

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

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 79 – 114

- 79** | **Strafbarkeit des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet**
von Prof. Dr. Mark A. Zöller
- 90** | **Strafzumessung am Scheideweg? Legal Tech und Strafzumessung**
von RA Dr. Felix Ruppert
- 99** | **Die Zuziehung von Geheimdienstmitarbeitern zu Wohnungsdurchsuchungen nach Strafverfahrensrecht**
von Prof. Dr. Fredrik Roggan
- 106** | **Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein Ausblick**
von Wiss. Mit. Jannika Thomas

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 115 – 126

- 115** | **Strafbarkeit der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels trotz Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens**
BGH, Urt. v. 27.2.2020 – 3 StR 327/19
- 124** | **Verwaltungsakzessorische Strafbarkeit unter dem Vorrang der Verwaltungsentscheidung – Anmerkung zu BGH 3 StR 327/19**
von OStA Dieter Kochheim

BUCHBESPRECHUNGEN | 127 – 134

- 127** | **Johanna Grzywotz: Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche**
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 130** | **Nik Sarafi: Das Rechtsgut als legitimer Zweck bei der Kriminalisierung im Rechtsstaat und die staatliche Pflicht einer Entkriminalisierung**
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 132** | **Felix Ruppert: Die Sozialadäquanz im Strafrecht – Rechtsfigur oder Mythos?**
von Dipl.-Jur. Till Pörner

TAGUNGSBERICHTE | 135 – 139

- 135** | **KriPoZ-Onlinetagung „Sexualstrafrecht und Digitalisierung“**
von Ref. jur. Alyssa Siems

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Strafbarkeit des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet Kritische Bemerkungen zum Regierungsentwurf vom 10.2.2021

von Prof. Dr. Mark A. Zöller*

Abstract

Am 10.2.2021 hat die Bundesregierung ihren Entwurf zur Strafbarkeit des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen vorgelegt. Kernstück der vorgeschlagenen Neuregelung ist die Einführung eines neuen § 127 StGB, mit dem solche Verhaltensweisen nunmehr eigenständig unter Strafe gestellt werden sollen. Dabei wird jedoch verkannt, dass bereits de lege lata ausreichende Möglichkeiten zur Strafverfolgung bestehen, so dass die behaupteten Regelungslücken nicht existieren. Die Umsetzung des Entwurfs würde in der Rechtspraxis lediglich zu einer unverhältnismäßigen Erhöhung des Strafniveaus führen. Dies gilt vor allem deshalb, weil die ebenfalls vorgeschlagenen Qualifikationstatbestände so formuliert sind, dass sie nicht den Ausnahme-, sondern den Regelfall abbilden.

On February 10th, 2021, the German Federal Government presented its bill on the culpability for operating criminal trading platforms on the internet and providing the necessary server infrastructure. Core piece of this draft is the introduction of a new paragraph 127 to the German Criminal Code creating a stand-alone criminal offence for such actions. This proposal ignores the fact that the existing German Criminal Law System already provides ample opportunities to prosecute such behavior. Legal loopholes for criminal offenders claimed by the German Federal Government actually do not exist at all. An implementation of the bill would only lead to an unproportionate rise in criminal punishment. This is mainly due to the fact that the qualifying provisions proposed by the Government, in practice, would not cover the exception, but the rule of criminal behavior in this area.

I. Vorbemerkungen und gesetzgeberische Vorschichte

Gegen Ende jeder Legislaturperiode entfalten die jeweilige Bundesregierung und die zuständigen Fachministerien traditionell hektische Betriebsamkeit. Angesichts des

meist noch beträchtlichen Stapels an abzuarbeitenden Punkten aus dem Koalitionsvertrag beginnt ein Rennen gegen die Zeit bzw. die drohende Diskontinuität. Juristische Details geraten dann zunehmend in den Hintergrund. Es zählen vor allem die Haken auf der selbst verfassten „Gesetzgebungs-Checkliste“. Anders kann man sich auch den am 10.2.2021 beschlossenen Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen“ (im Folgenden RegE)¹ kaum erklären. Strafrechtsdogmatischen Sinn ergibt er kaum, aber man kann ihn taktisch gut als weiteren Schritt im Kampf gegen Internetkriminalität im Allgemeinen und Kinderpornografie im Speziellen verkaufen – ein Totschlagsargument, mit dem sich auf der rechtspolitischen Bühne nahezu jeder juristische Widerstand im Keim ersticken lässt. Und außerdem findet sich im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD aus dem Jahr 2017 eben folgende Formulierung: „Wo Strafbarkeitslücken bestehen, werden wir eine Strafbarkeit für das Betreiben krimineller Infrastrukturen einführen, um speziell im Internet eine Ahndung von Delikten wie z.B. das Betreiben eines Darknet-Handelsplatzes für kriminelle Waren und Dienstleistungen einzuführen.“² Es wird im Folgenden noch zu begründen sein, dass es in diesem Kontext entscheidend auf die ersten drei Worte dieser Formulierung („wo Strafbarkeitslücken bestehen“) ankommt. Dies wurde bereits beim ersten Anlauf zur Schaffung eines eigenen Straftatbestandes für das Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet vor fast zwei Jahren verkannt.³

Schon Anfang 2019 hatte Nordrhein-Westfalen eine Bundesratsinitiative⁴ angestoßen, die anschließend in den Bundestag eingebracht wurde und letztlich im „Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Einführung einer eigenständigen Strafbarkeit für das Betreiben von internetbasierten Handelsplattformen für illegale Waren und Dienstleistungen“ vom 17.4.2019⁵ mündete. Darin wurde die Einführung eines neuen § 126a StGB vorgeschlagen.⁶

* Prof. Dr. Mark A. Zöller ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und das Recht der Digitalisierung sowie Geschäftsführer des Instituts für Digitalisierung und das Recht der Inneren Sicherheit (IDRIS) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Abrufbar unter https://kripoz.de/wp-content/uploads/2021/02/RegE_kriminelle_Handelsplattformen.pdf (zuletzt abgerufen am 3.3.2021).

² S. „Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 128.

³ Näher zur bisherigen Gesetzgebungsgeschichte Zöller, KriPoZ 2019, 274 (277 ff.).

⁴ BR-Drs. 33/19.

⁵ BT-Drs. 19/9508.

⁶ Abgedruckt bei Zöller, KriPoZ 2019, 274 (277 f.).

Da sich Bayern mit seinen inhaltlich weitergehenden Vorschlägen im Bundesrat nicht durchsetzen konnte, versuchte man daraufhin, die bayerischen Vorstellungen über die „Hintertür“ des vom Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat vorgelegten Referentenentwurfs für ein „IT-Sicherheitsgesetz 2.0“ erneut in die rechtspolitische Debatte einzuspeisen, dessen Art. 4 einen Alternativvorschlag für einen neu zu schaffenden § 126a StGB enthielt.⁷ Dieses politische Manöver führte dem Vernehmen nach zu Irritationen zwischen dem BMI und dem für Fragen des materiellen Strafrechts regelmäßig federführenden BMJV. Insofern schien das Projekt eines neuen Straftatbestandes für das Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet zunächst gescheitert zu sein. Fast anderthalb Jahre lang herrschte diesbezüglich sprichwörtlich Funkstille. Schließlich hatte das Gesetzgebungsvorhaben zwischenzeitlich erhebliche, teilweise auch vernichtende Kritik im juristischen Schrifttum erfahren.⁸ Dabei wurde über gesetzgebungstechnische Detailkritik hinaus fast durchweg die Erforderlichkeit eines solchen neuen Straftatbestandes durch Verweis auf bereits bestehende Strafvorschriften im Betäubungsmittelgesetz (BtMG), im Waffengesetz (WaffG), bei der Beteiligung an kriminellen Vereinigungen (§ 129 StGB) sowie vor allem die Beihilfefestrafbarkeit (§ 27 StGB) im Hinblick auf die mit Hilfe der Handelsplattformen begangenen Delikte verneint.

Das BMJV zeigt sich von dieser selten einhelligen Analyse durch das Schrifttum – weil nicht sein kann, was nicht sein darf – unbeeindruckt. Als wäre nichts geschehen bzw. geschrieben, hat nun die Bundesregierung einfach einen neuen Anlauf genommen. Nach dem Referentenentwurf vom 27.11.2020⁹ schlägt nun der Regierungsentwurf die Einführung eines neuen § 127 StGB vor, geht inhaltlich deutlich über die Vorschlagsfassung des Bundesrats von 2019 hinaus und erwähnt die massive Kritik aus dem Schrifttum auf den immerhin 19 Seiten des Entwurfstextes nicht mit einem einzigen Wort. Wer die vorausgehenden Vorschläge aus Nordrhein-Westfalen und Bayern aus dem Jahr 2019 kennt, der bemerkt schnell, dass der aktuelle Regierungsentwurf ganz offensichtlich das Ergebnis eines Kompromisses innerhalb der aktuellen Regierungskoalition ist, der in erstaunlich starkem Maße die ursprünglichen bayerischen Vorstellungen widerspiegelt. Inwieweit das alles noch den Grundsätzen seriöser Gesetzgebung entspricht, soll hier nicht weiter vertieft werden. In jedem Fall wirft es das traditionell fragile, in letzter Zeit aber doch zumindest gefühlt verbesserte Verhältnis zwischen dem für die Einhaltung rechtsstaatlicher und verfassungsrechtlicher Standards vorrangig zuständigen BMJV und der einmal mehr ignorierten Strafrechtswissenschaft faktisch wieder zurück. Schließlich sendet der Entwurf eine klare Botschaft: Was im Koalitionsvertrag steht (und was man dort vielleicht etwas vorschnell hineingeschrieben hat), wird umgesetzt, ob es nun juristisch Sinn macht oder nicht.

⁷ Abgedruckt bei *Oehmichen/Weißberger*, KriPoZ 2019, 174 (175) sowie *Zöller*, KriPoZ 2019, 277 (278).

⁸ Vgl. etwa *Oehmichen/Weißberger*, KriPoZ 2019, 174 ff.; *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 ff.; *Greco*, ZIS 2019, 435 ff.; *Kubiciel/Mennemann*, jurisPR-StrafR 8/2019 Anm. 1; *Greier/Hartmann*, jurisPR-StrafR 13/2019 Anm. 1; *Zöller*, KriPoZ 2019, 274 ff.; *Laudon*, StRR 05/2019, 10 ff.

II. Gesetzentwurf der Bundesregierung

1. Einführung eines neuen (Grund-)Tatbestands

Konkret sieht der Regierungsentwurf vor allem die Einführung eines neuen § 127 StGB mit der Überschrift „Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet; Bereitstellen von Server-Infrastrukturen“ vor. Der Entwurfstext dieser Vorschrift lautet wie folgt:

(1) Wer eine Handelsplattform im Internet betreibt, deren Zweck darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Ebenso wird bestraft, wer absichtlich oder wissentlich eine Server-Infrastruktur für eine Tat nach Satz 1 bereitstellt. Rechtswidrige Taten im Sinne des Satzes 1 sind

1. Verbrechen,

2. Vergehen nach

a) den §§ 86, 86a, 91, 130, 147 und 148 Absatz 1 Nummer 3, den §§ 149, 152a, 152b und 176a Absatz 2, § 176b Absatz 2, § 180 Absatz 2, § 184b Absatz 1 Satz 2, § 184c Absatz 1, § 184l Absatz 1 und 3, den §§ 202a, 202b, 202c, 202d, 232 und 232a Absatz 1, 2, 5 und 6, § 232b Absatz 1, 2 und 4 in Verbindung mit § 232a Absatz 5 sowie den §§ 233, 233a, 236, 259, 260, 263, 263a, 267, 269, 275, 276, 303a und 303b,

b) § 4 Absatz 1 bis 3 des Anti-Doping-Gesetzes,

c) § 29 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1, auch in Verbindung mit Absatz 6, und Absatz 2 sowie 3 des Betäubungsmittelgesetzes,

d) § 19 Absatz 1 bis 3 des Grundstoffüberwachungsgesetzes,

e) § 4 Absatz 1 und 2 des Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetzes,

f) § 95 Absatz 1 bis 3 des Arzneimittelgesetzes,

g) § 52 Absatz 1 Nummer 1 und 2 Buchstabe b und c, Absatz 2 und 3 Nummer 1 und 7 sowie Absatz 5 und 6 des Waffengesetzes,

h) § 40 Absatz 1 bis 3 des Sprengstoffgesetzes,

i) § 13 des Ausgangsstoffgesetzes,

j) den §§ 143, 143a und 144 des Markengesetzes sowie

⁹ Abrufbar unter https://kripoz.de/wp-content/uploads/2020/11/RefE_kriminelle_Handelsplattformen.pdf (zuletzt abgerufen am 3.3.2021).

k) den §§ 51 und 65 des Designgesetzes.

(2) *Handelsplattform im Internet im Sinne dieser Vorschrift ist jede virtuelle Infrastruktur im frei zugänglichen wie im durch technische Vorkehrungen zugangsbeschränkten Bereich des Internets, die Gelegenheit bietet, Menschen, Waren, Dienstleistungen oder Inhalte (§ 11 Absatz 3) anzubieten oder auszutauschen.*

(3) *Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer im Fall des Absatzes 1 Satz 1 gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.*

(4) *Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer bei der Begehung einer Tat nach Absatz 1 Satz 1 beabsichtigt oder weiß, dass die Handelsplattform im Internet den Zweck hat, Verbrechen zu ermöglichen oder zu fördern.*

2. Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet

Die zumindest bei formaler Betrachtung zentrale Bestimmung des Regierungsentwurfs ist § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E. Danach soll das Betreiben einer Handelsplattform im Internet unter Strafe gestellt werden, wenn deren Zweck darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten zu ermöglichen oder zu fördern, die im Katalog des § 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E näher bezeichnet sind. Insofern wird erkennbar ein weiteres abstraktes Gefährdungsdelikt normiert.¹⁰ Der Begriff der „Handelsplattform“ ist in § 127 Abs. 2 StGB-E legaldefiniert als jede virtuelle Infrastruktur im frei zugänglichen wie im durch technische Vorkehrungen zugangsbeschränkten Bereich des Internets, die Gelegenheit bietet, Menschen, Waren, Dienstleistungen oder Inhalte anzubieten oder auszutauschen. Damit sollen vor allem Foren und Online-Marktplätze erfasst werden, wobei unerheblich ist, ob es sich um kommerzielle oder nicht-kommerzielle Plattformeangebote handelt und ob sie sich etwa auf Kaufgeschäfte, Tauschgeschäfte oder Schenkungen beziehen.¹¹ In technischer Hinsicht müssen solche Plattformen nicht zwingend browserbasiert sein. Vielmehr werden auch Handelsplattformen mit einbezogen, die als administrierte Chatgruppen betrieben werden.¹² In inhaltlicher Hinsicht werden durch die Bezugnahme auf die Ermöglichung oder Förderung rechtswidriger Katalogtaten Plattformen mit rechtmäßigem Geschäftsmodell (z.B. Amazon, Ebay, Zalando etc.) schon vom objektiven Tatbestand des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E nicht erfasst. Entsprechendes soll für Plattformen gelten, die entgegen ihrer legitimen Zielsetzung im Einzelfall durch einen Nutzer für den Handel mit illegalen Waren, Dienstleistungen, Inhalten oder mit Menschen zum Zweck der Ausbeutung verwendet werden.¹³ Wer also z.B. auf Amazon.de die Funktion „Marketplace“ punktuell zum Handel mit Waffen oder Betäubungsmitteln missbraucht, würde damit den Betreiber der Handelsplattform noch nicht in die Illegalität und damit in die

Strafbarkeit nach § 127 StGB-E führen.

Nicht die subjektive Einstellung des Täters, sondern der Zweck der Handelsplattform muss darauf ausgerichtet sein, die Begehung von *rechtswidrigen Taten* zu ermöglichen oder zu fördern. Insofern ist der Zweck der Plattform als *objektives Tatbestandsmerkmal* ausgestaltet, auf das sich im Rahmen des subjektiven Tatbestands der Vorsatz des Täters beziehen muss. Insofern soll *dolus eventualis* genügen.¹⁴

Bei den damit in Bezug genommenen rechtswidrigen Taten gilt allerdings nicht die Legaldefinition aus § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Stattdessen enthält § 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E einen umfangreichen Straftatenkatalog, der die rechtswidrigen Taten i.S. von § 127 StGB konkretisieren soll. Dieser Straftatenkatalog lässt kaum Wünsche von (Internet-)Ermittlern offen und verlässt erkennbar das ursprüngliche Regelungskonzept des Bundesratsentwurfs, das lediglich einen vergleichsweise überschaubaren Katalog von typischerweise über das Internet begangenen Straftaten vorsah. Der Regierungsentwurf will stattdessen nun zunächst das Betreiben von Handelsplattformen kriminalisieren, deren Zweck auf die Ermöglichung oder Förderung *sämtlicher Verbrechen i.S. von § 12 Abs. 1 StGB* ausgerichtet ist. Damit werden alle Verbrechenstatbestände des deutschen Strafrechtssystems – ohne jede rechtsgutsbezogene bzw. thematische (z.B. Internetkriminalität) Eingrenzung – zu Bezugstaten des neuen § 127 StGB. Erfasst sind beispielsweise auch bloße Angebote mit praktischen Tipps zur Begehung von Raubüberfällen. Hinzu kommt ein *umfangreicher Katalog von Vergehensstatbeständen*, der im Kernstrafrecht Staatsschutzdelikte (§§ 86, 86a, 91, 130 StGB), Geld- und Wertzeichenfälschungsdelikte (§§ 147, 148 Abs. 1 Nr. 3, 149, 152a, 152b StGB), Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 176a Abs. 2, 176b Abs. 2, 180 Abs. 2, 184b Abs. 1 S. 2, 184c Abs. 1, 184l Abs. 1 und 3 StGB), Computer- und Internetstraftaten (§§ 202a, 202b, 202c, 202d, 303a, 303b StGB), Freiheitsdelikte (§§ 232a Abs. 1, 2, 5 und 6, 232b Abs. 1, 2 und 4 i.V.m. § 232a Abs. 5, 233, 233a, 236 StGB), Hehlerei (§ 259 StGB) und Geldwäsche (§ 260 StGB), Betrug (§ 263 StGB) und Computerbetrug (§ 263a StGB) sowie Urkundenstraftaten (§§ 267, 269, 275, 276 StGB) umfasst. Hinzu kommen zahlreiche Tatbestände des Nebenstrafrechts (§ 4 Abs. 1 bis 3 Anti-Doping-Gesetz, § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, auch in Verbindung mit Absatz 6, und Absatz 2 und 3 Betäubungsmittelgesetz, § 19 Abs. 1 bis 3 Grundstoffüberwachungsgesetz, § 4 Abs. 1 und 2 des Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetzes, § 95 Abs. 1 bis 3 Arzneimittelgesetz, § 52 Abs. 1 Nr. 1 und 2 lit. b und c, Abs. 2 und 3 Nr. 1 und 7 sowie Absatz 5 und 6 Waffengesetz, § 40 Abs. 1 bis 3 Sprengstoffgesetz, § 13 Ausgangsstoffgesetz, §§ 143, 143a und 144 Markengesetz und §§ 51 und 65 Designgesetz). Dieser Straftatenkatalog ist so umfangreich, dass man ehrlicherweise auch völlig auf Einschränkungen im Hinblick auf die rechtswidrigen Taten hätte verzichten können – eine Idee, die auch den ursprünglichen bayerischen Entwurfsvorstellungen von

¹⁰ Vgl. RegE, S. 13.

