von der Maßnahme betroffenen Grundrechten in Einklang gebracht werden muss, indem eine ausgewogene Gewichtung der dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzung und der fraglichen Rechte vorgenommen wird (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 16.12.2008, *Satakunnan Markkinapörssi und Sata-media*, C-73/07, EU:C:2008:727, Rn. 56, v. 9.11.2010, *Volker und Markus Schecke und Eifert*, C-92/09 und C-93/09, EU:C:2010:662, Rn. 76, 77 und 86, sowie Urt. v. 8.4.2014, *Digital Rights*, C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 52; Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU-Kanada] v. 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 140).
- <sup>131</sup> Insbesondere geht aus der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* hervor, dass die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, eine Beschränkung der u. a. in den Art. 5, 6 und 9 der Richtlinie 2002/58 vorgesehenen Rechte und Pflichten zu rechtfertigen, zu beurteilen ist, indem die Schwere des mit einer solchen Beschränkung verbundenen Eingriffs bestimmt und geprüft wird, ob die verfolgte dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung in angemessenem Verhältnis zur Schwere des Eingriffs steht (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 2.10.2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16, EU:C:2018:788, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>132</sup> Um dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit zu genügen, muss eine Regelung klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der betreffenden Maßnahme vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen, so dass die Personen, deren personenbezogene Daten betroffen sind, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz dieser Daten vor Missbrauchsrisiken ermöglichen. Die Regelung muss nach nationalem Recht bindend sein und insbesondere Angaben dazu enthalten, unter welchen Umständen und unter welchen Voraussetzungen eine Maßnahme, die die Verarbeitung solcher Daten

vorsieht, getroffen werden darf, damit gewährleistet ist, dass sich der Eingriff auf das absolut Notwendige beschränkt. Das Erfordernis, über solche Garantien zu verfügen, ist umso bedeutsamer, wenn die personenbezogenen Daten automatisiert verarbeitet werden, vor allem wenn eine erhebliche Gefahr des unberechtigten Zugangs zu ihnen besteht. Diese Erwägungen gelten in besonderem Maß, wenn es um den Schutz der besonderen Kategorie sensibler personenbezogener Daten geht (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 8.4.2014, Digital Rights, C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 54 und 55, sowie Urt. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 117; Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU-Kanada] vom 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 141).

- <sup>133</sup> Eine Regelung, die eine Vorratsspeicherung personenbezogener Daten vorsieht, muss daher stets objektiven Kriterien genügen, die einen Zusammenhang zwischen den zu speichernden Daten und dem verfolgten Ziel herstellen (vgl. in diesem Sinne Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU-Kanada] vom 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 191 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie Urt. v. 3.10.2019, A u. a., C-70/18, EU:C:2019:823, Rn. 63).

*Zu den Rechtsvorschriften, die zum Schutz der nationalen Sicherheit eine präventive Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen*

- <sup>134</sup> Das von den vorliegenden Gerichten und den Regierungen, die Erklärungen abgegeben haben, angesprochene Ziel des Schutzes der nationalen Sicherheit ist vom *Gerichtshof* in seinen Urteilen zur Auslegung der Richtlinie 2002/58 noch nicht spezifisch geprüft worden.
- <sup>135</sup> Insoweit ist zunächst festzustellen, dass nach Art. 4 Abs. 2 EUV die nationale Sicherheit weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten fällt. Diese Verantwortung entspricht dem zentralen Anliegen, die wesentlichen Funktionen des Staates und die grundlegenden Interessen der Gesellschaft zu schützen, und umfasst die Verhütung und Repression von Tätigkeiten, die geeignet sind, die tragenden Strukturen eines Landes im Bereich der Verfassung, Politik oder Wirtschaft oder im sozialen Bereich in schwerwiegender Weise zu destabilisieren und insbesondere die Gesellschaft, die Bevölkerung oder den Staat als solchen unmittelbar zu bedrohen, wie insbesondere terroristische Aktivitäten.
- <sup>136</sup> Die Bedeutung des Ziels des Schutzes der nationalen Sicherheit übersteigt im Licht von Art. 4 Abs. 2 EUV die der übrigen von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 erfassten Ziele, insbesondere der Ziele, die Kriminalität im Allgemeinen, auch schwere Kriminalität, zu bekämpfen und die öffentliche Sicherheit zu schützen. Bedrohungen wie die in der vorstehenden Randnummer genannten unterscheiden sich nämlich aufgrund ihrer Art und ihrer besonderen Schwere von der allgemeinen Gefahr des Auftretens selbst schwerer Spannungen oder Störungen im Bereich der öffentlichen Sicherheit. Vorbehaltlich der Erfüllung der übrigen Anforderungen von Art. 52 Abs. 1 der Charta ist das Ziel des Schutzes der nationalen Sicherheit

daher geeignet, Maßnahmen zu rechtfertigen, die schwerere Grundrechtseingriffe enthalten als solche, die mit den übrigen Zielen gerechtfertigt werden könnten.

- <sup>137</sup> Somit steht Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta in Situationen wie den in den Rn. 135 und 136 des vorliegenden Urteils beschriebenen einer Rechtsvorschrift, mit der den zuständigen Behörden gestattet wird, den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste aufzugeben, die Verkehrs- und Standortdaten aller Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel für begrenzte Zeit zu speichern, grundsätzlich nicht entgegen, sofern hinreichend konkrete Umstände die Annahme zulassen, dass sich der betreffende Mitgliedstaat einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ersten Bedrohung für die nationale Sicherheit im Sinne der Rn. 135 und 136 des vorliegenden Urteils gegenübersteht. Auch wenn eine solche Maßnahme unterschiedslos alle Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel erfasst, ohne dass *prima facie* ein Zusammenhang im Sinne der in Rn. 133 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung zwischen ihnen und einer Bedrohung der nationalen Sicherheit dieses Mitgliedstaats zu bestehen scheint, ist gleichwohl davon auszugehen, dass das Vorliegen einer derartigen Bedrohung als solches geeignet ist, diesen Zusammenhang herzustellen.
- <sup>138</sup> Die Anordnung, die Daten aller Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel präventiv auf Vorrat zu speichern, muss jedoch in zeitlicher Hinsicht auf das absolut Notwendige beschränkt werden. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass die an die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste gerichtete Anordnung, Daten auf Vorrat zu speichern, wegen des Fortbestands einer solchen Bedrohung verlängert werden kann, doch darf die Laufzeit jeder Anordnung einen absehbaren Zeitraum nicht überschreiten. Überdies muss eine solche Vorratsdatenspeicherung Beschränkungen unterliegen und mit strengen Garantien verbunden sein, die einen wirksamen Schutz der personenbezogenen Daten der Betroffenen vor Missbrauchsrisiken ermöglichen. Die Speicherung darf somit keinen systematischen Charakter haben.
- <sup>139</sup> Angesichts der Schwere des aus einer solchen allgemeinen und unterschiedslosen Speicherung resultierenden Eingriffs in die Grundrechte, die in den Art. 7 und 8 der Charta verankert sind, muss gewährleistet sein, dass darauf tatsächlich nur in Situationen wie den in den Rn. 135 und 136 des vorliegenden Urteils angesprochenen zurückgegriffen wird, in denen eine ernste Bedrohung für die nationale Sicherheit besteht. Dabei ist es unabdingbar, dass eine an die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste gerichtete Anordnung einer solchen Vorratsdatenspeicherung Gegenstand einer wirksamen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle, deren Entscheidung bindend ist, sein kann, mit der das Vorliegen einer dieser Situationen sowie die Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien geprüft werden.

*Zu den Rechtsvorschriften, die zur Bekämpfung der Kriminalität und zum Schutz der öffentlichen Sicherheit eine präventive Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen*

- <sup>140</sup> Was das Ziel der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten anbelangt, sind im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur die Bekämpfung schwerer Kriminalität und die Verhütung ernster Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit geeignet, die mit der Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten verbundenen schweren Eingriffe in die Grundrechte, die in den Art. 7 und 8 der Charta verankert sind, zu rechtfertigen. Daher können nur Eingriffe in die genannten Grundrechte, die nicht schwer sind, durch das Ziel der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten im Allgemeinen gerechtfertigt sein (vgl. in diesem Sinne Ur. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 102, und Ur. v. 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, Rn. 56 und 57; Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU-Kanada] vom 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 149).
- <sup>141</sup> Eine nationale Regelung, die zur Bekämpfung schwerer Kriminalität eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsieht, überschreitet die Grenzen des absolut Notwendigen und kann nicht als in einer demokratischen Gesellschaft gerechtfertigt angesehen werden, wie es Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta verlangt (vgl. in diesem Sinne Ur. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 107).
- <sup>142</sup> Angesichts des sensiblen Charakters der Informationen, die sich aus den Verkehrs- und Standortdaten ergeben können, ist deren Vertraulichkeit nämlich von entscheidender Bedeutung für das Recht auf Achtung des Privatlebens. In Anbetracht zum einen der in Rn. 118 des vorliegenden Urteils angesprochenen abschreckenden Wirkungen, die die Speicherung dieser Daten auf die Ausübung der in den Art. 7 und 11 der Charta verankerten Grundrechte haben kann, und zum anderen der Schwere des mit ihr verbundenen Eingriffs muss eine solche Speicherung in einer demokratischen Gesellschaft, wie es das durch die Richtlinie 2002/58 geschaffene System vorsieht, die Ausnahme und nicht die Regel sein, und solche Daten dürfen nicht Gegenstand einer systematischen und kontinuierlichen Speicherung sein. Dies gilt auch in Anbetracht der Ziele der Bekämpfung schwerer Kriminalität und der Verhütung ernster Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit sowie der Bedeutung, die ihnen beizumessen ist.
- <sup>143</sup> Außerdem hat der *Gerichtshof* hervorgehoben, dass eine Regelung, die eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsieht, die elektronischen Kommunikationen fast der gesamten Bevölkerung erfasst, ohne jede Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme anhand des verfolgten Ziels. Eine solche Regelung betrifft entgegen dem in Rn. 133 des vorliegenden Urteils angesprochenen Erfordernis pauschal sämtliche Personen, die elektronische Kommunikationsdienste nutzen, ohne dass sich diese Personen auch nur mittelbar in einer Lage befinden, die Anlass zur Strafverfolgung geben könnte. Sie gilt somit auch für Personen, bei denen keinerlei Anhaltspunkt dafür besteht, dass ihr Verhalten in einem auch nur mittelbaren oder entfernten Zusammenhang mit dem Ziel der Bekämpfung schwerer Straftaten stehen könnte, und setzt insbesondere keinen Zusammenhang zwischen den Daten, deren Vorratsspeicherung vorgesehen ist, und einer Bedrohung der öffentlichen Sicherheit voraus (vgl. in diesem Sinne Ur. v. 8.4.2014, Digital Rights, C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 57 und 58, sowie Ur. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 105).
- <sup>144</sup> Insbesondere beschränkt eine solche Regelung, wie der *Gerichtshof* bereits entschieden hat, die Vorratsspeicherung weder auf die Daten eines Zeitraums und/oder eines geografischen Gebiets und/oder eines Personenkreises, der in irgendeiner Weise in eine schwere Straftat verwickelt sein könnte, noch auf Personen, deren auf Vorrat gespeicherte Daten aus anderen Gründen zur Bekämpfung schwerer Kriminalität beitragen könnten (vgl. in diesem Sinne Ur. v. 8.4.2014, Digital Rights, C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 59, und Ur. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 106).
- <sup>145</sup> Selbst die positiven Verpflichtungen, die sich, je nach Fall, für die Mitgliedstaaten aus den Art. 3, 4 und 7 der Charta ergeben können und, wie in den Rn. 126 und 128 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, die Schaffung von Regeln für eine wirksame Bekämpfung von Straftaten betreffen, können aber keine so schwerwiegenden Eingriffe rechtfertigen, wie sie mit einer Regelung, die eine Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsieht, für die in den Art. 7 und 8 der Charta verankerten Grundrechte fast der gesamten Bevölkerung verbunden sind, ohne dass die Daten der Betroffenen einen zumindest mittelbaren Zusammenhang mit dem verfolgten Ziel aufweisen.
- <sup>146</sup> Hingegen können nach den Ausführungen in den Rn. 142 bis 144 des vorliegenden Urteils und angesichts dessen, dass die widerstreitenden Rechte und Interessen miteinander in Einklang gebracht werden müssen, die Ziele der Bekämpfung schwerer Kriminalität, der Verhütung schwerer Beeinträchtigungen der öffentlichen Sicherheit und erst recht des Schutzes der nationalen Sicherheit in Anbetracht ihrer Bedeutung im Hinblick auf die in der vorstehenden Randnummer angesprochenen positiven Verpflichtungen, auf die insbesondere der *Verfassungsgerichtshof* abgestellt hat, den mit einer gezielten Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten verbundenen besonders schwerwiegenden Eingriff rechtfertigen.
- <sup>147</sup> Wie der *Gerichtshof* bereits entschieden hat, untersagt Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta es einem Mitgliedstaat somit nicht, eine Regelung zu erlassen, die

zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit sowie zum Schutz der nationalen Sicherheit präventiv eine gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten ermöglicht, sofern ihre Speicherung hinsichtlich der Kategorien der zu speichernden Daten, der erfassten Kommunikationsmittel, der betroffenen Personen und der vorgesehenen Dauer der Vorratsspeicherung auf das absolut Notwendige beschränkt ist (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 108).

<sup>148</sup> Die erforderliche Begrenzung einer solchen Vorratsdatenspeicherung kann insbesondere anhand der Kategorien betroffener Personen vorgenommen werden, da Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 einer auf objektiven Kriterien beruhenden Regelung nicht entgegensteht, mit der Personen erfasst werden können, deren Verkehrs- und Standortdaten geeignet sind, einen zumindest mittelbaren Zusammenhang mit schweren Straftaten zu offenbaren, auf irgendeine Weise zur Bekämpfung schwerer Kriminalität beizutragen oder eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder eine Gefahr für die nationale Sicherheit zu verhüten (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 111).

<sup>149</sup> Insoweit ist hinzuzufügen, dass zu den erfassten Personen insbesondere diejenigen gehören können, die zuvor im Rahmen der einschlägigen nationalen Verfahren und auf der Grundlage objektiver Kriterien als Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder der nationalen Sicherheit des betreffenden Mitgliedstaats eingestuft wurden.

<sup>150</sup> Die Begrenzung einer Maßnahme zur Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten kann auch auf ein geografisches Kriterium gestützt werden, wenn die zuständigen nationalen Behörden aufgrund objektiver und nicht-diskriminierender Anhaltspunkte davon ausgehen, dass in einem oder mehreren geografischen Gebieten eine durch ein erhöhtes Risiko der Vorbereitung oder Begehung schwerer Straftaten gekennzeichnete Situation besteht (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 21.12.2016, *Tele2*, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 111). Dabei kann es sich insbesondere um Orte handeln, die durch eine erhöhte Zahl schwerer Straftaten gekennzeichnet sind, um Orte, an denen die Gefahr, dass schwere Straftaten begangen werden, besonders hoch ist, wie Orte oder Infrastrukturen, die regelmäßig von einer sehr hohen Zahl von Personen aufgesucht werden, oder um strategische Orte wie Flughäfen, Bahnhöfe oder Mautstellen.

<sup>151</sup> Um sicherzustellen, dass der Eingriff, mit dem die in den Rn. 147 bis 150 des vorliegenden Urteils beschriebenen Maßnahmen gezielter Speicherung verbunden sind, mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einklang steht, darf ihre Dauer das im Hinblick auf das verfolgte Ziel sowie die sie rechtfertigenden Umstände absolut Notwendige nicht überschreiten, unbeschadet einer etwaigen Verlängerung wegen des fortbestehenden Erfordernisses einer solchen Speicherung.

*Zu den Rechtsvorschriften, die zur Bekämpfung der Kriminalität und zum Schutz der öffentlichen Sicherheit eine präventive Vorratsspeicherung von IP-Adressen und die Identität betreffenden Daten vorsehen*

<sup>152</sup> IP-Adressen gehören zwar zu den Verkehrsdaten, werden aber ohne Anknüpfung an eine bestimmte Kommunikation erzeugt und dienen in erster Linie dazu, über die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste die natürliche Person zu ermitteln, der ein Endgerät gehört, von dem aus eine Kommunikation über das Internet stattfindet. Sofern im Bereich von E-Mail und Internettelefonie nur die IP-Adressen der Kommunikationsquelle gespeichert werden und nicht die des Adressaten einer Kommunikation, lässt sich diesen Adressen als solchen keine Information über die Dritten entnehmen, mit denen die Person, von der die Kommunikation ausging, in Kontakt stand. Diese Kategorie von Daten weist daher einen geringeren Sensibilitätsgrad als die übrigen Verkehrsdaten auf.

<sup>153</sup> Da die IP-Adressen jedoch insbesondere zur umfassenden Nachverfolgung der von einem Internetnutzer besuchten Internetseiten und infolgedessen seiner Online-Aktivität genutzt werden können, ermöglichen sie die Erstellung eines detaillierten Profils dieses Nutzers. Die für eine solche Nachverfolgung erforderliche Vorratsspeicherung und Analyse der IP-Adressen stellen daher schwere Eingriffe in die Grundrechte des Internetnutzers aus den Art. 7 und 8 der Charta dar und können abschreckende Wirkungen wie die in Rn. 118 des vorliegenden Urteils dargelegten entfalten.

<sup>154</sup> Um die widerstreitenden Rechte und Interessen miteinander in Einklang zu bringen, wie es die in Rn. 130 des vorliegenden Urteils angeführte Rechtsprechung verlangt, ist aber zu berücksichtigen, dass im Fall einer im Internet begangenen Straftat die IP-Adresse der einzige Anhaltspunkt sein kann, der es ermöglicht, die Identität der Person zu ermitteln, der diese Adresse zugewiesen war, als die Tat begangen wurde. Hinzu kommt, dass die Vorratsspeicherung der IP-Adressen durch die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste über die Dauer ihrer Zuweisung hinaus im Prinzip nicht erforderlich erscheint, so dass sich die Feststellung im Internet begangener Straftaten, wie mehrere Regierungen in ihren beim *Gerichtshof* eingereichten Erklärungen angegeben haben, ohne Rückgriff auf eine Rechtsvorschrift nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 als unmöglich erweisen kann. Dies kann, wie diese Regierungen geltend gemacht haben, u. a. bei besonders schweren Straftaten im Bereich der Kinderpornografie im Sinne von Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (ABl. 2011, L 335, S. 1) der Fall sein, etwa wenn Kinderpornografie erworben, verbreitet, weitergegeben oder im Internet bereitgestellt wird.

<sup>155</sup> Unter diesen Umständen trifft es zwar zu, dass eine

Rechtsvorschrift, die eine Vorratspeicherung der IP-Adressen aller natürlichen Personen vorsieht, denen ein Endgerät gehört, von dem aus ein Internetzugang möglich ist, Personen erfassen würde, die *prima facie* keinen Zusammenhang mit den verfolgten Zielen im Sinne der in Rn. 133 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung aufweisen, und dass die Internetnutzer nach der Feststellung in Rn. 109 des vorliegenden Urteils aufgrund der Art. 7 und 8 der Charta erwarten dürfen, dass ihre Identität grundsätzlich nicht preisgegeben wird. Gleichwohl verstößt eine Rechtsvorschrift, die eine allgemeine und unterschiedslose Vorratspeicherung allein der IP-Adressen der Quelle einer Verbindung vorsieht, grundsätzlich nicht gegen Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta, sofern diese Möglichkeit von der strikten Einhaltung der materiellen und prozeduralen Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die die Nutzung dieser Daten regeln müssen.

- <sup>156</sup> Angesichts der Schwere des mit dieser Vorratsdatenspeicherung verbundenen Eingriffs in die Grundrechte, die in den Art. 7 und 8 der Charta verankert sind, sind neben dem Schutz der nationalen Sicherheit nur die Bekämpfung schwerer Kriminalität und die Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit geeignet, diesen Eingriff zu rechtfertigen. Außerdem darf die Dauer der Speicherung das im Hinblick auf das verfolgte Ziel absolut Notwendige nicht überschreiten. Schließlich muss eine derartige Maßnahme strenge Voraussetzungen und Garantien hinsichtlich der Auswertung dieser Daten, insbesondere in Form einer Nachverfolgung, in Bezug auf die Online-Kommunikationen und -Aktivitäten der Betroffenen vorsehen.
- <sup>157</sup> Was schließlich die die Identität der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel betreffenden Daten angeht, ermöglichen sie es für sich genommen weder, das Datum, die Uhrzeit, die Dauer und die Adressaten der Kommunikationen in Erfahrung zu bringen, noch die Orte, an denen sie stattfanden, oder wie häufig dies mit bestimmten Personen innerhalb eines gegebenen Zeitraums geschah, so dass sie, abgesehen von Kontaktdaten wie ihren Adressen, keine Informationen über die konkreten Kommunikationen und infolgedessen über ihr Privatleben liefern. Der mit einer Vorratspeicherung dieser Daten verbundene Eingriff kann somit grundsätzlich nicht als schwer eingestuft werden (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, Rn. 59 und 60).
- <sup>158</sup> Daraus ergibt sich im Einklang mit den Ausführungen in Rn. 140 des vorliegenden Urteils, dass Rechtsvorschriften, die auf die Verarbeitung dieser Daten als solcher, insbesondere auf ihre Speicherung und den Zugang zu ihnen zum alleinigen Zweck der Identifizierung des betreffenden Nutzers abzielen, ohne dass die Daten mit Informationen über die erfolgten Kommunikationen in Verbindung gebracht werden können, durch den in Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2002/58 genannten Zweck der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten im Allgemeinen gerechtfertigt sein können (vgl. in diesem

Sinne Urt. v. 2.10.2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, Rn. 62).

- <sup>159</sup> Unter diesen Umständen ist angesichts dessen, dass die widerstreitenden Rechte und Interessen miteinander in Einklang gebracht werden müssen, aus den in den Rn. 131 und 158 des vorliegenden Urteils genannten Gründen davon auszugehen, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta, auch wenn es keine Verbindung zwischen der Gesamtheit der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel und den verfolgten Zielen gibt, einer Rechtsvorschrift nicht entgegensteht, die den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste ohne besondere Frist auferlegt, zur Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten sowie zum Schutz der öffentlichen Sicherheit Daten über die Identität aller Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel auf Vorrat zu speichern, ohne dass es sich um schwere Straftaten, Bedrohungen oder Beeinträchtigungen der öffentlichen Sicherheit handeln muss.

*Zu den Rechtsvorschriften, die zur Bekämpfung schwerer Kriminalität eine umgehende Sicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen*

- <sup>160</sup> Die von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf der Grundlage der Art. 5, 6 und 9 der Richtlinie 2002/58 oder auf der Grundlage von Rechtsvorschriften der in den Rn. 134 bis 159 des vorliegenden Urteils beschriebenen Art, die gemäß Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie erlassen wurden, verarbeiteten und gespeicherten Verkehrs- und Standortdaten müssen grundsätzlich nach Ablauf der gesetzlichen Fristen, innerhalb deren sie gemäß den nationalen Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie verarbeitet und gespeichert werden müssen, entweder gelöscht oder anonymisiert werden.
- <sup>161</sup> Während dieser Verarbeitung und Speicherung können jedoch Situationen auftreten, die es erforderlich machen, die betreffenden Daten zur Aufklärung schwerer Straftaten oder von Beeinträchtigungen der nationalen Sicherheit über diese Fristen hinaus zu speichern, und zwar sowohl dann, wenn die Taten oder Beeinträchtigungen bereits festgestellt werden konnten, als auch dann, wenn nach einer objektiven Prüfung aller relevanten Umstände der begründete Verdacht besteht, dass sie vorliegen.
- <sup>162</sup> Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das von den 27 Mitgliedstaaten unterzeichnete und von 25 von ihnen ratifizierte Übereinkommen des Europarats vom 23.11.2001 über Computerkriminalität (Sammlung Europäischer Verträge – Nr. 185), das die Bekämpfung von Straftaten, die mittels Rechnernetzen begangen wurden, erleichtern soll, in Art. 14 vorsieht, dass die Vertragsstaaten für die Zwecke spezifischer strafrechtlicher Ermittlungen oder Verfahren bestimmte Maßnahmen hinsichtlich bereits gespeicherter Verkehrsdaten treffen, zu denen die umgehende Sicherung dieser Daten gehört. Dazu heißt es in Art. 16 Abs. 1 des Übereinkommens insbesondere, dass die Vertragsparteien die erforderlichen gesetzgeberischen Maßnahmen treffen,

damit ihre zuständigen Behörden die umgehende Sicherung von Verkehrsdaten, die mittels eines Computersystems gespeichert wurden, anordnen oder in ähnlicher Weise bewirken können, insbesondere wenn Gründe zu der Annahme bestehen, dass diese Daten verloren gehen oder verändert werden könnten.