¹¹ RegE, S. 14.

¹² RegE, S. 14.

¹³ RegE, S. 14; zur Problematik der „Unterwanderung“ legaler Plattformsysteme Beck/Nussbaum, HRRS 2020, 112 (116).

¹⁴ RegE, S. 15.

2019 zugrunde lag. Er sprengt von seinem Anwendungsbereich her erkennbar den Rahmen des Verhältnismäßigen.

Im Gegensatz zum Bundesratsentwurf von 2019 enthält der nun vorgelegte Regierungsentwurf auch keine Beschränkung mehr auf Plattformen, deren Zugang und Erreichbarkeit durch besondere technische Vorkehrungen beschränkt ist. Auch insoweit haben sich offenbar die bayerischen Vorstellungen durchgesetzt, wie sie auch im Referentenentwurf des BMI vom März 2019 enthalten waren. Damit ist § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E gerade *nicht als „Darknet-Paragraf“* konzipiert.

Für den Grundtatbestand des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E beträgt die Strafandrohung Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahre oder Geldstrafe. Allerdings enthält die Vorschrift auch eine Subsidiaritätsklausel. Danach soll § 127 Abs. 1 StGB im Wege der formellen Subsidiarität zurücktreten, wenn die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Auf diese Weise soll dem Tatbestand „Auffangcharakter“¹⁵ zukommen, was allerdings angesichts der konkreten Ausgestaltung der Qualifikationstatbestände in § 127 Abs. 3 und 4 StGB (dazu unter III. 2.) weitgehend zum Scheitern verurteilt sein dürfte.

3. Bereitstellen einer Server-Infrastruktur (§ 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E)

Nach § 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E soll mit identischer Strafandrohung wie in § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E auch derjenige bestraft werden, der absichtlich oder wissentlich eine Server-Infrastruktur für eine Tat nach § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E bereitstellt. Aus Sicht der Bundesregierung ist es unerheblich, ob die kriminellen Handelsgeschäfte durch Bereitstellen von Hardware, also Servern, ermöglicht oder gefördert werden oder durch Bereitstellen einer virtuellen Plattform.¹⁶ In subjektiver Hinsicht wird dolus directus 1. oder 2 Grades verlangt, um sicherzustellen, dass nur solche Server-Betreiber strafrechtliche Konsequenzen zu befürchten haben, die auch tatsächliche Kenntnis davon besitzen, dass auf ihren Servern entsprechende Plattformen gehostet werden, oder die sogar eine entsprechende Absicht haben.¹⁷ Auf diese Weise wird die Strafbarkeit noch weiter in das Vorbereitungsstadium vorverlagert, als dies nach § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E ohnehin schon der Fall ist. Dass sich dies rechtsstaatlich legitimieren lässt, darf angesichts des Charakters eines Servicebetriebs als neutrale und sozialadäquate Verhaltensweise im digitalen Geschäftsverkehr bezweifelt werden.

4. Gewerbs- oder bandenmäßige Tatbegehung (§ 127 Abs. 3 StGB-E)

Für die gewerbsmäßige oder bandenmäßige Tatbegehung sieht § 127 Abs. 3 StGB-E, allerdings beschränkt auf die Fälle des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E, einen eigenständigen Qualifikationstatbestand mit einem Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vor. Die

Begründung für diese massive Verschärfung des Strafraums strotzt vor nichtssagenden Allgemeinplätzen. Werde die Plattform mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben, so verstärkten sich in der Regel nicht nur Dauer und Umfang der Tätigkeit, sondern auch die innere Einstellung des Täters weise eine deutlich gesteigerte kriminelle Energie auf. Bei bandenmäßiger Begehung sei die erhöhte Gefährlichkeit durch die verfestigte Struktur, die in einem Zusammenschluss mehrerer Beteiligten als Bande vorliege und die in der Bandenabrede liegende erhöhte kriminelle Energie zu bedenken.¹⁸ Gefolgt werden diese Allgemeinplätze von einem Paradebeispiel für zirkelschlüssige Argumentation: „Zudem wird durch Absatz 3 verdeutlicht, dass entsprechendes Verhalten dem Bereich der besonders schweren Straftaten zuzuordnen ist.“ Im Klartext soll das Argument offenbar lauten, dass schon die Formulierung von § 127 Abs. 3 StGB-E selbst die Begründung dafür liefert, dass es sich bei gewerbsmäßiger bzw. bandenmäßiger Tatbegehung um schwere Kriminalität handelt. Diese Sternstunde der juristischen Methodenlehre sollte der geneigte Leser kurz auf sich wirken lassen.

5. Verbrechenqualifikation (§ 127 Abs. 4 StGB-E)

Als wäre das alles nicht genug, soll mit § 127 Abs. 4 StGB-E auch noch eine *Verbrechenqualifikation* eingeführt werden. Danach ist mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu bestrafen, wer bei Begehung einer Tat nach § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E (§ 127 Abs. 1 S. 2 StGB-E wird insoweit auch hier nicht erfasst) beabsichtigt oder weiß, dass die Handelsplattform im Internet den Zweck hat, Verbrechen zu ermöglichen oder zu fördern. Damit sollen vor allem solche Fälle erfasst werden, bei denen bewusst der Handel von Verbrechen als Dienstleistung („crime as a service“) ermöglicht oder gefördert wird (z.B. durch Anbieten oder Entgegennehmen von Mordaufträgen oder DDoS-Attacken) oder bei denen schon der Handel selbst ein Verbrechen darstellt.¹⁹

6. Strafanwendungsrecht (§ 5 Nr. 5b StGB-E)

Um sicherzustellen, dass deutsches Strafrecht auch in solchen Fällen anwendbar ist, in denen der Täter die Plattform ausschließlich vom Ausland aus betreibt bzw. von dort aus eine Server-Infrastruktur bereitstellt, soll der Katalog des § 5 StGB um eine neue Nr. 5b ergänzt werden. Danach soll deutsches Strafrecht, unabhängig vom Recht des Tatorts, auch in den Fällen des § 127 StGB Anwendung finden, wenn der Zweck der Handelsplattform darauf ausgerichtet ist, die Begehung von rechtswidrigen Taten im Inland zu ermöglichen oder zu fördern und der Täter Deutscher ist oder seine Lebensgrundlage im Inland hat.

7. Ausweitung der strafprozessualen Überwachungsbefugnisse

Die wesentliche (praktische) Bedeutung der vorgeschlagenen Neuregelungen offenbart sich allerdings erst, wenn

¹⁵ RegE, S. 15.

¹⁶ RegE, S. 15 f.

¹⁷ RegE, S. 16.

¹⁸ RegE, S. 16.

¹⁹ RegE, S. 16.

man auch Art. 2 des Regierungsentwurfs in den Blick nimmt, der die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden keinesfalls nur „moderat“²⁰, sondern durchaus in nicht unerheblichem Umfang erweitern will. Schließlich werden den Strafverfolgungsbehörden bei einem Anfangsverdacht für einen Qualifikationstatbestand nach § 127 Abs. 3 oder 4 StGB sämtliche Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen nach § 100a StPO und sämtliche Möglichkeiten zur Erhebung von Verkehrsdaten nach § 100g StPO ermöglicht. Und selbst für die besonders eingriffsintensive Online-Durchsuchung nach § 100b StPO soll § 127 Abs. 3 und 4 StGB-E zur Anlasstat werden, sofern der Zweck der Handelsplattform auf die Förderung oder Ermöglichung von Straftaten ausgerichtet ist, die ihrerseits bereits im Straftatenkatalog des § 100b Abs. 2 StPO enthalten sind. Einmal mehr soll also mit der Schaffung eines zusätzlichen abstrakten Gefährdungsdelikts ein Hebel für die zeitliche Vorverlagerung von strafprozessualen Eingriffsbefugnissen geschaffen werden.

III. Bewertung

1. Fehlen einer Regelungslücke

Auch der Begründung des nun vorgelegten Regierungsentwurfs gelingt es nicht, eine materiell-strafrechtliche Regelungslücke aufzuzeigen, die die Einführung eines so weitreichenden neuen Straftatbestandes legitimieren könnte. Zwar gesteht die Entwurfsbegründung zu, dass schon das geltende Strafrecht grundsätzlich geeignet ist, Fälle des Handels mit Menschen sowie inkriminierten Waren und Dienstleistungen angemessen zu erfassen. In den Fällen, in denen eine Handelsplattform vollautomatisiert betrieben werde, könne allerdings nicht jeder Sachverhalt erfasst werden. Dies gelte insbesondere dann, wenn die plattformbetreibende Person durch die Vollautomatisierung keine Kenntnis davon nehmen muss, welche konkreten Waren oder Dienstleistungen auf der Plattform gehandelt werden, obschon diese auf den Handel von inkriminierten Waren oder Dienstleistungen ausgerichtet ist. In diesen Fällen könnten insbesondere die Regelungen zur Beihilfe nicht ausreichen, da sie eine Kenntnis der Haupttat zumindest in ihren wesentlichen Merkmalen voraussetzen.²¹ Diese These zur Begründung der Notwendigkeit der Einführung eines neuen Straftatbestands des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet trifft allerdings schon von ihrem Ausgangspunkt her nicht zu.

a) Täterschaft

Zunächst einmal ist in diesem Kontext darauf hinzuweisen, dass sich Betreiber von illegalen Plattformen im Internet nach geltendem Recht bereits in vielfältiger Form wegen täterschaftlicher Tatbegehung strafbar machen.²² Dies gilt zunächst einmal im besonders praxisrelevanten

Bereich der Betäubungsmittelstraftaten. Schon an anderer Stelle²³ wurde darauf hingewiesen, dass § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 BtMG die Werbung für Betäubungsmittel entgegen § 14 Abs. 5 BtMG unter Strafe stellt. Unter einer solchen Werbung ist der an Dritte gerichtete Hinweis auf die Bereitschaft des Werbenden zu verstehen, Betäubungsmittel zu liefern. Zwar kann es je nach Gestaltung der Handelsplattform im Einzelnen durchaus an dem hierfür erforderlichen Hinweis auf eigene Liefermöglichkeiten des Plattformbetreibers fehlen. Dann aber kommt eine Strafbarkeit nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 BtMG in Betracht,²⁴ der es unter Strafe stellt, einem anderen eine Gelegenheit zum unbefugten Erwerb oder zur unbefugten Abgabe von Betäubungsmitteln zu verschaffen oder zu gewähren, eine solche Gelegenheit öffentlich oder eigennützig mitzuteilen oder einen anderen zum unbefugten Verbrauch von Betäubungsmitteln zu verleiten. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass Handelsplattformen üblicherweise gerade nicht aus uneigennütigen Motiven heraus betrieben werden. Vielmehr fungieren die Betreiber regelmäßig als Treuhänder bei der Zahlungsabwicklung und erhalten hierfür Gebühren und Umsatzbeteiligungen.²⁵ Dann aber kann aber je nach den Umständen des Einzelfalls sogar ein Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (§§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 29a Abs. 1 Nr. 2, 30 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 30a Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 BtMG) in Betracht kommen, unter dem nach vorherrschender Ansicht jede eigennützige, auf Umsatz gerichtete Tätigkeit zu verstehen ist, auch wenn diese sich nur als gelegentlich, einmalig oder ausschließlich vermittelnd darstellt.²⁶ Insoweit ist anerkannt, dass grundsätzlich auch die Förderung fremder Betäubungsmittelgeschäfte durch Broker, Kommissionäre, Handelsvertreter und Handelsmakler als (täterschaftliches) Handeltreiben einzustufen ist.²⁷

Ähnlich wie im Betäubungsmittelstrafrecht stellt sich auch die Rechtslage im Bereich des unerlaubten Waffenhandels dar. Hier ist insbesondere § 52 Abs. 1 Nr. 1 und 2c WaffG zu beachten.²⁸ Nach § 1 Abs. 4 WaffG i.V.m. Anlage 1, Abschnitt 2 Nr. 9 fällt unter den dort genannten Begriff des Handeltreibens auch die Vermittlung des Erwerbs, des Vertriebs oder des Überlassens von Waffen.

Im Bereich Kinderpornografie kommt eine Strafbarkeit wegen Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- und jugendpornografischer Inhalte nach den §§ 184b, 184c StGB in Betracht. Insbesondere genügt für ein Zugänglichmachen i.S. von § 184b Abs. 1 Nr. 1 und 2 und § 184c Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB bereits das Betreiben einer Webseite, die dem Einstellen von Dateien dient.²⁹

Auch der Straftatbestand der Bildung krimineller Vereinigungen (§ 129 StGB) wird von den Verfassern des Regierungsentwurfs vorschnell beiseitegeschoben. Er sei nicht geeignet, Strafbarkeitslücken zu schließen, da in der Regel nicht die für den Tatbestand erforderliche Festigkeit

²⁰ So aber die beschwichtigende Formulierung in RegE, S. 17.

²¹ RegE, S. 1.

²² Vgl. auch *Greco*, ZIS 2019, 435 (440).

²³ *Zöller*, KriPoZ 2019, 274 (280).

²⁴ So auch *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (243).

²⁵ *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (242); *Greco*, ZIS 2019, 435 (440).

²⁶ BGHSt 6, 246 (247); 50, 252 (256); *Patzak*, in: Körner/Patzak/Volmer, Betäubungsmittelgesetz, 9. Aufl. (2019), § 20 Teil 4 Rn. 23.

²⁷ Näher *Patzak* (Fn. 26), § 29 Teil 4 Rn. 97 m.w.N.

²⁸ *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (243).

²⁹ *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, 49. Ed. (Stand: 1.2.2021), § 184b Rn. 12 und § 184c Rn. 9; *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (243).

der Organisationsstruktur erreicht werde. Zudem sei das Tätigwerden in einem übergeordneten gemeinsamen Interesse bei Plattformen nur selten erfüllt.³⁰ Insofern wird zunächst verkannt, dass der nunmehr in § 129 Abs. 2 StGB legaldefinierte Vereinigungsbegriff durch das 54. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 17.7.2017³¹ in Umsetzung europäischer Vorgaben erheblich erweitert worden ist. Dies hat dazu geführt, dass der neue Vereinigungsbegriff nur noch stark herabgesetzte Anforderungen an das organisatorische Element stellt. Die Vereinigung ist danach ein von einer Festlegung der Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss. Es ist somit nur noch in gewissem Umfang eine instrumentelle Vorausplanung und Koordinierung erforderlich.³² Warum die Einbindung der Betreiber von Handelsplattformen im Internet in solche losen Organisationsstrukturen nicht in Betracht kommen kann, erläutert die Entwurfsbegründung nicht. Zudem ist zu beachten, dass neben der Gründung und der mitgliederschaftlichen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung nach § 129 Abs. 1 S. 2 StGB auch die *Unterstützung* einer solchen Vereinigung unter Strafe steht. Eine Vereinigung unterstützt, wer als Nichtmitglied deren Tätigkeit oder Bestrebungen, sei es direkt oder über eines ihrer Mitglieder, fördert.³³ Ebenso wie bei dem vorgeschlagenen § 127 StGB-E handelt es sich auch bei der Unterstützung einer kriminellen Vereinigung um eine zur Täterschaft verselbständigte Form der Beihilfe.³⁴ Eine solche Förderung kann in vielfältiger Art und Weise geschehen, insbesondere auch durch das Bereitstellen von Materialien und Werkzeugen.³⁵ Nichts anderes aber ist das Betreiben von Internet-Handelsplattformen oder das Bereitstellen von Servern für Gruppierungen, deren Mitglieder damit Straftaten begehen wollen. Überwindet man also die – heute nur noch niedrig anzusetzende – Schwelle der Annahme einer Vereinigung i.S. der §§ 129 ff. StGB, dann dürfte sich regelmäßig zumindest auch die Verwirklichungsform einer (täterschaftlichen) Unterstützung einer solchen Vereinigung begründen lassen.

Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den Betreibern von illegalen Handelsplattformen im Internet regelmäßig nicht um Einzelpersonen handelt. Zu komplex gestalten sich die damit verbundenen Aufgaben und Erfordernisse. Eine kriminelle Vereinigung kann somit nicht nur durch ein Zusammenwirken von Plattformbetreibern, Anbietern und Kunden bestehen. Vielmehr können auch die Plattformbetreiber für sich genommen, also unabhängig von den dort aktiven Käufern und Verkäufern, eine kriminelle Vereinigung bilden. So hat etwa die *Generalstaatsanwaltschaft Koblenz* im aktuell am *LG Trier* verhandelten sog. Cyberbunker-Verfahren Anklage gegen

vier Niederländer, drei Deutsche und einen 39 Jahre alten Bulgaren erhoben.³⁶ Nach dem Ergebnis der Ermittlungen hatten die Angeschuldigten klare Absprachen getroffen und eine feste Rollenverteilung mit eindeutig definierten Aufgaben. Ein 60-jähriger Niederländer gilt als Kopf der Gruppe, der alle geschäftlichen Entscheidungen getroffen haben soll. Ein 50-jähriger Niederländer fungierte offenbar als eine Art Manager, der für die Verteilung der Arbeitsaufgaben unter den übrigen Mitarbeitern zuständig war. Einem 52-jährigen Deutschen oblag die Buchhaltung und die Kontrolle des Zahlungsverkehrs mit den Kunden. Die übrigen Angeschuldigten waren als Administratoren tätig, sorgten für die Abwicklung der Kundenaufträge in technischer Hinsicht und hielten die IT-Infrastruktur aufrecht. Die *Generalstaatsanwaltschaft Koblenz* wertet diesen Sachverhalt strafrechtlich als Gründung und Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung. Im Rahmen dieser kriminellen Vereinigung hosteten die Angeschuldigten in wechselnder Beteiligung verschiedene Darknet- und Clearnet-Marktplätze und leisteten dadurch nach Ansicht der Ermittler Beihilfe zu den von ihren Kunden begangenen Straftaten, zu denen insbesondere Betäubungsmitteldelikte, aber auch andere Delikte wie z.B. der Handel mit gefälschten Dokumenten, Malware, illegal erlangten Zugangsdaten zu Packstationen, PayPal-Konten sowie illegal erlangten Kreditkarten, aber auch das Angebot von Mordaufträgen und kinderpornografischer Inhalte zählten.

Insofern lässt sich festhalten, dass den Strafverfolgungsbehörden de lege lata ein umfangreiches materiell-strafrechtliches Instrumentarium zur Verfügung steht, um das Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet oder das Bereitstellen der hierfür erforderlichen Server-Infrastruktur bereits als *täterschaftliche* Verhaltensweisen zu ahnden.

b) Beihilfe

Stattdessen fokussiert sich die Begründung des Regierungsentwurfs zu Unrecht auf angebliche Probleme bei der strafrechtlichen Verfolgung der Beihilfe. Dass das geltende Institut der strafbaren Beihilfe gemäß § 27 StGB von seiner dogmatischen Grundstruktur her durchaus in der Lage ist, auch den aktuellen Herausforderungen im Zusammenhang mit kriminellen Verhaltensweisen auf Online-Plattformen gerecht zu werden, ist im Schrifttum bereits ausführlich herausgearbeitet worden.³⁷ Insofern können sich die nachfolgenden Ausführungen hierzu auf einige grundlegende Aspekte beschränken.

³⁰ RegE, S. 9; krit. auch *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (243).