<sup>163</sup> In einer Situation wie der in Rn. 161 des vorliegenden Urteils beschriebenen steht es den Mitgliedstaaten angesichts dessen, dass nach den Ausführungen in Rn. 130 des vorliegenden Urteils die widerstreitenden Rechte und Interessen miteinander in Einklang gebracht werden müssen, frei, in Rechtsvorschriften, die sie gemäß Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 erlassen, vorzusehen, dass den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste mittels einer Entscheidung der zuständigen Behörde, die einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, aufgegeben wird, für einen festgelegten Zeitraum die ihnen zur Verfügung stehenden Verkehrs- und Standortdaten umgehend zu sichern.

<sup>164</sup> Da die Zielsetzung einer solchen umgehenden Sicherung nicht mehr den Zielsetzungen entspricht, aufgrund deren die Daten ursprünglich gesammelt und gespeichert wurden, und da nach Art. 8 Abs. 2 der Charta jede Datenverarbeitung für festgelegte Zwecke zu erfolgen hat, müssen die Mitgliedstaaten in ihren Rechtsvorschriften angeben, mit welcher Zielsetzung die umgehende Sicherung der Daten vorgenommen werden kann. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Grundrechte der Art. 7 und 8 der Charta, der mit einer solchen Speicherung verbunden sein kann, sind nur die Bekämpfung schwerer Kriminalität und, *a fortiori*, der Schutz der nationalen Sicherheit geeignet, diesen Eingriff zu rechtfertigen. Um sicherzustellen, dass der mit einer derartigen Maßnahme verbundene Eingriff auf das absolut Notwendige beschränkt bleibt, darf sich die Speicherungspflicht zudem zum einen nur auf Verkehrs- und Standortdaten erstrecken, die zur Aufdeckung der schweren Straftat oder der Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit beitragen können. Zum anderen muss die Speicherdauer der Daten auf das absolut Notwendige beschränkt bleiben, kann allerdings verlängert werden, wenn die Umstände und das mit der fraglichen Maßnahme verfolgte Ziel es rechtfertigen.

<sup>165</sup> Insoweit ist hinzuzufügen, dass sich eine solche umgehende Sicherung nicht auf die Daten der Personen beschränken muss, die konkret im Verdacht stehen, eine Straftat begangen oder die nationale Sicherheit beeinträchtigt zu haben. Unter Beachtung des durch Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta vorgegebenen Rahmens und angesichts der Erwägungen in Rn. 133 des vorliegenden Urteils kann eine solche Maßnahme nach Wahl des Gesetzgebers, unter Einhaltung der Grenzen des absolut Notwendigen, auf die Verkehrs- und Standortdaten anderer als der Personen erstreckt werden, die im Verdacht stehen, eine schwere Straftat oder eine Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit geplant oder begangen zu haben, sofern diese Daten auf der Grundlage objektiver und nicht diskriminierender Kriterien zur Aufdeckung einer solchen

Straftat oder einer solchen Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit beitragen können. Dazu gehören die Daten des Opfers, seines sozialen oder beruflichen Umfelds oder bestimmter geografischer Zonen, etwa der Orte, an denen die fragliche Straftat oder Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit begangen oder vorbereitet wurde. Außerdem müssen beim Zugang der zuständigen Behörden zu den gespeicherten Daten die Voraussetzungen eingehalten werden, die sich aus der Rechtsprechung zur Auslegung der Richtlinie 2002/58 ergeben (vgl. in diesem Sinne Urte. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 118 bis 121 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>166</sup> Ferner ist hinzuzufügen, dass – wie sich insbesondere aus den Rn. 115 und 133 des vorliegenden Urteils ergibt – der Zugang zu den von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste in Anwendung einer gemäß Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 erlassenen Rechtsvorschrift gespeicherten Verkehrs- und Standortdaten grundsätzlich nur mit dem dem Gemeinwohl dienenden Ziel gerechtfertigt werden kann, zu dem die Speicherung den Betreibern auferlegt wurde. Daraus folgt insbesondere, dass keinesfalls ein Zugang zu solchen Daten zwecks Verfolgung und Ahndung einer gewöhnlichen Straftat gewährt werden kann, wenn ihre Speicherung mit dem Ziel der Bekämpfung schwerer Kriminalität oder gar dem Schutz der nationalen Sicherheit gerechtfertigt wurde. Dagegen kann, im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach seiner Auslegung in Rn. 131 des vorliegenden Urteils, ein Zugang zu Daten, die im Hinblick auf die Bekämpfung schwerer Kriminalität gespeichert wurden, mit dem Ziel des Schutzes der nationalen Sicherheit gerechtfertigt werden, sofern die in der vorstehenden Randnummer genannten materiellen und prozeduralen Voraussetzungen für einen solchen Zugang eingehalten werden.

<sup>167</sup> Insoweit steht es den Mitgliedstaaten frei, in ihren Rechtsvorschriften vorzusehen, dass ein Zugang zu Verkehrs- und Standortdaten bei Einhaltung der fraglichen materiellen und prozeduralen Voraussetzungen zur Bekämpfung schwerer Kriminalität oder zum Schutz der nationalen Sicherheit erfolgen kann, wenn diese Daten von einem Betreiber in einer mit den Art. 5, 6 und 9 oder mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Einklang stehenden Weise gespeichert wurden.

<sup>168</sup> Nach alledem ist auf die erste Frage in den Rechtssachen C-511/18 und C-512/18 sowie auf die erste und die zweite Frage in der Rechtssache C-520/18 zu antworten, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er Rechtsvorschriften entgegensteht, die zu den in Art. 15 Abs. 1 genannten Zwecken präventiv eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen. Dagegen steht Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta Rechtsvorschriften nicht entgegen, die

- es zum Schutz der nationalen Sicherheit gestatten, den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste

aufzugeben, Verkehrs- und Standortdaten allgemein und unterschiedslos auf Vorrat zu speichern, wenn sich der betreffende Mitgliedstaat einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ernststen Bedrohung für die nationale Sicherheit gegenüber sieht, sofern diese Anordnung Gegenstand einer wirksamen, zur Prüfung des Vorliegens einer solchen Situation sowie der Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien dienenden Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle sein kann, deren Entscheidung bindend ist, und sofern die Anordnung nur für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber im Fall des Fortbestands der Bedrohung verlängerbaren Zeitraum ergeht;

- zum Schutz der nationalen Sicherheit, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit auf der Grundlage objektiver und nicht diskriminierender Kriterien anhand von Kategorien betroffener Personen oder mittels eines geografischen Kriteriums für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber verlängerbaren Zeitraum eine gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen;
- zum Schutz der nationalen Sicherheit, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit für einen auf das absolut Notwendige begrenzten Zeitraum eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der IP-Adressen, die der Quelle einer Verbindung zugewiesen sind, vorsehen;
- zum Schutz der nationalen Sicherheit, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zum Schutz der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der die Identität der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel betreffenden Daten vorsehen
- es zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und, *a fortiori*, zum Schutz der nationalen Sicherheit gestatten, den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste mittels einer Entscheidung der zuständigen Behörde, die einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, aufzugeben, während eines festgelegten Zeitraums die ihnen zur Verfügung stehenden Verkehrs- und Standortdaten umgehend zu sichern.

Diese Rechtsvorschriften müssen durch klare und präzise Regeln sicherstellen, dass bei der Speicherung der fraglichen Daten die für sie geltenden materiellen und prozeduralen Voraussetzungen eingehalten werden und dass die Betroffenen über wirksame Garantien zum Schutz vor Missbrauchsrisiken verfügen.

### Zur zweiten und zur dritten Frage in der Rechtssache C-511/18

<sup>169</sup> Mit seiner zweiten und seiner dritten Frage in der Rechtssache C-511/18 möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, mit der den Betreibern elektronischer Kommunika-

tionsdienste aufgegeben wird, in ihren Netzen Maßnahmen umzusetzen, die es ermöglichen, zum einen Verkehrs- und Standortdaten automatisiert zu analysieren und in Echtzeit zu erheben und zum anderen die technischen Daten zum Standort der verwendeten Endgeräte in Echtzeit zu erheben, ohne dass die Unterrichtung der Betroffenen von diesen Verarbeitungen und Datenerhebungen vorgesehen ist.

<sup>170</sup> Das vorliegende Gericht führt aus, die in den Art. L. 851-2 bis L. 851-4 des CSI vorgesehenen Techniken zur Gewinnung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse seien für die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste nicht mit einem spezifischen Erfordernis der Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten verbunden. Insbesondere sollten mit der in Art. L. 851-3 des CSI geregelten automatisierten Analyse anhand von dafür festgelegten Kriterien Verbindungen aufgespürt werden, die auf eine terroristische Bedrohung hindeuten könnten. Die in Art. L. 851-2 des CSI geregelte Erhebung in Echtzeit betreffe nur eine oder mehrere Personen, von denen zuvor festgestellt worden sei, dass sie mit einer terroristischen Bedrohung in Zusammenhang stehen könnten. Diese beiden Techniken könnten nur zur Verhütung des Terrorismus eingesetzt werden und beträfen die von den Art. L. 851-1 und R. 851-5 des CSI erfassten Daten.

<sup>171</sup> Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass nach Art. L. 851-3 des CSI die dort vorgesehene automatisierte Analyse es als solche nicht ermöglicht, die Nutzer zu identifizieren, deren Daten dieser Analyse unterzogen werden, der Einstufung solcher Daten als „personenbezogene Daten“ nicht entgegensteht. Da das in Abschnitt IV dieser Bestimmung vorgesehene Verfahren es gestattet, die Personen, bei denen die automatisierte Analyse ihrer Daten ergeben hat, dass eine terroristische Bedrohung vorliegen kann, später zu identifizieren, bleiben nämlich alle Personen, deren Daten Gegenstand der automatisierten Analyse waren, anhand dieser Daten identifizierbar. Nach der Definition in Art. 4 Nr. 1 der Verordnung 2016/679 sind aber u. a. Informationen, die sich auf eine identifizierbare Person beziehen, personenbezogene Daten.

### Zur automatisierten Analyse von Verkehrs- und Standortdaten

<sup>172</sup> Wie aus Art. L. 851-3 des CSI hervorgeht, entspricht die dort vorgesehene automatisierte Analyse im Wesentlichen einer Filterung aller von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste gespeicherten Verkehrs- und Standortdaten, die von ihnen auf Ersuchen der zuständigen nationalen Behörden in Anwendung der von diesen festgelegten Parametern vorgenommen wird. Daraus folgt, dass alle Daten der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel daraufhin überprüft werden, ob sie diesen Parametern entsprechen. Daher ist davon auszugehen, dass eine solche automatisierte Analyse für die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste darin besteht, für die zuständige Behörde eine allgemeine und unterschiedslose Verarbeitung vorzunehmen, die alle Verkehrs- und

Standortdaten aller Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel erfasst und in einer Nutzung der Daten mit Hilfe eines automatisierten Verfahrens im Sinne von Art. 4 Nr. 2 der Verordnung 2016/679 besteht. Diese Verarbeitung ist von der späteren, nach Abschnitt IV von Art. L. 851-3 des CSI zulässigen Erhebung der Daten der Personen, die im Anschluss an die automatisierte Analyse identifiziert wurden, unabhängig.

<sup>173</sup> Eine nationale Regelung, die eine solche automatisierte Analyse der Verkehrs- und Standortdaten gestattet, weicht aber von der grundsätzlichen, in Art. 5 der Richtlinie 2002/58 aufgestellten Pflicht ab, die Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation und der damit verbundenen Daten sicherzustellen. Eine solche Regelung greift auch, unabhängig davon, wie diese Daten später genutzt werden, in die Grundrechte ein, die in den Art. 7 und 8 der Charta verankert sind. Schließlich kann sie im Sinne der in Rn. 118 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung abschreckende Wirkungen in Bezug auf die Ausübung der durch Art. 11 der Charta gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung entfalten.

<sup>174</sup> Überdies ist der aus einer automatisierten Analyse der Verkehrs- und Standortdaten wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden resultierende Eingriff besonders schwerwiegend, da sie sich allgemein und unterschiedslos auf die Daten der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel erstreckt. Dies gilt umso mehr, als sich den Daten, die Gegenstand der automatisierten Analyse sind, die Art der im Internet konsultierten Informationen entnehmen lässt, wie aus der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung hervorgeht. Außerdem wird eine solche automatisierte Analyse global bei allen Nutzern elektronischer Kommunikationsmittel vorgenommen, also auch bei Personen, bei denen keinerlei Anhaltspunkt dafür besteht, dass ihr Verhalten in einem auch nur mittelbaren oder entfernten Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten stehen könnte.

<sup>175</sup> Zur Rechtfertigung eines solchen Eingriffs ist festzustellen, dass das in Art. 52 Abs. 1 der Charta aufgestellte Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für jede Einschränkung der Ausübung von Grundrechten bedeutet, dass die gesetzliche Grundlage für den Eingriff selbst festlegen muss, in welchem Umfang die Ausübung des betreffenden Rechts eingeschränkt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 16. Juli 2020, Facebook Ireland und Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, Rn. 175 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>176</sup> Um dem in den Rn. 130 und 131 des vorliegenden Urteils angesprochenen Erfordernis der Verhältnismäßigkeit, wonach Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten und dessen Beschränkungen nicht über das absolut Notwendige hinausgehen dürfen, zu genügen, muss eine nationale Regelung des Zugangs der zuständigen Behörden zu den gespeicherten Verkehrs- und Standortdaten zudem den Anforderungen entsprechen, die sich aus der in Rn. 132 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung ergeben. Eine solche Regelung darf sich insbesondere nicht darauf beschränken, dass der behördliche Zugang zu

den Daten dem mit der Regelung verfolgten Zweck zu entsprechen hat, sondern muss auch die materiellen und prozeduralen Voraussetzungen für die Verwendung der Daten vorsehen (vgl. entsprechend Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU–Kanada] vom 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 192 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>177</sup> Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der mit einer allgemeinen und unterschiedslosen Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten verbundene besonders schwere Eingriff, auf den sich die Erwägungen in den Rn. 134 bis 139 des vorliegenden Urteils beziehen, sowie der besonders schwere Eingriff in Form ihrer automatisierten Analyse dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit nur in Situationen genügen kann, in denen sich ein Mitgliedstaat einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ernststen Bedrohung für die nationale Sicherheit gegenüber sieht, und nur unter der Voraussetzung, dass sich die Dauer dieser Speicherung auf das absolut Notwendige beschränkt.

<sup>178</sup> In Situationen wie den in der vorstehenden Randnummer angesprochenen kann eine automatisierte Analyse der Verkehrs- und Standortdaten aller Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel während eines streng begrenzten Zeitraums im Hinblick auf die Anforderungen, die sich aus Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta ergeben, als gerechtfertigt angesehen werden.

<sup>179</sup> Um sicherzustellen, dass sich der Rückgriff auf eine solche Maßnahme tatsächlich auf das zum Schutz der nationalen Sicherheit und insbesondere zur Verhütung des Terrorismus absolut Notwendige beschränkt, ist es nach den Feststellungen in Rn. 139 des vorliegenden Urteils allerdings unabdingbar, dass die Entscheidung, mit der die automatisierte Analyse gestattet wird, Gegenstand einer wirksamen, zur Prüfung des Vorliegens einer die fragliche Maßnahme rechtfertigenden Situation sowie der Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien dienenden Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle sein kann, deren Entscheidung bindend ist.

<sup>180</sup> Insoweit ist hinzuzufügen, dass die im Voraus festgelegten Modelle und Kriterien, auf denen diese Art der Datenverarbeitung beruht, zum einen spezifisch und zuverlässig sein müssen, so dass sie zu Ergebnissen führen, die es ermöglichen, Personen zu identifizieren, gegen die ein begründeter Verdacht der Beteiligung an terroristischen Straftaten bestehen könnte, und zum anderen nicht diskriminierend sein dürfen (vgl. in diesem Sinne Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU–Kanada] vom 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 172).

<sup>181</sup> Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass jede automatisierte Analyse anhand von Modellen und Kriterien, die auf dem Postulat beruhen, dass die rassische oder ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, die Gewerkschaftszugehörigkeit, der Gesundheitszustand oder das Sexualleben ei-

ner Person als solche, unabhängig vom konkreten Verhalten dieser Person, für die Verhütung des Terrorismus relevant sein könnten, gegen die in den Art. 7 und 8 der Charta in Verbindung mit deren Art. 21 garantierten Rechte verstoßen würde. Die für eine automatisierte Analyse, mit der terroristische Aktivitäten verhindert werden sollen, die eine ernste Bedrohung für die nationale Sicherheit darstellen, im Voraus festgelegten Modelle und Kriterien dürfen daher nicht allein auf diesen sensiblen Daten beruhen (vgl. in diesem Sinne Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU–Kanada] vom 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 165).

- <sup>182</sup> Da die automatisierten Analysen der Verkehrs- und Standortdaten zwangsläufig eine gewisse Fehlerquote aufweisen, muss jedes positive Ergebnis, das durch eine automatisierte Verarbeitung erlangt wurde, überdies individuell mit nicht automatisierten Mitteln wie der anschließenden Erhebung von Verkehrs- und Standortdaten in Echtzeit überprüft werden, bevor eine individuelle Maßnahme mit nachteiligen Auswirkungen auf die betreffenden Personen getroffen wird. Eine solche Maßnahme darf nämlich nicht allein auf dem Ergebnis einer automatisierten Verarbeitung beruhen. Desgleichen müssen, um in der Praxis zu gewährleisten, dass die im Voraus festgelegten Modelle und Kriterien, deren Anwendung sowie die verwendeten Datenbanken nicht diskriminierend sind und sich im Hinblick auf das Ziel, terroristische Aktivitäten zu verhindern, die eine ernste Bedrohung für die nationale Sicherheit darstellen, auf das absolut Notwendige beschränken, die Zuverlässigkeit und Aktualität dieser Modelle und Kriterien sowie der verwendeten Datenbanken regelmäßig überprüft werden (vgl. in diesem Sinne Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU–Kanada] vom 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 173 und 174).

*Zur Erhebung von Verkehrs- und Standortdaten in Echtzeit*

- <sup>183</sup> Zu der in Art. L. 851-2 des CSI geregelten Erhebung von Verkehrs- und Standortdaten in Echtzeit ist festzustellen, dass sie in Bezug auf „eine Person, von der zuvor festgestellt wurde, dass sie verdächtigt wird, in Verbindung mit einer [terroristischen] Bedrohung zu stehen“, individuell genehmigt werden kann. Weiter heißt es in dieser Bestimmung: „Bestehen schwerwiegende Gründe für die Annahme, dass eine oder mehrere Personen aus dem Umfeld der Person, auf die sich die Genehmigung bezieht, Informationen im Zusammenhang mit der Zielsetzung, auf der die Genehmigung beruht, liefern können, kann sie auch individuell für jede dieser Personen vorgenommen werden.“
- <sup>184</sup> Die Daten, die Gegenstand einer derartigen Maßnahme sind, ermöglichen es den zuständigen nationalen Behörden, für die Dauer der Genehmigung kontinuierlich und in Echtzeit zu überwachen, mit wem die betreffenden Personen kommunizieren, welche Mittel sie verwenden, wie lange ihre Kommunikationen dauern, wo sich die Personen aufhalten und wohin sie sich begeben. Desgleichen lässt sich ihnen offenbar die Art der online konsultierten Informationen entnehmen. Aus der Gesamtheit dieser Daten können, wie sich aus Rn. 117 des vorliegenden Urteils

ergibt, sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der betreffenden Personen gezogen werden, und sie ermöglichen die Erstellung eines Profils der Betroffenen, das im Hinblick auf das Recht auf Achtung des Privatlebens eine ebenso sensible Information darstellt wie der Inhalt der Kommunikationen selbst.

- <sup>185</sup> Die in Art. L. 851-4 des CSI geregelte Erhebung von Daten in Echtzeit gestattet es, technische Daten über die Standorte der Endgeräte zu erheben und in Echtzeit einer Dienststelle des Premierministers zu übermitteln. Solche Daten ermöglichen es der zuständigen Dienststelle offenbar, für die Dauer der Genehmigung jederzeit kontinuierlich und in Echtzeit den Standort der verwendeten Endgeräte, etwa von Mobiltelefonen, zu bestimmen.
- <sup>186</sup> Eine nationale Regelung, die solche Erhebungen in Echtzeit gestattet, weicht wie die Regelung, die eine automatisierte Datenanalyse gestattet, von der grundsätzlichen, in Art. 5 der Richtlinie 2002/58 aufgestellten Pflicht ab, die Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation und der damit verbundenen Daten sicherzustellen. Sie greift daher ebenfalls in die Grundrechte ein, die in den Art. 7 und 8 der Charta verankert sind, und kann abschreckende Wirkungen in Bezug auf die Ausübung der durch Art. 11 der Charta gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung entfalten.
- <sup>187</sup> Der Eingriff, der mit einer Erhebung von Daten, die es ermöglichen, den Standort eines Endgeräts zu ermitteln, in Echtzeit verbunden ist, ist besonders schwerwiegend, denn diese Daten versetzen die zuständigen nationalen Behörden in die Lage, die Ortsveränderungen der Nutzer von Mobiltelefonen präzise und permanent nachzuverfolgen. Da diese Daten somit als besonders sensibel einzustufen sind, ist der Echtzeit-Zugang der zuständigen Behörden zu solchen Daten von einem zeitversetzten Zugang zu ihnen zu unterscheiden; Ersterer ist einschneidender, weil er eine nahezu perfekte Überwachung dieser Nutzer erlaubt (vgl. entsprechend, in Bezug auf Art. 8 der EMRK, *EGMR*, Ur. v. 8.2.2018, Ben Faiza gegen Frankreich, CE:ECHR:2018:0208JUD003144612, § 74). Die Schwere dieses Eingriffs ist noch größer, wenn sich die Erhebung in Echtzeit auch auf die Verkehrsdaten der betreffenden Personen erstreckt.
- <sup>188</sup> Das Ziel der Verhütung des Terrorismus, das mit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung verfolgt wird, vermag zwar angesichts seiner Bedeutung den mit der Erhebung von Verkehrs- und Standortdaten in Echtzeit verbundenen Eingriff zu rechtfertigen, doch darf eine solche Maßnahme aufgrund ihres besonders eingriffsintensiven Charakters nur bei Personen angewandt werden, bei denen ein triftiger Grund für den Verdacht besteht, dass sie auf irgendeine Weise in terroristische Aktivitäten verwickelt sind. Die Daten von Personen, die nicht zu dieser Gruppe gehören, dürfen nur Gegenstand eines zeitversetzten Zugangs sein, der nach der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* nur in besonderen Situationen wie etwa solchen, in denen es um terroristische Aktivitäten geht, gewährt werden darf und nur dann, wenn es objektive Anhaltspunkte dafür gibt, dass diese Daten in

einem konkreten Fall einen wirksamen Beitrag zur Bekämpfung des Terrorismus leisten könnten (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 119 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- <sup>189</sup> Außerdem muss eine Entscheidung, mit der die Erhebung von Verkehrs- und Standortdaten in Echtzeit gestattet wird, auf objektiven, in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Kriterien beruhen. Insbesondere müssen in diesen Rechtsvorschriften nach der in Rn. 176 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung die Umstände und Voraussetzungen festgelegt werden, unter denen eine solche Datenerhebung gestattet werden kann, und sie müssen, wie in der vorstehenden Randnummer dargelegt, vorsehen, dass nur Personen erfasst werden dürfen, bei denen eine Verbindung zu dem Ziel der Verhütung des Terrorismus besteht. Ferner muss eine Entscheidung, mit der die Erhebung von Verkehrs- und Standortdaten in Echtzeit gestattet wird, auf objektiven und nicht diskriminierenden, in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Kriterien beruhen. Um in der Praxis die Einhaltung dieser Voraussetzungen zu gewährleisten, ist es unabdingbar, dass die Umsetzung der Maßnahme, mit der die Erhebung in Echtzeit gestattet wird, einer vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle unterworfen wird, deren Entscheidung bindend ist; dieses Gericht oder diese Stelle muss sich insbesondere vergewissern, dass eine solche Erhebung in Echtzeit nur in den Grenzen des absolut Notwendigen gestattet wird (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 120). In hinreichend begründeten Eilfällen muss die Kontrolle kurzfristig erfolgen.