³¹ BGBl. I S. 2440; dazu *Zöller*, KriPoZ 2017, 26 ff.

³² BT-Drs. 18/11275, S. 11.

³³ BGHSt 29, 99 (101); 32, 243 (244); 51, 345 (348); *BGH*, NStZ 2014, 210; *Schäfer*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 129 Rn. 107; *Gazeas*, in: AnwK-StGB, 3. Aufl. (2020), § 129 Rn. 36; *Zöller*, Terrorismsstrafrecht (2009), S. 533.

³⁴ *BGH*, NStZ-RR 2018, 72 (73); *Gazeas*, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 37.

³⁵ BGHR § 129a Abs. 3 Unterstützen 5.

³⁶ Vgl. Pressemitteilung der *Generalstaatsanwaltschaft Koblenz* vom 7.4.2020 „Landeszentralstelle Cybercrime der Generalstaatsanwaltschaft Koblenz erhebt Anklage gegen acht Tatverdächtige im Verfahren gegen die Betreiber des "Cyberbunkers", abrufbar unter <https://gstko.justiz.rlp.de/de/startseite/detail/news/News/detail/landeszentralstelle-cybercrime-der-generalstaatsanwaltschaft-koblenz-erhebt-anklage-gegen-acht-tatve/> (zuletzt abgerufen am 3.3.2021).

³⁷ Vgl. insbesondere *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (243 f.); *Greco*, ZIS 2019, 435 (441 ff.); *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (113 ff.).

aa) Beihilfehandlung

Eine Beihilfestratbarkeit setzt im objektiven Tatbestand neben dem Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat eine taugliche Gehilfenhandlung voraus. Diese wird in § 27 Abs. 1 StGB mit einem Hilfeleisten zur Haupttat umschrieben. Ein solches Hilfeleisten liegt in jedem Tatbeitrag, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die vom Täter begangene Rechtsgutsverletzung verstärkt.³⁸ Gemeint ist also eine physische oder psychische Unterstützung der Haupttat. Während die Rechtslehre in unterschiedlicher Intensität überwiegend von der Anwendbarkeit der allgemeinen Kausalitätsregeln ausgeht,³⁹ genügt es nach der Rechtsprechung, dass die Haupttat als solche durch den Gehilfenbeitrag nur irgendwie gefördert worden ist.⁴⁰ Hilfe i.S. von § 27 Abs. 1 StGB kann zunächst in Gestalt der *physischen Beihilfe* geleistet werden. Hierunter fallen äußerlich erkennbare Handlungsweisen des Gehilfen, die sich fördernd auf das äußere Tatgeschehen auswirken. Solche physischen Hilfeleistungen können schon im Vorbereitungsstadium der Tat geleistet werden, wenn sie bis zur Haupttat fortwirken. Ein klassisches Beispiel hierfür aus der analogen Welt ist das Besorgen des Tatwerkzeugs. *Psychische Beihilfe* ist insbesondere dadurch denkbar, dass der Gehilfe technische Ratschläge erteilt, die dem Haupttäter die Tatbegehung erleichtern (sog. technische Beihilfe). In diesem Zwischenbereich zwischen physischer und psychischer Beihilfe bewegt sich in der digitalen Welt derjenige, der zu kriminellen Zwecken Handelsplattformen im Internet betreibt oder hierfür die erforderliche Server-Infrastruktur zur Verfügung stellt. Richtigerweise ist in der bloßen Bereitstellung einer Infrastruktur, mit deren Hilfe Käufer und Verkäufer zueinander finden, für sich genommen noch keine objektive Hilfeleistung i.S. von § 27 StGB zu sehen.⁴¹ Charakteristisch für einen tatbestandsmäßigen Gehilfenbeitrag ist vielmehr eine Risikoerhöhung für das durch die Haupttat angegriffene Rechtsgut.⁴² Dass dies jedenfalls beim Betreiben einer kriminellen Handelsplattform im Internet anzunehmen ist, hat vor allem *Greco*⁴³ dezidiert herausgearbeitet. Danach besteht die Hilfeleistung in der „Erleichterung des Kontakts zwischen kriminell Gleichgesinnten. Wenn zu einer bestimmten Straftat typischerweise Zwei gehören, erhöht das Zusammenbringen dieser Zwei das Risiko, dass es zur Straftat kommt“. Derjenige, der eine Struktur aufbaut, die dem Einzelnen die Last abnimmt, seine Gesinnung zu externalisieren und einen Gleichgesinnten zu finden, erleichtert ihm auf diese Weise die Tatbegehung.⁴⁴ Entsprechendes gilt dann auch für die – regelmäßig zeitlich vorgelagerte – Bereitstellung diesbezüglicher Server-Infrastrukturen. Der objektive Tatbestand der Beihilfe dürfte daher in den hier in Rede stehenden Fällen regelmäßig keine unüberwindbaren Schwierigkeiten bereiten.

bb) Gehilfenvorsatz

Der „doppelte Teilnehmervorsatz“ des Gehilfen muss neben der Vollendung der Haupttat auch die eigene Unterstützungshandlung umfassen. Beim Betreiben krimineller Handelsplattformen im Internet ist dabei auf zwei Aspekte besonders zu achten: die Anforderungen an die Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes und die Frage nach dem strafrechtlichen Umgang mit sog. neutralen Beihilfehandlungen.

(1) Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes

Der aktuelle Gesetzentwurf der Bundesregierung geht – wie schon die Vorgängerentwürfe – bei der Begründung der Notwendigkeit eines neuen Straftatbestands von der These aus, dass die im subjektiven Tatbestand für eine Beihilfestratbarkeit erforderlichen Konkretisierungsanforderungen an die Haupttat bei den plattformbetreibenden Personen regelmäßig nicht vorliegen.⁴⁵ Auch diese These ist allerdings durch nichts näher belegt. Das überrascht schon deshalb, weil die Anforderungen an den Beihilfenvorsatz bekanntlich nicht sonderlich streng⁴⁶ und vor allem deutlich geringer anzusetzen sind als etwa beim Anstifter.⁴⁷ Speziell die Rechtsprechung lässt insoweit die Erfassung des wesentlichen Unrechtsgehalts und der Angriffsrichtung der vom Gehilfen geförderten Haupttat genügen.⁴⁸ Zwar genügt der Wille, irgendeinen Straftatbestand zu erfüllen, noch nicht.⁴⁹ Ausreichend ist jedoch, wenn der Gehilfe zumindest eine grobe Vorstellung von den vom Haupttäter zu verwirklichenden Delikten (z.B. Betäubungsmittelstraftaten, Waffenverkäufe, Austausch kinderpornografischer Inhalte etc.) besitzt. Weder die Person des Haupttäters noch die einzelnen Tatumstände wie z.B. Tatort oder Tatzeit müssen dem Hilfeleistenden bekannt sein.⁵⁰ Der Gehilfe muss sich somit alle Haupttaten als Erfolge seines Hilfeleistungsverhaltens zurechnen lassen, in denen sich die in ihm verkörperte unerlaubte Gefahr verwirklicht.⁵¹ Schließlich kann kein Teilnehmer alle Einzelheiten der Ausführung der Haupttat vorhersehen. Was nach allgemeiner Lebenserfahrung so oder so ablaufen kann, ist damit noch seinem Teilnehmervorsatz zuzurechnen.⁵²

Vor diesem Hintergrund dürfte an der ausreichenden Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes für Plattformbetreiber regelmäßig kein Zweifel bestehen. Die Vorstellung, dass jemand eine Handelsplattform im Internet betreibt und sich dann überhaupt nicht dafür interessiert, was auf dieser Plattform von wem angeboten und nachgefragt wird, erscheint schon psychologisch betrachtet nicht nur wenig plausibel, sondern geradezu naiv. Solche Konstellationen mögen allenfalls bei Betreibern von Servern vorkommen, deren Geschäftsmodell gerade in der Anonymität der von ihnen erbrachten Dienstleistung besteht. Teilweise lässt

³⁸ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 50. Aufl. (2020), Rn. 901.

³⁹ *Joecks*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2019), § 27 Rn. 33 ff.; *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2007), § 27 Rn. 1 ff.; *Heinrich*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2019), Rn. 1326.

⁴⁰ *BGH*, StV 2012, 287; *NStZ-RR* 2016, 136 (137).

⁴¹ *LG Karlsruhe*, StV 2019, 400 (401); *Greco*, ZIS 2019, 435 (441).

⁴² *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, § 27 Rn. 7; *Otto*, JuS 1982, 557 (562); *Murmann*, JuS 1999, 548; *Kretschmer*, Jura 2008, 265 (269); *Schaffstein*, in: FS Honig, 1979, S. 169.

⁴³ *Greco*, ZIS 2019, 435 (443).

⁴⁴ *Greco*, ZIS 2019, 435 (443).

⁴⁵ RegE, S. 1.

⁴⁶ *Greco*, ZIS 2019, 435 (443).

⁴⁷ *BGHSt* 42, 135 (138); *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 27 Rn. 19; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 906.

⁴⁸ *BGHSt* 42, 135 (139); *BGH*, *NStZ* 2017, 274 (275); *wistra* 2012, 302.

⁴⁹ *BGH*, BeckRS 2012, 8602.

⁵⁰ *BGHSt* 42, 135 (137); *BGH*, *NStZ* 2012, 264; *Bachmann/Arslan*, *NZWiSt* 2019, 241 (243).

⁵¹ *Greco*, ZIS 2019, 435 (445).

⁵² *Roxin*, in: FS Salger, 1995, S. 129 (130).

sich auch schon vom Namen der Plattform zumindest für bestimmte Deliktskategorien auf Wissen und Wollen des Betreibers schließen. Wer die von ihm betriebene Plattform „Chemical Revolution“, „Orange Chemicals“, „Fraudsters“, „Dutch Drugs“ oder „Cocaine Market“ nennt, wird wohl kaum ernsthaft vortragen können, er habe nichts davon geahnt, dass dort illegale Substanzen und Dienstleistungen angeboten wurden.⁵³ Schon die Bezeichnung soll schließlich entsprechende illegale Aktivitäten gerade anziehen. Wessen Plattform schon den äußeren Anschein eines kriminellen Marktplatzes trägt, der führt bewusst und gewollt kriminell Gleichgesinnte zusammen, indem er den Betrieb gerade an den Bedürfnissen seiner kriminellen Klientel ausrichtet.⁵⁴ Entsprechendes gilt, wenn für die Plattform an anderer Stelle in einem erkennbar kriminellen Kontext, meist ebenfalls im Internet, geworben wird.⁵⁵ Noch deutlicher tritt der Gehilfenversatz zutage, wenn der Plattformbetreiber in die auf seiner Plattform abgewickelten Geschäfte aktiv ordnend, gestaltend oder regulierend eingreift, etwa indem er mithilfe der von ihm genutzten Hard- und Software auf seiner Webseite nach dem Vorbild legaler Verkaufsplattformen explizit Angebotskategorien für illegale Waren und Dienstleistungen erstellt, Foren- und Bewertungssysteme für Käufer und Verkäufer betreut, Treuhandmodelle für die Zahlung des Kaufpreises anbietet und dafür Gebühren und Kommissionen erhält. Nicht entscheidend ist es, wenn formal bestehende Verhaltensrichtlinien den Plattformnutzern bestimmte Erscheinungsformen kriminellen Verhaltens (z.B. den Austausch kinderpornografischer Materials oder das Handelstreiben mit Waffen) untersagen, sofern solche Verhaltensregeln in dem von ihm kontrollierten digitalen Bereich erkennbar nicht „gelebt“, d.h. befolgt werden oder bestimmte Angebote illegaler Waren und Dienstleistungen nur in weniger leicht zugänglichen Bereichen (z.B. bei nur für registrierte Nutzer zugänglichen Angeboten) stattfinden. Ansonsten könnte man durch lediglich auf dem „digitalen Papier“ bestehende, allgemeine Geschäftsbedingungen seine (Beihilfe-)Strafbarkeit ausschließen.

(2) „Neutrale“ Beihilfe

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Betreiben einer Handelsplattform im Internet oder das Bereitstellen der hierfür erforderlichen Server-Infrastruktur zunächst einmal nur ein neutrales Verhalten darstellt.⁵⁶ Bei solchen neutralen Verhaltensweisen handelte es sich um alltägliche oder berufstypische Vorgänge, die lediglich in einem bestimmten Kontext die Begehung von Straftaten begünstigen können. Zum Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) sowie der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sind im Schrifttum eine ganze Reihe von Ansätzen entwickelt worden, um einer ausufernden Anwendung der Beihilfestrafbarkeit im Kontext neutraler Verhaltensweisen entgegenzuwirken. Die jedenfalls für

die Strafverfolgungspraxis maßgebliche Rechtsprechung⁵⁷ stellt in Anschluss an *Roxin*⁵⁸ auf die subjektive Vorstellung der Beteiligten ab und differenziert nach der Vorsatzform: Sofern der Hilfeleistende Kenntnis davon hat, dass das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf abzielt, eine strafbare Handlung zu begehen, verliert sein Tatbeitrag den Alltagscharakter, kann nicht mehr als sozialadäquat eingestuft werden und ist im Ergebnis als Beihilfehandlung zu werten. Hält er es dagegen nur für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so begeht er regelmäßig noch keine Beihilfe.

Auch hier ergeben sich in Hinblick auf die Betreiber von Handelsplattformen im Internet regelmäßig keine unüberwindbaren dogmatischen Hindernisse für die Bejahung der Strafbarkeit wegen Beihilfe. Wie bereits ausgeführt, ist davon auszugehen, dass diese regelmäßig zumindest im Großen und Ganzen darüber im Bilde sind, was sich auf den von Ihnen betriebenen Plattformen abspielt. Die vollautomatische Abwicklung der Transaktionen ändert hieran nichts und vermag es insbesondere auch nicht, den wenig konkretisierungsbedürftigen Gehilfenversatz auszuschließen. Typischerweise geht es den Betreibern gerade durch die Art und Weise der konkreten Ausgestaltung der Plattform sowie der weiteren dort angebotenen Dienstleistungen um die Zusammenführung von potenziellen Straftätern. Schließlich verdienen die Plattformbetreiber in Gestalt von Serviceentgelten, Kommissionen oder Provisionen an den über die Plattform abgewickelten Geschäften. Insofern wird regelmäßig nicht nur von sicherem Wissen i.S. von *dolus directus* 2. Grades, sondern sogar von Absicht i.S. von *dolus directus* 1. Grades auszugehen sein. Dienstleistungen werden nur in den seltensten Fällen aus altruistischen Motiven angeboten. Auch wer beispielsweise – ohne dass dort Entgelte gezahlt werden müssen – ein Forum zum Tausch von kinderpornografischem Material betreibt, will typischerweise von dem Zuwachs an illegalem Bild- und Videomaterial auch jenseits finanzieller Interessen zumindest zu privaten, regelmäßig auch sexuellen Zwecken profitieren. Damit verliert die Plattform ihren Alltagscharakter, so dass das von ihrem Betreiber geschaffene Risiko für Rechtsgutsverletzungen durch Straftatbegehung gerade nicht mehr sozialadäquat ist.⁵⁹

c) Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Schließlich hat eine viel, wenngleich leider nicht auch von Seiten des BMJV beachtete Entscheidung des *LG Karlsruhe* vom 19.12.2018⁶⁰ deutlich gemacht, dass je nach Fallgestaltung grundsätzlich auch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für Betreiber krimineller Handelsplattformen im Internet in Betracht kommt. Hier ging es um den Betreiber der Darknet-Plattform „Deutschland im Deep Web“ mit dem Pseudonym „luckypax“. Die Plattform

⁵³ So i. Erg. auch *Greco*, ZIS 2019, 435 (446); *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (115).

⁵⁴ Vgl. *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (115).

⁵⁵ *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (115).

⁵⁶ *LG Karlsruhe*, StV 2019, 400 (401).

⁵⁷ BGHSt 46, 107 (112); *BGH*, NStZ 2000, 34; 2017, 337 (338); 2017, 461; 2018, 328 (329); *BGH*, wistra 2018, 342.

⁵⁸ *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 26 Rn. 218 ff.; *ders.*, StV 2015, 447 (450).

⁵⁹ Vgl. *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 (116).

⁶⁰ *LG Karlsruhe*, StV 2019, 400 ff.; dazu etwa *Eisele*, JuS 2019, 1122 ff.; *Beck/Nussbaum*, HRRS 2020, 112 ff.

untergliederte sich in verschiedene Kategorien, die ursprünglich primär als Diskussionsforen dienen sollten. Spätestens ab Anfang 2014 enthielt die Kategorie „Spaekentreff“ aber auch Unterkategorien wie „Betrug und Täuschung“, „Waffen“ (Herstellung, Vertrieb, sachgerechte Verwendung) oder „Drogen“. Über diese Plattform wurde vom Verkäufer „Rico“ eine Pistole vom Typ Glock 17 mit über 500 Schuss Munition an einen 18-Jährigen veräußert, der mit dieser Waffe im Rahmen eines Amoklaufs beim Olympia-Einkaufszentrum München neun Menschen tötete und weitere fünf Menschen verletzte. Anschließend tötete sich der Amokschütze mit dieser Schusswaffe selbst. Insofern hat das *LG Karlsruhe* das Verhalten des Angeklagten als Schöpfer und Administrator der Plattform als fahrlässige Tötung (§ 222 StGB) bzw. fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) eingestuft und die objektive Sorgfaltspflichtverletzung darin gesehen, dass er die Unterkategorie „Waffen“ nach dem Pariser Anschlag auf die Redaktion von Charlie Hebdo im Jahr 2015 kurzzeitig unsichtbar, ca. einen Monat später und damit noch vor dem entscheidenden Waffenverkauf allerdings für registrierte Nutzer wieder sichtbar geschaltet hatte. Dieses Verhalten wurde zugleich als Straftatbestand der Beihilfe zum vorsätzlichen unerlaubten Erwerb einer halbautomatischen Kurzwaffe gem. § 52 Abs. 1 Nr. 2b, 2 Abs. 2 WaffG i.V.m. Anlage 2 Abschnitt 2 Unterabschnitt 1 S. 1 zum WaffG i.V.m. § 27 StGB gewertet, was schon damit ein sorgfaltswidriges Fehlverhalten darstellte.⁶¹

d) Zwischenergebnis

Es zeigt sich somit, dass die im Regierungsentwurf heraufbeschworenen Strafbarkeitslücken im Hinblick auf die Betreiber krimineller Handelsplattformen im Internet, sowie diejenigen, die hierfür die entsprechende Server-Infrastrukturen bereitstellen, in Wirklichkeit nicht bestehen. Neben der täterschaftlichen Erfassung durch Bestimmungen des BtMG, des WaffG sowie den Tatbestand der Bildung krimineller Vereinigungen (§ 129 StGB) werden solche Verhaltensweise bereits de lege lata durch die Teilnahmeform der Beihilfe sowie die Fahrlässigkeitsdogmatik in ausreichender Weise erfasst. Schon mit dieser Feststellung ist dem Regierungsentwurf die von ihm in Anspruch genommene Berechtigung entzogen. Allenfalls kann damit die Einführung eines neuen Straftatbestands unter Berücksichtigung der Subsidiaritätsklausel in § 127 Abs. 1 S. 1 StGB dem Zweck einer generellen Erhöhung des Strafniveaus dienen, da speziell bei der Beihilfe nach geltendem Recht in § 27 Abs. 2 S. 2 StGB eine obligatorische Strafmilderung vorgesehen ist. Ein zu niedriges Strafniveau bei der strafrechtlichen Verfolgung des Betreibens von kriminellen Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastruktur wird aber in der Entwurfsbegründung gerade nicht geltend gemacht.