*Zur Unterrichtung der Personen, deren Daten erhoben oder analysiert wurden*

- <sup>190</sup> Die zuständigen nationalen Behörden, die Verkehrs- und Standortdaten in Echtzeit erheben, müssen die betroffenen Personen im Rahmen der einschlägigen nationalen Verfahren davon unterrichten, sofern und sobald ihre Unterrichtung die Aufgaben, mit denen diese Behörden betraut sind, nicht beeinträchtigen kann. Diese Unterrichtung ist nämlich der Sache nach erforderlich, damit die betroffenen Personen ihre Rechte aus den Art. 7 und 8 der Charta ausüben, Zugang zu ihren personenbezogenen Daten, die Gegenstand dieser Maßnahmen sind, beantragen und gegebenenfalls die Berichtigung oder Löschung dieser Daten verlangen sowie gemäß Art. 47 Abs. 1 der Charta einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht einlegen können. Ein solches Recht wird im Übrigen durch Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 2002/58 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 1 der Verordnung 2016/679 ausdrücklich gewährleistet (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 21.12.2016, Tele2, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 121 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU-Kanada] vom 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 219 und 220).
- <sup>191</sup> Was die erforderliche Unterrichtung im Kontext einer automatisierten Analyse von Verkehrs- und Standortdaten

angeht, ist die zuständige nationale Behörde verpflichtet, Informationen allgemeiner Art über diese Analyse zu veröffentlichen, ohne die Betroffenen individuell unterrichten zu müssen. Falls die Daten den in der Maßnahme, mit der die automatisierte Analyse gestattet wird, angegebenen Parametern entsprechen und die Behörde die fragliche Person identifiziert, um die sie betreffenden Daten eingehender zu analysieren, ist hingegen ihre individuelle Unterrichtung erforderlich. Eine solche Unterrichtung muss jedoch nur erfolgen, sofern und sobald sie die Aufgaben, mit denen die betreffende Behörde betraut ist, nicht beeinträchtigen kann (vgl. entsprechend Gutachten 1/15 [PNR-Abkommen EU-Kanada] vom 26.7.2017, EU:C:2017:592, Rn. 222 bis 224).

- <sup>192</sup> Nach alledem ist auf die zweite und die dritte Frage in der Rechtssache C-511/18 zu antworten, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, mit der den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auferlegt wird, zum einen eine automatisierte Analyse sowie eine Erhebung in Echtzeit insbesondere von Verkehrs- und Standortdaten und zum anderen eine Erhebung in Echtzeit der technischen Daten zum Standort der verwendeten Endgeräte vorzunehmen, sofern

- der Rückgriff auf die automatisierte Analyse auf Situationen beschränkt ist, in denen sich ein Mitgliedstaat einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ernststen Bedrohung für die nationale Sicherheit gegenüber sieht, und Gegenstand einer wirksamen, zur Prüfung des Vorliegens einer die fragliche Maßnahme rechtfertigenden Situation sowie der Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien dienenden Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle sein kann, deren Entscheidung bindend ist, und
- der Rückgriff auf die Erhebung von Verkehrs- und Standortdaten in Echtzeit auf Personen beschränkt ist, bei denen ein triftiger Grund für den Verdacht besteht, dass sie auf irgendeine Weise in terroristische Aktivitäten verwickelt sind, und einer vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle unterliegt, deren Entscheidung bindend ist, wobei dieses Gericht oder diese Stelle sich vergewissern muss, dass eine solche Erhebung in Echtzeit nur in den Grenzen des absolut Notwendigen gestattet wird. In hinreichend begründeten Eilfällen muss die Kontrolle kurzfristig erfolgen.

#### **Zur zweiten Frage in der Rechtssache C-512/18**

- <sup>193</sup> Mit der zweiten Frage in der Rechtssache C-512/18 möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Bestimmungen der Richtlinie 2000/31 im Licht der Art. 6 bis 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, mit der den Anbietern eines öffentlichen Online-Zugangs zu Kommunikationsdiensten und den Betreibern von Hosting-Diensten eine allgemeine und unterschieds-

lose Vorratsspeicherung insbesondere von personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit diesen Diensten aufgelegt wird.

- <sup>194</sup> Das vorliegende Gericht ist der Meinung, dass solche Dienste unter die Richtlinie 2000/31 fielen und nicht unter die Richtlinie 2002/58 und dass Art. 15 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2000/31 in Verbindung mit ihren Art. 12 und 14 für sich genommen kein grundsätzliches Verbot der Speicherung von Daten in Bezug auf die Schaffung von Inhalten aufstelle, von dem nur ausnahmsweise abgewichen werden könnte. Fraglich sei jedoch, ob in Anbetracht dessen, dass die in den Art. 6 bis 8 und 11 der Charta verankerten Grundrechte beachtet werden müssten, an dieser Beurteilung festzuhalten sei.
- <sup>195</sup> Das vorliegende Gericht fügt hinzu, seine Frage betreffe die in Art. 6 der LCEN in Verbindung mit dem Dekret Nr. 2011-219 vorgesehene Speicherungspflicht. Zu den Daten, die die Anbieter der betreffenden Dienste insoweit auf Vorrat speichern müssten, gehörten u.a. Daten zur Identität der Nutzer dieser Dienste wie ihre Namen, Vornamen, Postanschriften, E-Mail- oder Kontoadressen und Passwörter sowie, wenn der Abschluss des Vertrags oder die Einrichtung des Kontos kostenpflichtig sei, die verwendete Zahlungsart, die Zahlungsreferenz, der Betrag sowie Datum und Uhrzeit der Transaktion.
- <sup>196</sup> Desgleichen erstreckten sich die von der Pflicht zur Vorratsspeicherung erfassten Daten auf die Kennungen der Teilnehmer, der Verbindungen und der verwendeten Endgeräte, die den Inhalten zugewiesenen Kennungen, Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Verbindungen und Vorgänge sowie die Arten der für die Verbindung zum Dienst und für die Übertragung der Inhalte verwendeten Protokolle. Der Zugang zu diesen Daten, die ein Jahr lang zu speichern seien, könne im Rahmen von Straf- und Zivilverfahren beantragt werden, um für die Beachtung der Vorschriften über die zivil- oder strafrechtliche Haftung zu sorgen, sowie im Rahmen von Maßnahmen zur Sammlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse, für die Art. L. 851-1 des CSI gelte.
- <sup>197</sup> Hierzu ist festzustellen, dass die Richtlinie 2000/31 nach ihrem Art. 1 Abs. 2 für eine Angleichung bestimmter für die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne ihres Art. 2 Buchst. a geltender innerstaatlicher Regelungen sorgt.
- <sup>198</sup> Zu solchen Diensten gehören zwar diejenigen, die im Fernabsatz mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung und Speicherung von Daten auf individuellen Abruf eines Dienstempfängers und in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, wie Dienste für den Zugang zum Internet oder zu einem Kommunikationsnetz sowie Hosting-Dienste (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 24.11.2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, EU:C:2011:771, Rn. 40; Urt. v. 16.2.2012, *SABAM*, C-360/10, EU:C:2012:85, Rn. 34; Urt. v. 15.9.2016, *Mc Fadden*, C-484/14, EU:C:2016:689, Rn. 55; und Urt. v. 7.8.2018, *SNB-REACT*, C-521/17, EU:C:2018:639, Rn. 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>199</sup> Nach ihrem Art. 1 Abs. 5 findet die Richtlinie 2000/31 jedoch keine Anwendung auf Fragen betreffend die Dienste der Informationsgesellschaft, die von den Richtlinien 95/46 und 97/66 erfasst werden. Insoweit ergibt sich aus den Erwägungsgründen 14 und 15 der Richtlinie 2000/31, dass der Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation sowie der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Dienste der Informationsgesellschaft ausschließlich Gegenstand der Richtlinien 95/46 und 97/66 sind. Letztere verbietet in ihrem Art. 5 zum Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation jede Art des Abfangens oder Überwachens der Kommunikation.
- <sup>200</sup> Fragen, die mit dem Schutz der Vertraulichkeit der Kommunikation und personenbezogener Daten zusammenhängen, sind daher anhand der Richtlinie 2002/58 und der Verordnung 2016/679 zu beurteilen, die an die Stelle der Richtlinie 97/66 bzw. der Richtlinie 95/46 getreten sind, wobei der Schutz, den die Richtlinie 2000/31 gewährleisten soll, auf keinen Fall die Erfordernisse, die sich aus der Richtlinie 2002/58 und der Verordnung 2016/679 ergeben, beeinträchtigen darf (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, Rn. 57).
- <sup>201</sup> Die Pflicht zur Vorratsspeicherung, die den Anbietern eines öffentlichen Online-Zugangs zu Kommunikationsdiensten und den Betreibern von Hosting-Diensten durch die in Rn. 195 des vorliegenden Urteils angesprochene nationale Regelung in Bezug auf die mit diesen Diensten verbundenen personenbezogenen Daten auferlegt wird, muss daher, wie der Generalanwalt im Wesentlichen in Nr. 141 seiner Schlussanträge in den verbundenen Rechts-sachen *La Quadrature du Net u. a.* (C-511/18 und C-512/18, EU:C:2020:6) ausgeführt hat, anhand der Richtlinie 2002/58 oder der Verordnung 2016/679 beurteilt werden.
- <sup>202</sup> Je nachdem, ob die Erbringung der von dieser nationalen Regelung erfassten Dienste unter die Richtlinie 2002/58 fällt oder nicht, gilt für sie daher entweder diese Richtlinie, insbesondere ihr Art. 15 Abs. 1 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta, oder die Verordnung 2016/679, insbesondere ihr Art. 23 Abs. 1 im Licht der gleichen Bestimmungen der Charta.
- <sup>203</sup> Im vorliegenden Fall kann, wie die Europäische Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, nicht ausgeschlossen werden, dass einige der Dienste, auf die die in Rn. 195 des vorliegenden Urteils angesprochene nationale Regelung Anwendung findet, elektronische Kommunikationsdienste im Sinne der Richtlinie 2002/58 darstellen; dies zu prüfen ist Sache des vorliegenden Gerichts.
- <sup>204</sup> Hierzu ist festzustellen, dass die Richtlinie 2002/58 elektronische Kommunikationsdienste erfasst, die die in Art. 2 Buchst. c der Richtlinie 2002/21, auf den Art. 2 der Richtlinie 2002/58 Bezug nimmt, aufgestellten Voraussetzungen erfüllen; dort werden elektronische Kommunikationsdienste definiert als „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte

Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen“. Die von der Richtlinie 2000/31 erfassten Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der Rn. 197 und 198 des vorliegenden Urteils stellen elektronische Kommunikationsdienste dar, wenn sie ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 5.6.2019, Skype Communications, C-142/18, EU:C:2019:460, Rn. 47 und 48).

- <sup>205</sup> Die Internetzugangsdienste, die offenbar von der in Rn. 195 des vorliegenden Urteils angesprochenen nationalen Regelung erfasst werden, stellen somit, wie der zehnte Erwägungsgrund der Richtlinie 2002/21 bestätigt, elektronische Kommunikationsdienste im Sinne dieser Richtlinie dar (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 5.6.2019, Skype Communications, C-142/18, EU:C:2019:460, Rn. 37). Dies gilt auch für die möglicherweise ebenfalls unter diese nationale Regelung fallenden internetbasierten E-Mail-Dienste, wenn sie in technischer Hinsicht ganz oder überwiegend die Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze implizieren (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 13.6.2019, Google, C-193/18, EU:C:2019:498, Rn. 35 und 38).
- <sup>206</sup> Hinsichtlich der Erfordernisse, die sich aus Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta ergeben, ist auf die gesamten Feststellungen und Erwägungen im Rahmen der Antwort auf die erste Frage in den Rechtssachen C-511/18 und C-512/18 sowie auf die erste und die zweite Frage in der Rechtssache C-520/18 zu verweisen.
- <sup>207</sup> In Bezug auf die Erfordernisse, die sich aus der Verordnung 2016/679 ergeben, ist darauf hinzuweisen, dass sie, wie sich aus ihrem zehnten Erwägungsgrund ergibt, namentlich darauf abzielt, innerhalb der Union ein hohes Datenschutzniveau für natürliche Personen zu gewährleisten und zu diesem Zweck für eine unionsweit gleichmäßige und einheitliche Anwendung der Vorschriften zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten dieser Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu sorgen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 16.7.2020, Facebook Ireland und Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, Rn. 101).
- <sup>208</sup> Zu diesem Zweck müssen bei jeder Verarbeitung personenbezogener Daten, vorbehaltlich der nach Art. 23 der Verordnung 2016/679 zulässigen Ausnahmen, die in ihrem Kapitel II aufgestellten Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten sowie die in ihrem Kapitel III geregelten Rechte der betroffenen Person beachtet werden. Insbesondere muss jede Verarbeitung personenbezogener Daten zum einen mit den in Art. 5 der Verordnung aufgestellten Grundsätzen im Einklang stehen und zum anderen die in Art. 6 der Verordnung aufgezählten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen erfüllen (vgl. entsprechend, in Bezug auf die Richtlinie 95/46, Urt. v. 30.5.2013, Worten, C-342/12, EU:C:2013:355, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>209</sup> Speziell zu Art. 23 Abs. 1 der Verordnung 2016/679 ist festzustellen, dass er es, wie Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58, den Mitgliedstaaten gestattet, im Hinblick auf die Ziele, die er vorsieht, und mittels Gesetzgebungsmaßnahmen die dort genannten Pflichten und Rechte zu beschränken, „sofern eine solche Beschränkung den Wesensgehalt der Grundrechte und Grundfreiheiten achtet und in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme darstellt, die [das verfolgte Ziel] sicherstellt“. Jede auf dieser Grundlage getroffene Gesetzgebungsmaßnahme muss insbesondere den in Art. 23 Abs. 2 der Verordnung aufgestellten speziellen Anforderungen genügen.
- <sup>210</sup> Art. 23 Abs. 1 und 2 der Verordnung 2016/679 kann somit nicht dahin ausgelegt werden, dass er den Mitgliedstaaten die Befugnis zu einer Beeinträchtigung der Achtung des Privatlebens, unter Verstoß gegen Art. 7 der Charta, oder der übrigen in der Charta vorgesehenen Garantien verleihen kann (vgl. entsprechend, in Bezug auf die Richtlinie 95/46, Urt. v. 20.5.2003, Österreichischer Rundfunk u.a., C-465/00, C-138/01 und C-139/01, EU:C:2003:294, Rn. 91). Insbesondere darf, ebenso wie bei Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58, die den Mitgliedstaaten durch Art. 23 Abs. 1 der Verordnung 2016/679 verliehene Befugnis nur unter Wahrung des Erfordernisses der Verhältnismäßigkeit ausgeübt werden, wonach Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten und dessen Beschränkungen nicht über das absolut Notwendige hinausgehen dürfen (vgl. entsprechend, in Bezug auf die Richtlinie 95/46, Urt. v. 7. 11.2013, IPI, C-473/12, EU:C:2013:715, Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>211</sup> Folglich gelten die Feststellungen und Erwägungen im Rahmen der Antwort auf die erste Frage in den Rechtssachen C-511/18 und C-512/18 sowie auf die erste und die zweite Frage in der Rechtssache C-520/18 *mutatis mutandis* auch für Art. 23 der Verordnung 2016/679.
- <sup>212</sup> Nach alledem ist auf die zweite Frage in der Rechtssache C-512/18 zu antworten, dass die Richtlinie 2000/31 dahin auszulegen ist, dass sie im Bereich des Schutzes der Vertraulichkeit der Kommunikation sowie des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Dienste der Informationsgesellschaft nicht anwendbar ist; dieser Schutz ist entweder durch die Richtlinie 2002/58 oder durch die Verordnung 2016/679 geregelt. Art. 23 Abs. 1 der Verordnung 2016/679 ist im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, mit der den Anbietern eines öffentlichen Online-Zugangs zu Kommunikationsdiensten und den Betreibern von Hosting-Diensten eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung insbesondere von personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit diesen Diensten auferlegt wird.

#### Zur dritten Frage in der Rechtssache C-520/18

- <sup>213</sup> Mit der dritten Frage in der Rechtssache C-520/18 möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein nationales Gericht eine Bestimmung seines nationalen Rechts anwenden

darf, aufgrund deren es, wenn es im Einklang mit seinem nationalen Recht eine nationale Rechtsvorschrift, mit der den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste u.a. zur Verfolgung der Ziele des Schutzes der nationalen Sicherheit und der Bekämpfung der Kriminalität eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten auferlegt wird, wegen ihrer Unvereinbarkeit mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta für rechtswidrig erklärt, zu einer Beschränkung der zeitlichen Wirkungen dieser Erklärung befugt ist.

- <sup>214</sup> Der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts besagt, dass das Unionsrecht dem Recht der Mitgliedstaaten vorgeht. Dieser Grundsatz verpflichtet daher alle mitgliedstaatlichen Stellen, den verschiedenen unionsrechtlichen Vorschriften volle Wirksamkeit zu verschaffen, wobei das Recht der Mitgliedstaaten die diesen verschiedenen Vorschriften zuerkannte Wirkung in ihrem Hoheitsgebiet nicht beeinträchtigen darf (Urt. v. 16.7.1964, *Costa*, 6/64, EU:C:1964:66, S. 1270 und 1271, sowie Urt. v. 19.11.2019, *A. K. u.a.* [Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts], C-585/18, C-624/18 und C-625/18, EU:C:2019:982, Rn. 157 und 158 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>215</sup> Nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts ist ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat und eine nationale Regelung nicht im Einklang mit den Anforderungen des Unionsrechts auslegen kann, verpflichtet, für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es ihre vorherige Beseitigung auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (Urt. v. 22.6.2010, *Melki und Abdeli*, C-188/10 und C-189/10, EU:C:2010:363, Rn. 43 und die dort angeführte Rechtsprechung, vom 24.6.2019, *Popławski*, C-573/17, EU:C:2019:530, Rn. 58, und vom 19.11.2019, *A. K. u.a.* [Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des Obersten Gerichts], C-585/18, C-624/18 und C-625/18, EU:C:2019:982, Rn. 160).
- <sup>216</sup> Nur der *Gerichtshof* kann in Ausnahmefällen und aus zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit eine vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung herbeiführen, die eine unionsrechtliche Vorschrift gegenüber mit ihr unvereinbarem nationalem Recht ausübt. Eine solche zeitliche Beschränkung der Wirkungen einer Auslegung des Unionsrechts durch den *Gerichtshof* kann nur in dem Urteil vorgenommen werden, in dem über die begehrte Auslegung entschieden wird (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 23.10.2012, *Nelson u.a.*, C-581/10 und C-629/10, EU:C:2012:657, Rn. 89 und 91, vom 23.4.2020, *Herst*, C-401/18, EU:C:2020:295, Rn. 56 und 57, sowie vom 25.6.2020, *A u.a.* [Windkraftanlagen in Aalter und Nevele], C-24/19, EU:C:2020:503, Rn. 84 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>217</sup> Der Vorrang und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts würden beeinträchtigt, wenn nationale Gerichte befugt wären, nationalen Bestimmungen, sei es auch nur vorübergehend, Vorrang vor dem Unionsrecht einzuräumen, gegen das sie verstoßen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 29.7.2019, *Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, C-411/17, EU:C:2019:622, Rn. 177 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>218</sup> Der *Gerichtshof* hat jedoch in einer Rechtssache, in der es um die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen ging, die unter Verstoß gegen die durch das Unionsrecht auferlegte Pflicht zur Durchführung einer vorherigen Prüfung der Umweltverträglichkeit eines Projekts und seiner Verträglichkeit mit einem geschützten Gebiet ergangen waren, entschieden, dass ein nationales Gericht, wenn das innerstaatliche Recht es gestattet, die Wirkungen solcher Maßnahmen ausnahmsweise aufrechterhalten kann, sofern dies durch zwingende Erwägungen gerechtfertigt ist, die im Zusammenhang mit der Notwendigkeit stehen, die tatsächliche und schwerwiegende Gefahr einer Unterbrechung der Stromversorgung im betreffenden Mitgliedstaat abzuwenden, der nicht mit anderen Mitteln und Alternativen, insbesondere im Rahmen des Binnenmarkts, entgegengetreten werden kann. Ihre Aufrechterhaltung darf aber nur für den Zeitraum gelten, der absolut notwendig ist, um die Rechtswidrigkeit zu beseitigen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 29.7.2019, *Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen*, C-411/17, EU:C:2019:622, Rn. 175, 176, 179 und 181).
- <sup>219</sup> Im Gegensatz zu dem Versäumnis, einer prozeduralen Pflicht wie der vorherigen Prüfung der Auswirkungen eines Projekts im speziellen Bereich des Umweltschutzes nachzukommen, kann ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta aber nicht durch ein Verfahren wie das in der vorstehenden Randnummer erwähnte geheilt werden. Würden die Wirkungen nationaler Rechtsvorschriften wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden aufrechterhalten, würde dies nämlich bedeuten, dass durch die betreffenden Rechtsvorschriften den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste weiterhin Verpflichtungen auferlegt würden, die gegen das Unionsrecht verstoßen und mit schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte der Personen verbunden sind, deren Daten gespeichert wurden.
- <sup>220</sup> Das vorliegende Gericht darf somit eine Bestimmung seines nationalen Rechts nicht anwenden, die es ermächtigt, die ihm nach nationalem Recht obliegende Feststellung der Rechtswidrigkeit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften in ihren zeitlichen Wirkungen zu beschränken.
- <sup>221</sup> VZ, WY und XX machen in ihren beim *Gerichtshof* eingereichten Erklärungen geltend, die dritte Frage werfe implizit, aber zwangsläufig die Frage auf, ob das Unionsrecht dem entgegenstehe, dass im Rahmen eines Strafverfahrens Informationen und Beweise verwertet würden, die durch eine mit dem Unionsrecht unvereinbare allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs-

und Standortdaten erlangt worden seien.

- <sup>222</sup> Insoweit ist, um dem vorlegenden Gericht eine sachgerechte Antwort zu geben, darauf hinzuweisen, dass es beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts grundsätzlich allein Sache des nationalen Rechts ist, die Vorschriften für die Zulässigkeit und die Würdigung der durch eine solche unionsrechtswidrige Vorratsdatenspeicherung erlangten Informationen und Beweise im Rahmen eines Strafverfahrens gegen Personen, die im Verdacht stehen, schwere Straftaten begangen zu haben, festzulegen.
- <sup>223</sup> Nach ständiger Rechtsprechung ist es mangels einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften nach dem Grundsatz der Verfahrenautonomie Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, die Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, zu regeln, wobei sie jedoch nicht ungünstiger sein dürfen als diejenigen, die gleichartige, dem innerstaatlichen Recht unterliegende Sachverhalte regeln (Äquivalenzgrundsatz), und die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Effektivitätsgrundsatz) (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 6.10.2015, *Târşia*, C-69/14, EU:C:2015:662, Rn. 26 und 27, v. 24.10.2018, *XC u.a.*, C-234/17, EU:C:2018:853, Rn. 21 und 22 sowie die dort angeführte Rechtsprechung, und v. 19.12.2019, *Deutsche Umwelthilfe*, C-752/18, EU:C:2019:1114, Rn. 33).
- <sup>224</sup> Was den Äquivalenzgrundsatz anbelangt, obliegt es dem nationalen Gericht, das mit einem Strafverfahren aufgrund von Informationen oder Beweisen befasst ist, die unter Verstoß gegen die Anforderungen aus der Richtlinie 2002/58 erlangt wurden, zu prüfen, ob das für dieses Verfahren geltende nationale Recht Vorschriften vorsieht, die in Bezug auf die Zulässigkeit und die Verwertung solcher Informationen und Beweise ungünstiger sind als die Vorschriften für Informationen und Beweise, die unter Verstoß gegen innerstaatliches Recht erlangt wurden.
- <sup>225</sup> Zum Effektivitätsgrundsatz ist festzustellen, dass die nationalen Vorschriften über die Zulässigkeit und die Verwertung von Informationen und Beweisen darauf abzielen, nach Maßgabe der im nationalen Recht getroffenen Entscheidungen zu verhindern, dass rechtswidrig erlangte Informationen und Beweise einer Person, die im Verdacht steht, Straftaten begangen zu haben, unangemessene Nachteile zufügen. Dieses Ziel kann aber im nationalen Recht nicht nur durch ein Verbot der Verwertung solcher Informationen und Beweise erreicht werden, sondern auch durch nationale Vorschriften und Praktiken für die Würdigung und Gewichtung der Informationen und Beweise oder durch eine Berücksichtigung ihrer Rechtswidrigkeit im Rahmen der Strafzumessung.
- <sup>226</sup> Nach der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* ist das Erfordernis, Informationen und Beweise auszuschließen, die unter Verstoß gegen unionsrechtliche Vorschriften erlangt wurden, insbesondere anhand der Gefahr zu beurteilen, die mit der Zulässigkeit solcher Informationen und Beweise für die Wahrung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens und damit für das Recht auf ein faires Verfahren verbunden ist (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 10.4.2003, *Steffensen*, C-276/01, EU:C:2003:228, Rn. 76 und 77). Kommt ein Gericht zu dem Ergebnis, dass eine Partei nicht in der Lage ist, sachgerecht zu einem Beweismittel Stellung zu nehmen, das einem Bereich entstammt, in dem das Gericht nicht über Sachkenntnis verfügt, und geeignet ist, die Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen, muss es eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren feststellen und dieses Beweismittel ausschließen, um eine solche Verletzung zu verhindern (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 10.4.2003, *Steffensen*, C-276/01, EU:C:2003:228, Rn. 78 und 79).
- <sup>227</sup> Der Effektivitätsgrundsatz verpflichtet ein nationales Strafgericht somit dazu, Informationen und Beweise, die durch eine mit dem Unionsrecht unvereinbare allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten erlangt wurden, im Rahmen eines Strafverfahrens gegen Personen, die im Verdacht stehen, Straftaten begangen zu haben, auszuschließen, wenn diese Personen nicht in der Lage sind, sachgerecht zu diesen Informationen und Beweisen Stellung zu nehmen, die einem Bereich entstammen, in dem das Gericht nicht über Sachkenntnis verfügt, und geeignet sind, die Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen.
- <sup>228</sup> Nach alledem ist auf die dritte Frage in der Rechtssache C-520/18 zu antworten, dass ein nationales Gericht eine Bestimmung seines nationalen Rechts nicht anwenden darf, die es ermächtigt, die ihm nach nationalem Recht obliegende Feststellung, dass nationale Rechtsvorschriften, mit denen den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste u. a. zur Verfolgung der Ziele des Schutzes der nationalen Sicherheit und der Bekämpfung der Kriminalität eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten auferlegt wird, wegen ihrer Unvereinbarkeit mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta rechtswidrig sind, in ihren zeitlichen Wirkungen zu beschränken. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie verpflichtet bei einer Auslegung im Licht des Effektivitätsgrundsatzes ein nationales Strafgericht dazu, Informationen und Beweise, die durch eine mit dem Unionsrecht unvereinbare allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten erlangt wurden, im Rahmen eines Strafverfahrens gegen Personen, die im Verdacht stehen, Straftaten begangen zu haben, auszuschließen, wenn diese Personen nicht in der Lage sind, sachgerecht zu diesen Informationen und Beweisen Stellung zu nehmen, die einem Bereich entstammen, in dem das Gericht nicht über Sachkenntnis verfügt, und geeignet sind, die Würdigung der Tatsachen maßgeblich zu beeinflussen.