e) Tatnachweis

Ungeachtet der Frage nach der materiell-rechtlichen Strafbarkeit besteht daneben stets das Problem der Nachweisbarkeit durch Strafverfolgungsbehörden und Strafjustiz im Einzelfall. Allerdings legen die Verfasser des Regierungsentwurfs nicht dar, warum der Nachweis einer Beihilfestrafbarkeit auch bei vollautomatisiert betriebenen Internetplattformen aussichtslos oder doch zumindest deutlich weniger aussichtsreich sein soll als bei den traditionellen Beihilfekonstruktionen in der analogen Welt. Bei den durch § 127 StGB-E inkriminierten Verhaltensweisen handelt es sich faktisch um eine zur Täterschaft hochgestufte bzw. verselbständigte Erscheinungsform der Beihilfe. Warum der Tatnachweis hier leichter gelingen soll als bei der klassischen Beihilfe, etwa zu einem Betäubungsmittel- oder Waffendelikt, leuchtet nicht ein.⁶² Vor allem aber zeigt die bereits erwähnte Entscheidung des *LG Karlsruhe* vom 19.12.2018, dass sich insbesondere der Nachweis der Gehilfenstrafbarkeit auch in der Praxis durchaus erbringen lässt.⁶³ Hier hatte das Gericht in geradezu mustergültiger Weise differenziert und im Ergebnis noch nicht in dem bloßen Erstellen, der Inbetriebnahme sowie der Aufrechterhaltung einer Diskussionsplattform im sog. Darknet, wohl aber in der dort erfolgten (Wieder-)Einstellung eigener Kategorien für Waffen und Drogen mehrere Fälle der Beihilfe zu Straftaten nach dem BtMG und dem WaffG angenommen.⁶⁴ Diese Entscheidung ist mittlerweile auch rechtskräftig.⁶⁵

Schließlich ist insbesondere zu berücksichtigen, dass auch durch den Regierungsentwurf das *zentrale Problem* bei der Strafverfolgung von Betreibern krimineller Plattformen im Internet *nicht gelöst* wird: die *Identifizierung der Plattformbetreiber, die strafrechtlich verfolgt werden sollen*.⁶⁶ Angesichts der insbesondere im Darknet eingesetzten Anonymisierungs- und Verschlüsselungstechnologie⁶⁷ bleibt die ganz überwiegende Zahl der technikgestützten Ermittlungsmaßnahmen von vornherein aussichtslos.⁶⁸ Dies gilt insbesondere auch für „klassische“ Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen (§ 100a Abs. 1 S. 1 StPO) sowie Auskünfte über Verkehrsdaten (§ 100g StPO). Wenn man schlicht nicht weiß, wo sich im Internet aktive Kriminelle befinden und wer sich hinter ihren Pseudonymen verbirgt, dann lässt sich auch nichts überwachen. Insofern dürfte auch die in Art. 2 des Regierungsentwurfs vorgesehene Ausweitung der strafprozessualen Überwachungsmaßnahmen durch Aufnahme von § 127 Abs. 3 und 4 StGB-E in den Katalog der dort genannten Anlassstrafaten weitgehend wirkungslos bleiben.⁶⁹ Eine Ausnahme kann grundsätzlich nur für die sog. Quellen-Telekommunikationsüberwachung nach § 100a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO sowie die Online-Durchsuchung nach § 100b StPO gelten, die gerade auf die Umgehung

⁶¹ *LG Karlsruhe*, StV 2019, 400 (403).

⁶² *Oehmichen/Weißberger*, KriPoZ 2019, 174 (178); *Zöller*, KriPoZ 2019, 274 (280).

⁶³ *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (244).

⁶⁴ *LG Karlsruhe*, StV 2019, 400 (401 f.).

⁶⁵ *BGH*, Beschl. v. 6.8.2019, 1 StR 188/19.

⁶⁶ So der treffende Hinweis von *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (246).

⁶⁷ Hierzu etwa *Greco*, ZIS 2019, 435 (436 ff.); *Zöller*, KriPoZ 2019, 274 (275 f.).

⁶⁸ Vgl. *Schulze*, APuZ 2017, 23 ff.; *Krause*, NJW 2018, 678 (679); *Safferling*, DRiZ 2018, 206; *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (244); *Zöller*, KriPoZ 2019, 274 (276).

⁶⁹ Ebenfalls krit. bereits zum Bundesratsentwurf *Bachmann/Arslan*, NZWiSt 2019, 241 (247): „Bei realistischer Betrachtung dürfte der praktische Nutzen jedoch recht überschaubar sein...“.

von Verschlüsselungen und digitalen Zugangssicherungen abzielen. Allerdings setzen diese Ermittlungsmethoden die Entwicklung und den Einsatz von sog. „Staatstrojanern“ unter Ausnutzung von IT-Sicherheitslücken voraus und sind in der Praxis mit einem derart hohen Aufwand verbunden, dass sie sich selbst zur Aufklärung von über Internetplattformen abgewickelte Erscheinungsformen von schwerstkrimineller, z.B. der Vermittlung von Mordaufträgen, Betäubungsmittelgeschäften in massivem Ausmaß, schweren Fällen von Kinder- und Jugendpornografie oder Menschenhandel, mangels ausreichender staatlicher Ressourcen kaum durchführen lassen. Der Straftatenkatalog des § 127 Abs. 1 S. 3 StGB-E reicht aber noch deutlich darüber hinaus. Auch insofern verspricht der Regierungsentwurf lediglich „ins Blaue hinein“ Effektivitätssteigerungen bei der Bekämpfung von Cyberkriminalität, von denen höchst zweifelhaft ist, ob sich diese praktisch jemals erreichen lassen.

2. Qualifikation als Regelfall?

Der Gesetzentwurf vermittelt im Übrigen auch ein höchst unscharfes Bild vom Verhältnis des Grundtatbestands nach § 127 Abs. 1 S. 1 StGB zu den in § 127 Abs. 3 und 4 StGB vorgesehenen Qualifikationstatbeständen.

Als qualifizierender Umstand nach § 127 Abs. 3 StGB kommt zunächst die Gewerbsmäßigkeit des Handelns in Betracht. *Gewerbsmäßig* handelt nach weithin konsentierter Ansicht, wer sich aus der wiederholten Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und einer gewissen Dauer verschaffen will.⁷⁰ Genau dies aber ist die typische Intention nicht nur der Betreiber krimineller Handelsplattformen, sondern auch derjenigen, die hierfür die erforderliche Server-Infrastrukturen zur Verfügung stellen. Hier handelt es sich, wie bereits ausgeführt, um kommerzielle Geschäftsmodelle, die ihren Initiatoren möglichst schnell, anonym und unkompliziert sowie über einen möglichst langen Zeitraum möglichst hohe Gewinne einbringen sollen. Die Gewerbsmäßigkeit dürfte daher in den hier in Rede stehenden Fallkonstellationen nicht der Ausnahme-, sondern der *Regelfall* sein. Ähnliches dürfte auch in Bezug auf das Merkmal der Bandenmitgliedschaft gelten. Als *Bande* gilt der Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen ungewisse Taten eines gewissen Deliktstyps zu begehen.⁷¹ Wie das aktuelle Beispiel des Cyberbunkers von Traben-Trarbach belegt, in denen die *Generalstaatsanwaltschaft Koblenz* sogar gegen insgesamt acht Akteure Anklage erhoben hat, setzt der Betrieb einer weltweit verfügbaren Internet-Plattform schon aus organisatorischen, technischen und logistischen Gründen meist das Zusammenwirken von drei oder mehr Personen voraus, die untereinander durchaus durch eine Bandenmitgliedschaft verbunden sein können.

Allerdings soll § 127 Abs. 4 StGB-E das Ganze sogar in den Verbrechensbereich katapultieren, wenn der Betreiber der Handelsplattform beabsichtigt oder sicher weiß, dass die Plattform den Zweck hat, Verbrechen zu ermöglichen oder zu fördern. Auch insoweit ist davon auszugehen, dass der Betreiber einer Plattform üblicherweise gut darüber informiert ist, was dort vor sich geht. Zudem wird es ihm schon mit Blick auf die damit für ihn verbundenen Vorteile (Gebühren, Provisionen, Kommissionen etc.) und seine damit korrespondierende Gewinnerzielungsabsicht regelmäßig darauf ankommen, mit seinen Dienstleistungen Straftaten zu ermöglichen oder zu fördern. Und unter den so ermöglichten oder geförderten Straftaten werden häufig auch Verbrechen sein, wenn man neben der – statistisch sicher zu vernachlässigenden – Vermittlung von Mordaufträgen, nur die Tatsache bedenkt, dass es sich etwa bei Betäubungsmittelstraftaten nach den §§ 29a, 30 und 30a BtMG um Verbrechen i.S. von § 12 Abs. 1 StGB handelt.

Insgesamt zeigt sich damit, dass die von den Entwurfsverfassern zur Begründung von Qualifikationen nach § 127 Abs. 3 und 4 StGB-E herangezogenen Merkmale beim Betreiben von kriminellen Handelsplattformen im Internet gerade den Regelfall strafrechtlich relevanten Verhaltens abbilden. Dies dürfte in der Strafrechtspraxis dazu führen, dass für den Grundtatbestand des § 127 Abs. 1 S. 1 StGB-E im Verhältnis zu den Qualifikationstatbeständen nur ein vergleichsweise schmaler Anwendungsbereich verbleibt. Die Folge wäre eine nur notdürftig verdeckte, ungerechtfertigte und unverhältnismäßige Anhebung des Strafniveaus, die sich für eine derart weite zeitliche Vorverlagerung in das Vorfeld der eigentlichen Straftatbegehung im Wege der Schaffung eines abstrakten Gefährdungsdelikts mit unklarem Rechtsgut⁷² kaum legitimieren lassen dürfte.

3. Missglückte Regelung zum Strafanwendungsrecht

Nur der Vollständigkeit halber ist schließlich zu erwähnen, dass auch die ergänzend zur Einführung eines neuen § 127 StGB vorgeschlagene, strafanwendungsrechtliche Ergänzung für bestimmte Auslandstaten durch § 5 Nr. 5b StGB-E sachlich misslungen ist. Zum einen ist im deutschen Strafanwendungsrecht bis heute nicht eindeutig geklärt, wann gerade bei abstrakten Gefährdungsdelikten von einem Inlandsbezug bei ausländischem Tatort auszugehen ist.⁷³ Zum anderen bringt das Merkmal, dass der Täter – sofern er nicht Deutscher ist – seine Lebensgrundlage im Inland haben muss, wenig Rechtssicherheit, da das *Domizilprinzip* gerade keinen völkerrechtlich zweifelsfrei anerkannten Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts darstellt.⁷⁴

IV. Fazit

Üblicherweise kann man Gesetzgebungsverfahren, die man in ihrer konkreten Ausgestaltung für wenig gelungen

⁷⁰ BGHSt 1, 383; BGH, NStZ 1996, 285 (286); BGH, NJW 1998, 2913 (2914); Zöller, Strafrecht BT I, 2. Aufl. (2015), Rn. 54.

⁷¹ BGH, NStZ-RR 2013, 208 (209); BGH, NStZ 2015, 647 (648); Zöller, BT I, Rn. 84.

⁷² Dazu Zöller, KriPoZ 2019, 274 (279).

⁷³ Vgl. nur Zöller, in: AnwK-StGB, § 9 Rn. 17 ff. m.w.N.

⁷⁴ S. etwa Ambos, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. (2018), § 3 Rn. 82.

hält, meist noch zugutehalten, dass immerhin die generelle Zielrichtung stimmt und durch technische Nachbesserungen im Detail der eigentliche Regelungszweck noch erreicht werden kann. Der Entwurf der Bundesregierung für ein „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betriebens krimineller Handelsplattformen im Internet und des Bereitstellens entsprechender Server-Infrastrukturen“ vom 10.2.2021 erlaubt nicht einmal einen solchen Minimalkonsens. Mit Blick auf das geltende Strafrecht, das die in Rede stehenden Verhaltensweisen bereits umfassend abdeckt, kann es – ungeachtet des Charakters des Strafrechts als ultima ratio – von vornherein nicht um die Schließung von Strafbarkeitslücken

gehen. Insofern würde eine Umsetzung des Entwurfs allenfalls zu einer nicht ausreichend durchdachten Verschiebung des Strafniveaus führen. Er kann und sollte daher im weiteren parlamentarischen Entscheidungsprozess schlicht aufgegeben bzw. abgelehnt werden, da er von vornherein keinerlei nennenswerten Mehrwert erzeugen kann. Damit wäre kein politischer Gesichtverlust verbunden. Stattdessen würde es von Größe und Professionalität zeugen, auch einmal die klare Botschaft zu senden: „Wir haben die Sache eingehend geprüft, ein Regelungsbedarf hat sich nicht erheben – Mission erfüllt!“ Die Hoffnung – auch auf derart unrealistische Szenarien – stirbt bekanntlich zuletzt.

Strafzumessung am Scheideweg? Legal Tech und Strafzumessung

von RA Dr. Felix Ruppert*

Abstract

Während der Siegeszug von Legal Technologies – also des Einsatzes moderner computergestützter Technologien in der Rechtsanwendung – unaufhaltsam voranschreitet, befindet sich das Strafzumessungsrecht bereits seit längerem in einer tiefen Krise. Es scheint daher naheliegend, die Strafzumessung an dem Siegeszug von Legal Tech teilhaben zu lassen und ihr dergestalt zu mehr Transparenz, Vergleichbarkeit und somit auch Akzeptanz zu verhelfen. Entsprechende Versuche der Etablierung einer Strafzumessungsdatenbank sind bereits gestartet. Doch die Entscheidung für den Einsatz entsprechender Technologien reicht weiter, als zunächst vermutet. Schließlich stellt sie erneut die Frage nach der Zukunft des Strafzumessungsrechts, welches damit am Scheideweg scheint.

While using modern computer-assisted technology and software to provide legal services – also known as legal technology – appears to be on the rise, the law of sentencing rather seems to face a persistent downswing. Therefore, sentencing by means of legal tech must be considered auspicious, since more transparency, comparability and acceptability might be achieved. Appropriate attempts seeking to implement a data base in order to collect sentencing verdicts have already been started. However, using legal technologies has more influence on sentencing than expected at first sight. In the end, it challenges the future of sentencing once again so that sentencing happens to be at the crossroads.

I. Legal Tech auf dem Vormarsch

Die durch die Digitalisierung ausgelöste digitale Transformation prägt das Bild der Gesellschaft wie nur wenige Entwicklungen zuvor.¹ Nicht zu Unrecht ist daher auch die Rede von einer derart angetriebenen vierten Stufe der industriellen Revolution.² Angesichts dessen überrascht es in einer modernen Welt nur wenig, wenn die fortschreitende Digitalisierung auch in die Rechtswissenschaften vordringt.³ Entgegen der zuhauf geäußerten Skepsis⁴ erkämpft sich Legal Technology (kurz: Legal Tech) zunehmend ihren Standort innerhalb des juristischen Systems.⁵ Dazu tragen neben dem BGH⁶ auch diverse Massenanspruchshänomene vor deutschen Gerichten bei,⁷ welche das Bedürfnis nach entsprechenden, massentauglichen Dienstleistungen vor Augen führen.⁸

Dabei wird unter Legal Tech überwiegend der Einsatz moderner, computergestützter Technologien verstanden, um Rechtsfindung, -anwendung und -zugang zu automatisieren, zu vereinfachen und zu verbessern.⁹ Der potenzielle Anwendungsbereich von Legal Tech ist der Definition entsprechend weit. So fällt darunter nicht nur die elektronische Datenverwaltung in Form von Datenbanken, sondern auch die teil- oder gar vollautomatische Prüfung spezifischer Dokumente oder Sachverhalte.¹⁰ Dergestalt können Computerprogramme algorithmenbasiert etwa Verträge, Verwaltungsakte oder tatsächliche Sachverhalte erfassen und nach bestimmten Parametern durchsuchen oder kategorisieren.¹¹ Diese Technologien sind daher in besonderem Maße dazu geeignet, Rechtsdienstleistungen anzubieten, die sich für Verbraucher und Mandanten nicht zuletzt aufgrund ihrer Massentauglichkeit oder im Vorhinein erfolgreicher Kostenrisikoprognosen samt er-

* Dr. Felix Ruppert ist Rechtsanwalt bei Trüg Habetha Rechtsanwälte, Freiburg i. Br. und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinstrafrecht der Universität Bayreuth. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Verfassers an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Dezember 2020.

¹ Zu rechtlichen Herausforderungen der Digitalisierung etwa am Beispiel des allgemeinen Zivilrechts *Wendehorst*, NJW 2016, 2609; des Gesellschaftsrechts *Teichmann*, ZfPW 2019, 247 oder des Wettbewerbsrechts *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321.

² Oder Industrie 4.0, siehe nur *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321; *Florida*, Die 4. Revolution, 2015, S. 121 ff.

³ Zur Entwicklung etwa *Fries*, NJW 2020, 193 (193 f.) und *Kilian*, ZRP 2020, 59 („Demokratisierung des Rechts“).

⁴ Vgl. nur *LG Köln*, MMR 2020, 56.

⁵ Bedeutend etwa *BGH*, NJW 2020, 208 sowie *LG Düsseldorf*, BeckRS 2020, 993; dazu auch *Fries*, NJW 2020, 193 (194 f.) und *Plottek/Quarch*, NZV 2020, 401.

⁶ *BGH*, NJW 2020, 208; zu resultierenden berufsrechtlichen Überlegungen *Hartung*, AnwBl 2020, 16.

⁷ Seien es aus dem sog. Abgasskandal, aus widerrufenen Verbraucherkrediten oder verspäteten Flügen resultierende Ansprüche. Vgl. auch *Römermann/Günther*, NJW 2019, 551.

⁸ Mit dem Beschluss des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt hat das Bundeskabinett am 20.1.2021 daher das offizielle Verfahren eingeleitet, um mehr Chancengleichheit zwischen Legal Tech-Anbietern und Anwaltschaft zu erzielen.

⁹ *Hartung*, in: *Hartung/Bues/Halbleib*, Legal Tech, 2018, S. 7.

¹⁰ *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (956); *Frese*, NJW 2015, 2090 (2091 f.); *Stiemerling*, CR 2015, 762 (765).

¹¹ Vgl. nur die zahlreichen Beispiele bei *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (956); *Frese*, NJW 2015, 2090 (2092); *Kaulartz/Heckmann*, CR 2016, 618 (618 f.); *Tavakoli*, ZRP 2020, 46 (48); *Stiemerling*, CR 2015, 762 (765). Zur Macht der Algorithmen auch *Podszun/Kersting*, NJOZ 2019, 321 (322).

folgsabhängigen Vergütungen als Bereicherung darstellen.¹² Zugehörige Prüfverfahren sind für Verbraucher also nicht nur risikoarm, sondern auch online und damit mühelos sowie wenig zeitintensiv in Anspruch zu nehmen. Dementsprechend wird Rechtsrat nicht nur günstiger, sondern ist auch einer breiteren Bevölkerungsgruppe zugänglich, was durch mitunter erheblich verringerten Recherche- oder Prüfaufwand des Rechtsanwalts nur potenziert wird.¹³ Es verwundert daher nur wenig, wenn der Siegeszug von Legal Tech in erster Linie aus anwaltlicher Perspektive bzw. zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche der Verbraucher diskutiert oder implementiert wird.¹⁴ Der hiesige Beitrag soll indes mit der vornehmlich zivilrechtlichen Betrachtung brechen und der Frage nachgehen, ob die Vorteile der Digitalisierung auch in das Strafrecht Einzug halten können.¹⁵ Dabei gilt die Betrachtung nicht der Auslagerung einzelner Subsumtions- oder Recherchefragen aus einem mit Arbeit belasteten Apparat, sondern vielmehr der ureigenen Aufgabe des Richters: der Festsetzung der Strafe. Denn wenn bereits mit einer mittels Legal Tech errichteten Strafzumessungsdatenbank mehr Transparenz eingefordert, diese als Hoffnung für den gesamten Strafzumessungsakt begriffen¹⁶ und darüber hinaus bereits zu implementieren versucht wird,¹⁷ ist es notwendig, die mit einem solchen Legal Tech-Einsatz einhergehenden Auswirkungen auf das Strafzumessungsrecht näher zu beleuchten. Denn der Einsatz entsprechender Technik vermag mitunter die bisherige Strafzumessungspraxis aus den Fugen zu heben.

II. Strafzumessung in der Krise

Die Verknüpfung von Legal Tech und Strafzumessung kommt dabei nicht von ungefähr. Denn während sich Legal Tech stetig steigender Beliebtheit erfreut, befindet sich der Akt der Strafzumessung seit Längerem in der Krise.¹⁸ Obwohl die Strafzumessungsentscheidung in der Regel den für den Angeklagten mit der Entscheidung über das Ausmaß eines gravierenden Grundrechtseingriffes bedeutendsten Aspekt darstellt,¹⁹ übt sich der Gesetzgeber in

Zurückhaltung bezüglich der Normierung eines konkreteren Rahmens. Auch nach mehr als 50 Jahren trägt die Hauptlast noch immer die nunmehr in § 46 StGB kodifizierte, sogenannte Grundlagenformel der Strafzumessung, welche den traditionell weiten Strafraumen mit spezifischen Anhaltspunkten zum Auffinden der angemessenen Strafe entgegentreten sollte.²⁰ Ob diese ihrer Aufgabe, die wichtigsten Strafzumessungskriterien zu normieren und so Willkür und Ungleichheit²¹ zu begegnen, gerecht wird, ist freilich zweifelhaft. Während einerseits der missglückte Versuch betont wird, die Strafzumessung anhand eines Normtextes vorhersehbar und weitgehend einheitlich zu gestalten,²² wird andererseits der Vorwurf erhoben, dass die Normen zur Strafzumessung auch im Lichte des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht bestehen könnten.²³ Demgegenüber tritt das Verdienst der Grundlagenformel, nicht nur die Diskussion um die Strafzumessung anzutreiben, sondern neben offerierten Gesichtspunkten zur Bemessung der Strafe auch die Schuld des Täters explizit zur Grundlage der Strafzumessung erklärt zu haben,²⁴ zumeist in den Hintergrund.

1. Status quo der Strafzumessung

Die Gründe für den zuhauf als defizitär umschriebenen Zustand der Strafzumessung werden neben der zentralen Strafzumessungsnorm des § 46 StGB auch in der weiten Ausgestaltung der gesetzlichen Strafraumen der Delikte des Besonderen Teils erblickt.²⁵ In der Zusammenschau wird so ein weiter, offener Strafraumen gezogen, der kaum durch konkrete Angaben zur Festlegung einer im Einzelfall angemessenen Strafe konturiert wird.²⁶ Tragen sowohl spezifische Strafraumen, als auch die Grundlagenformel jedenfalls dem Umstand Rechnung, dass ein die Spezifika des Einzelfalls berücksichtigender Rechtsfolgenanspruch angesichts der Diversität verschiedenster tatsächlicher Umstände nicht gesetzlich normiert zu werden vermag, so lässt die Weite des eröffneten Feldes doch die Frage offen, wie viel Offenheit und Unbestimmtheit möglich scheinen. Während § 46 Abs. 1 StGB mit dem Abstellen auf die Schuld noch recht vage zu Werke geht und

¹² *Hartung/Meising*, NZFam 2019, 982 (982 f.); kritisch aber *Tavakoli*, ZRP 2020, 46 (47). Im Rahmen der mittels Legal Tech vorgenommenen Prüfung der Durchsetzung von Entschädigungsansprüchen wegen Flugverspätungen wird zwar mit einer quota litis von bis zu 35% im Erfolgsfalle ein beträchtliches Honorar fällig – nachdem aber nur bei erfolgreicher Durchsetzung der Ansprüche überhaupt ein Honorar zu bezahlen ist, nehmen Verbraucher dies mitunter gerne in Kauf, da sie andernfalls gänzlich von der Rechtsdurchsetzung absehen würden, eingehend *Hartung*, AnwBl Online 2019, 353.

¹³ *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (956); *Fries*, NJW 2016, 2860 (2863).

¹⁴ Vgl. nur die zahlreichen Beispiele bei *Fries*, NJW 2020, 193; *Günther*, GRUR-Prax 2020, 96; *Römermann/Günther*, NJW 2019, 551.

¹⁵ Dazu bereits *Kaspar/Höffler/Harrendorf*, NK 2020, 35 ff. und *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 ff.

¹⁶ *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (270 ff.).

¹⁷ Siehe <http://testrelaunch2020.legaltechcologne.de/ltc-projects/> (zuletzt abgerufen am 22.1.2021).

¹⁸ Vgl. bereits *Stratenwerth*, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, S. 13; eingehend *Kaspar*, *Gutachten C zum 72. DJT*, 2018, C 60 ff.; Ferner *Radtke*, DRiZ 2018, 250 (276); *Streng*, StV 2018, 593 ff.; *Verrel*, JZ 2018, 811 ff.; zur jüngeren Kritik des Vorwurfs zu täterfreundlicher Urteile *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 ff.

¹⁹ *Kaspar*, NJW-Beil 2018, 37 (37); *Kudlich/Koch*, NJW 2018, 2762 (2762 f.).

²⁰ Eingeführt durch das 1. StrG vom 25.6.1969 als damaliger § 13 StGB (BGBl. I 1969, S. 645); wortgleich in § 46 StGB überführt durch das 2. StrG vom 4.7.1969 (BGBl. I 1969, S. 717 ff.) und betreffend Abs. 2 S. geändert durch Art. 3 des Opferschutzgesetzes (BGBl. I 1986, S. 2496 ff.), dazu sowie zur weiteren Geschichte der Norm *Streng*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 46 Rn. 1 ff.

²¹ Zur Domäne des Trichters etwa *Frisch*, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, 1971, S. 2.

²² Berühmt die Bezeichnung als gesetzgeberische Fehlleistung von besonderem Rang bei *Stratenwerth* (Fn. 18), S. 13; *Verrel*, in: FS Wolter, 2013, S. 800 (801); *Kudlich/Koch*, NJW 2018, 2762 (2763).

²³ *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 19 ff.; *Eschelbach*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2020), § 46 Rn. 13; *Dannecker*, in: FS Roxin (II), 2011, S. 285 ff.; *Kaspar/Höffler/Harrendorf*, NK 2020, 35 (36).

²⁴ So Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 46 Rn. 1.

²⁵ *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 200 f.; *Freund*, GA 1999, 509 (524); *Kaspar/Höffler/Harrendorf*, NK 2020, 35 (36); so bereits *Göppinger/Hartmann/Schöch*, *Kriminologische Gegenwartsfragen*, 1972, S. 128 (128).

²⁶ Eine deutliche Konturierung der Strafraumen fordernd daher Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, § 46 Rn. 72; a.A. Maier, in: MüKo-StGB, 46. Auflage (2020), § 46 Rn. 11.

einen zu bestimmenden Begriff offeriert, der nicht in feste Strafzumessungspunkte übersetzt werden kann, führt § 46 Abs. 2 StGB nicht abschließend einige Zumessungsaspekte auf, ohne diese zu gewichten.²⁷ Die Regelung wird daher nicht selten als unbrauchbar bezeichnet²⁸ und zeigt sich gerade gegenüber materiellen Strafbestimmungen als deutlich weniger konturiert.²⁹ Eine wirkliche Hilfe, wie eine gewisse Schuldschwere letztlich in eine konkrete Strafe zu übersetzen sei, wird nicht angeboten.³⁰ Die Konsequenz dieses weiten Feldes sind undurchsichtige Spielräume³¹ und erhebliche regionale Unterschiede bei der Strafzumessung in per se vergleichbaren Fällen.³² So divergiert die letztlich verhängte Strafe nicht nur bedeutend entlang der Nord-Süd-Achse, sondern mitunter von Gerichtsbezirk zu Gerichtsbezirk.³³ Zurückgeführt wird dies bisweilen auf lokal unterschiedliche Strafniveaus, welche durch den Rat erfahrener Kollegen verkörpert³⁴ oder gar in informellen Richtlinien schriftlich niedergelegt³⁵ werden. Neben der jeweiligen lokalen Strafzumessungstradition beeinflussen jedoch auch persönliche Präferenzen oder Eigenschaften der jeweiligen Richter das Strafmaß,³⁶ sodass subjektiven Empfindungen und Erfahrungswerten eine bedeutende Rolle zukommt.³⁷ Wird das materielle Recht zunehmend präzisiert oder nach dem Auftrag des BVerfG jedenfalls durch die Rechtsprechung bestimmbar gemacht,³⁸ so drängt sich die Frage auf, weshalb der letzte, spezifische Einsatz des schärfsten staatlichen Schwertes selbst derart mit Unschärfe behaftet bleibt und zudem Ungleichbehandlungen Tür und Tor öffnet.³⁹

Es scheint, als gründe die derzeitige Strafzumessungspraxis noch bedeutend auf der Vorstellung, dass die Strafzumessung die uneinsichtige Aufgabe des Tatgerichts sei. Bleiben jedoch die Kriterien und Ziele der Zumessungsentscheidung des Gerichts im Dunklen, so rückt eine intransparente sowie subjektiv gefärbte Entscheidung bedenklich nahe an unkontrollierbare Willkür heran. Ist nunmehr zwar anerkannt, dass die Strafzumessung an rechtliche Parameter geknüpft und somit auch revisionsrechtlich grundsätzlich überprüfbar ist,⁴⁰ so fragt sich doch, auf

welcher rational-objektiven Grundlage eine Überprüfung erfolgen soll, zumal der letzte Wertungsakt der konkreten Straffindung noch immer als Sache des Tatrichters gilt.⁴¹ Das moderne Revisionsverständnis beschränkt sich daher noch immer auf die Frage, ob der weite Rahmen einer nach oben und unten noch gerechten Strafe im Sinne eines gravierenden Fehlgriffs missachtet wurde,⁴² wenngleich die früher geübte Zurückhaltung des Revisionsgerichts langsam einer intensiveren Überprüfung weicht.⁴³ Dass auch diese bisweilen an identen Defiziten leidet, liegt in der Natur der Sache. Daher wird die erweiterte Revision als bloßer Anschein einer Verrechtlichung und Kontrollierbarkeit begriffen.⁴⁴

2. Risiken derzeitiger Strafzumessungspraxis

Neben der Gefahr richterlicher sowie lediglich eingeschränkt revisibler Willkür bieten insbesondere jene die Strafzumessung beeinflussenden Faktoren Anlass zur Sorge, welche auf nicht normativ relevanten Umständen beruhen.⁴⁵ Ergeben sich in per se sachlich vergleichbar gelagerten Fällen erhebliche Abweichungen im Strafmaß, welche auf strafzumessungsfremde Faktoren wie Regionalität oder persönliche Empfindungen des Richters zurückzuführen sind, so schwindet die Akzeptanz des Urteils seitens des Verurteilten sowie der Gesellschaft.⁴⁶ Dementsprechend vermag die Einbeziehung sachfremder Erwägungen mitunter die Rechtssicherheit zu konterkarieren und eine derart eingriffsintensive Maßnahme wie die Strafzumessung als nur noch schwer legitimierbar erscheinen, sodass das Vertrauen in die staatliche Ordnung zu schwinden droht.⁴⁷ Ferner dürfte die Wahrnehmung eines Rechtssystems als ungerecht das Maß der eigenen Normbefolgung mindern, sodass unterschiedliche Strafen für gleich gelagerte Straftaten nicht nur ungleich und ungerecht erscheinen, sondern gar präventiv dysfunktional wirken.⁴⁸

²⁷ Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2763); Stahl, Strafzumessungstatistiken zwischen Verbrechenslehre und Strafrecht, 2015, S. 28.

²⁸ Zuletzt etwa Hörnle, GA 2019, 282 f.

²⁹ Kaspar (Fn. 18), C 12; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2015, S. 161.

³⁰ Kaspar (Fn. 18), C 12, Montenbruck, Strafrahen und Strafzumessung, 1983, S. 15.

³¹ Eschelbach, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 1; Verrel, FS Wolter, 2013, S. 800 (801).

³² Grundies, Gleiches Recht für alle?, 2016, S. 511; Meier (Fn. 29), S. 257; zu den Ursachen Maurer, Komparative Strafzumessung, 2015, S. 45 ff.

³³ Kaspar/Höfller/Harrendorf, NK 2020, 35 (37); Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (266). Zu entsprechenden Befunden bereits Exner, Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte, 1931, S. 69 ff.

³⁴ Hörnle, in: Frisch, Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, S. 113 (114).

³⁵ Eschelbach, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 13; Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2763).

³⁶ Streng, Strafzumessung und relative Gerechtigkeit, 1984, S. 131 ff. Nach einer israelischen Studie soll gar das Hungergefühl die Härte der Entscheidungen beeinflussen, Danziger u.a., PNAS 2011, 6889.

³⁷ Schöch, in: Göppinger/Hartmann, Kriminologische Gegenwartsfragen, 1972, S. 128 (129); Hoven, KriPoZ 2018, 276 (287).

³⁸ Vgl. zum Präzisionsgebot BVerfGE 126, 170 (198 f.); BVerfG, wistra 2016, 21; zustimmend Cornelius, GA 2015, 101 (115); kritisch Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 1 Rn. 20; Rotsch, ZJS 2008, 132 (138 f.).

³⁹ Aus verfassungsrechtlicher Perspektive generell Kaspar (Fn. 18), C 86 ff.

⁴⁰ Ausweichbewegungen in Form von Urteilsabsprachen feststellend Eschelbach, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 1.

⁴¹ Gericke, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 337 Rn. 32; Knauer/Kudlich, in: MüKo-StPO, 2019, § 337 Rn. 110 m.w.N.; vgl. BGH, NJW 1995, 407 (408).

⁴² Vgl. BGH, NStZ 1985, 415; NStZ-RR 2009, 343; NJW 2011, 2819, 2821; Schneider, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2020), § 46 Rn. 320; Knauer/Kudlich, in: MüKo-StPO, § 337 Rn. 111.

⁴³ Gericke, in: KK-StPO, § 337 Rn. 32; Knauer/Kudlich, in: MüKo-StPO, § 337 Rn. 114; Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 188; Goydke, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 541 (542 ff.).

⁴⁴ Eschelbach, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 1; Strate, NStZ 2010, 362 (364 ff.); Maurer (Fn. 32), S. 45 ff.

⁴⁵ So schon Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (265 f.); zur gebotenen Vorsicht bei der entsprechenden Einordnung aber Albrecht, ZStW 102 (1990), 596, 598 f.

⁴⁶ Hoven, KriPoZ 2018, 276 (290).

⁴⁷ Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (266); zur (gefährdeten) öffentlichen Wahrnehmung von Strafurteilen auch Hoven, KriPoZ 2018, 276 (285 ff.).

⁴⁸ So Kaspar/Höfller/Harrendorf, NK 2020, 35 (36) m.w.N.

3. Spannungsfeld des Strafzumessungsrechts

Gleichwohl vermag ein breites Reaktionsinstrumentarium dem Grunde nach als Vorzug des deutschen Systems begriffen zu werden.⁴⁹ Ferner ist es gerade dem deutschen Recht immanent, sich der abstrakt-generellen Regelungstechnik zu bedienen,⁵⁰ sodass sich bereits diesbezüglich eine allzu konkret normierte, punkttähnliche Strafe erheblich von der üblichen Regelungscharakteristik abheben und – systemfremd – dem case law zuwenden dürfte. Ferner bestünden Schwierigkeiten, die Besonderheiten des Einzelfalles entsprechend gesetzlich abzubilden sowie andererseits die Gefahr, mittels einer typisierten, gesetzlich gar vorgegebenen Simplifizierung der entsprechenden Entscheidungen das Strafniveau ohne weitere Kontrolle zu verfestigen.⁵¹ Selbst unverbindlich vorgegebene Regelstrafen mit bloßem Empfehlungscharakter würden aufgrund der damit einhergehenden Pauschalisierung einer gebotenen Würdigung des Einzelfalles anhand der für diesen relevanten Umstände bereits entgegenstehen.⁵² Es droht eine schlichte Mathematisierung der Strafzumessung, welche die Besonderheiten von Tat und Täter außer Acht lassen würde.⁵³

4. Lösungsansätze für das Strafzumessungsrecht

Es zeigt sich also, dass der Spagat, das Strafzumessungsrecht zwischen weitem Regelungsinstrumentarium und nachvollziehbarer Strafzumessung transparenter sowie nachvollziehbarer zu gestalten, ein weiter ist. Daher werden unterschiedliche Lösungsvorschläge unterbreitet, von denen hier zwar nur ein Ausschnitt wiedergegeben werden kann, welcher jedoch seinerseits für das Verständnis des darauffolgenden Zusammenspiels zwischen Legal Tech und Strafzumessungsrecht unentbehrlich scheint.

a) Reform innerhalb des bisherigen Systems

Ein Vorschlag zur praktischen, wenn auch nicht methodischen Eingrenzung weitreichender Strafraumen sieht eine Reform der Strafraumen des Besonderen Teils vor.⁵⁴ Entsprechend des Ziels sollen danach zunächst die großen Spannweiten der Strafraumen reduziert werden, indem einige in der Praxis kaum genutzte Obergrenzen abgesenkt werden sollen.⁵⁵ Dies scheint auf den ersten Blick freilich dort sinnvoll, wo empirische Befunde belegen, dass die

Strafzumessungspraxis ohnehin auf eine Ausreizung des Strafraumens nach oben hin verzichtet. Unbesehen einer von einer derartigen Obergrenze möglicherweise ausgehenden Signalwirkung⁵⁶ stellt sich jedoch die Frage, ob im Falle ohnehin nicht ausgeschöpfter Strafraumen die Korrektur rein kosmetischer Natur wäre, ist die Bedingung für deren Einschränkung doch deren praktisch kaum gegebener Gebrauch, sodass jedenfalls in faktischer Hinsicht kaum eine Einschränkung gewonnen wäre. Während die gleichsam vorgeschlagene Abschaffung unbenannter besonders schwerer Fälle den Strafraumen im Einzelfall spürbar einschränkte,⁵⁷ dürfte die Abschaffung einzeln ausgestalteter minder schwerer Fälle zugunsten einer allgemeinen, in § 49 StGB zu integrierenden Regelung, welche bei erheblichem Überwiegen mildernder Umstände eine Strafraumenmilderung ermögliche,⁵⁸ jedenfalls den eigentlichen Strafraumen nicht einschränken, sondern gar erweitern.