## BUCHBESPRECHUNGEN

***Davina Theresa Stisser: Die Sicherungsverwahrung – de lege lata et de lege ferenda***

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Nomos, ISBN: 978-3-8487-5558-5, S. 314, Euro 82,00.

Über die „wohl härteste und umstrittenste Sanktion des deutschen Strafrechts“ (S. 19) ist schon viel geschrieben worden. Was aber die Dissertation von *Stisser* auszeichnet, ist die systematische historische Zusammenstellung von Gesetzgebung und gerichtlichen Entscheidungen sowie die ausführliche Erörterung des Urteils des *BVerfG* vom 4.5.2011, das schließlich zu einer bundesgesetzlichen aber auch ländergesetzlichen Neuorientierung führen musste. Dabei werden nicht nur die Änderungen nachgezeichnet, sondern auch de lege ferenda Vorschläge unterbreitet.

Der kurze geschichtliche Abriss beginnt in der Zeit vor 1933 und leitet recht schnell über in die Entscheidungen des *EGMR*, die das „Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen“ erforderlich machten (S. 43) und auch zur Einführung des Gesetzes zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter, kurz dem Therapieunterbringungsgesetz, führten (S. 45).

Der Fokus liegt dann auf einer Darstellung der Entscheidung des *BVerfG* vom 4.5.2011, ihrem Hintergrund aber auch dem Verhältnis der EMRK zum Grundgesetz bzw. der Rechtsprechung des *EGMR* zur deutschen, nationalen Rechtsprechung (S. 51 ff.). Es folgt eine verfassungsrechtliche Betrachtung, die sehr ausführlich das Abstandsgebot in den Blick nimmt (S. 57 ff.). Schließlich schildert die Verfasserin die Konsequenzen aus dem Urteil. Der *Senat* erklärte nämlich die geltenden Regelungen zur Sicherungsverwahrung bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber, längstens aber bis zum 31.5.2013 unter bestimmten Voraussetzungen für weiterhin anwendbar. Dies lag darin begründet, dass eine Nichtigerklärung den Normen der Sicherungsverwahrung die Rechtsgrundlage entzogen hätte und sämtliche von der Maßregel Betroffene hätten entlassen werden müssen. Die würde „Gerichte, Verwaltung und Polizei vor kaum lösbare Probleme stellen“ (*BVerfGE* 128, 326 [405]). Auch durch diesen Aufschub waren Chaos und Aufregung groß.

Gleichwohl machte das *BVerfG* deutlich, dass die Sicherungsverwahrung eine Zukunft haben könne, wenn der Gesetzgeber für die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben Sorge trage. Neben der Wahrung des Abstandsgebots sei eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung Anordnungsvoraussetzung.

Daneben geht die Verfasserin der Verletzung des Vertrauensschutzgebotes nach und leitet Konsequenzen daraus ab (S. 87 ff.). Sehr ausführlich wird einer Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „psychischen Störung“ nachgegangen (S. 100 ff.). *Stisser* kommt zu dem Ergebnis, dass nicht nur aus verfassungsrechtlicher, sondern auch aus psychiatrisch-psychologischer und menschenrechtlicher Perspektive eine Quantifizierung nach Schweregraden auch bei der Auslegung der psychischen Störung im Sinne des Therapieunterbringungsgesetzes vorgenommen werden solle. Hierfür sprächen systematische Überlegungen im Vergleich mit anderen Gesetzen (S. 141 f.). Allerdings zeigt die Verfasserin grundsätzliche Bedenken und Probleme bei der Auslegung auf, so dass dem Gesetzgeber nur angeraten werden konnte, de lege ferenda auf ihn zu verzichten (S. 144).

Das *BVerfG* hat für die Übergangszeit dennoch ein kumulatives Vorliegen der hochgradigen Gefährlichkeit und der psychischen Störung verlangt. Es hat es aber nicht als seine Aufgabe angesehen, eine Definition des Begriffs psychisch Störung zu geben. Stattdessen habe es auf den gesetzgeberischen Willen zum Therapieunterbringungsgesetz verwiesen und somit Gericht und Gesetzgeber große Freiräume eröffnet (S. 145).

Im anschließenden Kapitel untersucht *Stisser* die gesetzgeberischen Reaktionen auf das Urteil des *BVerfG*. Zunächst stellt sie das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung vor, das am 1.6.2013 in Kraft trat. Deziert gibt sie die Voraussetzungen des neu eingefügten § 66c StGB, dem Kernstück der Neuregelungen wieder, aber auch die Änderungen in §§ 67a, 67c, 67d und 67e StGB, §§ 7, 106 JGG u.a. werden vorgestellt (S. 155 ff.). Dabei spart die Verfasserin nicht mit Kritik; so wird bspw. bezweifelt, dass mit § 66c StGB tatsächlich eine Änderung in der Praxis erfolgen wird (S. 158, 162, 163) und die Therapieunterbringung nach dem Therapieunterbringungsgesetz als „Etikettenschwindel“ bezeichnet (S. 218). Insgesamt werden die Schwächen der gesetzlichen Neuerungen auf argumentativ hohem Niveau aufgezeigt, so dass sich schon deshalb ein genauerer Blick in die Dissertation lohnt.

Danach folgen umfangreiche Ausführungen zu den Vollzugsgesetzen der Länder am Beispiel des Gesetzes über den Vollzug der Sicherungsverwahrung und zur Änderung weiterer Gesetze Schleswig-Holsteins (S. 219 ff.). Auch hier folgt Kritik an diversen Regelungen, bspw. das sich im Vergleich zu anderen Bundesländern in der Darstellung von Zweck und Inhalt der einzelnen therapeuti-

schen Maßnahmen keine rechtliche Besserstellung der Sicherungsverwahrten in Schleswig-Holstein ergeben haben, die Bestimmungen vielmehr nur unnötigen Formalismus darstellten (S. 228). Auch bezweifelt die Verfasserin, dass ein erhöhtes Taschengeld tatsächlich die beste Lösung ist, um dem Anreizsystem gerecht zu haben. Stattdessen hätte der Gesetzgeber längere Besuchszeiten vorsehen können, die für die Resozialisierung förderlicher wären (S. 238). Auch hätte der Gesetzgeber die Anzahl der Ausführungen großzügiger bemessen und zudem vorsehen können, dass für Lockerungsentscheidungen Gremien aus unabhängigen Fachleuten einzusetzen seien (S. 242). Weiterhin sei bedauerlich, dass der Gesetzgeber darauf verzichtet habe, eine Mindestausstattung an Personal festzulegen (S. 251).

Auch das Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe bei Gefangenen mit angeordneter und vorbehaltener Sicherungsverwahrung in Schleswig-Holstein wird nicht nur vorgestellt, sondern auch kritisiert. Das Gesetz trage zwar dem Ultima-ratio-Prinzip Rechnung, enthalte jedoch recht oberflächliche Regelungen. Zu kritisieren sei insbesondere, dass die Gewährung von Lockerungen abgesehen von der Regelung des § 10 SVStVollzG S-H nicht vorgesehen sei. Außerdem hätte der Gesetzgeber Vergünstigungen wie bspw. eine Entgeltfortzahlung im Falle der Teilnahme an einer therapeutischen Maßnahme während der Arbeitszeit festlegen können, um die Gefangenen zu einer solchen Teilnahme zu motivieren (S. 254 f.).

Etwas überraschend kommt nach all der Kritik bei Überleitung auf den *de lege ferenda*-Teil die Feststellung, dass es sich im Ergebnis um eine „doch recht gelungene Gesetzeslage“ handle (S. 256). Daher übt die Verfasserin auch keine kleinteilige Kritik im Rahmen einzelner Tatbestände, sondern stellt allgemein die Frage, ob an dem Institut der Sicherungsverwahrung festgehalten werden sollte oder ob gleichwertige Alternativen zur Verfügung stünden, um die Allgemeinheit vor als gefährlich geltenden Personen zu schützen. Das ist angesichts der sehr dezidierten, tatbestandsbezogenen Kritik im vorherigen Kapitel schade, wären doch konkrete *de lege ferenda* Vorschläge hier für eine Rechtsfortbildung hilfreich.

Dass das Institut der Sicherungsverwahrung aufgegeben wird, ist dagegen kriminalpolitisch nicht gewollt und daher höchst unwahrscheinlich. Die Verfasserin ist der

Überzeugung, dass der Gesetzgeber vom Ausbau der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung hätte absehen bzw. sie sogar vollständig abschaffen sollen (S. 270). Auch die primäre Sicherungsverwahrung hält *Stisser* für entbehrlich und plädiert für eine Abschaffung mit Rücksicht auf die Prognoseunsicherheiten und verfassungsrechtliche Bedenken. Mit Blick auf andere Strafrechtssysteme wie Schweden und Finnland macht sie deutlich, dass auf die Sicherungsverwahrung verzichtet werden kann. Als Alternative wird die Führungsaufsicht benannt (S. 286 ff.). Sie stelle gegenüber der Sicherungsverwahrung das geringere Übel dar (S. 287). Gerade der erfolgreichen ambulanten Nachsorge käme eine entscheidende Bedeutung zu. In den wenigen Fällen, in denen die therapeutische ambulante Nachsorge keinerlei Erfolg verspräche, sollten die Betroffenen einer intensiven Betreuung durch den Bewährungshelfer unterstellt werden (S. 289). Die Führungsaufsicht sollte bereits im Schuldurteil angeordnet werden, soweit eine Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergäbe, dass von ihm erhebliche Sexual- und Gewaltstraftaten zu erwarten sind, durch die die Opfer seelisch und körperlich schwer geschädigt werden. Auch wenn die Führungsaufsicht ihrerseits von Unsicherheiten der Kriminalprognose geprägt sei, so stelle diese Maßregel doch ein gegenüber der Sicherungsverwahrung wesentlich geringeres Übel dar (S. 290). Im Jugendstrafrecht plädiert *Stisser* für eine Streichung der Sicherungsverwahrung. Das bisherige Verhalten sage zu wenig, das Verhalten im Vollzug sage gar nichts über die Gefährlichkeit junger Menschen aus, so dass es keine taugliche Datenbasis für eine Gefährlichkeitsprognose gäbe (S. 292 f.).

Es hätte meiner Ansicht nach einer vertiefenden Auseinandersetzung bedurft, warum im Erwachsenenstrafrecht die Führungsaufsicht so problemlos die Sicherungsverwahrung ersetzen kann. Hier wäre es zielführender gewesen, dezidiert Gemeinsamkeiten und Unterschiede herauszuarbeiten, um dann in eine umfangreiche Diskussion überzuleiten. So wirkt der *de lege ferenda* Teil am Ende etwas oberflächlich. Hilfreich wäre es sicher gewesen, die argumentativ überzeugende Kritik *de lege lata* in konkrete Vorschläge *de lege ferenda* münden zu lassen. Ob die Führungsaufsicht die Sicherungsverwahrung ersetzen kann, ist aber eine spannende und wie ich finde sehr Streitbare Frage, die einer weiteren Monographie vorbehalten bleiben sollte. Es zeigt sich mit der Dissertation von *Stisser* auf jeden Fall, dass die Diskussion um die Sicherungsverwahrung noch lange nicht verstummt ist.

## Corinna Götze: Durchbrechung der ärztlichen und psychotherapeutischen Schweigepflicht bei in sicherheitsrelevanten Berufen tätigen Personen

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Nomos, ISBN: 978-3-8487-5500-4, S. 563, Euro 157,00.

Anlass der Dissertation von *Götze* war der tragische Flugzeugabsturz des Airbus A320-211 der Lufthansa-Tochter Germanwings. Die Ermittlungen hatten ergeben, dass der Kopilot die Maschine durch gezielten Sinkflug zum Absturz gebracht hatte. In der Folgezeit wurde darüber diskutiert, inwiefern Ärzte oder Psychotherapeuten den Arbeitgeber über psychische Krankheitsbilder zu informieren haben. Hier wurde kriminalpolitisch eine Durchbrechung der Schweigepflicht in sicherheitsrelevanten Berufen gefordert. Ziel der Arbeit von *Götze* ist es nun, die Reichweite der Schweigepflicht bei Schweigepflichtskonfliktfällen zu bestimmen, die Praxis des Umgangs mit der Schweigepflicht zu beschreiben und dogmatische, verfassungsrechtliche und medizinethisch vertretbare sowie praxisgerechte Lösungen zu entwickeln, um derartigen Katastrophenfällen in Zukunft entgegenwirken zu können (S. 25).

Als Grundlegung dient Teil 2, der sich im Rahmen einer Literaturstudie mit dem Ursprung, dem Umfang und den Grenzen der ärztlichen und psychotherapeutischen Schweigepflicht vertieft auseinandersetzt. Der Schwerpunkt liegt auf den gesetzlich normierten Durchbrechungen der Schweigepflicht. Auf den über hundert Seiten (S. 35-160) gibt die Verfasserin zunächst einen Überblick über die historische Entwicklung, bevor sie sich dem Schutz der ärztlichen Schweigepflicht durch die gegenwärtige Rechtsordnung widmet. Es wird dezidiert herausgearbeitet, dass die ärztliche Schweigepflicht sowohl im Standes-, Datenschutz-, Zivil- und Strafrecht umfassend geschützt wird.

Insbesondere dem Schutz der ärztlichen Schweigepflicht gem. § 203 StGB wird umfassend nachgegangen und die duale Schutzrichtung des § 203 StGB herausgearbeitet. Objektiver und subjektiver Tatbestand werden im Detail nachgezeichnet und die Rechtsfolgen einer unbefugten Offenbarung aufgezeigt. Neben zivilrechtlichen Schadensersatz- und Haftungsansprüchen kann ebenfalls ein berufsgerichtliches Verfahren gegen den Arzt geführt werden – allerdings nur, soweit kein strafrechtliches Verfahren stattfindet. Eine Verurteilung vor dem Strafgericht kann neben einer Freiheits- oder Geldstrafe auch ein Berufsverbot gem. § 70 StGB nach sich ziehen. Allerdings, so *Götze*, komme dem § 203 StGB in der Praxis nur marginale Bedeutung zu. Dies liege an der Problematik der Beweisführung und an der Ausgestaltung der Norm als Antragsdelikt (S. 77).

In einem weiteren Schritt lotet die Verfasserin die Grenzen des Geheimnisschutzes nach § 203 StGB aus und

nimmt zunächst spezialgesetzliche Offenbarungspflichten in den Blick. Hier werden u.a. exotische Normen aus dem Infektionsschutzgesetz, der Triebfahrzeugführerscheinverordnung, dem Luftverkehrsgesetz und dem Seearbeitsgesetz vorgestellt. Innerhalb dieser spezialgesetzlichen Offenbarungspflichten fände eine Abwägung der Schutzgüter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Vertrauens in die Ärzteschaft ggü. der körperlichen Unversehrtheit anderer bzw. der öffentlichen Sicherheit statt, wobei letztere Rechtsgüter insbesondere bei sicherheitsrelevanten Tätigkeiten überwiegen, was auch interessengerecht sei. Auffällig ist allerdings der Befund von *Götze*, dass psychologische Fähigkeiten häufig nur bei Ersterwerbung des Rechts und ab einem hohen Lebensalter untersucht und darüberhinausgehende psychiatrische Untersuchungen explizit nur bei Erstuntersuchungen für die Flugtauglichkeit durchgeführt werden. So erfolge bspw. beim SeeArbG eine psychologische und psychiatrische Untersuchung lediglich bei Hinweisen auf eine eingeschränkte psychische Eignung.

Im Anschluss prüft die Verfasserin strafrechtliche Offenbarungspflichten. Schade ist, dass die Ausführungen diesbezüglich an der Oberfläche bleiben. Allerdings ist ihr darin recht zu geben, dass die Praxisrelevanz des § 138 StGB als marginal anzusehen ist (S. 107). Ausführlicher widmet sich *Götze* dann der Einwilligung der Offenbarung sowie § 34 StGB. Insbesondere der Interessenabwägung käme hier im Einzelfall große Bedeutung zu.

Letztlich lehnt *Götze* eine umfassendere Normierung von spezialgesetzlichen Offenbarungspflichten ab und plädiert dafür, diese weiterhin auf Ausnahmefälle zu beschränken, da bei fehlendem Ermessensspielraum der Arzt bzw. Psychotherapeut zwangsläufig das Vertrauen des Patienten verlieren und unter Umständen nicht nach seinem Gewissen handeln könne (S. 159). Zwar sei eine Anzeige im Falle einer Verkehrsgefährdung regelmäßig auch nach § 34 StGB gerechtfertigt. Doch auch im Falle des Vorliegens einer Offenbarungsbefugnis sei diese aufgrund ihres nicht verpflichtenden Charakters nicht in dem Ausmaße zur Verhinderung einer Gefahr geeignet, wie dies bei einem strafbewehrten Unterlassen einer Anzeige der Fall wäre (S. 160).

In einem dritten Teil (S. 161-368) beleuchtet die Verfasserin auf rund 200 Seiten das Geschehen des verunglückten Germanwings-Flugzeugs, des Täters sowie der sich daraus entwickelten Debatte. Die Debatte wird dann mit einer Leitfragestellung aufgegriffen und im Rahmen einer qualitativen Untersuchung in Form von Experteninterviews weitergeführt.

Die Debatte um die Frage der Durchbrechung ärztlicher, psychotherapeutischer und berufspsychologischer Schweigepflicht bei Verdacht auf eine von dem in einem sicherheitsrelevanten Beruf tätigen Patienten ausgehende Gefahr wird mit den pro und contra Argumenten ausführlich nachgezeichnet. *Götze* stellt fest, dass es derzeit zumindest an einer Regelung *de lege lata* fehlt, die den Arzt oder Psychotherapeuten bei der Annahme einer Gefahr im Falle des Hinzutretens weiterer Umstände, die von dem im sicherheitsrelevanten Bereich tätigen Patienten ausgeht, zur Anzeige befugt oder sogar verpflichtet (S. 367).

Ob es einer solchen Regelung *de lege ferenda* bedarf, konnte mittels der durchgeführten Experteninterviews nicht eindeutig beantwortet werden. Die ausführliche Darstellung der Experteninterviews gibt nicht nur das methodische Design, sondern auch die nach Kategorien aufbereiteten Antworten wieder. Kritisch anzumerken ist jedoch, dass mit 5 Interviewpartnern kein ausgewogenes Bild gewonnen werden kann. Ggf. hätte es sich angeboten, hier auch eine quantitative Erhebung mittels Fragebögen anzustoßen oder aber deutlich mehr Experten qualitativ zu befragen. Die 5 Experten lehnten zwar gesetzgeberische Maßnahmen zur Durchbrechung der Schweigepflicht ab, es zeigten sich aber laut Verfasserin „eklatante(n) Rechtsunsicherheit(en)“ (S. 367). Daher und aufgrund des daraus erwachsenden restriktiven Anzeigenverhaltens fordert *Götze* dringend gesetzgeberische Maßnahmen zur Verbesserung der momentanen rechtlichen Lage (S. 368).

Demzufolge nimmt die Autorin in einem vierten Teil eine kritische Bewertung der Leitfragestellung vor und formuliert einen konkreten Regelungsvorschlag (S. 369-518). Es wird ein Straftatbestand der Nichtanzeige einer Gefahr bei sicherheitsrelevanten Berufen entworfen (S. 416 f.; 432 f.), dessen systematische Einordnung als neuer § 141 StGB als am sinnvollsten angesehen wird (S. 424). Allerdings zeigen verfassungsrechtliche und medizinethische Erwägungen von *Götze*, dass ein solcher Straftatbestand nicht vertretbar wäre. Sie stellt einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG aufgrund des durch den Regelungsvorschlag entstehenden Vertrauensbruchs in die Ärzteschaft, der Aushöhlung des Rechtsinstituts der Schweigepflicht und der Missachtung der grundsätzlichen Bedingungen des psychotherapeutischen und ärztlichen Wirkens und seiner Therapieeffekte fest. Des Weiteren würde die Normierung ihrer Meinung nach eine ausufernde Verrechtlichung der Moral ohne praktischen Nutzen darstellen (S. 518).

In einem 5. Teil stellt *Götze* ausblickend fest, dass trotz der Untauglichkeit des von ihr formulierten Unterlassungsstrafatbestands eine Änderung der aktuellen Lage von Nöten ist, um dem restriktiven Anzeigenverhalten der Ärzte und Psychotherapeuten entgegenzuwirken und dadurch künftig Katastrophenfälle zu verhindern (S. 519). Allerdings sei auf der anderen Seite die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt bzw. Psychotherapeuten und Patienten derart zerbrechlich, dass weitere gesetzliche Durchbrechungen der Schweigepflicht dieses Verhältnis schädli-

gen würden. Daher könnten nur solche Maßnahmen geeignet sein, die dieses zerbrechliche Vertrauensverhältnis so wenig wie möglich beeinträchtigen und das ärztliche sowie psychotherapeutische Wirken und dessen Therapieeffekte berücksichtigen. Außerdem solle die ärztliche Schweigepflicht dabei so wenig wie möglich angetastet werden.

*Götze* führt danach etwas kryptisch aus, dass „durch die Schaffung von verschiedenen Maßnahmen in unterschiedlichen Bereichen – unter Berücksichtigung der genannten Kriterien – diese in ihrem Zusammenwirken im Vergleich zu § 141 StGB ein Erfolg versprechendes und gleichzeitig milderer Mittel zur Verhinderung von Katastrophenfällen darstellen werden“ (S. 521). Die verschiedenen Maßnahmen werden jedoch von der Verfasserin im Folgenden vorgestellt. So nennt sie zuerst die Explikation, denn würde die Rechtsunsicherheit wegen der Vielzahl an Ausnahmen zur Schweigepflicht beseitigt, so könne dies zu einer häufigeren Anzeigebereitschaft der Ärzte und Psychotherapeuten führen. Die Explikation solle den Ärzten und Psychotherapeuten nicht nur die einzelnen Regelungen der Schweigepflicht in ihrer Anwendung, ihrem Umfang und ihren Rechtsfolgen näherbringen, so dass *Götze* Pflichtfortbildungen in diesem Bereich fordert (S. 522). Zudem empfiehlt sie vermehrte rechtliche Stellungnahmen von den zuständigen Behörden und rechtsverbindliche Empfehlungen bzgl. des Umgangs mit der Schweigepflicht. Abschließend fordert sie in diesem Zusammenhang auch kostenlose Rechtsberatungen für Ärzte und Psychotherapeuten im Hinblick auf Schweigepflichtfälle (S. 523).