Können diese Vorschläge isoliert betrachtet den eigentlichen Akt wertender Strafzumessung nur wenig konturieren, so wird kumuliert oder alternativ eine entsprechende Reform der allgemeinen Zumessungsnorm des § 46 StGB vorgeschlagen. Von ausdifferenzierten Lösungsvorschlägen⁵⁹ bis zur Empfehlung, anstelle der Schuld des Täters das verschuldete Unrecht in den Mittelpunkt der Betrachtung des § 46 Abs. 1 StGB zu rücken,⁶⁰ finden sich zuhauf Vorschläge, deren Umsetzung bislang jedoch nicht weiter angestrebt wurde.

b) Komparative Strafzumessung

Einen anderen Weg verfolgt demgegenüber die vergleichende Strafzumessung. Angespornt durch regionale Unterschiede und Ungleichheiten versucht diese, einen Ausweg aus dem Spagat zwischen offenem Strafzumessungssystem und starr gebundener, konkreter Strafvorgabe zu finden, indem sie die Technik des Vergleichs der Strafhöhenbemessung als notwendig sowie verbesserungsbedürftig begreift.⁶¹ Dem liegt die Auffassung zugrunde, dass ein Mittelwert früherer Entscheidungen die gesellschaftlichen Wertvorstellungen verkörpere und so einen Fixpunkt darstelle, von dem aus jedenfalls in den Zumessungsvorgang gestartet werden könne.⁶² Entsprechende Abwei-

⁴⁹ Freund, GA 1999, 509 (515); Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (267).

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 13, 225 (229); 25, 371 (396); Larenz/Canaris, Methodenlehre, 1995, S. 71 f.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtslehre, 2015, Rn. 219, 756 ff.; Heinrich, AT, 6. Aufl. (2019), Rn. 135 ff.

⁵¹ Zur drohenden lediglich vordergründigen Gleichheit der Strafen, die eine notwendige Form der Individualisierung von Strafe verhindere Streng in: NK-StGB, § 46 Rn. 199; die Gefahr einer Erhöhung des Strafniveaus mit einem Blick auf die Vereinigten Staaten darlegend Kaspar, NJW-Beil. 2018, 37 (39).

⁵² Maier, in: MüKo-StGB, § 46 Rn. 11.

⁵³ Hoven, KriPoZ 2018, 287 (289); Streng, StV 2018, 593 (600).

⁵⁴ So Kaspar, NJW-Beil. 2018, 37 (40); ders., (Fn. 18), C107; dazu Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765).

⁵⁵ Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 200; Kaspar, NJW-Beil. 2018, 37 (40); für Fälle, in denen die Praxis regelmäßig auf einen minder schweren Fall zurückgreift bejahend auch Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765); a.A. jedoch Maier, in: MüKo-StGB/, § 46 Rn. 11.

⁵⁶ Ein solches Signal annehmend Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765).

⁵⁷ Für eine Streichung bereits Hirsch, in: FS Gössel, 2002, 287 (98 ff.); eingehend zur Methode Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht, 2004, S. 433 f.

⁵⁸ Kaspar, NJW-Beil. 2018, 37 (40); ders., (Fn. 18), C 109 ff.; zustimmend Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765).

⁵⁹ Kaspar, NJW-Beil. 2018, 37 (39 f.); ders., (Fn. 18), C 104 ff.; ferner Kulhanek, NSTZ 2020, 65 (66 ff.).

⁶⁰ So die strafrechtliche Abteilung des 72. Deutschen Juristentags, näher dazu Epik, StV 2019, 489 (491 ff.).

⁶¹ Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (267 ff.); dahingehend auch Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 201: „Was übrig bleibt, ist demnach die Orientierung am Üblichen für vergleichbare Taten, also die Berücksichtigung richterlicher Strafraumen“.

⁶² Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (268); so bereits Freund, GA 1999, 509 (536); a.A. (angemessen sei kein Mittelwert, sondern der untere Rand der aufgefundenen Strafen) Grasnack, JA 1990, 81 (87).

chungen von diesem Fixpunkt bedürften in der Folge jedoch der Begründung.⁶³ Schließlich tendiere die Rechtsprechung ohnehin im Einzelfall zu einem derartigen Vorgehen, liege doch ein revisibler Rechtsfehler (nur) vor, wenn eine verhängte Strafe im Vergleich zu dem nicht näher konkretisierten üblichen Strafmaß außergewöhnlich hoch erscheine.⁶⁴ Daneben sei die Orientierung an Erwägungen in vergleichbaren Fällen nicht nur im Bereich der Massenkriminalität zulässig,⁶⁵ sondern entspreche ohnehin oftmals dem Vorgehen des einzelnen Richters, der sich an einem typischen Testfall orientiere⁶⁶ oder schlicht im Vertrauen auf zugrundeliegende Erfahrungswerte dem staatsanwaltlichen Antrag folge⁶⁷. Dies legt jedenfalls eine stetig immanent vergleichende Strafzumessung nahe.⁶⁸ Bedenkt man die Verbreitung regionaler informeller Richtlinien, so dürfte dieser Befund jedenfalls nur schwerlich von der Hand zu weisen sein, was letztlich auch durch den Maßstab der Revision unterstrichen wird, der sich an dem Verhältnis zu anderen vergleichbaren Fällen bemisst.⁶⁹

Gleichwohl hält auch die Judikatur fest, dass der Vergleich mit anderen Urteilen den Richter *de lege lata* nicht von der Pflicht entbinde, den spezifischen Fall anhand dessen konkreter Parameter zu beurteilen.⁷⁰ Zudem verlangt die im Lichte des § 46 StGB gebotene umfassende Würdigung die Berücksichtigung sämtlicher Nuancen des Einzelfalles,⁷¹ welche in einem bloßen Vergleich verloren gehe. Dies dürfte letztlich auch § 267 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 StPO unterstreichen, wonach nicht sämtlich relevante Strafzumessungsgesichtspunkte geschildert werden müssen,⁷² sodass die Vergleichbarkeit zweier Fälle bereits daher nur unzureichend zu beurteilen sein dürfte.⁷³ Doch auch unbeschrieben wird oftmals dargelegt, dass zahlreiche Zumessungsaspekte erstmalig bei der Urteilsabsetzung formuliert werden, um die zuvor festgelegte Strafe im Nachhinein revisionsfest zu gestalten.⁷⁴ Mithin divergiert bereits die materielle und formelle Identität derselben Entscheidung. So aufwändig die Suche nach einem

jeweils tauglichen Vergleichsfall seitens Vertretern der komparativen Strafzumessung auch ist,⁷⁵ so belegt dies doch die kaum zu leugnende Nähe zu einem den Einzelfall erhöhenden *case law*, welches den individuellen Täter und die gesetzlich gebotene einzelfallspezifische Würdigung vernachlässigt.

c) Strafzumessungsrichtlinien

Den einer komparativen Handhabung entgegenstehenden Umstand, dass Strafzumessungserwägungen routinemäßig an Aspekten orientiert sind, die in der Strafzumessungsbegründung keinerlei Erwähnung finden, umgehen jedenfalls Ansätze, die – in unterschiedlichen Nuancen – ausdifferenzierte Strafzumessungsrichtlinien fordern.⁷⁶ Das Modell solcher Richtlinien ist insbesondere aufgrund der dem US-amerikanischen Recht der 1980er Jahre entstammenden *Sentencing Guidelines* bekannt,⁷⁷ sodass sich die Betrachtung oftmals entsprechend darauf konzentriert.⁷⁸ In den *Federal Sentencing Guidelines* wird der Strafraum selbst durch zwei Faktoren bestimmt. So wird zunächst auf einer Skala von 1-43 der Tatschwerewert ausgewählt, welcher durch die verschiedenen Umstände und Merkmale der Tat modifiziert werden kann,⁷⁹ bevor sodann auf einer Skala von 1-6 der Vorstrafenbelastungswert gewählt wird.⁸⁰ Die nachfolgende Bestimmung des Strafraums erfolgt sodann mittels einer Strafzumessungstabelle, welche anhand zweier Achsen sowie der zuvor ermittelten Werte einen engen Strafraum vorgibt. Sodann wird dieser Rahmen anhand einer Reihe vorgegebener Faktoren aufgefüllt, sodass am Ende die konkrete Strafe steht. Entwickelt wird diese Strafzumessungsta-

⁶³ *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (268); ebenso *Meier* (Fn. 29), S. 238, 257.

⁶⁴ *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (270) unter Verweis auf *BGH*, StV 1986, 57 und *BayObLG*, JR 2002, 166 (167); vgl. ferner *Meier* (Fn. 29), S. 241; eingehend *Maurer* (Fn. 32), S. 139 ff.; ein solches Modell als Einstieg in die Strafzumessung begreifend *Streng*, in: NK-StGB, § 46 Rn. 202.

⁶⁵ *BGH*, NJW 1979, 1666 (1667); einschränkend *BGH*, NJW 2011, 2597 (2599).

⁶⁶ *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 4; *Bruns/Güttge*, 3. Aufl. (2019), § 1 Rn. 30; *Dreher*, MDR 1961, 343 (344).

⁶⁷ *Murmann*, in: FS Frisch, 2013, S. 1131 (1150); *Albrecht*, ZStW 102 (1990), 596 (622 f.).

⁶⁸ *Maurer* (Fn. 32), S. 175 ff. spricht diesbezüglich von einer mittelbar komparativen Strafzumessung.

⁶⁹ *BGH*, NStZ 1985, 415; 1992, 381; 1997, 336 f.; *BGH*, NStZ-RR 2008, 308 f.; *Schneider*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 300.

⁷⁰ *BGH*, NJW 1979, 1666 (1667); 2011, 2597 (2599); ebenso *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. (2017), Rn. 870; *Meier* (Fn. 29), S. 238.

⁷¹ *BGH*, NJW 1973, 1805 (1806); 1976, 2355; *Schäfer/Sander/van Gemmeren* (Fn. 70), Rn. 870 f.; *Meier* (Fn. 29), S. 241 betont jedenfalls die Notwendigkeit der dennoch vorzunehmenden Berücksichtigung der individuellen Umstände des spezifischen Einzelfalles.

⁷² *BGH*, NStZ 2000, 495 (496); 2001, 333; NStZ-RR 2012, 336; 2018, 56; *Peglau*, in: BeckOK-StPO, 38. Ed. (Stand: 1.10.2020), § 267 Rn. 44; *Wenske*, in: MüKo-StPO, 2016, § 267 Rn. 319, der zudem festhält, dass eine erschöpfende Aufzählung auch kaum möglich sei.

⁷³ Zur sprachlichen Unschärfe entsprechender Urteile auch *Maurer* (Fn. 32), S. 181.

⁷⁴ *Eschelbach*, in: SSW-StGB, § 46 Rn. 3; *Maurer* (Fn. 32), S. 181.

⁷⁵ Zu beobachten etwa bei *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (268 ff.).

⁷⁶ Dazu schon *Meyer*, ZStW 118 (2006), 512 m.z.N.; *Reichert*, Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien, 1999, S. 199 ff.

⁷⁷ *Meyer*, ZStW 118 (2006), 512 (512 ff.); dazu *Alder*, Die Strafzumessungsrichtlinien der USA in ihrem Kontext mit Plea Bargaining, 2001, S. 78 ff.; *Uphoff*, Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien, 1998, S. 151 ff.

⁷⁸ Etwa bezüglich der Themenwahl des 72. Deutschen Juristentags, kritisch *Hörnle*, in: *Ambos*, Strafzumessung/Sentencing, 2020, S. 141 (149); besonders kritisch auch *Grosse-Wilde*, ZIS 2019, 130 (130 f.) und *Hörnle*, GA 2019, 282 (285).

⁷⁹ So wird zunächst der Basis-Schwerewert (base offense level) der Tat bestimmt, der sodann durch besondere Tatmerkmale (specific offense characteristics) modifiziert wird, welche in umfangreichen Listen aufgezählt werden, zwischen mildernden und verschärfenden sowie zwischen tatspezifischen und allgemeinen Faktoren unterscheiden. Nach *Kaspar* (Fn. 18), C 80, erhöht etwa das Abfeuern einer Schusswaffe den Basiswert eines Raubs um sieben Punkte, wobei die Verletzung eines Opfers eine weitere Steigerung um zwei Punkte mit sich bringt, während sodann allgemeine Kriterien zu beachten sind, wie etwa eine 3-Punkte-Steigerung bei sog. Hassverbrechen.

⁸⁰ Eingehend *Kaspar* (Fn. 18), C 80 ff.

belle von einer unabhängigen Expertenkommission, welche auch regelmäßig Überarbeitungen vornimmt.⁸¹ Nachdem in den Vereinigten Staaten zunächst von einer Bindungswirkung der Richtlinien ausgegangen wurde, welche Abweichungen nur unter spezifischen Voraussetzungen zuließen,⁸² kommt ihnen nach einer Entscheidung des Supreme Courts aus dem Jahre 2005 lediglich beratende Funktion zu.⁸³ Die lange Zeit bestehende Bindungswirkung soll indes durch die entsprechende Handhabung mindestens einer Richtergeneration faktisch nachwirken, sodass jedenfalls ein Spannungsverhältnis zwischen jüngerer Unverbindlichkeit und alteingesessener Bindungswirkung besteht.⁸⁴

Es ist eben jene Bindungswirkung, welche dem Vorschlag der Strafzumessungsrichtlinien die meiste Kritik einbrachte:⁸⁵ so liefen Strafzumessungsrichtlinien mit Bindungswirkung auf eine Mathematisierung der Strafzumessung sowie den Verlust jeglicher Berücksichtigungsfähigkeit spezifischer Parameter des Einzelfalles hinaus.⁸⁶ Angesichts der zwei Hauptfaktoren sei für weitere, im Einzelfall besonders relevante Umstände kaum noch Raum, sodass eine Marginalisierung relevanter Faktoren zugunsten von Pseudo-Punktstrafen drohe.⁸⁷ Zudem führe das Konstruktionsprinzip der Sentencing Guidelines zu einer bedeutenden Erhöhung des Strafniveaus, während andererseits das Sanktionsspektrum eingeschränkt werde, sodass letztlich die Freiheitsstrafe als Regelstrafe fungiere⁸⁸ und drakonische Strafen verblieben.⁸⁹

Wird demgegenüber vorgeschlagen, die deutsche Strafgestaltung inhaltlich sowie formell nicht an das US-Sanktionssystem anzulehnen, sondern eigene Kriterien aufzubieten und etwa ohne strikte Verbindlichkeit einen Zugewinn an Rechtssicherheit zu erzielen,⁹⁰ so wirft dies bisweilen die Frage auf, ob der Aufwand überhaupt noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem erzielbaren Nutzen stehen könne.⁹¹

III. Legal Tech und Strafzumessung

Genau an dieser Stelle vermag nun der technische Fortschritt in Gestalt des Legal Tech mitunter weiterzuhelfen. Denn wo Kosten-Nutzen-Relationen aufgrund eines hohen Aufwandes in Frage stehen, greifen die Vorzüge moderner Technik ein und bieten das Potenzial, günstig und effizient Arbeitsaufwand sowie Umsetzungskosten zu verringern, sei es in Gestalt automatisierter Daten- bzw. Answererhebungen⁹² oder gar automatisierter Strafver schläge. Entsprechend der weiten Definition von Legal Tech eröffnet sich daher potenziell ein breites Spektrum an Möglichkeiten des Einsatzes moderner Technik im Rahmen der Strafzumessung.

1. Informationsebene

a) Legal Tech und Informationsgrundlagen

So wurde etwa vermehrt eine der empfundenen Willkür entgegenwirkende Datenbanklösung vorgeschlagen, welche (vergleichbar beck-online oder juris) eine große Menge an Strafzumessungsentscheidungen bereithalten soll, um regionale Begrenzungen zu überwinden und nationale Vergleichbarkeit zu gewinnen.⁹³ Auch eine Klassifizierung der Urteile anhand entsprechender Parameter der Einzelfälle soll die Transparenz und Vergleichbarkeit steigern,⁹⁴ sodass ein umfangreicher Datenbestand zu Verfügung stehe. Mit der entsprechenden Umsetzung wurde bereits begonnen.⁹⁵ Dabei vermag sowohl eine online abrufbare Datenbank bereits als Legal Tech zu klassifiziert zu werden, als auch deren Errichtung mittels des Einsatzes moderner Technologie. So können nach dem Einlesen eines Urteils die darin enthaltenen Strafzumessungserwägungen automatisiert erkannt sowie aufgeschlüsselt werden, sodass die entscheidenden Parameter aufgeführt werden. Die Möglichkeiten zur Erfassung der Judikate werden dabei gegenüber einer rein menschlichen Betreuung potenziert. Zwar vermag auch künstliche Intelligenz derzeit noch keinen Text bzw. kein Urteil zu verstehen.⁹⁶ Allerdings kommen die in § 267 Abs. 3 S. 1

⁸¹ Hoven, KriPoZ 2018, 276 (289) betont, dass es nicht Aufgabe des Richters sein könne, weitgehend losgelöst von gesetzlichen Vorgaben ein eigenes Strafzumessungssystem zu entwickeln.

⁸² Dazu auch Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2764).

⁸³ United States vs. Booker, 125 S. Ct. 738 (2005); zu Kontext und Folgen Meyer, ZStW 118 (2006), 512.

⁸⁴ Wie Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2764) festhalten, welche für die Kraft der Gewohnheit auf die deutsche Verständigungspraxis bis zu BVerfGE 133, 168 hinweisen. Dieser Umstand würde bei durchdachten deutschen Sentencing Guidelines dagegen wegfallen, Hoven, KriPoZ 2018, 276 (289); Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2764 f.).

⁸⁵ Generell kritisch Mellinghoff, in: FS Hassemer, 2010, S. 503 (519); Weigend, in: FS Universität Köln, 1988, S. 579 (599); Radtke, DRiZ 2018, 250 (252); Giannoulis, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 255.

⁸⁶ Kritisch Streng, StV 2018, 593 (600); Giannoulis (Fn. 85), S. 255 ff.; Streng (Fn. 36), S. 313 ff. Zu Strafzumessungsrichtlinien ohne starre Verbindlichkeit dagegen Hörnle, in: Ambos, Strafzumessung/Sentencing, 2020, S. 141 (149); Grosse-Wilde, ZIS 2019, 130 (130 f.); Hörnle, GA 2019, 282 (285).

⁸⁷ Kaspar, NJW-Bei 2018, 37 (39); Streng (Fn. 36), S. 315.

⁸⁸ Fischer, Die Normierung der Strafzwecke nach dem Vorbild der U.S. Sentencing Guidelines, 1999, S. 138.

⁸⁹ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 362 f.; Uphoff, Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien, 1998, S. 150.

⁹⁰ Hoven, KriPoZ 2018, 276 (289); Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2764 f.).

⁹¹ So etwa Kaspar (Fn. 18), C 84; Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762 (2765).

⁹² Gerade letztere wären für Sentencing Guidelines notwendig, gleichwohl, ob die Grundlage der Richtlinien Expertenmeinungen oder Meinungsbilder aus der Gesellschaft wären.

⁹³ Meier (Fn. 29), S. 240; Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 202; Kaspar (Fn. 18), C 115; Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271 ff.); Wußler, DRiZ 2020, 8 (9). Zum Beispiel Japans Kaspar, ebenda, C 120.

⁹⁴ Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 202; Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271 f.); Wußler, DRiZ 2020, 8 (9).