Darüber hinaus spricht sich *Götze* für eine europaweite Datenbank für sicherheitsrelevante Berufe aus. In dieser seien auffälligkeiten hinsichtlich der medizinischen Vorgeschichte eines im sicherheitsrelevanten Bereich tätigen Patienten zu dokumentieren. Eine solche Datenbank solle im Fall eines Arbeitgeberwechsels den dort zugelassenen Ärzten und Psychotherapeuten einen Überblick über die Krankengeschichte des Patienten ermöglichen (S. 523 f.). Inwieweit eine solche Datenbank den Anforderungen an die Datenschutzgrundverordnung gerecht wird und welche Voraussetzungen erforderlich sind, um datenschutzrechtliche Aspekte zu wahren, bleibt leider unbeantwortet.

Zudem schlägt die Verfasserin die Einführung häufigerer Zufallskontrollen auf Drogen-, Alkohol- und Medikamentenmissbrauchs bei sicherheitsrelevanten Berufen vor, die verdachtsunabhängig und stichprobenartig sowohl vom jeweiligen Arbeitgeber als auch von den jeweils zuständigen Behörden durchzuführen seien (S. 524). Daneben seien häufigere und intensivere Eignungsuntersuchungen vorzunehmen und hier eine Halbierung der derzeit gesetzlich geregelten Zeiträume angemessen. Auch der Inhalt der Eignungsuntersuchungen sei zu erweitern und ab jedem Lebensalter auf psychische Erkrankungen auszudehnen (S. 525).

Ferner seien die Rechtsfolgen einer etwaigen Untauglichkeit oder Einschränkung der Tauglichkeit abzuschwä-

chen. Wie genau das aussehen soll, bleibt aber leider unklar. Wenn gefordert wird, dem Arbeitgeber weniger Handlungsspielraum für die Verhängung beruflicher Konsequenzen einzuräumen (S. 527), so bleibt letztlich unbeantwortet, welche Konsequenzen Not tun, um eine Gefährdung von Leib und Leben anderer abzuwenden. Mit einer staatlichen Selbsthilfegruppe, wie diese die Verfasserin beispielsweise vorschlägt, scheint sich die Verantwortung des von der psychischen Labilität des Arbeitnehmers wissenden Arbeitgebers massiv auf diesen zu verlagern.

Weiterhin fordert *Götze* eine rechtlich bindende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für Arbeitnehmer im sicherheitsrelevanten Bereich, die von dem behandelnden Arzt bzw. Psychotherapeuten direkt an den Arbeitgeber zu übermitteln ist. Diese Bescheinigung dürfe aber den Grund der Erkrankung nicht enthalten (S. 527).

All diese Maßnahmen würden in ihrem Zusammenwirken einen effizienteren Beitrag zur Katastrophenverhinderung mit einem geringeren Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Patienten darstellen, als die diskutierte strafrechtliche Neuregelung in § 141 StGB. Insbesondere werde dadurch das Vertrauensverhältnis zum behandelnden Arzt bzw. Psychotherapeuten nicht tangiert, sondern sogar noch gestärkt (S. 529).

Die umfangreiche Dissertation von *Götze* beinhaltet eine intensive Auseinandersetzung mit den Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht und der Schnittstelle zwischen Offenbarungspflichten und Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten. Der empirische Teil ermöglicht einen – ersten – Blick auf die Praxis, muss sich aber den Vorwurf gefallen lassen, nur sehr ausschnitthaft 5 Expertenmeinungen fruchtbar gemacht zu haben. Dies schmälert aber keinesfalls die theoretische Grundlegung der Verfasserin, die für sich schon eine solide wissenschaftliche Arbeit darstellt. Trotz der ausgemachten Rechtsunsicherheiten durch eine unübersichtliche Regelungsmaterie erliegt *Götze* nicht der Versuchung, einen neuen Unterlassungsstraftatbestand zu schaffen, um in dem schmalen Feld psychisch Erkrankter in sicherheitsrelevanten Berufsfeldern ein scharfes strafrechtliches Schwert im Umgang mit Offenbarungspflichten zu haben. Vielmehr erkennt sie die verfassungsrechtlichen und medizinethischen Implikationen, die eine solche Norm in die Schranken weisen und sucht nach wirksamen Maßnahmen jenseits strafrechtlicher Reglementierungen. Der Maßnahmenkatalog, den sie aufzeigt, ist umfangreich, bleibt allerdings an der Oberfläche. Dies bietet kommenden Autoren die Möglichkeit, hier tiefer zu schürfen und die Voraussetzungen und Grenzen dieser Maßnahmen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht intensiver auszuloten.

## TAGUNGSBERICHTE

Erlanger Cyber<sup>2</sup> Crime Tag 2020: IT-Forensik und Strafprozessrecht

von Dr. Christian Rückert und  
Wiss. Mit. Marlene Wüst\*

*Der Tagungsbericht enthält sprachlich bereinigte Zusammenfassungen der Transkriptionen der Vorträge und Diskussionsbeiträge. Der Vortragsstil der einzelnen Beiträge wurde überwiegend beibehalten. Dementsprechend wurde generell auch auf Fußnoten verzichtet. Der Erlanger Cyber<sup>2</sup> Crime Tag 2020 und die Erstellung dieses Tagungsberichts wurden vom Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat gefördert.*

Am 30. September 2020 fand der Erlanger Cybercrime Tag (ECCT) zum vierten Mal statt – allerdings anders als die vergangenen Jahre. Die Corona-Pandemie berücksichtigend nahmen Professor Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE) und sein Team der International Criminal Law Research Unit (ICLU) den „Cyber“crime Tag beim Wort und verwandelten die Tagung als „Erlanger Cyber<sup>2</sup> Crime Tag“ in eine rein virtuelle Veranstaltung. Verschiedene Kommunikationsmöglichkeiten der Tagungsplattform wie Workshop-Räume und Coffee&Talk-Räume ermöglichten den knapp 130 Teilnehmenden, sich wie gewohnt über die Vorträge auszutauschen und zu vernetzen.

Mit dem Thema „IT-Forensik und Strafprozessrecht“ widmete sich der EC<sup>2</sup>CT nicht überwundenen Herausforderungen und zu diskutierenden Fragestellungen der Strafverfolgungs- und Strafverteidigungspraxis. Die zu beobachtende rasante Entwicklung der Informationstechnik geht mit einer zumindest vorübergehenden Speicherung großer Datenmengen einher. Diese Daten enthalten Spuren, die menschliches Verhalten nachweisbar machen, was nicht nur bei Cyberkriminalität, sondern in allen Deliktsbereichen zunehmend relevant wird. Dies führt unter anderem zu folgenden Fragen: Wie können digitale Spuren in einem rechtsstaatlichen Verfahren gesichert werden? Bietet die StPO ausreichende Ermittlungsgrundlagen hierfür? Wie kann sichergestellt werden, dass digitale Spuren gerichtsverwertbar forensisch ausgewertet und die notwendigen Standards eingehalten werden? Werden die digitalen Beweismittel durch die an einem Strafverfahren beteiligten Strafruristen<sup>1</sup> methodisch bewertet und kritisch überprüft?

Diese und weitere Fragen thematisierten die Experten Juniorprofessor Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn) (Universität des Saarlandes), Staatsanwalt Andreas Brück (ZAC, NRW), Johannes Pollach, M.Sc. (ZCB) und Rechtsanwalt Dr. Uwe Ewald (Berlin) in ihren informativen Vorträgen auf der virtuellen Hauptbühne. Als mögliche Lösungsansätze zogen sich die Worte „Interdisziplinarität“, „Austausch“, „Standards“ und „Expertise“ wie ein roter Faden durch den Veranstaltungstag. Schon bei der Begrüßung durch die Vizepräsidentin Education der FAU, Professor Dr. Bärbel Kopp, den Grußworten von Generalstaatsanwalt Thomas Janovsky (ZCB) sowie in der Einführungsrede des Veranstalters, Professor Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE) wurde deutlich, dass die Beseitigung von Kompetenzdefiziten der eingesetzten IT-Forensiker, der am Strafverfahren beteiligten Juristen und der im Gesetzgebungsverfahren involvierten Abgeordneten und Beamten bereits bei einer fächerübergreifenden und innovativen Ausbildung ansetzen müsse. Ganz in diesem Sinne stand ein besonderes Highlight des diesjährigen EC<sup>2</sup>CT: die Unterzeichnung der Kooperationsvereinbarung zwischen der bei der Generalstaatsanwaltschaft Bamberg angesiedelten Zentralstelle Cybercrime Bayern (ZCB) und der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Mit dieser beginnt eine noch intensivere und engere Zusammenarbeit zwischen ZCB und FAU mit dem gemeinsamen Ziel, die Forschung, Lehre und Strafverfolgung auf dem Gebiet der Cyberkriminalität stärker voranzubringen und innovative Lösungen für anstehende Herausforderungen zu entwickeln.

### I. Digitale Beweismittel im Strafverfahren – von 1877 bis 4.0 (Juniorprofessor Dr. Dominik Brodowski, LL.M. [UPenn], Universität des Saarlandes)

Eröffnet wurde die Vortragsrunde von Dr. Dominik Brodowski, Juniorprofessor an der Universität des Saarlandes. Brodowski nahm das interessierte Publikum mit auf einen Streifzug zu Problemen rund um digitale Beweismittel im Strafverfahrensrecht vom Jahr 1877 bis hin zu ungelösten Fragen der heutigen Debatte um die Digitalisierung.<sup>2</sup>

\* Dr. Christian Rückert ist Habilitand und Marlene Wüst ist Doktorandin jeweils am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Völkerrecht von Professor Dr. Christoph Safferling, LL.M. (LSE) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<sup>1</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde an gegebenen Stellen das generische Maskulinum verwendet. Diese Formulierung umfasst gleichermaßen weibliche und männliche Personen.

<sup>2</sup> Eine – auf älterem Rechtsstand beruhende – Langfassung des Vortrags findet sich bei Jahn/Brodowski, in: FS Rengier, 2018, S. 409-422, sowie dies., in: Kudlich/Hoven (Hrsg.), Digitalisierung und Strafverfahren, 2020, S. 67-102.

### 1. Digitale Spuren und Beweismittel

Mehr und mehr Kriminalitätsformen sind heutzutage mit digitalen Spuren verbunden. Dies beruht im Wesentlichen auf drei Entwicklungstendenzen. Zunächst hat Cyberkriminalität im engeren Sinn an Bedeutung gewonnen. Darüber hinaus verlagert sich die Tatbegehung bei herkömmlicher Kriminalität zunehmend in das Internet und zuletzt gewinnen auch bei sonstigen Kriminalitätsformen digitale Spuren an Bedeutung. Die massenhafte Verbreitung von Smartphones führt dazu, dass mit diesen Geräten bewusst oder unbewusst von Tätern, Verletzten oder unbeteiligten Dritten erzeugte Daten wertvolle Anhaltspunkte für die Strafverfolgung liefern können. Doch was sind digitale Spuren? Gemeinhin werden diese als Spuren definiert, die auf Daten basieren, welche auf Computersystemen gespeichert oder übertragen worden sind. Sie stellen den tatsächlichen Ausgangspunkt in der Außenwelt dar, bedürfen aber einer digitalforensischen, kunstgerechten Erhebung, Auswertung und Interpretation, um aus ihnen strafverfolgungsrelevante Erkenntnisse zu gewinnen. Soweit solche digitalen Spuren als Beweismittel in einem Strafverfahren Verwendung finden sollen, bietet sich der Begriff des digitalen Beweismittels oder des elektronischen Beweismittels an.

### 2. Erhebung digitaler Spuren

Im Hinblick auf die Erhebung digitaler Spuren in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren sowie deren Transfer in eine Hauptverhandlung finden sich in der StPO nur unzureichende Regelungen. Die zentralen Normen aus diesem Bereich stammen aus dem Jahr 1877 und werden in der praktischen Anwendung eher schlecht für Fragen der Digitalisierung passend gemacht. Grundlegend lassen sich drei fundamentale Differenzierungen im Rahmen der Erhebung digitaler Spuren vornehmen. Zunächst muss unterschieden werden zwischen bestehenden Daten, die bereits auf Datenträgern gespeichert sind oder ohnehin in Telekommunikationsnetzwerken transferiert werden, und neuen Daten, die erst durch Sensoren erfasst werden. Als Beispiel für ersteres ist die Beschlagnahme eines Datenträgers zu nennen, letzteres wäre etwa der Einsatz eines GPS Peilsenders, der kontinuierlich Positionsdaten in digitaler Form sendet. Zu differenzieren ist zudem zwischen offenen und verdeckten Ermittlungsmaßnahmen. Nach unserem Verfassungsverständnis wirken verdeckte, heimliche Ermittlungsmaßnahmen besonders schwer, da sie erst einmal ohne externe Kontrollmechanismen erfolgen. Deshalb sind sie materiellrechtlich auf hinreichend gewichtige Fallkonstellationen beschränkt und prozessual beispielsweise durch einen präventiven Richtervorbehalt oder Berichtspflichten abgesichert. Zuletzt existiert noch eine eher technisch anmutende Differenzierung zwischen allgemeinen Daten und Telekommunikationsdaten. Diese Unterscheidung ist aus grundrechtlicher Perspektive für die Frage wichtig, ob zusätzliche Schutzanforderungen der Kommunikationsfreiheit nach Art. 10 GG zu beachten sind. Zu einer Steigerung der Komplexität kommt es im Hinblick auf das europäische Recht, da hiernach zwischen Telekommunikation im engeren Sinn und Telemediendiensten unterschieden wird. Eine spannende, ungelöste

Frage ist, ob man auch Telemediendienste mit einer Maßnahme nach § 100a StPO, die bekanntlich mit Telekommunikationsüberwachung überschrieben ist, erfassen kann. Die Eingriffsgrundlagen der StPO zeichnen die vorgenannten Differenzierungen nur unzureichend nach. Sie sind teils sehr spezifisch formuliert und schwer voneinander abzugrenzen. Sie weisen Regelungslücken auf, die in der praktischen Handhabung zu großer Rechtsunsicherheit führen.

### 3. Zugriff auf Daten(träger)

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, durch einen offenen Zugriff Daten zu erheben. Der Provider kann um freiwillige Auskunft (§§ 161, 163 StPO) erbeten werden, wobei dies bei Anfragen im Ausland zu völkerrechtlichen Problemen führen kann. Eine weitere Zugriffsmöglichkeit besteht in der Herausgabepflicht nach § 95 StPO. Diese Norm kann gegenüber unverdächtigen Dritten als „decryption order“ auch angewendet werden, um sich Daten in unverschlüsselter Form aushändigen zu lassen. Zudem ermöglicht die Online-Durchsuchung nach § 100b StPO einen Zugriff auf Daten, sofern die Maßnahmen im Inland erfolgen. Diese Norm wirft in verfassungsrechtlicher Hinsicht sowie in Bezug auf die technische Umsetzbarkeit viele Fragen auf. Praktisch bedeutsam sind Fragen des Anwendungsbereichs. So sind Laptops, Server und Smartphones taugliche Zielobjekt einer solchen Online-Durchsuchung, es könnten aber auch Smart-TVs oder Smart-Watches darüber überwacht werden. Ein weiteres Problem besteht in der Aktivierung von Sensoren. Diese kann nach der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht auf § 100b StPO gestützt werden. Der klassische Weg der Sicherung digitaler Spuren führt aber über die Sicherstellung und Beschlagnahme. Es ist allgemein anerkannt, dass § 94 StPO auch Daten als beschlagnahmefähige Gegenstände erfasst. Hier ergeben sich in Bezug auf digitale Spuren fünf Problemkreise:

#### a) Beschlagnahme von „ruhender“ Telekommunikation

Das erste Problem richtet sich auf die Beschlagnahme von Telekommunikationsdaten, insbesondere ruhender Telekommunikation. Spätestens seit einem Grundsatzbeschluss des *BVerfG* gelten die Vorschriften der Sicherstellung und Beschlagnahme gem. §§ 94 ff. StPO auch als taugliche Eingriffsgrundlage in Bezug auf die Telekommunikationsfreiheit nach Art. 10 GG. Das betrifft insbesondere die Frage, ob man ein E-Mail-Postfach, das sich auf den Datenspeichern eines inländischen Internet-Service-Providers befindet, auf diesem Wege ausforschen kann. Die klare höchstrichterliche Rechtsprechung besagt, dass dies als offene Maßnahme geschehen muss und der Betroffene unverzüglich zu benachrichtigen ist. Der *BGH* betont, dass ein Komplettzugriff auf ein E-Mail-Postfach aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zu vermeiden ist. Deswegen besteht die technisch schwierig umzusetzende Anforderung, Filter- oder Suchkriterien anzuwenden. Bezüglich des verdeckten Zugriffs auf Telekommunikationsdaten, der bisher auf § 100a StPO gestützt wurde, ist fraglich, ob dies auch in Zukunft möglich sein wird, da der *EuGH* entschieden hat, dass es sich hierbei nicht um einen

Telekommunikationsdienst, sondern um einen Telemediendienst handelt.

#### b) Isolation des Beweismittels

Als Zweites stellt sich die Frage, was man mit einem sichergestellten oder beschlagnahmten informationstechnischen System alles machen darf. Ziel der Sicherstellung und Beschlagnahme ist es, die Integrität und Verfügbarkeit des Beweismittels für das weitere Strafverfahren zu gewährleisten. Durch eine Veränderung des Beweismittels – etwa durch das Weiterbetreiben eines beschlagnahmten Handys – wird diese Integrität verletzt. Deswegen muss man sich bemühen, das Beweismittel zu isolieren und darf es nicht weiter empfangsbereit halten und es darauf anlegen, dass es sich weiter verändert.

#### c) Überwindung von Verschlüsselungstechnologie

Ein aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden gravierendes Problem ist, dass Daten vermehrt mit kryptographisch sicheren Methoden verschlüsselt werden. Ohne Kenntnis des Schlüssels kann der ursprüngliche Informationsgehalt nicht entnommen werden und der Beschuldigte darf nicht gezwungen werden, das Passwort zu nennen. Er genießt das verfassungs- und menschenrechtlich geschützte Recht, nicht an seiner eigenen Überführung mitwirken zu müssen. Grundsätzlich ist Verschlüsselungstechnologie sinnvoll und geboten, weswegen den Forderungen, den Einsatz von Verschlüsselungstechnologie zu beschränken oder staatliche Hintertüren einzubauen, eine Absage zu erteilen ist. Dies würde die Verschlüsselungstechnologie schwächen und Einfallstore für Angriffe Dritter bieten. Es gibt technische und organisatorische Mittel, um Verschlüsselungstechnologie in Strafverfahren zu überwinden. Informationstechnische Systeme können im laufenden, entschlüsselten Betrieb beschlagnahmt werden, (aufgefundene) Passwörter können pro behalber eingetippt oder gespeicherte Passwörter über spezielle Rechtsgrundlagen angefragt werden. Eine gewisse Schwierigkeit existiert in Bezug auf biometrische Merkmale wie dem Fingerabdrucksensor zum Entsperren eines Mobiltelefons. Kann man einen Beschuldigten verpflichten, die Abnahme seines Fingerabdrucks zu diesem Zweck zu erdulden? Zum Teil wird dies auf § 81b StPO gestützt. Nach dieser Norm können Fingerabdrücke abgenommen werden, soweit es für den Zweck des Verfahrens notwendig ist. Allerdings handelt es sich der Überschrift zufolge um erkennungsdienstliche Maßnahmen. Die Entschlüsselung eines Smartphones ist ein tiefgreifender Eingriff, der eine Eingriffsgrundlage wie § 81a StPO erfordert. Jedoch passt auch diese Norm nicht genau. Schließlich dient § 100b StPO der Überwindung von Verschlüsselungstechnologie.

#### d) Zugriff auf entfernte Speichermedien (§ 110 Abs. 3 StPO)

Daten sind häufig nicht mehr lokal vorgehalten, sondern in Rechenzentren ausgelagert. Der Durchsuchungsbeschluss ist aber räumlich auf ein Durchsuchungsobjekt begrenzt und erfasst ausgelagerte Rechenzentren nicht.

§ 110 Abs. 3 StPO wurde geschaffen, um auch auf räumlich getrennte Speichermedien zugreifen zu können. Ein zentrales Problem dieser Norm besteht jedoch darin, dass sie nach vorherrschender Ansicht nur Zugriffe auf inländische Datenspeicher legitimieren kann, da ausländische Datenspeicher den Souveränitätsrechten anderer Staaten unterliegen. In der Praxis wird dieses Problem oftmals durch ein Nichtwissen um den Standort der Daten umgangen. Es stellen sich jedoch insbesondere im aktuellen europäischen Kontext die schwierigen Fragen: Welche Relevanz hat der Speicherort? Sind die Behörden desjenigen Staates, in dem solche Daten gespeichert sind, wenigstens zu informieren? Sollen sie ein Widerspruchsrecht haben, wenn Ermittler auf die Daten zugreifen?

#### e) „big data“

Ein weiteres Problem ist die Auswertung großer Datenmengen, sog. „big data“. Es ist keine Seltenheit, dass mehrere Terrabyte an Daten beschlagnahmt werden. Dies bedeutet sowohl für die Strafverfolgung als auch für die Strafverteidigung ein Ressourcenproblem. Mittlerweile gibt es verschiedene Ansätze, wie man unter gewissen rechtlichen und technischen Voraussetzungen Legal Tech und die sog. künstliche Intelligenz zur Lösung dieses Problems einsetzen könnte. Die zunehmende, massenhafte Speicherung von Daten wirft außerdem das Problem des digitalen Zufallsfundes auf sowie die Frage, wie Eingriffe weiter fokussiert werden können.

#### 4. Von digitalen Spuren zu elektronischen Beweismitteln

Inwieweit passen die Beweismittel des Strengbeweisverfahrens nun auf digitale Spuren? Die Inaugenscheinnahme gestattet die sinnliche Wahrnehmung des Beweismittels: sehen, hören, riechen, schmecken, fühlen. Daten bedürfen jedoch einer Transformation bzw. Aufbereitung, um diese als Ausdruck oder durch Abspielen auf einem Bildschirm in Augenschein zu nehmen. Bei einem Urkundsbeweis wird ein Schriftstück verlesen und damit über die in der Urkunde enthaltene Gedankenerklärung Beweis erhoben. Seit dem 1.1.2018 kann man auch elektronische Dokumente wie eine verkörperte Urkunde verlesen, wobei der Begriff des elektronischen Dokuments allerdings ungeklärt ist. Der Zeugenbeweis bezieht sich auf Wahrnehmungen einer Person und damit auch nur indirekt auf digitale Spuren. Gleiches gilt für Sachverständige, die über ihr Gutachten berichten. Auch hier geht es um eine Transformation der ursprünglichen digitalen Spuren. Wann sind digitale Beweise nun statthaft? Das Gericht unterliegt nach § 244 Abs. 2 StPO einer Aufklärungspflicht, die jedoch darauf beschränkt ist, den Anklagevorwurf zur Überzeugung des Gerichts aufzuklären. Hiernach wird es in der gerichtlichen Praxis nicht selten entbehrlich sein, über digitale Spuren und daraus gewonnene Erkenntnisse umfassend Beweis zu erheben.

#### 5. Würdigung digitaler Beweise

Das Gericht ist nicht an fallunabhängige Beweisregeln gebunden, vielmehr ist die Würdigung von Beweisen, gleich ob digital oder analog, frei. Um vor der Rechtsordnung

Bestand zu haben, muss die Würdigung lückenlos, logisch widerspruchsfrei und für Außenstehende hinreichend nachvollziehbar erfolgen. Dabei bietet der gern überschätzte Aussagegehalt eines digitalen Beweismittels genügend Fallstricke. Eine ausgedruckte E-Mail, die im Urkundsbeweis verlesen wird, besagt noch nichts über den Urheber. Der Mitschnitt einer TKÜ besagt für sich genommen noch nicht, welche Personen miteinander gesprochen haben. Auch das Auffinden eines USB-Sticks mit kinderpornografischen Bilddateien in einer Wohnung belegt noch nicht, dass es der Wohnungsinhaber war, der diese Bilder vorsätzlich besitzt. Für eine logisch widerspruchsfreie Beweiswürdigung sind fehlende Feststellungen durch weitere Beweise zu treffen. Außerdem muss versucht werden, Fehlerquellen bei der Erhebung, Auswertung und Analyse digitaler Spuren weitgehend zu unterbinden. Diese Zwischenschritte werden nicht durch das Gericht vorgenommen, sondern von Polizeibeamten und Informatikern sowie zum Teil durch externe Dienstleister. Es ist zu fragen, was die digitalforensischen, kunstgerechten Standards bei so einer Auswertung sind. Im Bereich von DNA-Analysen hat es Jahrzehnte gedauert, diese Standards zu entwickeln. Es ist zu hoffen, dass die Wissenschaft und Praxis nicht zu lange benötigt, um digitalforensische Standards in die gerichtliche Praxis zu bringen.

## 6. Q&A-Session

Die sich dem Vortrag anschließende Fragerunde drehte sich insbesondere um zwei Themenkreise. Zunächst wurde der Zugriff auf räumlich getrennte Speichermedien nach § 110 Abs. 3 StPO diskutiert. Diese unscheinbar wirkende Norm bietet ein Einfallstor für weltweite Durchsuchungen von Cloudspeichern. Als Ergebnis eines politischen Kompromisses kann man sie als hybride Norm bezeichnen, die einerseits eine offene Durchsuchungsmaßnahme erfordert, andererseits aber dritte Personen betreffen und somit (teil-)verdeckt sein kann. Beachtenswert ist zudem, dass die Norm häufig als Grundlage für Auswertungen von Datenträgern Monate nach der Sicherstellung dient. Dies ist im Hinblick auf die Ratio der Norm, einen drohenden Beweisverlust zu verhindern, fragwürdig. Daneben rückte die E-Evidence-Verordnung in den Fokus der Debatte. Hierdurch soll es innerhalb der Europäischen Union ermöglicht werden, Daten bei Internetdienstleistern aus der ganzen Welt unabhängig davon anzufordern, wo die Daten gespeichert sind, solange diese in Deutschland Dienste erbringen. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund problematisch, dass im Einzelfall nicht nur Souveränitätsrechte von EU-Staaten, sondern auch von Drittstaaten durch diese Maßnahmen betroffen wären.

## II. Die sog. Blackbox-Problematik bei IT-Forensiktools (Johannes Pollach, M.Sc., ZCB)

Das Rednerpult übernahm als Nächstes der bei der Zentrale Cybercrime Bayern (ZCB) tätige IT-Forensiker Johannes Pollach, M.Sc. Er gewährte dem Publikum einen Einblick in seine Tätigkeit, machte es mit den Grund-

lagen der digitalen Forensik vertraut und rückte die Problematik der sogenannten Blackbox in das Bewusstsein der Zuhörer.

### 1. Grundlagen zur digitalen Forensik

Die digitale Forensik beschreibt den Vorgang, juristische Fragestellungen mit wissenschaftlichen Methoden der Informatik zu beantworten. Wird gefragt, ob ein Bild auf dem Computer vorhanden ist, lässt sich zum Beispiel über Hash-Sets technisch nachweisen, dass dieses Bild unter einem bestimmten Pfad auf dem Gerät vorhanden ist. Ähnlich wie bei anderen Wissenschaften gibt es verschiedene Anforderungen, die an die digitale Forensik gestellt werden. Hierzu gehören insbesondere Akzeptanz, Glaubwürdigkeit, Reproduzierbarkeit, Integrität und Dokumentation. Die angewandten Methoden müssen in der Fachwelt bekannt und akzeptiert sein. Sie müssen funktional und robust und die zustande gekommenen Ergebnisse nachvollziehbar sein. Wenn dritte Personen den Prozess wiederholen, sollten identische Ergebnisse herauskommen. Asservate sollten so wenig wie möglich verändert und notwendige Veränderungen gut dokumentiert werden. Die Dokumentation ist wichtig, damit nachfolgende Behörden oder andere Forensiker die Ergebnisse validieren und den Prozess überprüfen können.

#### a) Der forensische Prozess (SAP-Modell)

SAP bedeutet Secure, Analyse and Present – sichern, analysieren und darstellen. Den Beginn der Tätigkeit eines Forensikers bildet die Daten-Extraktion. Diese kann unter anderem durchgeführt werden, indem eine Festplatte mit Hilfe eines Writeblockers an einen Auswerterechner angeschlossen wird, wobei der Writeblocker einen Schreibzugriff auf die Festplatte unterbindet. Beim PC lässt sich dies durch das Ausbauen der Festplatte und einer Verbindung mit dem Writeblocker erreichen. Die Daten werden 1:1 kopiert und können später analysiert werden, ohne das Asservat zu verändern. Schwierig ist es bei Smartphones. Hier werden spezielle Geräte benötigt, weil Smartphones keine Festplatte besitzen. Die nächste Phase ist die Analyse der durch die Extraktion erlangten Daten. Die Daten werden in spezielle Programme übertragen, die diese automatisch aufbereiten und in geeigneter Weise darstellen. Ausgewertet werden insbesondere Google-Suchanfragen und Chatnachrichten. Der letzte Teil des forensischen Prozesses ist die Berichtsfunktionalität. In einem Untersuchungsbericht werden alle Veränderungen – am besten mit Zeitstempel – dokumentiert, die an einem Asservat durchgeführt wurden. Dies dient der Dokumentation und der Beantwortung späterer Rückfragen im Verfahren. Ein wichtiger Teil ist hierbei die Visualisierung. Für den Auftraggeber sollte leicht zu erkennen sein, was das Ergebnis der forensischen Untersuchung ist. Der Bericht sollte die Zusammenhänge der Asservate aufzeigen und deutlich machen, auf welchen Asservaten wichtige verfahrensrelevante Daten enthalten sind und welche hingegen irrelevant oder für das Verfahren nicht geeignet sind.

### *b) Sicherungsarten und Probleme*

In der Forensik gibt es drei Sicherungsarten: physisch, logisch und Dateisystem. Die angestrebte Sicherungsart ist die physische, die 1:1-Kopie des Speichers. Hier werden alle Daten erhoben, inklusive geschützter und gelöschter Bereiche. Bei der logischen Sicherung werden nur Dateien gesichert, keine geschützten oder gelöschten Bereiche. Manchmal wenden Tools Tricks an, um allgemeine Informationen wie Anruflisten oder SMS aufzubereiten. Ein großes Problem ist jedoch, dass Anwendungen wie WhatsApp und andere Messenger nicht in logischen Sicherungen enthalten sind. Deswegen ist es wichtig, eine physikalische Sicherung anzufertigen. Die letzte und schlechteste Sicherungsart ist das Dateisystem. Hier werden alle Daten ausgewertet, auf die man über eine gewöhnliche USB-Verbindung zugreifen könnte.

Um die Blackbox-Problematik besser zu verstehen, sollte man zwischen den Sicherheitstechnologien von PCs und Smartphones unterscheiden. Zunächst lässt sich der Speicher des PCs in der Regel ausbauen und ist somit leicht zugreifbar, wohingegen der Speicher des Handys fest verlötet ist und durch Auslötung zerstört wird. Überdies sind USB-Schnittstellen beim Computer meist frei zugänglich. Beim Handy ist hingegen eine explizite Aktivierung der Dateifreigabe notwendig. Verschlüsselungen müssen beim PC explizit aktiviert werden –was in der Praxis selten geschieht. Beim Handy ist diese werkseitig aktiviert. Auch ist ein Angriff auf die Verschlüsselung bei PCs meist simpel, da man das Asservat an einen anderen Rechner anstecken und den Angriff auf die Verschlüsselung dort durchführen kann. Beim Handy wird die Verschlüsselung regelmäßig über ein integriertes Bauteil realisiert, weshalb der Angriff nur direkt auf dem Gerät möglich ist, was den Prozess verlängert. Zudem können beim Computer alternative Betriebssysteme geladen werden, was beim Handy standardmäßig nicht möglich ist. Durch Laden anderer Systeme kann man Sicherheitslücken im eigentlichen System ausnutzen und dadurch eine Datenextraktion durchführen. Auch beim Computer gibt es Sicherheitsmechanismen, sog. TPM-Chips. Allerdings sind diese oftmals nicht aktiv, wohingegen bei Handys der Hardware Keyscore als Sicherheitsmechanismus dient und meist aktiv ist und eingesetzt wird.

### *2. Aktuelle Probleme in der Forensik*

Aufgrund dieser Umstände ist es bei PCs in der Regel einfach, eine physikalische Sicherung anzufertigen und auf die Daten zuzugreifen. Die Problematik liegt eher in der großen Anzahl an Anwendungen, die aufbereitet werden müssen. Zwar existieren hier auch Verschlüsselungen, jedoch können diese durch externe Ressourcen meist gut angegriffen werden. Im Smartphone-Bereich ist die Forensik aufgrund der Vielzahl an verwendeten Betriebssystemen und Herstellern, von denen jeder eigene Sicherheitsfeatures anbietet, schwierig. Für jeden Hersteller und teilweise jedes Gerät müssen Sicherheitslücken gefunden werden. Dies ist von Firmen erkannt worden. Mittlerweile bieten verschiedene Softwarehersteller eigene Lösungen

an, um die Probleme der Varianz an Programmen und Sicherheitsfeatures bei den Endgeräten zu meistern und Forensikern Lösungen bereitzustellen. Bei diesem Prozess gibt es jedoch keine Dokumentation, wie die Extraktion erfolgt ist, welche Sicherheitslücken ausgenutzt wurden, ob es mögliche Probleme gab sowie ob Daten verändert wurden. Somit stellt sich die Frage, wie das Ergebnis überprüft werden kann.

Nachfolgend werden einige unter das Stichwort „Blackbox“ fallende gravierende Probleme dargestellt. Hierbei ist zu beachten, dass die Tools in der Forensik benötigt werden und ihre Daseinsberechtigung haben. Die geübte strenge Kritik dient dazu, der zunehmenden Intransparenz, Geheimhaltung und Abstraktion in der Forensik entgegenzuwirken und die Schaffung offener Standards zu erreichen.

### *3. Blackbox-Problematik 1: Phase Secure*

Ein Problem in der Extraktionsphase besteht darin, dass in die Korrektheit des Prozesses vertraut wird. Beispielsweise wurde in einem vergangenen Fall trotz physikalischer Sicherung eines Smartphones und mehrmaliger Durchführung der Sicherung kein Beweismittel gefunden. Der Hersteller des Asservats hatte zwei Speicherchips verbaut und die Forensiksoftware hatte nur den ersten ausgelesen. Diese fehlende Dokumentation und Nachvollziehbarkeit von Prozessen führt an mehreren Stellen zu Problemen. So werden verschiedene Methoden der physikalischen Auslesung angeboten, ohne weitere Informationen, was diese genau machen. Extraktionsmethoden benötigen zudem teilweise mehrere (zum Teil bis zu 40) Versuche. Erfahrungen zeigen, dass das Smartphone für eine erfolgreiche Extraktion manchmal in einem bestimmten Zustand sein muss. Dies wird weder in der Fehlermeldung angezeigt, noch wird darauf hingewiesen, dass eine erfolgreiche Extraktion mehrere Versuche benötigen kann. Hierdurch entstehen die verschiedensten Tipps zur Durchführung einer Extraktion, ohne dass sie wissenschaftlich belegt sind. Unerfahrene Forensiker kennen die Problematiken häufig nicht und geben die Asservate aufgrund der Fehlermeldungen ab. Kritisch ist außerdem, dass bei den Tools keine Quellcode-Prüfung durch Dritte stattfindet. Überdies verschwinden manche Extraktionsmethoden in neueren Software-Versionen, ohne dass die Anwender hierüber informiert werden und aktuelle Geräte werden meistens nicht unterstützt. Bei neueren Geräten wird es aufgrund der Sicherheitsfeatures immer schwieriger, (physikalische) Datenextraktionen durchzuführen. Hierdurch werden auch Sicherheitslücken immer teurer und Unternehmen bieten zum Schutz ihrer Investitionen In-House Services an. Man kann die aktuellen Geräte gesperrt einschicken und für eine beträchtliche Summe entsperren oder eine Datenextraktion durchführen lassen. Dieser Prozess erzeugt enorme Kosten, ist absolut intransparent und ermöglicht keinerlei Kontrolle bezüglich der Asservate und Daten. Nachdem viele Behörden aus diesen Gründen In-House Services nicht nutzen konnten, haben die Hersteller neue Lösungen kreiert. Es gibt mittlerweile ein Produkt, das den In-House-Dienst beim Kunden durchführen kann. Zum Schutz der Investition unterliegen

diese Produkte der maximalen Geheimhaltung, sog. NDA (non-disclosure-agreement). Dies hat sehr viele Nachteile für Forensiker, weil es einen Erfahrungsaustausch unmöglich macht. Für manche Behörden wird es hierdurch schwer, die Produkte anzuschaffen. Sie haben keine Kenntnis über deren Möglichkeiten und können die Investition nicht begründen.

#### 4. Blackbox-Problematik 2: Phase Analyse

In dem Bereich der Datenanalyse ist die Transparenz keine große Problematik. Das Problem liegt vielmehr in der geringen Erkennungsrate und Unterstützung von Softwares. Aufgrund der Vielzahl von Anwendungen kommt es häufig vor, dass die auf dem Asservat installierten Anwendungen nicht von der Software unterstützt werden. Ein großer Vorteil der Analyse-Tools liegt jedoch darin, dass sie viele Informationen liefern und dargestellt wird, wie diese Informationen zustande gekommen sind. Ein Nachteil ist wiederum der Umstand, dass diese Programme viel händische Arbeit erfordern. Sie müssen zunächst manuell aufbereitet werden, um anschließend einen Prozess für die automatisierte Aufbereitung generieren zu können. Trotzdem sind die Anwendungen auch für erfahrene Forensiker sehr hilfreich, da sie die „Top-Anwendungen“ wie Messenger-Dienste oder Browser unterstützen. Kritisch ist jedoch, dass manche Hersteller bei Problemen sehr intransparent agieren. Bei vielen Programmen gibt es keinen öffentlich zugänglichen Bugtracker; die Fehler sind meistens geheim, werden nicht bekanntgeben und behoben, ohne dass der Kunde informiert wird. So passiert es, dass in einer Version bestimmte Analysetechniken verwendet werden können und in der nächsten Version nicht mehr. Nirgends wird kommuniziert, dass die Funktionalität in dieser Version nicht mehr vorhanden ist. Dies hat dazu geführt, dass viele Forensiker alte Versionen aufheben und manchmal Analysen mit älteren Softwares durchführen. Da die Fehler nicht öffentlich dokumentiert werden, kann es passieren, dass die Version, mit der die Daten analysiert wurden, plötzlich verschwindet. Bei auftretenden Problemen werden Forensiker als Software-Tester oder Bugreporter missbraucht. Wochenlange Kommunikation und Aufforderungen zu verschiedenen Lösungsversuchen lassen bezweifeln, dass die Hersteller eigene Softwaretests zum Erkennen von Fehlern durchführen. Die Gefahr, solche Fehler zu übersehen, wird dadurch vergrößert, dass durch die automatisierte Aufarbeitung oftmals ein „Tunnelblick“ entwickelt und eine händische Prüfung unterlassen wird. Ein großes Problem lässt sich außerdem in den Interpretationsspielräumen bei Begrifflichkeiten in den Anwendungen feststellen. Es werden keine Differenzierungen bei den Aufbereitungen getroffen. So haben zum Beispiel zwei Anwendungen verschiedene Teilnehmerzahlen einer WhatsApp-Gruppe geliefert, als festgestellt werden sollte, wer ein inkriminiertes Bild erhalten hatte. Bei genauerem Hinsehen wurde klar, dass ein Tool nur den Stand der Teilnehmer zum gefragten Zeitpunkt anzeigte, während beim anderen auch alle ehemaligen Teilnehmer gelistet wurden.

#### 5. Blackbox-Problematik 3: Phase Present

Im Rahmen der Dokumentation gibt es insgesamt wenig Blackbox-Problematiken. Eine nennenswerte Schwierigkeit besteht darin, dass manche Tools automatische Berichte erstellen, die meist sehr generisch und nicht für die Verhandlung geeignet sind. Hier sollte Qualität statt Quantität geliefert werden. Es existieren keine Standards, weshalb die Berichte und Gutachten der Forensiker sich in Aufbau und Untersuchungstiefe unterscheiden. Darüber hinaus erstellen Forensiker aufgrund der Ansicht, dass weniger Inhalt im Bericht zu weniger Problemen führt, teilweise selbst Blackboxes. Verbesserungsbedarf besteht auch im Bereich des Wissenstransfers. Meist sind Schulungen in der Forensik als Produktschulungen ausgestaltet, bei denen erklärt wird, wie bestimmte Blackbox-Tools bedient werden. Wichtiger wären Methoden- und Grundlagenschulungen, bei denen Hintergründe und Prozesse erläutert werden. Unter Forensikern ist außerdem die negative Entwicklung zu beobachten, dass das Wissen, wie man Daten extrahieren oder aufbereiten kann, zunehmend geheim gehalten wird. Entgegen diesem Trend muss das Wissen transferiert werden, damit es wachsen kann und in der Zukunft Datenextraktionen durchgeführt werden können, die bisher nicht möglich waren.

#### 6. Q&A-Session

In der sich dem Vortrag anschließenden Q&A-Session wurde eine weitere Dimension der Blackbox-Problematik thematisiert. Es stellt sich die Frage, wie viele Informationen über die verwendeten Tools der Strafverteidigung und dem Beschuldigten zur Verfügung gestellt werden müssen. Von Seiten der Strafverfolgung bestehen hier teilweise Bedenken, dass dieses Wissen leicht von Kriminellen verwendet werden könnte. Mittlerweile gibt es jedoch eine Vielzahl an antiforensischen Maßnahmen, so dass durch das Offenlegen der Methoden, insbesondere der Bekanntgabe der verwendeten Version, wohl keine schweren negativen Folgen zu befürchten sind. Bei kommerziellen Tools besteht allerdings das Problem, dass diese an Lizenzkosten gebunden sind und Dritten aus diesem Grund nicht zur Verfügung gestellt werden können. Darüber hinaus wurde debattiert, wie eine Transparenz für Forensiktools am besten reguliert werden könnte. Als eine wünschenswerte Möglichkeit erscheint es, dass die öffentliche Hand – etwa die ZITiS – selbst Forensiktools entwickelt.

### III. Cybercrime aus Sicht der Strafverfolgung – Recht und Praxis (StA *Andreas Brück*, ZAC NRW)

Nach der Mittagspause referierte Staatsanwalt *Andreas Brück* über Cybercrime aus Sicht der Strafverfolgung. StA *Andreas Brück* ist bei der Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime Nordrhein-Westfalen (ZAC NRW) tätig. Zum Aufgabenbereich der ZAC gehört die Führung herausgehobener Ermittlungsverfahren im Bereich des Cybercrime, die Thematisierung von Grundsatzfragen (z.B. im Bereich von Ermittlungstechniken oder rechtlichen Einschätzungen) sowie die Aus- und Fortbildung von Justiz und Polizei.

## 1. Kriminalitätsfeld Cybercrime

Es stellt sich immer wieder die Frage, was unter „Cybercrime“ zu verstehen und wie bedeutend dieses Kriminalitätsfeld tatsächlich ist. Bei einem Blick auf die Zahlen wird schnell klar, dass Cybercrime längst keine Nische mehr ist. Prozentual gesehen liegt Cybercrime im Hinblick auf den hierdurch jährlich entstehenden Schaden mit konventionellen Deliktsfeldern wie Drogenhandel und Produktfälschung auf Augenhöhe. Statistiken nennen eine Schadenssumme von weltweit 445 Mrd. USD jährlich.

### a) Tätertypologie

In den verschiedenen Cybercrime-Verfahren und -phänomenen erscheinen unterschiedliche „klassische“ Täter. Das Bild des Hackers, wie er teilweise in Film oder Fernsehen dargestellt wird, ist kaum mehr anzutreffen. Einzeltäter sind in der Szene fast völlig ausgestorben und wurden von Szenetätern ersetzt. Eine deutsche Cybercrime-Szene hat sich auf allen möglichen Plattformen organisiert. Diese Szene umfasst einen „harten Kern“ sowie eine große Anzahl an Mitläufern und Gelegenheitstätern. Die Szenetäter agieren typischerweise im Fraud-Bereich und begehen verschiedenste Straftaten wie Kreditkartenmissbrauch, Bestellbetrügereien oder einfache Hacking-Szenarien. Hiervon abzugrenzen sind die sogenannten Hacktivist\*innen – Aktivisten, die für eine bessere Welt hacken. Sie führen beispielsweise DDoS-Angriffe auf Chemieunternehmen durch, um ihren Unmut gegen Tierversuche kundzutun. Der größte Teil der Verfahren in der ZAC betrifft OK-Gruppierungen (Organisierte Kriminalität) und (Dritt-)Staatlich induzierte Kriminalität. Im Wesentlichen hat die Zentralstelle es mit professionalisiertem Vorgehen in organisierten Kriminalitätsstrukturen zu tun. Diese OK-Gruppierungen spezialisieren sich auf unterschiedliche Felder wie zum Beispiel Banking-Betrugsverfahren oder Angriffe auf Industrieunternehmen. Die (Dritt-)Staatlich induzierte Kriminalität ist die am schwersten zu fassende und zu bezeichnende. Hierunter fallen zum einen Szenarien der Wirtschaftsspionage. Zum anderen kann dies auch schlichte schädigende Ereignisse betreffen, wenn unklar ist, ob sie von einem Drittstaat oder einer OK-Gruppierung aus einem anderen Staat verübt wurden. Dies kann etwa der Fall sein, wenn Infrastrukturen gezielt und über längere Zeit angegriffen und unterwandert werden. Cybercrime ist in der Form, wie wir sie heute sehen, ein hoch professionelles Geschäftsfeld mit hohen Schadenssummen. Im Rahmen dieser Professionalisierung ist ein Trend zur Kriminalität als Dienstleistung, sog. „Crime-as-a-service“, erkennbar. Im Gegensatz zum klassischen Bild des Hackers, der im Keller sitzt und allein eine Firma angreift, müssen Hacker heutzutage nicht mehr in der Lage sein, einen Hacking-Angriff selbst umzusetzen. Sie können Autoren von Schadsoftware ebenso wie die Dienstleistung für den Angriff kaufen und diesen mit dem entsprechenden (technischen) Support durchführen.

### b) Werkzeuge der Strafverfolgungsbehörden

Wie kann die Justiz dagegen vorgehen? Die relevanten Normen zur Beschlagnahme und Sicherstellung (§§ 94,

98 StPO) stammen, wie im ersten Vortrag bereits erörtert, aus dem Jahr 1879. Mit diesen 150 Jahre alten Normen versuchen die Strafverfolgungsbehörden, weltweit Server zu beschlagnahmen und sicherzustellen, um an Daten und Beweismittel zu kommen. Oftmals ist die StPO nicht auf dem Stand, mit dem die Strafverfolger tatsächlich konfrontiert werden. Allerdings hat sich die StPO seit der Einführung der §§ 94 ff. StPO auch weiterentwickelt. So hat die Strafverfolgung als Reaktion auf die zunehmende Computerkriminalität neue Werkzeuge in Form der Quellen-TKÜ und der Online-Durchsuchung an die Hand bekommen. Mit der Quellen-TKÜ ist es mittlerweile möglich, mit technischen Mitteln in die IT des Beschuldigten einzudringen, um Informationen auszuleiten oder Telekommunikation zu überwachen. Bei der Online-Durchsuchung dürfen die Strafverfolger mit technischen Mitteln die IT-Geräte des Beschuldigten kompromittieren und infiltrieren, um daraus im Rahmen der Online-Durchsuchung Daten zu erheben. Dies war für die Ermittler wichtig, um zielgerichtet anstelle von massenhaften Erhebungen und Grundrechtseingriffen agieren zu können. Doch wie funktioniert die Online-Durchsuchung eigentlich? Ein Problem besteht in der praktischen Umsetzung. Nach heutiger Rechtslage kann bei Vorliegen einer Katalogtat auf die IT des Beschuldigten zugegriffen werden. Problematisch ist allerdings, dass bei der verdeckten Maßnahme regelmäßig ein körperlicher Zugriff auf die IT nicht stattfinden kann. Bei der Online-Durchsuchung nach § 100b StPO fehlt jedoch eine Betretungsbefugnis der Ermittler. Sie können nicht in eine Wohnung eindringen und auf ein Gerät zugreifen, um heimlich eine Infiltration zu ermöglichen. Somit wird die Infiltration über einen Trojaner, eine Ferninfiltration oder Ähnliches notwendig. Bei solchen Fernzugriffen hängt der Erfolg regelmäßig vom Verhalten des Beschuldigten ab. Soll eine Schadsoftware installiert werden, muss der Beschuldigte auf eine E-Mail, die man ihm sendet oder deren Anhang klickt. Praktisch ist die Online-Durchsuchung allein aufgrund dieser technischen Hemmnisse der konventionellen TKÜ bei weitem noch nicht gleichgestellt. Für die Zukunft stellt sich die Herausforderung, wie die gesetzlichen Anforderungen mit höchstmöglicher Effektivität umgesetzt werden können.

## 2. Die Phänomene

Die ZAC hat es im Rahmen ihrer Cybercrime-Bekämpfung mit verschiedenen Phänomenen zu tun, die unterschiedliche Herausforderungen mit sich bringen. Diese werden nachfolgend näher betrachtet.