⁹⁵ Vgl. Pressemitteilung Universität zu Köln v. 16.7.2019 „Strafzumessungsentscheidungen sollen digital verglichen werden“; ferner Wußler, DRiZ 2020, 8 (9).

⁹⁶ Buchkremer, in: Buchkremer/Heupel/Koch, Künstliche Intelligenz in Wirtschaft & Gesellschaft, 2019, S. 29 (30 ff.); Chowdhury, Introduction to modern information retrieval, 3. Aufl. (2010), S. 406 ff.; Wachsmuth, in: Ausgezeichnete Informatikdissertationen, Hölldobler, Steffen et. al. (Hrsg.), S. 329 (330 ff.).

Hs. 2 StPO zutage tretenden Grenzen der Zumessungsbeurteilung der Technik hier entgegen, müssen doch lediglich die bestimmenden Erwägungen aufgeführt werden – und werden diese bisweilen recht formalisiert und gleichförmig abgefasst. Gerade in solch gleichförmigen Mustern und Strukturen bewähren sich Systeme künstlicher Intelligenz indes bislang,⁹⁷ sodass eine Kategorisierung dadurch erleichtert wird.⁹⁸ Wer nach der Kosten-Nutzen-Relation einer derartigen Datenbank fragt, dürfte dann jedenfalls erfreut zur Kenntnis nehmen, dass die moderne Technik nicht nur bei der Analyse, sondern auch bei der automatisierten Anonymisierung entsprechender, abzubildender Urteile zu helfen vermag. Auch das Problem der mangelnden Datengrundlage⁹⁹ könnte durch Wege der Technik behoben werden, etwa wenn neue Urteile direkt nach deren Abfassung automatisiert an die Anonymisierungssoftware übermittelt würden. Sollte sich dazu eines extern betreuten Programmes bedient werden, ist jedoch angesichts des Datenschutzes auf eine Rechtsgrundlage für die dann notwendige Übermittlung¹⁰⁰ zu achten, wenn man Art. 10 S. 1 DSGVO restriktiv auszulegen gedenkt.¹⁰¹

b) Informationsebene und geltendes Recht

Gleichwohl setzt § 267 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 StPO dem Erkenntnisgewinn durch eine solche Datenbank jedenfalls die der komparativen Strafzumessung bekannten Grenzen, welche zudem durch den Umstand bestärkt werden, dass die abgefassten Strafzumessungserwägungen den tatsächlichen oftmals nicht entsprechen. Wird dies im Hinblick auf die besondere Bedeutung etwa der Tatschwere und der Vorstrafen als hinnehmbar betrachtet,¹⁰² so belegt dies doch gerade die Abkehr von einer spezifischen Würdigung der konkreten Tatumstände zugunsten einiger weniger, vergleichbar erscheinender Faktoren. Dies steht zwar dem Informationsgewinn einer weitreichenden Sammlung, Kategorisierung und damit einhergehenden Vergleichbarkeit verschiedener Strafzumessungsentscheidungen nicht entgegen, belegt aber doch bereits eine gewisse ideelle Nähe zu einem den Einzelfall vernachlässigenden komparativen Vorgehen – oder einer Pauschalierung des Strafzumessungsakts.

Wenn jedoch bereits mit der Arbeit an einer entsprechenden Strafzumessungsdatenbank begonnen wurde, so bleiben – nicht zuletzt aufgrund des enormen Potenzials – jedoch einige bedeutende Fragen zu klären. Denn freilich

soll die Implementierung einer entsprechenden Datenbank mit keiner offen kommunizierten Grundentscheidung zugunsten einer komparativen Strafzumessung anstelle des bisherigen Systems einhergehen. Schwerlich leugnen ließe sich indes doch die der erhöhten Vergleichbarkeit der Entscheidungen immanente faktische Leitwirkung, vermag ein Richter sein Ergebnis doch mittels einer breiten Datenbasis pauschal abzugleichen – oder anzupassen. Die Orientierung an einem gewissen Mittelwert läge nahe.¹⁰³ Ein solcher faktisch auffindbarer Mittelwert bedeutet allerdings nicht, dass darin auch das angemessene Strafniveau verkörpert würde.¹⁰⁴ Soll ein Richter zudem bisweilen ohnehin nicht vom gesetzlichen Strafrahmen, sondern einem typischen Vergleichsfall ausgehen,¹⁰⁵ so würde die eröffnete Bandbreite an Vergleichsfällen den klassischen Akt der Strafzumessung noch weiter hinter eine vergleichende Auslese zurückdrängen. Wie dies mit dem Auftrag des Gerichts in Einklang gebracht werden soll, nach eigener Wertung eine angemessene Strafe festzusetzen,¹⁰⁶ erscheint fraglich. Dies erscheint nur umso bedenklicher vor dem Hintergrund, dass die Bereitstellung einer Datenbank auf Grundlage aus formellen Gründen verkürzter Entscheidungen jedenfalls eine Auswahl an Strafzumessungsaspekten mit sich bringen dürfte, sodass letztlich bereits formelle Aspekte eine Vorentscheidung über Selektion und Gewichtung verschiedener Umstände mit sich bringen dürften, welche das Vergleichsbild weiter verzerrten. Sofern überdies gar verschiedene Parameter unter Hinweis auf die notwendige Pauschalierung zugunsten anderer ausgeblendet würden,¹⁰⁷ mithin eine Datenbank über das bloße Sammeln von Entscheidungen dergestalt hinausginge, dass Parameter nicht nur kategorisiert, sondern selektiert würden, dürfte eine derart gestaltete Strafzumessungsdatenbank sinnbildlich für eine bedenkliche Verkürzung des Strafzumessungsakts stehen – und damit auch die angestrebte Transparenz konterkarieren. Denn wenn anerkannte Strafzumessungsaspekte außen vor blieben und so die Vergleichbarkeit mittels Ausblendung bestimmender Erwägungen zusätzlich verzerrt würde, ginge die Selektionsentscheidung über bloß redaktionellen, objektiv informatorischen Charakter hinaus und würde keine Transparenz schaffen, sondern vielmehr die anvisierte Vergleichbarkeit als solche gänzlich preisgeben. Konsequenz wäre eine Vertiefung der ohnehin angenommenen Differenzierungsarmut der Strafzumessung, welche bereits bisher oftmals auf die Faktoren der Tatschwere und Vorstrafenbelastung zurückgeführt wird.¹⁰⁸

⁹⁷ Vgl. Buchkremer, in: Buchkremer/Heupel/Koch (Fn. 96), S. 29 (30 ff.); Wachsmuth (Fn. 96), S. 329 (331 ff.); Lu/Li/Chen/Kim/Serikawa, Mobile netw Appl 23 (2018), 368 (368 f.); Simbeck/Folkerts/Riazy, BWP 2019, 27 (27 f.).

⁹⁸ Dazu auch Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271 ff.); Wußler, DRiZ 2020, 8 (9).

⁹⁹ Dazu Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (272).

¹⁰⁰ Im Sinne der dann möglichen Kenntnisnahme für die Hersteller bzw. Betreuer der Softwareleistung.

¹⁰¹ Was nicht zwingend notwendig erscheint, da Art. 10 S. 1 DSGVO eine Verarbeitung unter behördlicher Aufsicht und gerade nicht durch die Behörde fordert, sodass entsprechend vertraglich gebundene Dienstleister dem Rahmen des Zulässigen unterfallen dürften.

¹⁰² So Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271) unter Hinweis auf die Notwendigkeit einer gewissen Pauschalierung beim Vergleich mehrerer Urteile.

¹⁰³ Bedenken äußern daher auch Kaspar/Höfler/Harrendorf, NK 2020, 35 (49). Auch die Forderung bei Streng, in: NK-StGB, § 46 Rn. 202, eine entsprechende Datenbank als bloße Orientierungshilfe zu nutzen, ohne die Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung spezifischer Besonderheiten zu ersetzen, dürfte eine solche faktische Leitwirkung implizieren.

¹⁰⁴ Kaspar/Höfler/Harrendorf, NK 2020, 35 (44 f.); Hoven, KriPoZ 2018, 276 (289).

¹⁰⁵ So ja gerade Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (265) m.w.N.

¹⁰⁶ BGHSt 28, 318 (323 ff.); 56, 262 (264); Schneider, in: LK-StGB, § 46 Rn. 300.

¹⁰⁷ So Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271).

¹⁰⁸ Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994, S. 333; Höfer, Sanktionskarrieren, 2003, S. 150.

Zudem ergibt sich eine darüber hinausreichende, mittelbare Bindungswirkung der Datenbank jedenfalls unter Beachtung des revisionsgerichtlichen Maßstabes. Denn wenn zahllose vermeintliche Vergleichsfälle zur Bildung einer Strafunter sowie Obergrenze herangezogen werden,¹⁰⁹ so werden diese Grenzen zwangsläufig aufgrund der Vielzahl der die regionalen Unterschiede abbildenden Fälle nach unten sowie oben verschoben und damit ein breiter Rahmen eröffnet, innerhalb dessen die Strafzumessungsentscheidung der revisionsgerichtlichen Kontrolle entzogen würde. Die Konsequenz wäre zum einen ein noch größerer Spielraum des Richters, innerhalb dessen er zum anderen auch unter Revisionsgesichtspunkten kaum kontrollierbar wäre. Die rein faktische Bindungswirkung einer solchen Datenbank geht damit auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung auch mit einer rechtlichen Bindungswirkung für das Revisionsgericht einher, welche aufgrund des geschaffenen weiten Rahmens komparativ getroffene Entscheidungen der Kontrolle entziehen würde – und damit mittelbar doch eine Grundentscheidung für eine reversionssichere komparative Strafzumessungsentscheidung träge.

2. Anwendungsebene

a) Legal Tech und Strafvorschläge

Auch für den Akt der letztlichen Strafzumessung ließe sich Legal Tech theoretisch fruchtbar machen. So ließe sich zum einen auf Grundlage gerade genannter Datenbank computergestützt unter Berücksichtigung verschiedener Parameter ein Strafvorschlag unterbreiten, welcher freilich rein komparativer Natur wäre. Ungleich leichter bliebe der Einsatz von Technik im Falle des Durchringens zu Strafzumessungsrichtlinien, die sich unschwer mittels einer die verschiedenen Voten abbildenden Software aufstellen ließen und so fortwährend aktualisierbar den Rechtsanwendern zur Verfügung stünden.

Unbesehen dessen sind theoretische Strafzumessungsmodelle denkbar, die softwarebasiert und unabhängig einer Datenbank konkrete Vorschläge unterbreiten. Hervorzuheben ist hier etwa der Vorschlag, die der Strafzumessung immanenten Unschärfen mittels der Unschärfelogik zu bewältigen.¹¹⁰ Das angebotene Modell, welches derzeit auf sechs Eigentums- und Vermögensdelikte beschränkt ist, agiert mittels der Input-Variablen Handlungsunrecht, Erfolgsunrecht und Schuld, wobei diese in überlappende Kategorien eingeteilt sind und in Interdependenz zueinander stehen. Als Output-Variablen stehen Freiheits- und Geldstrafe, wobei das Modell transparent und nachvollziehbar gehalten werden kann. Dies erschiene – bei aller Komplexität der Materie – jedenfalls zwingend, da eine gänzliche Überantwortung der Entscheidung an undurchsichtige Algorithmen zwar Gleichheit ermöglichen, jedoch jede Transparenz beseitigen müsste.

b) Strafvorschläge und geltendes Recht

Die bestehenden Möglichkeiten des Legal-Tech-Einsatzes auf Anwendungsebene zeigen indes auf, dass eine Legal-Tech-basierte Strafzumessung dem Strafzumessungsauftrag des Richters nicht gerecht würde und den Boden individueller, den Einzelfall berücksichtigender Strafzumessung de lege lata verlassen müsste. Denn während datenbankbasierte Vorschläge die Defizite einer Strafzumessungsdatenbank in die letztliche Zumessungsentscheidung transportieren und so das komparative Vorgehen bekräftigen müssten, verließen auch mathematisierend oder mittels technischer Hilfsmittel generierte, ohne komparatives Element auskommende Strafzumessungsvorschläge den Boden des bestehenden Rechts. Denn mit § 46 StGB oder den einzelnen Strafrahmen ist ein solches Vorgehen schwerlich in Einklang zu bringen, müsste dies doch die vorherige Mathematisierung der Strafzumessung anstelle der gebotenen Einzelfallbetrachtung bedeuten und jedenfalls Folgefragen wie die Ausgestaltung einer Bindungswirkung mit sich bringen.¹¹¹ Daher speisen sich auch technologiegestützte Strafzumessungsrichtlinien auf ein Konstrukt, welches es erst noch zu schaffen sowie zu legitimieren gälte.

IV. Strafzumessung am Scheideweg

Was damit verbleibt, ist ein zwar zunehmend proklamieretes Anwendungsfeld von Legal Tech,¹¹² welches derzeit aus strafzumessungsrechtlicher Perspektive allerdings noch nicht dazu bestellt ist. So deutlich der technologiegestützte Einsatz von Sentencing Guidelines dem geltenden Recht zuwiderlaufen würde, so bedenklich erscheint auch die angestrebte Implementierung einer umfassenden Strafzumessungsdatenbank. Denn dieser käme jedenfalls eine faktische Leitwirkung zu, welche mit dem Auftrag der Straffestsetzung nach eigenem Ermessen unter Beachtung der Parameter des Einzelfalles kollidieren müsste. Die Vielzahl abgebildeter Vergleichsfälle würde den tatsächlichen bestehenden Spielraum des Richters nicht nur verfestigen und erweitern, sondern gar auf Grundlage der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung einer Kontrolle weitgehend entziehen. Eine rein komparativ vorgenommene Strafzumessungsentscheidung genösse aufgrund des durch die Anzahl der aufgeführten Entscheidungen revisionsrechtlich unzugänglichen Korridors somit weitestgehend Immunität, sodass sie für den Richter umso verlockender erscheinen würde. Dann aber wäre nicht nur die angestrebte Transparenz preisgegeben, sondern vielmehr auch der die Grundrechtsverletzung des Betroffenen entscheidend prägende Akt der Strafzumessung auf vergleichende Elemente verkürzt und so zu einem Griff in noch undurchsichtigere Gefilde degradiert, was der geltenden Rechtslage nicht gerecht würde.

¹⁰⁹ Vgl. BGHSt 42, 226; NStZ-RR 2008, 308 f.; 2011, 5; StV 2016, 559. Die Heranziehung einer Datenbank in der Revision begrüßend aber Kaspar/Höffler/Harrendorf, NK 2020, 35 (47); Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (272).

¹¹⁰ So Giannoulis (Fn. 85), S. 372 ff.

¹¹¹ Zu diesen Fragen Hoven, KriPoZ 2018, 276 (289 f.).

¹¹² Vgl. Rostalski/Völkening, KriPoZ 2019, 265 (271 ff.); Wußler, DRiZ 2020, 8 (9).

Was damit aus dieser Perspektive für die Strafzumessungsentscheidung ansteht, ist nichts anderes als die bereits häufig gestellte Frage nach der Zukunft der Strafzumessung. Denn eine irgendwie geartete Teilhabe an der Erfolgsgeschichte von Legal Tech hieße, Farbe zu bekennen und sich bewusst für ein Strafzumessungssystem zu

entscheiden. Offen kommuniziert, gesetzlich legitimiert – und ohne versteckte Bindungswirkungen. Daher ist es an der Zeit, sich der Zukunft der Strafzumessung vertieft anzunehmen, bevor die technologische Entwicklung die geltende Rechtslage insgeheim überholt.

Die Zuziehung von Geheimdienstmitarbeitern zu Wohnungsdurchsuchungen nach Strafverfahrensrecht

Zur Grundrechtsrelevanz von unvermeidbaren Nebeneffekten einer beratenden Unterstützung

von Prof. Dr. Fredrik Roggan*

Abstract

Betreten die Mitarbeiter von Geheimdiensten im Rahmen von polizeilichen/staatsanwaltschaftlichen Durchsuchungen Räumlichkeiten, so eröffnet ihnen dies unvermeidbar die Möglichkeit zu eigener Inaugenscheinnahme und damit Informationsgewinnung. Die entsprechende Praxis basiert auf einer Verwaltungsvorschrift, eine explizite Befugnis im Verfassungsschutzrecht existiert nicht. Der Beitrag geht nicht zuletzt den damit aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen nach. In deren Beantwortung ist die ausnahmslose Ablehnung der entsprechenden Verfahrensweise enthalten.

If employees of intelligence services enter the premises during police/prosecutorial searches, this inevitably gives them the opportunity to inspect the premises themselves and thus, obtain information. This practice is based on an administrative regulation. It cannot be founded on any explicit provision in the law governing the protection of the constitution. This article examines, inter alia, the constitutional questions raised by this practice. The answer submitted by the author is that this practice must be rejected without exception.

I. Einleitung

Bei den Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) handelt es sich um ein Regelungswerk, das keine Gesetzeskraft besitzt.¹ Es versteht sich daher von selbst, dass ihre Bestimmungen keine Befugnisse im Zusammenhang mit strafprozessualen Ermittlungen begründen können. Indessen wird in den RiStBV mit Blick auf bestimmte Strafverfahren eine Option angesprochen, die zu Überlegungen grundsätzlicher Natur herausfordert. Unter der Überschrift „Unterrichtung der Behörden für den Verfassungsschutz in Staatsschutz- und

anderen Verfahren“ heißt es in Nr. 205 Abs. 5:

„Angehörige der Behörden für Verfassungsschutz können als Sachverständige oder Auskunftspersonen zu Vernehmungen und anderen Ermittlungshandlungen (z.B. Tatortbesichtigung, Durchsuchung oder Beschlagnahme) zugezogen werden. Ihre Zuziehung ist in den Akten zu vermerken.“

Die damit angesprochene Kooperation von Strafverfolgungsbehörde und Angehörigen des Verfassungsschutzes ist schon deshalb von Bedeutung, weil auf diese Weise unweigerlich – aber möglicherweise intendiert – geheimdienstliche Erkenntnisse in bestimmte Ermittlungsverfahren einfließen (sollen), ohne dass diese interbehördliche Interaktion zwingend den Rechtscharakter einer Datenübermittlung besitzen soll. Durch die Bezeichnung der Funktion der Geheimdienstmitarbeiter² als „Sachverständige“ oder „Auskunftspersonen“ wird vielmehr der Eindruck erweckt, als handele es sich um eine schlichte Amtshilfe,³ womit sich spezialgesetzliche Regelungen erübrigten. Diese bestimmte sich nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. § 4 Abs. 1 VwVfG) und wäre damit aus der Perspektive der Beschuldigten gleichsam „grundrechtsneutral“.⁴

Vor diesem Hintergrund soll die Tätigkeit von Mitarbeitern des Verfassungsschutzes anlässlich von bestimmten Ermittlungshandlungen im Rahmen von Strafverfahren einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Weil es sich bei der in Nr. 205 Abs. 5 RiStBV angesprochenen (Wohnungs-)Durchsuchung um einen Eingriff in ein verfahrensmäßig speziell gesichertes Grundrecht handelt (Richtervorbehalt in Art. 13 Abs. 2 GG),⁵ die zudem regelmäßig ohne vorherige Anhörung des Betroffenen durchgeführt und überdies auch mittels unmittelbaren Zwangs durchgesetzt werden darf, erscheint diese – den

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

¹ Vgl. dazu nur Graf, in: BeckOK-StPO, 38. Ed. (Stand: 1.10.2020), RiStBV Einführung, Rn. 1 ff.