### a) CEO-Fraud

Ein für Cybercrime etwas untypisches Phänomen, in dem die ZAC viele Verfahren führt, ist der CEO-Fraud. In dieser Fallkonstellation weist ein vermeintlicher CEO ein Unternehmen an, eine Überweisung zu tätigen. Überweist der Mitarbeiter oder die Buchhaltung die Summe, entsteht dem Unternehmen ein Schaden in dieser Höhe. Warum ist die ZAC für solche Fälle, die im Kern ein schlichtes Betrugs-Szenario darstellen, zuständig? Ein näherer Blick in die Verfahren machte deutlich, dass die Täter mit großer Sachkunde aus dem Unternehmen ausgestattet waren. Die

Täter, die am Anfang telefonisch Kontakt aufgenommen hatten, wussten, dass der CEO auf Geschäftsreise ist und stellten sicher, dass der Anruf bei der richtigen Person zur richtigen Zeit ankommt. Die später übersendete E-Mail passte sowohl bezüglich der E-Mail-Adresse als auch der vermeintlichen schriftlichen Signatur bis hin zur Diktion genau in das Unternehmen (es war bewusst, wer geduzt und wer gesiezt wurde; wie der CEO tatsächlich die betroffene Person anrufen würde). Durch diese Umstände entstand die Hypothese, dass es sich um einen technischen Angriff handeln könnte. Sich anschließende Ermittlungen bestanden zunächst aus TKÜ-Maßnahmen, mit denen versucht wurde, die Telefonnummer zu identifizieren und zu überwachen. Hierdurch konnten die Strafverfolger parallel zu den Taten mithören, wie die Täter andere Geschädigten anriefen und konnten mit diesen Unternehmen Kontakt aufnehmen. Bei den Ermittlungen hat sich herausgestellt, dass der Kenntnisvorsprung tatsächlich ausgesprochen gut war, jedoch nicht durch einen technischen Hack erlangt wurde. Vielmehr wurden Informationen aus öffentlichen Medien, aus sozialen Medien, aus Internetseiten und allen möglichen anderen Quellen zusammengetragen. So wurde beispielsweise der für die Überweisung zuständige Buchhalter zwei Wochen vor der Tat vermeintlich vom CEO angerufen. Vorbereitend für die Tat wurde ihm für seine Mitarbeit gedankt und zum Geburtstag gratuliert, der über die sozialen Medien bekannt war. Dies diente dazu, dass der Buchhalter die Stimme der Täter kennenlernte und die Authentizität des späteren Anrufs nicht in Frage stellte. In einer anderen Situation lehnte die Buchhaltung die Überweisung mit der Begründung ab, dass nach Unternehmensgepflogenheiten Überweisungen nur bei Abzeichnung zweier Prokuristen getätigt werden. Die Täter fragten sodann das notwendige Formular bei dem Buchhalter an und sandten dies mit Unterschriften zweier Vorstandsmitglieder zurück. Diese Unterschriften erhielten sie aus dem Handelsregister durch eine dort abgeschlossene Premiummitgliedschaft. Zusammenfassend lässt sich beim CEO-Fraud feststellen, dass nicht nur das technische Hacken ein Problem sein kann. Vielmehr hat ein soziales Hacken die Täter in die Lage versetzt, durch Kommunikation und Information ein Vertrauen aufzubauen und dieses Vertrauen bei der Tatbegehung auszunutzen. Dies wirft die ein oder andere Frage auf, wie wir in der Öffentlichkeit mit Informationen umgehen und was wir tatsächlich von uns preisgeben wollen und uns dadurch verletzbar machen.

#### *b) CEO-Fraud 2.0.*

Die letzte Ausbaustufe des CEO-Fraud ist eine neue Betrugsmasche, die mit den Ursprungstaten nichts mehr zu tun hat. Hier wird mit einer Stimmimitation durch KI-Software gearbeitet, die in der Lage ist, die Stimme des Vorgesetzten perfekt zu imitieren. Dies erhöht den Vertrauensvorschluss erheblich. Die Schäden, die durch diese Masche weltweit entstanden sind, gingen in den hohen Millionen- bis Milliardenbereich. Bei der ZAC wurden ca. 150 Verfahren einer Tätergruppe zugeordnet, die einen Schaden von 150 Mio. USD verursachte. Die Täter konnten letztlich durch TKÜ-Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit identifiziert werden.

#### *c) Erpressung 2.0 – Beispiel „NotPetya“*

Heutzutage erfolgt nahezu die Hälfte aller Erpressungen über das Internet. Das kann ein DDoS-Angriff sein, bei dem eine Vielzahl von Computern aus einem Botnetz heraus auf ein Ziel zugreift, um dieses lahmzulegen und dann erpressen zu können. Es kann aber auch eine Ransomware sein, die verteilt wird, um auf dem Rechner zu Hause eine Verschlüsselung oder Sperre herbeizuführen. Diese bringt den Geschädigten zur Zahlung eines bestimmten Betrags – im Regelfall in Bitcoin. Die Ransomware in dieser Form ist schon seit einigen Jahren bekannt. Die ersten Vorläufer stammen aus den 80er/90er Jahren. Ab etwa 2011/2012 hat das Ganze eine neue Popularität gewonnen und an Masse und zuletzt auch an Qualität stark zugenommen. Früher gab es Angriffe auf Privathaushalte mit dem Ziel, eine Zahlung zu erlangen. Heute ist es ein „unternehmerisches Massengeschäft“ und kritische Infrastrukturen sollen zu einer Zahlung für die Rekonstruktion bewegt werden. Hierbei handelt es sich um eine völlig neue Dimension, wie nachfolgendes Beispiel verdeutlicht.

Im Sommer 2017 wurde der Hackerangriff „NotPetya“ verübt, der zu einem weltweiten Gesamtschaden von etwa 10 Mrd. USD führte. Dem lag folgendes Szenario zugrunde: An einem Tag gingen gehäuft Schadensmeldungen beim LKA und der ZAC ein, dass Unternehmenssysteme bundesweit in kürzester Zeit komplett verschlüsselt und arbeitsunfähig waren. Die ZAC NRW übernahm das Verfahren und begann am Folgetag mit operativen Maßnahmen wie der Beschlagnahme von Servern und E-Mail-Accounts. Von diesem weltweiten Angriff war in Deutschland lediglich eine kleinere Anzahl an Firmen betroffen. Die meisten und ersten Schadensfälle waren in der Ukraine zu vermelden. Nationale und internationale Ermittlungen ergaben, dass die Kompromittierungen ihren Ursprung in der Ukraine hatten. Ein Softwareprodukt, das im Unternehmensbereich notwendig genutzt wird, wurde durch die Täter manipuliert. Anstelle regulärer Updates wurde über die digitale Versorgungskette ein Verschlüsselungstrojaner eingeschleust. Die internationalen Ermittlungen dauern derzeit noch an. Bemerkenswert bei derartigen Supply-Chain-Angriffen ist, dass es auf Grund der Kompromittierung der unmittelbaren digitalen Versorgungskette nahezu unmöglich ist, wirksame Prävention zu betreiben.

#### *d) Drittstaatlich induzierte Kriminalität, Wirtschaft und kritische Infrastrukturen*

Der Hackerangriff „NotPetya“ als Supply-Chain-Attack war nicht das Ende der Entwicklung. Zuletzt gab es beispielsweise einen IT-Angriff auf die Systeme der Düsseldorfer Uniklinik, bei dem in Rede stand, dass eine Person auf Grund ausgefallener Operationstermine gestorben sei. Solche Angriffe auf kritische Infrastrukturen oder Wirtschaftsangriffe stellen die Strafverfolger vor neue Herausforderungen bei der Verfahrensführung. Täterkreis dieses Bereichs sind meist organisierte Strukturen, die teilweise an der Schwelle zu einem dritten Staat oder einer staatlichen Organisation stehen. Neben den schnell zerstörenden Angriffen wie „NotPetya“ sehen sich die Strafverfolger in

diesem Feld mit Angriffen anderer Art wie den sog. APT-Angriffen (Advanced Persistent Threat) konfrontiert. Hierbei handelt es sich um die teils monatelange oder jahrelange Unterwanderung des IT-Systems eines Unternehmens durch Schadsoftware, um zielgerichtet Informationen von besonderem Informationsgehalt ausleiten zu können. In diesem Bereich war es für die Ermittler lange Zeit am schwersten, das Vertrauen der Unternehmen gewinnen zu können, um überhaupt strafverfolgend tätig zu werden. In den letzten Jahren ist dies zunehmend besser gelungen. Der Fokus der Ermittler liegt auf der Identifizierung von Angriffswegen und der Qualität des Angriffs, um hieraus Rückschlüsse auf die Täter ziehen zu können.

#### e) Die sonstigen Felder

Weitere Tätigkeitsfelder der ZAC bestehen zum einen in der Bekämpfung des Darknet-Handels. Zum anderen betreibt die Zentralstelle seit mehreren Jahren ein Projekt gegen Hate-Speech. Es besteht eine enge Kooperation mit der Presse und den digitalen Medien, die eine schnelle Stellung von Anzeigen und Ermittlungen ermöglicht. Außerdem verfügt die ZAC über eine Task-Force zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der Kinderpornografie in den digitalen Medien. Hier wurde im letzten Jahr die lang bestehende Hypothese widerlegt, dass der Kernbereich dieses Deliktsfeldes im Darknet und in geschlossenen Kreisen stattfindet. Vielmehr fanden die Ermittler massenhaft Spuren im Clearnet, in digitalen Medien und in Social Media. In diesem Kampf gegen Massendelinquenz dient bislang die digitale Anonymität als Schutzmantel. Ein Instrument wie die Vorratsdatenspeicherung würde den Ermittlern ihre Arbeit erleichtern, zumindest einen Teil der Masse dieser Täter überführen zu können. Zwar wird der Kampf von den Ermittlern derzeit relativ erfolgreich geführt, jedoch ist es ein schwieriger und aufwendiger, der die Abwägung zwischen Datenschutz und Kriminalitätsbekämpfung hinterfragen lässt.

#### 3. Q&A-Session

In der sich dem Vortrag anschließenden Q&A-Session wurden zukünftige Cybercrime-Bedrohungen für Unternehmen erörtert. Eine Vorhersage der zukünftigen Cybercrime-Szenarien ist ebenso wenig möglich wie ein gänzlicher Schutz vor Angriffen. Empfehlenswert ist allerdings in jedem Fall die Schulung von Mitarbeitern, um das Risiko gängiger Angriffsverfahren zu minimieren. Häufig sitzt die größte Sicherheitslücke vor dem Computer. Darüber hinaus wurde debattiert, wie eine Vorratsdatenspeicherung im deutschen Recht im Hinblick darauf geregelt werden könnte, dass der EuGH die anlasslose Vorratsdatenspeicherung als mit europäischen Grundrechten nicht vereinbar erklärt und Einschränkungen gefordert hat. In diesem Zusammenhang wurde auch festgestellt, dass eine Harmonisierung der derzeit sehr unterschiedlichen Standards auf europäischer Ebene sinnvoll wäre. Thematisiert wurden zudem die neu eingeführten Ermittlungsbefugnisse zur Bekämpfung von Kinderpornographie nach § 110d StPO i.V.m. § 184b Abs. 5 S. 2 StGB, deren praktische Möglichkeiten derzeit noch ausgelotet werden.

## IV. Problematische Standards digitaler Forensik und Dringlichkeit der Cyber-Strafverteidigung (RA Dr. Uwe Ewald, Berlin)

Nach Einblicken in das Tätigkeitsfeld der Strafverfolgung präsentierte RA Dr. Uwe Ewald aus Berlin seine Perspektive auf den Problemkreis „justizieller Umgang mit Cybercrime“. In seinem Vortrag stellte er die derzeit bestehenden Probleme bei der Cyber-Strafverteidigung vor und bot zugleich verschiedene Lösungsansätze an.

### 1. Kontext Digitalisierung und Strafverteidigung

Der Darstellung von Problemen und Lösungsvorschlägen im Rahmen von Cyber-Strafverteidigung wurden einige allgemeine Ausführungen zum Kontext von Digitalisierung und Strafverteidigung vorangestellt.

#### a) Kriminologisch-analytische Perspektive mit juristischer Referenz

Damit der Übergang von der analogen zur digitalen Informationsverarbeitung im Strafverfahren gelingt, muss das Erkenntnisverfahren als analytischer Informationsverarbeitungsprozess verstanden werden. Dies ist ein anderer Zugang als die rein juristische Perspektive. Aus diesem Grund bezieht der Vortrag eine kriminologisch-analytische Perspektive mit juristischer Referenz und keine juristisch-normative Perspektive. Am Ende des Erkenntnisverfahrens steht stets das normative Konstrukt, das Verbrechen. Auf dem Weg dorthin werden Beweismittel wie Zeugen, Experten, Sachverständige und Dokumente, aber auch die digitalen Beweismittel, in einem Diskurs der Strafruristen als beweisrelevante Informationen verarbeitet. Der entscheidende Unterschied zwischen der bisherigen, traditionellen analogen Informationsverarbeitung und der Verarbeitung von digitalen Beweismitteln besteht darin, dass der Vorgang der Transformation von Daten in die juristische oder prozessuale Wahrheit hinsichtlich der digitalen Beweise anders nachzuprüfen und nachzuvollziehen ist als bei analogen Beweismitteln, bei denen eine sinnliche Wahrnehmung möglich ist. Die Auswertung digitaler Informationen als Beweise erfordert die Anwendung von Hard- und Software, eine Fähigkeit, die von Strafruristen neu erlernt werden muss. In gewisser Weise geht es um eine neue Art von Lesen und Schreiben in der juristischen Arbeit. Bislang ist diese Herausforderung im Alltag der Strafverfahren kaum bewältigt, und der „digital gap“ in der Strafjustiz ist nicht zu übersehen. Es geht darum zu vermeiden, dass am Ende nicht einige Beteiligte am Strafverfahren – zugespitzt formuliert - mit Keilschrift agieren, während die anderen Hochleistungscomputer verwenden.

#### b) Ansichten zum Verhältnis von digitalen Beweisen und Strafverteidigung

Ewald geht dann auf Ansichten verschiedener Berufsgruppen zum Thema Digitalisierung und Strafverfahren ein. Auf den großen Konferenzen der **IT-Forensik**, wie der GPEC (General Police Equipment Exhibition & Con-

ference), der DIC (Digital Investigation Conference) sowie dem Europäischen Polizeikongress lassen sich folgende zentrale Positionen feststellen: Der Schwerpunkt der Beweise verschiebt sich von Zeugen und Dokumenten hin zu digitalen Beweisen, die Verarbeitung digitaler Beweise ist Expertensache und es besteht ein distanziertes Verhältnis zur Kompetenzerweiterung für die Strafverteidigung. Dies stellt ein Problem dar, da die Lösung ein interdisziplinäres Zusammenarbeiten erfordert. Es ist zu erwarten, dass eine rasante technische und wirtschaftliche Entwicklung im Bereich der forensischen Informationsverarbeitung und so der digitalen Beweise auf uns zukommt und die Zeit drängt, um sich aus juristischer Sicht klar zu werden, wie digitale Beweise für ein verlässliches Verfahren so behandelt werden, dass die Unabhängigkeit der Strafgerichte und die Grundsätze eines fairen Verfahrens gewahrt bleiben.

Die Ansicht der **Strafjustiz und Gesetzgebung** im Hinblick auf das Verhältnis von digitalen Beweisen und Strafverteidigung ist ebenfalls sehr interessant. Die Formulierung des Veranstalters, *Professor Safferling*, „Sensibilität in Gerichts- und Plenarsälen ist noch nicht besonders ausgeprägt“, ist noch freundlich. Es ist beispielsweise seit Jahren bekannt, dass die Strafverteidiger ein Problem haben, die Kompetenz im Umgang mit digitalen Beweismitteln zu entwickeln und die hierfür aufgewendete Zeit vergütet zu bekommen. Trotz der jahrelangen Bekanntheit dieses Problems hat es in den Vorbereitungsrunden des RVG-Referentenentwurfs keine Rolle gespielt. Auch ist der ministeriale Umgang mit IT-Forensik-Wirtschaft zu kritisieren. Beim Kauf von IT-Forensik-Software bestimmen die Käufer – also die Strafermittler bzw. das Innenministerium – wie und wo die Tools eingesetzt werden sollen. Einstiegsvoraussetzung für den Einkauf solcher Software müsste es sein, dass auch für die Verteidigung kosten- bzw. lizenzfreie Tools geliefert werden, damit diese nicht abgehängt wird.

Gewisse Tendenzen zum **Selbstbild der Strafverteidiger** zeigen eigene Umfragen *Ewalds* im Rahmen seiner Seminare. Strafverteidiger haben ein eher ambivalentes Verhältnis zur Digitalisierung und dem eigenständigen Umgang mit digitalen Beweisen. Die Masse der Strafverteidiger erwirbt in diesem Bereich nicht selbst aktiv Kompetenzen. Dies wird auch an den Ausbildungskonzepten der Rechtsanwaltskammern deutlich, wo die Themen nicht systematisch, sondern eher zufällig und sporadisch vermittelt werden. Es ist zu hoffen, dass die „Digital Natives“ unter den Strafverteidigern effektiver vorgehen und zukünftig mehr Interesse an den Themen zeigen werden. Die (nicht repräsentativen) Umfragen ergaben, dass derzeit nicht einmal 4 % der Verteidiger digitale Beweise eigenständig auswerten. Die größten Hindernisse für die „Waffengleichheit“ der Strafverteidigung beim Umgang mit di-

gitalen Beweismitteln im Strafverfahren sahen die Teilnehmenden insbesondere in der fehlenden Kompetenz in der Auswertung sowie in der unzureichenden Bezahlung.

### c) Risiko-Effekte der Digitalisierung des Beweisverfahrens auf Strafverfahrensgrundsätze

Der sachgerechte Umgang mit digitalen Beweisen ist für die Wahrheitsfindung immens wichtig, da gewisse Risiko-Effekte der Digitalisierung auf die Strafverfahrensgrundsätze ausstrahlen. So ist in Bezug auf den Anklage- und Untersuchungsgrundsatz zu befürchten, dass die Abhängigkeit von digitalen Systemen in den Vorermittlungen steigen wird. Zudem besteht im Hinblick auf die freie richterliche Beweiswürdigung ein Risiko für die Unabhängigkeit und Eigenständigkeit, wenn Beweise nicht mehr richtig oder gar nicht verstanden werden. Bezüglich des Mündlichkeits- und des Öffentlichkeitsgrundsatzes stellt sich die Frage, was passiert, wenn Maschinensprache (der digitalen Beweise) in der juristischen Verarbeitung von Beweisen auf natürliche Sprache (des Strafverfahrens) trifft. Unter dem Stichwort „Unschuldsumutung vs. Gefährderansatz“, das insbesondere auch mit dem Einsatz von KI in der Verbrechensbekämpfung verbunden ist, kann das Risiko für das Prinzip der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit betrachtet werden. Überdies ist auch der Fair-Trial-Grundsatz bzw. die Waffengleichheit durch ein Risiko für die rechtstaatliche Balance zwischen den Verfahrensbeteiligten betroffen.

### 2. Lage der Dinge – beunruhigend problematisch

Inzwischen gibt es eine Reihe beunruhigender Vorfälle im Umgang mit digitalen Beweisen, die auch mit Blick auf das Versagen der Strafverteidigung diskutiert werden. International bekannt wurde der sog. dänische Funkzellen-Daten-Skandal, der die Frage nach der Glaubwürdigkeit von Funkzellen-Daten aufwarf. Bei der Transformation der Funkzellen-Daten der Provider auf polizeiliche Systeme kam es zu Verfälschungen von Daten. Dies führte zur Überprüfung von 10.700 Urteilen in Dänemark und der Freilassung von 32 Gefangenen. Das Beispiel zeigt, welche fatalen Auswirkungen die „digitale Kluft“ bei der Verarbeitung von elektronischen Beweismitteln in der Strafjustiz haben kann, wenn die juristischen Entscheidungspersonen die digitalen Beweise nicht verstehen. Eine jüngste Auswertung dieses Vorfalls erfolgte in “The use of historical call data records as evidence in the criminal justice system - lessons learned from the Danish telecom scandal” von *Lene Wacher Lentz* und *Nina Sunde*.<sup>3</sup>

Ein zweiter herausragender Skandal ereignete sich in Großbritannien. Eine Besonderheit dieses Falles liegt darin, dass er im Bereich der „private prosecutions“ und nicht der ordinären Strafverfolgung verortet ist. Zwischen den Jahren 2000-2019 wurden sog. Sub-Postmaster der britischen Post beschuldigt, Geld unterschlagen zu haben.

<sup>3</sup> *Wacher-Lentz/Sunde*, The use of historical call data records as evidence in the criminal justice system - lessons learned from the Danish telecom scandal, abrufbar unter: <https://www.researchgate.net/publication/346025404> (zuletzt abgerufen am 20.1.2021).

Es ging um hunderte von Fällen und – am Ende infolge Justizversagens – zerstörte Existenzen. Bei einer späteren Untersuchung durch die CCRC (criminal cases review commission) wurden massive Fehler teile festgestellt. Grund waren ungeprüfte digitale Beweise aus dem komplexen Computersystem namens „Horizon“. Lesenswert zu diesem Thema ist der Artikel „The harm that judges do – misunderstanding computer evidence: Mr Castleton’s story“ von *Paul Marshall*<sup>4</sup> sowie „Written evidence“ von *Stephen Mason*.<sup>5</sup> Letzterer liefert eine gute Übersicht zu den kritischen Punkten, durch die es zu der Situation in Großbritannien gekommen ist und die sich teilweise auch auf Deutschland übertragen lassen. Ein Problem liegt in der grundlegenden Neigung von Juristen, die Zuverlässigkeit von Computern und Programmen anzunehmen. Der Fall macht auch das Versagen der juristischen Profession mit Blick auf die eigene Fort- und Weiterbildung überdeutlich. Des Weiteren bedarf es auch in Bezug auf die Akteneinsicht übergreifender Regeln, weil die Gerichte in den einzelnen Ländern ihre Abläufe diesbezüglich derzeit sehr unterschiedlich gestalten. Aktuell sind wir auch in Deutschland noch ein Stück weit davon entfernt, zuverlässige Methoden der Verarbeitung digitaler Beweise anzuwenden. Doch wie ist nun weiter zu verfahren? Zwei Grundthesen sollen eine Lösungsperspektive bieten.

### 3. Teil 1 der Lösung: IT-forensische Standards

Die erste Grundthese ist folgende: *IT-forensische Standards bei der Produktion digitaler Beweise und deren unabhängige juristische Überprüfbarkeit durch die am Strafverfahren beteiligten Strafjuristen bannen das Digitalisierungsrisiko für die Justiz.* Auf europäischer Ebene laufen bereits Projekte, die sich mit der Frage beschäftigen, mit welchen Standards, Methoden und in welchen Prozessformen digitale Beweise erzeugt, bearbeitet und ausgetauscht werden sollten. Vier der führenden Projekte sind: eEvidence, meCodex, LOCARD und FORMOBILE. Als Mitglied des Ethics Advisory Boards hat *Ewald* einen direkten Einblick in das Projekt „FORMOBILE“. Dieses Horizon 2020 Projekt wurde ins Leben gerufen, um neue Standards für die Verarbeitung von Mobiltelefonaten zu erarbeiten. Ziel ist es, diese Standards als ISO-Standards zu etablieren und damit eine umfassende Rückwirkung auf deren IT-forensische Umsetzung in den nationalen Strafverfahren zu erreichen. Die Standards stellen zugleich einen gewissen Leitfaden für Strafverteidiger dar, im Verfahren Fragen zu entwickeln, die auf die Überprüfung ihrer Einhaltung gerichtet sind. Geschaffen werden müssen Standards auf verschiedensten Ebenen wie etwa Ausbildungsstandards, Standards für Software-Tools (Auswahlkriterien, Test und Validierungssystem), analytisch-methodische Standards sowie ethisch-rechtliche Standards (z.B. Schutz des persönlichen Kernbereichs und Schutz von Vertrauensbeziehungen). Auch für die allgemeinen strafprozessuale Prinzipien (Unparteilichkeit, Nachprüfbarkeit, Wiederholbarkeit, Reproduzierbarkeit,

Erforderlichkeit, Verwahrkette, Analyse-Standards, Standards für die Archivierung und Reports) gibt es derzeit kein einheitliches Format, das von den Forensikern beherrzigt wird, um Routinen einüben zu können. Ähnlich wie in der empirischen Sozialforschung, müsste es auch hier eine klare Schrittfolge geben. Häufig sind die technischen Zusammenhänge zu komplex, um wiederum von Juristen verstanden zu werden. Aus diesem Grund bräuchte es forensisch-juristische Standards in einer Metasprache, die eine unabhängige (!) juristische Überprüfung digitaler Beweise durch Strafjuristen ermöglicht – vergleichbar der Flug-Check-Liste für Piloten, die – obwohl nicht im Besitz des Ingenieurwissens der Flugzeugbauer – eine mit den technischen Experten gemeinsam entwickelte Checkliste erhalten, anhand derer der Pilot eine Prüfung der Zuverlässigkeit des Fluggerätes unabhängig und eigenständig durchführen kann.

### 4. Teil 2 der Lösung: Unabhängige juristische Prüfung und Strafverteidigung

Die Entwicklung rein forensischer Standards ist also nicht ausreichend, vielmehr muss die Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der Strafjustiz durch eine eigenständige juristische Prüfung der Zuverlässigkeit von digitalen Beweisen gewahrt werden. Dies ist mit den bisherigen Verfahrenswegen und Standards nicht möglich. Deshalb bedarf es juristischer Standards, die sich an die IT-Standards anschließen. Hierbei ist auch auf die besondere Rolle der Strafverteidigung einzugehen, die zur zweiten Grundthese führt: *Der Cyber-Strafverteidigung kommt wegen ihrer besonderen Stellung im Strafverfahren eine besondere Rolle bei der Überprüfung der Reliabilität und Validität sowie daraus folgender Einschätzung von Zuverlässigkeit und Beweiswert digitaler Beweise zu.* Sie ist die einzige Akteurin, die im parteilichen Interesse für den Angeklagten im legalen Rahmen am kompromisslosen Test der von der Anklage vorgebrachten digitalen Beweise interessiert ist. Diese besondere Rolle wird auch durch das Amtsermittlungsprinzip oder die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Objektivität nicht aufgehoben. Aus diesem Grund müssen die Kompetenzen der Verteidigung im Umgang mit digitalen Beweisen a) sowohl im Hinblick auf deren Überprüfung als auch b) in Bezug auf eine eigenständige Auswertung erweitert werden.

Im Rahmen des vorgestellten dänischen Funkzellen-Daten-Skandals wurden vier Aspekte aufgestellt, die dem Problembewusstsein der Juristen im Umgang mit solchen Daten dienen sollten. Erstens, es ist wichtig, das ursprüngliche Anwendungsszenario der dann als (potenzielle) Beweismittel verwendeten digitalen Daten und Informationen zu verstehen. Viele digitalen Daten sind nicht im Zuge der Strafverfolgung, sondern für ganz andere Zwecke erstellt worden. Diese Zwecke muss man begreifen, um potenziell zu erfassen, wo kritische Bereiche in diesen Daten und bei ihrer Verarbeitung entstehen könnten. Man kann nicht von vornherein davon ausgehen, dass diese Daten

<sup>4</sup> *Marshall*, Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, 17 (2020), p. 25-48.

<sup>5</sup> *Mason*, Response to the Justice Committee call for evidence regarding private prosecutions and safeguards, abrufbar unter: <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/7839/pdf/> (zuletzt abgerufen am 20.1.2021)

„automatisch“ zuverlässig sind, wenn es um Belange der Strafverfolgung geht. Zweitens, die potenziell kritischen Bereiche sollten dann anhand einer Liste bekannter Risiken, die von den IT-Forensikern mitgeteilt werden, verständlich gemacht werden. Schwachstellen sind in der Regel bekannt, wie die Softwarefirma für die Auswertung von Funkzellendaten „CellHawk“ in einem Online-Vortrag über „6 Dinge die Staatsanwälte über Funkzellendaten wissen sollten“ zu erkennen gibt. Drittens müssen Zuverlässigkeitskriterien für die juristische Prüfung und viertens rechtliche Konsequenzen bei Nichteinhaltung der Standards festgelegt werden. Hier ist eine rote Linie in der Gestalt erforderlich, dass ein Beweismittel als unzulässig zu gelten hat, wenn die Zuverlässigkeit der Auswertungsmethode nicht dargestellt wird. Eine Entwicklung technischer Standards und ihre „Übersetzung“ in Checklisten für die gerichtliche Überprüfung erfordert eine gemeinsame interdisziplinäre Anstrengung von IT-Forensikexperten und Juristen. Es bedarf einer historisch neuen Metasprache für IT-forensisch-juristische Standards, bei denen Maschinensprache und natürliche Sprache aufeinandertreffen. Das FORMOBILE-Projekt ist die erste übergreifende Initiative, die einen systematischen interdisziplinären Ansatz verfolgt, in dessen Ergebnis der Ansatz für eine solche Checkliste erarbeitet werden soll. Hierzu müssen zunächst die Richtlinien und Standards für die polizeiliche IT-forensischen Ermittlungen allgemeinverständlich für Strafrjuristen „übersetzt“ werden. Fallbezogen sollte dann entlang dieser Leitlinien protokolliert werden, an welchen Stellen bestimmte Risiken auftreten konnten und wie diesen Risiken methodisch begegnet wurde. Außerdem müssen Ermittler, Staatsanwaltschaft, Gericht und Verteidigung zu diesen sich ständig entwickelnden Standards und ihrer Anwendung kontinuierlich geschult werden.

### 5. Q&A-Session

In der sich dem Vortrag anschließenden Q&A-Session wurde insbesondere der Umstand thematisiert, dass die

Gewinnung digitalforensischer Daten häufig aufwendig ist und intransparente Tools verwendet werden. Hierdurch stellt sich die Frage, ob ein IT-fachfremder Richter dieses Problem und die Wertigkeit von Beweismitteln überhaupt plausibilisieren kann. Bereiche, die eine extreme technische Perspektive erfordern, bei denen die Juristen an ihre Grenzen kommen, werden sich wohl nicht vermeiden lassen. Allerdings betreffen diese zum einen nicht die Masse der Verfahren. Zum anderen muss auch in diesen Situationen den Juristen immer dabei geholfen werden, einschätzen zu können, ob die Arbeit des IT-Sachverständigen methodisch sauber durchgeführt wurde. Ein Urteilsvermögen des Richters muss immer hergestellt werden, so dass dieser nicht wie im dänischen Funkzellen-Daten-Skandal zum Statisten wird.

### V. Schlusswort und Fazit

Die Vorträge und Diskussionsbeiträge des EC<sup>2</sup>CT 2020 machten deutlich, dass Cybercrime und IT-Forensik bei weitem keine Nischenthemen mehr sind, sondern in Wissenschaft und Praxis eine stetig größer werdende Bedeutung für (fast) alle Verfahrensbeteiligten aufweisen. Vor diesem Hintergrund ist es notwendig, IT-forensische Standards für die polizeiliche, staatsanwaltschaftliche und gerichtliche Praxis zu entwickeln und zu etablieren. Hierfür ist eine Vernetzung von Wissenschaft, Strafverfolgung, Strafverteidigung und Gesetzgebung notwendig. *Professor Safferling* und das ICLU-Team freuen sich, mit dem Erlanger Cybercrime Tag einen Beitrag zur Schaffung und Stärkung eines Netzwerks zwischen den verschiedenen Bereichen zu leisten und eine Möglichkeit für die Diskussion und den Austausch zu schaffen. Die interdisziplinäre Veranstaltungsreihe wird im Herbst 2021 fortgesetzt – ob in Präsenzform oder im virtuellen Raum, ist noch offen.

## Triage – Pflichtenkollision beim Lebensschutz

### *Diskussionsbericht des Online-Seminars „Digital Thursdays – Strafrecht in der Pandemie“ der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung WisteV e.V.*

von Oliver Michaelis, LL.M., LL.M. und  
Dr. Angela Michaelis\*

Es bewahrheitet sich tagtäglich der *Charles Darwin* zugeschriebene Ausspruch, dass nichts beständiger ist, als der Wandel. Alleine nur durch das „Corona-Phänomen“ im Jahr 2020 hat sich vieles in rasantem Tempo und mit einer bisher ungeahnten und nie dagewesenen Dynamik verändert. Diese plötzlich-faktischen Veränderungen führen aber zwingend zu einer Auseinandersetzung mit den neuen Situationen, denn nicht nur die Gesellschaft und die Politik stehen vor großen Herausforderungen, auch die Strafrechtswissenschaft muss sich mit einigen Themen beschäftigen. So hat der WisteV kurzerhand eine Informationsrunde „Digital Thursdays – Strafrecht in der Pandemie“ in Form von kurzen Online-Seminaren initiiert, bei denen „über die strafrechtlichen Implikationen der Pandemie in einer kleinen Serie von kurzen Informationsrunden im Rahmen eines digitalen Lunchs“ (Infolyer) diskutiert werden soll.

Die erste Veranstaltung dazu fand am Donnerstag den 17. Dezember 2020 statt. Als Referent konnte *Dr. Oliver Harry Gerson* (Universität Passau, Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht bei *Prof. Dr. Robert Esser*) gewonnen werden sowie kommentierend dazu *Prof. Dr. Frank Saliger* (LMU München, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie). Moderiert wurde die Veranstaltung durch RA *Prof. Dr. Michael Tsambikakis* (Tsambikakis & Partner Rechtsanwälte, Köln). Teilgenommen haben über 60 Kollegen.

Das Thema könnte aktueller nicht sein. Am Dienstag den 15.12.2020 twitterte ein Reporter des Deutschlandfunks, dass „der Ärztliche Direktor des Klinikums Oberlausitzer Bergland, *Dr. Mathias Mengel*<sup>1</sup>, in einem Online-Forum gesagt habe, dass am Standort Zittau bereits mehrfach triagiert werden musste, da nicht genügend Beatmungsbetten zur Verfügung standen.“<sup>2</sup> So musste bereits mehrfach abgewogen werden, wer Sauerstoff zur Beatmung bekommt kann und wer nicht – das entscheide dabei jeweils immer ein kleines Team direkt vor Ort. Diese Aussage sorgte deutschlandweit für Aufsehen. Daraufhin erklärte eine Klinik-Sprecherin gegenüber der „Sächsischen Zeitung“, „es seien keine Patienten verstorben, weil ihnen als Folge von Triage beispielsweise kein Intensivplatz zur Verfügung gestanden habe oder keine Sauerstoffgabe möglich gewesen sei. Alle Patienten erhielten die „bestmögliche Therapie“<sup>3</sup>. In einer weiteren Stellungnahme dementierte die Klinik-Sprecherin die o.g. Aussagen *Mengels* gegenüber der Nachrichtenagentur dpa nicht – sie kommentierte sie nur nicht weiter.<sup>4</sup> Diese Berichterstattung sorgte im Ganzen für Irritation und Besorgnis – daher widmete sich die heutige Veranstaltung dieser akuten Thematik. Dort wurde auch geklärt, ob es sich bei der beschriebenen Verfahrensweise tatsächlich bereits um Triage handelte.

Nach einer einführenden Begrüßung durch RA *Prof. Dr. Tsambikakis* referierte *Dr. Oliver Harry Gerson* zu „Triage<sup>5</sup> – Pflichtenkollision beim Lebensschutz“.

\* *Oliver Michaelis* ist Jurist in Düsseldorf sowie Absolvent des LL.M.-Programms „European and International Law“ an der Universität des Saarlandes und Absolvent des LL.M.-Programms „Wirtschaftsstrafrecht“ an der Universität Osnabrück. *Dr. Angela Michaelis* ist Wirtschaftswissenschaftlerin in Berlin.

<sup>1</sup> *Dr. Mathias Mengel* ist Ärztlicher Direktor des Klinikums Oberlausitzer Bergland gGmbH, Zittau, Sachsen.

<sup>2</sup> *Decke*, Lage auf der Intensivstation – Corona: Erste Fälle von Triage in Deutschland? Professor zur Lage in NRW, in: WA.de v. 17.12.2020, <https://www.wa.de/nordrhein-westfalen/triage-corona-deutschland-bedeutung-nrw-sachsen-intensivbetten-krankenhaus-mathias-mengel-90133485.html> (zuletzt abgerufen am 20.1.2021); *Wienand*, Überlastete Intensivstation – Arzt: Klinik in Sachsen muss wegen Corona Triage anwenden, t-online.de v. 16.12.2020, [https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/id\\_89130022/saechsische-klinik-bestaetigt-triage-wegen-corona.html](https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/id_89130022/saechsische-klinik-bestaetigt-triage-wegen-corona.html) (zuletzt abgerufen am 20.1.2021).

<sup>3</sup> *Wienand*, Überlastete Intensivstation – Arzt: Klinik in Sachsen muss wegen Corona Triage anwenden, t-online.de v. 16.12.2020 (Fn. 2).

<sup>4</sup> *Wienand*, Not in Klinik – Kretschmer nennt Triage-Äußerung aus Zittau „Hilferuf“, t-online.de v. 16.12.2020, [https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/id\\_89134856/triage-in-sachsen-michael-kretschmer-nennt-aeusserung-aus-zittau-hilferuf.html](https://www.t-online.de/nachrichten/deutschland/id_89134856/triage-in-sachsen-michael-kretschmer-nennt-aeusserung-aus-zittau-hilferuf.html) (zuletzt abgerufen am 20.1.2021).

<sup>5</sup> Das Wort „Triage“ leitet sich aus dem französischen Verb „trier“ ab und bedeutet sortieren, aussortieren, auslesen. Damit wird der ethisch schwierige Umstand beschrieben, wer etwa bei einem Massenansturm von Verletzten oder Erkrankten darüber entscheiden muss, auf wen die knappen personellen und/oder technischen Ressourcen zu verteilen sind. Dabei werden die Personen nahezu weltweit einheitlich grundsätzlich in 4 bzw. 5 Kategorien eingeteilt: 1) rot: es besteht eine akute, vitale Bedrohung, die eine sofortige Behandlung notwendig macht; 2) gelb: der Patient ist nur schwer verletzt/erkrankt, so dass eine aufgeschobene Behandlungsdringlichkeit mit kontinuierlicher Überwachung besteht; 3) grün: der Patient ist lediglich leicht verletzt/erkrankt, mit der Folge einer späteren und ggfs. nur ambulanten Behandlung; 4) blau: der Patient ist bereits sterbend, er hat keine Überlebenschance mehr mit der Folge, dass er nur noch eine Sterbegleitung erfährt bzw. betreuend abwartend behandelt wird; Ex: der Patient ist bereits tot – er wird nur noch als solches gekennzeichnet.

Zur Einleitung visualisierte *Gerson* die Problematik, indem er die Teilnehmer aufforderte sich vorzustellen: wenn ein an Covid 19 erkrankter Patient, da er dringend intensiv-medizinische Behandlung benötigt, mit einer kollabierten Lunge zu einer Klinik geht und am Empfang der behandelnde Arzt dann zu erkennen gibt, dass die Klinik voll sei und keine bzw. nur noch 1 freies Bett habe, stellt das teilweise die aktuelle Situation dar. Aber wenn er dann dem Patienten anbietet, eine Münze zu werfen: Sollte das Ergebnis *Kopf* sein, erhält der Patient das letzte freie Bett, er wird behandelt und er wird wahrscheinlich auch überleben. Bei *Zahl* muss der Patient aber nach Hause gehen, er wird nicht behandelt werden und er wird mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dann auch sterben. Das klingt unrealistisch. Aber überall dort, wo im Intensivregister<sup>6</sup> das Krankenhaus aktuell schon mit der Farbe rot markiert wurde, sind die Kapazitäten für freie Betten mit ca. 85 % - 100 % Auslastung bereits fast erschöpft. Das hat zur Folge, dass dort kaum noch ein Patient aufgenommen werden kann. Zwar darf niemand „Gott“ spielen – nur was macht man nun konkret in einer solchen Notsituation, wenn die Kapazitäten erschöpft sind.

Die Triage sei ein Dilemma, bei dem der Arzt zwischen zwei Übeln wählen muss und nur eines davon bekämpfen kann. Dabei wird zwischen der „Triage (ex ante)“ und „Triage (ex post)“ unterschieden.

Bei der Triage (ex ante) gibt es zwei kranke Patienten. Der Arzt ist jeweils auch Garant gegenüber beiden Patienten. Vorliegend gibt es aber nur 1 Beatmungsgerät. Wer von den beiden soll es aber nun bekommen? Wenn der Arzt untätig bleibt, trifft ihn eine Strafbarkeit aus Tötungsdelikt gem. § 212 StGB bzw. im minder schweren Fall aus einem Körperverletzungsdelikt gem. §§ 223 ff. StGB durch Unterlassen gem. § 13 StGB. Ersichtlich stelle *Gerson* fest, dass der Arzt somit handeln muss – nur wie? Wen wählt er von den beiden Patienten aus? Und wann macht sich der Arzt strafbar, wenn er handelt bzw. wann macht er sich nicht strafbar, wenn er nicht handelt? Das Problem findet sich in der echten Pflichtenkollision wieder. Dabei ist der Täter stets mit mindestens zwei Handlungspflichten konfrontiert, von denen er aus faktischen Gründen aber nur eine erfüllen kann. Der Täter schädigt dabei eine Person durch Unterlassen, denn indem er den einen rettet, stirbt der andere. Bei ungleichrangigen Handlungspflichten muss der Handelnde sich so entscheiden, wo die höherrangige Handlungspflicht besteht, diese Person muss er retten – sind die Pflichten jedoch gleichrangig, so kann der Handelnde frei wählen. Als Schulbuchfall kennt jeder Jurist die Dilemma-Situation: wenn ein Vater seine zwei Kinder im Wasser sieht, die zu ertrinken drohen. Er kann aber nur eines retten – für welches soll er sich entscheiden? Das Handeln des Arztes (das Nicht-Behandeln eines Patienten) wird also in einer solchen Situation dann nicht bestraft werden, sein Handeln ist gerechtfertigt. *Gerson*

führte dann zu der Bestimmung des konkreten Rangs der Pflicht aus und fragte weiter, ob auf die Dinglichkeit oder die klinische Erfolgsaussicht abgewogen werden darf und wonach sich die „freie Wahl des Arztes“ richten würde? Nach einem Scoring? Wie alt ist der Patient bereits und wie hat er bisher schon gelebt? Oder soll nach der Restlaufzeit des Patienten abgewogen werden? Oder nach der Systemrelevanz der Patienten – ist dann der Arzt wichtiger, als der Bauarbeiter? Das Stichwort „Rettet die Retter“ geistert seit dem Zeitpunkt wieder durch die Medien, ab dem die ersten Impfstofffolge gemeldet wurden. Oder soll doch einfach nur der Zufall entscheiden? Vielleicht mit einem klassischen Münzwurf? Statistiker streiten sich darüber, ob ein Münzwurf absolut oder weit-überwiegend gerecht ist – aber das ist ein anderes Thema. *Gerson* hält den Münzwurf als Ausdruck des Zufalls für absolut fair und stellt dann die Frage in den Raum: „Wie erklärt man aber einem Angehörigen, dass bspw. die Tochter sterben musste, weil *Kopf* statt *Zahl* gewonnen hat?“ Damit wird deutlich, dass der Arzt zum einen handeln muss und zum andern mittels nachvollziehbarer Kriterien auswählen muss.

Anders verhält es sich dagegen bei der Triage (ex post). Hier gibt es wieder zwei Patienten, die intensivmedizinisch behandelt werden müssen. Der eine Patient hat bereits die benötigte Sauerstoffversorgung – der andere Patient bräuchte sie (auch). Die Frage ist nun: Darf das Gerät rotieren oder konkreter: darf das Beatmungsgerät vom ersten Patienten weggenommen werden, um es dem zweiten Patienten zu geben (Re-Allokation)? *Gerson* stellt hier fest, dass es sich zum einen um keinen Fall der Pflichtenkollision handelt. Denn nimmt der Arzt dem einen Patienten das Gerät weg, um es dem anderen Patienten zu geben, so handelt er vorliegend durch aktives Tun. Diese könnte nur durch die Regelung des § 34 S. 1 StGB gerechtfertigt sein. Das setzt aber voraus, dass das geschützte Interesse am Leben des zweiten Patienten, dem des ersten Patienten wesentlich überwiegen müsste. Und das ist fraglich, denn eine Abwägung „Leben gegen Leben“ soll nach Ansicht des *BGH* nicht möglich sein. Das führt zu dem Ergebnis, dass das Gerät dem ersten Patienten nicht mehr weggenommen werden könne, sofern die Behandlung damit bei ihm begonnen wurde. Hier soll das Prioritätsprinzip gelten – wer das Gerät zuerst hat, der hat und behält es auch, solange die Behandlungspflicht des Arztes zu dem Patienten besteht. Und dieses Prinzip darf nicht für das Leben eines anderen geopfert werden, auch wenn der andere jünger, gesünder und mit besseren Erfolgsaussichten ist. Diese Regelung sollte nur dann eine Ausnahme finden, wenn der Patient mit dem Gerät in das Stadium der „Unrettbarkeit“ gelangt ist, da dann keine Behandlungspflicht mehr besteht. Dann darf auch die Ressource Behandlungsgerät wieder neu verteilt werden. In den anderen Fällen bedeutet die Regelung des § 34 S. 1 StGB eine vom Gesetzgeber gewollte „Privilegierung des Status quo“.

<sup>6</sup> Die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin e.V. (DIVI) in Berlin führt das Intensivregister. Das DIVI-Intensivregister erfasst von etwa 1.300 Akut-Krankenhäusern in Deutschland die stets aktuellen freien und belegten Behandlungskapazitäten in der Intensivmedizin, siehe dazu: <https://www.intensivregister.de/#intensivregister>.

*Gerson* forderte abschließend den Gesetzgeber auf, diese Thematik zu reformieren.

Dazu referierte im Anschluss *Prof. Dr. Frank Saliger* zu der Frage der *Rechtmäßigkeit von Triage*. Dabei zog er die von *Gerson* vorgetragene herrschende Auffassung bewusst in Zweifel und stellte eine andere, bisweilen dia-metrale Ansicht vor.

Passen eigentlich die bestehenden juristischen Kategorien zu der Auffassung der *ex-ante* und *ex-post* Triage? Warum soll bei der *ex-ante*-Triage (oder Aufnahmetriage) gerade nicht die Erfolgsaussicht des Patienten beachtet werden dürfen? Wie soll der Arzt auswählen und warum soll die Behandlung dann gerade auch vom Zufall abhängen? *Gerson* sah den Zufall (wie oben ausgeführt) als sehr gerecht an, *Saliger* findet den Zufall dagegen als das ungerechteste was er sich dabei vorstellen könne.

Bei der *ex-post*-Triage (oder Fortsetzungstriage) darf der Arzt bei einem Patienten eine einmal begonnene Intensivbeatmung nicht mehr abbrechen, um diese einem anderen Patienten zukommen zu lassen. Bricht der Arzt diese Behandlung dennoch ab, so stellt diese Handlung einen Totschlag gem. § 212 StGB dar. Aber ist denn diese Verfahrensweise der Nicht-Re-Allokation auch sinnvoll, wenn der erste Patient nur eine Überlebenschance von 20 % hat und die Beatmung bekam, aber der andere Patient mit einer Überlebenschance von 80 % die Beatmungsmaschine nicht bekommen würde, weil er „als zweiter“ seinen Anspruch anmeldete und die Maschine dann bereits vergeben war. Hätte dieser zweite Patient aber die Beatmungsmaschine bekommen, so würde er mit einer 80 %igen Wahrscheinlichkeit überleben. Da er die Maschine aber nicht bekam, wird er sterben. Der erste Patient mit der 20 %igen Chance verstirbt dann am nächsten Tag trotz der Beatmung aber auch. Was ist das Ergebnis? Am Ende sind

beide tot. Hätte man die Ressource Beatmungsmaschine aber anders verteilt, so hätte man wahrscheinlich einen der beiden Patienten retten können – und zwar den Patienten mit der höheren Überlebenschance.

Nachdem *Saliger* viele Aspekte der herrschenden Lehre kritisch in Frage stellte, unterbreitete er aber auch konstruktive Vorschläge. Im Bereich der *ex-ante*-Triage (oder Aufnahmetriage) sollte eine Rechtfertigung der unterlassenen Behandlungsaufnahme nach Maßgabe der klinischen Erfolgsaussicht zulässig sein. Es soll gerade kein Losverfahren, keinen Münzwurf und auch kein freies Entscheidungsmessen der Ärzte geben. Feste Kriterien seien sinnvoll und würden die Ärzte auch weniger stark belasten, als wenn sie (und gerade auch junge, unerfahrene Ärzte) im Zustand der Aufnahme-Triage vielleicht auch mit der Situation und der Abwägung überfordern wären. Auch würde es das Vertrauen der Patienten in die medizinische Versorgung stärken, wenn der Patient weiß, dass die Auswahl nur mittels objektiver Kriterien erfolgt und nicht durch schwer nachprüfbar Aspekte oder durch den Zufall wie beim Münzwurf.

Bei der *ex-post*-Triage (oder Fortsetzungstriage) soll es keinen Unterschied mehr zwischen den Zuständen *ex-ante* und *ex-post* geben. Es soll auch gerade ausdrücklich die evident bessere Überlebenschance der Maßstab für die rechtmäßige Neuverteilung knapper Ressourcen sein.

Nach einigen Fragen von den Seminarteilnehmern war diese Fortbildung leider auch schon wieder vorbei. Man war sich einig, dass die Situation in den eingangs erwähnten Medienberichten noch nicht den Zustand einer wirklichen Triage darstellen würden.

Das Format dieser Fortbildung hat sich bewährt.