² Zur Bezeichnung der Verfassungsschutzämter als „Geheimdienste“ vgl. Racher/Roggan, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. (2018), Kap. C Rn. 99 f.; a.A. etwa Gazeas, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 54 ff.

³ Demgegenüber ist der Verf. der Ansicht, dass innerhalb eines sicherheitsbehördlichen Verfahrens eine die auf die Inhalte der Ermittlungen bezogene, amts helfende Beteiligung von Geheimdiensten ausnahmslos unzulässig ist, vgl. KriPoZ 2018, 109 (111 ff.); ohne nähere Begründung a.A. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.12.2018 – OVG 1 S 13.18 Rn. 19 – juris.

⁴ Entsprechend ist wohl Krauß, in: BeckOK-StPO, RiStBV 205 Unterrichtung der Behörden für den Verfassungsschutz in Staatsschutz- und anderen Verfahren, Rn. 50 zu verstehen; ausf. zum Verhältnis der Übermittlungsregelungen zum Amtshilferecht Gazeas, S. 552 ff.

⁵ Vgl. statt vieler nur Stern, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. (2019), Art. 13 Rn. 72.

Verfassungsschutzbehörden im Rahmen eigener Aufgabenwahrnehmung nicht gestattet! – Ermittlungshandlung als besonders geeignetes Untersuchungsobjekt. Dazu bedarf es zunächst der Betrachtung des von Nr. 205 Abs. 5 RiStBV offenbar „gedachten“ Unterstützungs-Modells (näher unter II.) und der anschließenden Erörterung, ob die Umstände einer solchen Verfahrensweise nicht doch mit Grundrechtseingriffen einhergehen und sich mithin die Frage ihrer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung stellt (näher unter III.).

II. Das Mitwirkungs-Modell und seine Charakterisierung

Die in Rede stehende Verwaltungsvorschrift qualifiziert die zuzuziehenden Personen als „Sachverständige“ (näher unter 1.) und „Auskunftspersonen“ (näher unter 2.). Während erstere zumindest in begrifflicher Hinsicht der Strafprozessordnung durchaus bekannt sind, lässt sich dies von letzteren nicht sagen.

1. Geheimdienstmitarbeiter als Sachverständige

Das Regelungsmodell von Nr. 205 Abs. 5 RiStBV beschreibt eine teilweise verdeckte Sachverständigentätigkeit (unter a). Es hat – obgleich dies der Wortlaut suggerieren könnte – nicht nur einen Informationsfluss zugunsten der Strafverfolgungsbehörde zum Gegenstand (unter b), sondern besitzt für die Verfassungsschutzbehörden auch eine Türöffnerfunktion (unter c).

a) Besonderheiten der Geheimdienstmitarbeiter als Sachverständige

Mit Blick auf die in Nr. 205 Abs. 5 RiStBV zuerst genannten Sachverständigen ist sogleich zu bemerken, dass es sich hierbei nicht um solche im Sinne der §§ 72 ff. StPO handelt, denn diese sind persönliche Beweismittel, die richterlich bestellt werden und sich dadurch auszeichnen, dass sie auf einem bestimmten Wissensgebiet eine dem Gericht fehlende Sachkunde besitzen.⁶ Zwar kommt auch bereits im Ermittlungsverfahren eine Heranziehung von Sachverständigen durch Polizei oder Staatsanwaltschaft in Betracht, die dann aus bestimmten Gründen zur Begutachtung eines Sachverhalts verpflichtet sein können.⁷ Eine solche Verpflichtung eines Geheimdienstmitarbeiters kann aus der in Rede stehenden Verwaltungsvorschrift jedoch nicht herausgelesen werden, weil dort schon nicht seine Namhaftmachung vorgesehen ist und die zugezogene Person in der Folge auch nicht als Beweismittel zur Verfügung steht bzw. stehen soll. Folglich handelt es sich bei den Mitarbeitern einer Verfassungsschutzbehörde um Sachverständige, die lediglich der Polizei und Staatsanwaltschaft und dies auch nur im Ermittlungsverfahren beratend zur Verfügung stehen. Weder die Verteidigung noch das Gericht haben hiernach die Möglichkeit, die Art,

den Umfang und den Inhalt der Sachverständigentätigkeit nachzuvollziehen.

Obgleich es sich bei einer Wohnungsdurchsuchung um eine ausnahmslos offen durchzuführende Ermittlungsmaßnahme handelt,⁸ legt es Nr. 205 Abs. 5 RiStBV offenbar darauf an, dass ein Teilbereich der bei dieser Gelegenheit bewirkten Kenntniserlangung von den übrigen Verfahrensbeteiligten abgeschirmt wird: Die Regelung spricht diesbezüglich nur davon, dass der Umstand der Zuziehung in den Akten zu vermerken ist, nicht aber von den Einzelheiten der sachverständigen Tätigkeit. Allerdings schließt die Regelung umgekehrt auch nicht aus, dass sich die Mitarbeiter des Verfassungsschutzes im Einzelfall als solche zu erkennen geben, wie dies in der Vergangenheit vereinzelt bereits der Fall war.⁹

Auch kann der ansonsten geltende Grundsatz, wonach während des Ermittlungsverfahrens der Staatsanwalt dem Verteidiger vor der Auswahl eines Sachverständigen grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben hat (Nr. 70 Abs. 1 RiStBV), keine Geltung beanspruchen. Freilich bekennt sich die Vorschrift hierzu nicht. Obgleich damit von der „Teilverdeckung“ einer Wohnungsdurchsuchung in personeller Hinsicht gesprochen werden kann, lohnt der Versuch einer Annäherung an die *tatsächlichen Möglichkeiten* einer derartigen Sachverständigen-(Hin-)Zuziehung. Insbesondere soll nachfolgend der Frage nachgegangen werden, welche Informationszugänge bei entsprechenden Gelegenheiten möglich, unvermeidbar oder auch intendiert sind.

b) Informationsfluss in Richtung der Strafverfolgungsbehörden

Allgemein kommen als Sachverständige nicht nur Personen in Frage, die auf komplexen wissenschaftlichen, künstlerischen oder technischen Gebieten besondere Kenntnisse besitzen und Laien auf diesem Gebiet bestimmte Vorgänge näher erläutern können.¹⁰ In Betracht kommen auch Personen, deren Sachkunde nicht-wissenschaftlicher Natur ist.¹¹ Im Falle von Mitarbeitern der Verfassungsschutzbehörden kann deren Sachkunde zumindest im Ansatz (dazu sogleich) aus sämtlichen Erkenntnissen bestehen, über die sie aufgrund eigener Aufgabenwahrnehmung – namentlich der Beobachtung der in § 3 Abs. 1 BVerfSchG genannten Bestrebungen und Tätigkeiten – verfügen. Dabei handelt es sich um sämtliche Datenbestände, die im Rahmen der Sammlung und Auswertung von Informationen – etwa über verfassungsfeindliche Kräfte, Gruppen und Parteien im Vorfeld möglicher Gefährdungen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung¹² – erhoben wurden. Allerdings dürfte im Rahmen einer Amtshilfe von vornherein nur auf denjenigen Teil des geheimdienstlichen Wissens-Reservoirs zurückgegriffen werden, der nicht personenbezogen ist. Andern-

⁶ Vgl. dazu statt vieler nur *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), Vor § 72 Rn. 1.

⁷ *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 163 Rn. 39.

⁸ Ausf. *Roggan*, in: FG Graulich, 2019, S. 115 ff.

⁹ Vgl. *BayLfD*, 27. Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für den Datenschutz – Berichtszeitraum 2015/2016 (2017), S. 79.

¹⁰ *Möllers*, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl. (2018), Stichwort: Sachverständiger.

¹¹ *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, Vor § 72 Rn. 1.

¹² Ausf. dazu etwa *Roth*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. (2019), § 4 BVerfSchG Rn. 87.

falls besäße die sachverständige Zuarbeit den Charakter einer Datenübermittlung.

Der Wortlaut von Nr. 205 Abs. 5 RiStBV legt es in diesem Kontext zunächst nahe, dass es der Regelung alleine um eine Dienstbarmachung von geheimdienstlichen Erkenntnissen für strafverfolgerische Belange geht. Sie beschreibe damit einen Informationsfluss ausschließlich zugunsten bzw. in Richtung der Strafverfolgungsbehörde. Die Unterstützung durch die zugezogenen Angehörigen der Verfassungsschutzbehörde hätte sich dabei auf eine *reine* Sachverständigentätigkeit zu beschränken.

Auf welche Art und Weise sich die Tätigkeit der Geheimdienstmitarbeiter im Rahmen der Durchsuchung gestalten darf bzw. soll, regelt Nr. 205 Abs. 5 RiStBV nicht. Da insoweit jegliche Restriktionen fehlen, kommen sämtliche Beteiligungsformen in Betracht, die nicht als selbstständige Durchsuchungshandlungen zu bewerten sind.¹³ In der Sache dürfte es sich um eine *Beratung* der durchsuchenden Ermittler von Polizei und Staatsanwaltschaft handeln,¹⁴ die von der Erläuterung der Bedeutung bereits aufgefundener Beweisstücke bis hin zur Anregung weiterer, konkreter Durchsuchungshandlungen reichen kann. Beschränkte sich die Tätigkeit der Geheimdienstmitarbeiter hierauf und spielten personenbezogene Informationen tatsächlich keine Rolle, wäre etwa von einer *beratend-unterstützenden Amtshilfe* zugunsten der Strafverfolger zu sprechen.

Zusammenfassend wäre eine solche, rein beratende Tätigkeit dadurch zu charakterisieren, dass sie einen Informationsfluss ausschließlich zugunsten der Strafverfolgungsbehörde zum Gegenstand hätte. Tatsächlich dürfte der Wirkmechanismus einer Zuziehung von Geheimdienstmitarbeitern zu Ermittlungshandlungen damit aber nur unvollkommen umschrieben sein.

c) Gleichzeitige Gelegenheit zur geheimdienstlichen Informationserlangung

Schon die Betitelung der hier interessierenden Verwaltungsvorschrift, die von der „Unterrichtung“ der Verfassungsschutzbehörden über bestimmte Strafverfahren spricht, liefert einen Hinweis auf die anlassbezogene und gleichsam strafverfolgerisch vermittelte Möglichkeit zur geheimdienstlichen Informationsgewinnung. Denn *Unterrichten* meint seinem Wortsinn nach u.a. das Verschaffen von Kenntnissen und Informationen.¹⁵ Aber selbst wenn eine solche Gelegenheit zur geheimdienstlichen Informationsgewinnung von Nr. 205 Abs. 5 RiStBV nicht intendiert sein sollte – was auf einen verfehlten Regelungsstandort hindeutete –, stellt sich eine solche als unvermeidbar dar:

Um die sachverständige bzw. beratende Tätigkeit in genanntem Sinne überhaupt durchführen zu können, sind die geheimdienstlichen Mitarbeiter vor allem auch mit den räumlichen Verhältnissen einer durchsuchten Wohnung in „visuell-wahrnehmenden Kontakt“ zu bringen. Denkbar ist diesbezüglich ihre zeitgleiche, persönliche Anwesenheit in der durchsuchten Räumlichkeit ebenso wie beispielsweise die Anfertigung von Foto- und/oder Videoaufnahmen, mithilfe derer unter den Bedingungen einer räumlichen Trennung eine sachverständige Unterstützung der durchsuchenden Ermittler ermöglicht werden kann. Neben der Erfassung der räumlichen Verhältnisse kann auf diese Weise auch die Anwesenheit von Personen registriert werden.

Unabhängig aber davon, wie sich die Inaugenscheinnahme der räumlichen Verhältnisse einschließlich der Einrichtung einer durchsuchten Wohnung im Einzelfall gestaltet, ist diese zwingend mit sinnlichen, insbesondere visuellen Wahrnehmungen durch die Mitarbeiter des hinzugezogenen Geheimdienstes verbunden, denn hierbei handelt es sich um eine unabdingbare Voraussetzung für die bewertende Sichtung bzw. begutachtende Tätigkeit. Solche Einblicke können im Falle der Durchsuchung von Privatwohnungen bis hin zur Kenntnisnahme von der Intimsphäre zuzurechnenden Sachverhalten reichen. Zwar handelt es sich bei diesem Umstand keineswegs um eine Besonderheit der hier interessierenden Sachverständigentätigkeit. Jedoch ist in den gegenständlichen Konstellationen zu berücksichtigen, dass die hinzugezogenen, geheimdienstlichen Sachverständigen qua eigener beruflicher Tätigkeit die Aufgabe haben, Informationen über bestimmte Bestrebungen und Tätigkeiten, insbesondere von sach- und personenbezogenen Auskünften, Nachrichten und Unterlagen, zu sammeln und auszuwerten (vgl. § 3 Abs. 1 BVerfSchG). Es handelt sich bei Durchsuchungen im Rahmen von staatschutzrelevanten Ermittlungsverfahren mithin nicht nur um Gelegenheiten zur Erlangung von Beweismitteln, sondern auch um solche zur Sammlung von verfassungsschutzrelevanten Informationen. Richtigerweise wird gerade mit Blick auf die hier interessierende Verwaltungsvorschrift konstatiert, dass trotz der unterschiedlichen Aufgabenbereiche und Vorgehensweisen erkenntnisinteressebezogene Überlappungsbereiche von Strafverfolgungsbehörden und Verfassungsschutzbehörden existieren.¹⁶ In diesem Sinne handelt es sich bei Wohnungsdurchsuchungen unter der Anwesenheit von strafverfolgenden Ermittlern *und* Geheimdienstmitarbeitern um eine situativ-räumliche Manifestation dieser Überlappungen. Daraus folgt, dass von einer Gelegenheit zur Informationssammlung durch hinzugezogene Geheimdienstmitarbeiter nur dann nicht ausgegangen werden könnte, wenn deren originäre Aufgabe für den Zeitraum der Anwesenheit in durchsuchten Räumen suspendiert wäre. Bildlich gesprochen hätten diese Mitarbeiter den Ort der Durchsuchung mit demselben Kenntnisstand

¹³ So wohl auch *Krauß*, in: BeckOK-StPO, RiStBV 205 Unterrichtung der Behörden für den Verfassungsschutz in Staatsschutz- und anderen Verfahren, Rn. 50: Es ist ausgeschlossen, dass „die eingesetzten Mitarbeiter der Verfassungsschutzbehörden in gleicher Weise wie die Ermittlungspersonen handeln“.

¹⁴ Vgl. *Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrechts, 2007, S. 572: „bewertende Sichtung“.

¹⁵ Vgl. etwa *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, 9. Aufl. (2019), Stichwort „unterrichten“.

¹⁶ Vgl. *Krauß*, in: BeckOK-StPO, RiStBV 205 Unterrichtung der Behörden für den Verfassungsschutz in Staatsschutz- und anderen Verfahren, Rn. 7.

zu verlassen, mit dem sie ihn zuvor betreten hatten. Eine solche Vorstellung ist nicht nur lebensfern, sondern enthält auch keine Konkretisierung im geltenden Geheimdienstrecht. Indessen begründet das Fehlen eines Verbots zur Informationsgewinnung noch keine entsprechende Befugnis (hierzu näher unter III.).

In der Praxis soll das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) zur gutachterlichen Tätigkeit regelmäßig erst *nach Abschluss* der polizeilichen Maßnahmen hinzugezogen werden.¹⁷ Bei einer solchen Verfahrensweise fände die geheimdienstliche Beratung allerdings erst nach dem Ende der Durchsuchung¹⁸ statt, womit sich die Frage stellt, auf welche Weise bzw. auf welcher rechtlichen Basis eine Verfassungsschutzbehörde in den Besitz der sachverständig zu begutachtenden Beweismittel gelangt (näher dazu unter IV.). Überdies unterscheidet sie sich von dem nach Nr. 205 Abs. 5 RiStBV geregelten Modell (Hinzuziehung zur Durchsuchung) dadurch, dass die Sachverständigentätigkeit sich auf die Durchsuchungsergebnisse bezieht bzw. beschränkt. Es ließe sich mithin von einer *unechten* Zuziehung sprechen.

Zusammenfassend kann bis hierhin festgestellt werden, dass die Informationsgewinnung durch Verfassungsschutzmitarbeiter zu geheimdienstlichen Zwecken anlässlich der hier gegenständlichen Wohnungsdurchsuchungen aus tatsächlichen Gründen als Begleiteffekt notwendig bzw. unvermeidbar ist. Deshalb liegt nach hier vertretener Auffassung ein Verständnis der solchermaßen durchgeführten Maßnahmen als *doppelfunktional* nahe. Von untergeordneter Bedeutung erscheint demgegenüber, ob diese Doppelfunktionalität als echt oder unecht¹⁹ charakterisiert wird. Unabhängig davon, wie das von Nr. 205 Abs. 5 RiStBV beschriebene Modell insoweit qualifiziert wird, lässt sich die Mitwirkung der Geheimdienstmitarbeiter nicht als bloße Amtshilfe verstehen, denn dann müsste sich ihre Tätigkeit als *rein fremdnützig*²⁰ darstellen. Tatsächlich kann oder soll diese aber auch geheimdienstlichen Zwecken dienen.

Ob sich deshalb die datenschutzseitig erhobene Forderung, die Zusammenarbeit der Angehörigen von Strafverfolgungsbehörden einerseits und Geheimdienstmitarbeitern andererseits möge sich auf eine rein unterstützende Beratung beschränken,²¹ jemals realisieren lässt, erscheint mehr als fraglich. Vielmehr spricht nach dem Gesagten viel dafür, die Strafverfolger aus der Perspektive der Geheimdienstmitarbeiter – und dies auch im Tatsächlichen – als *Türöffner* zu betrachten.

2. Geheimdienstmitarbeiter als Auskunftspersonen

Neben der Zuziehung der Geheimdienstmitarbeiter als Sachverständige im Sinne einer beratenden Unterstützung

kommt nach Nr. 205 Abs. 5 RiStBV auch deren Eigenschaft als Auskunftspersonen als Anknüpfungspunkt in Betracht. Während der StPO Sachverständige nicht fremd sind, kennt diese eine personale Kategorie namens „Auskunftspersonen“ nicht. Es ist deshalb keineswegs offenkundig, welche Angehörigen der Verfassungsschutzbehörden zur Durchsuchung zugezogen werden dürfen, ohne dass diese zugleich beratend bzw. unterstützend tätig und damit als Sachverständige anzusehen wären. Darauf, dass diese aus der Perspektive der Strafverfolgungsbehörde jedenfalls unterschiedliche Funktionen erfüllen können oder sollen, weist der Wortlaut hin („oder“).

Im polizeilichen Sprachgebrauch werden als Auskunftspersonen u.a. auch Hinweisgeber bezeichnet, die in ein kriminelles Milieu eingebunden sind und mit Hinweisen den Auftrag zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung unterstützen können.²² Dies könnte bedeuten, dass die Vorschrift beispielsweise solche Mitarbeiter meint, die unter einer ihnen verliehenen Legende zur Aufklärung von verfassungsschutzrelevanten Bestrebungen eingesetzt sind (vgl. § 9a Abs. 1 BVerfSchG). Deren Funktion im Rahmen einer Durchsuchung bestände dann vor allem darin, den strafverfolgenden Ermittlern als Auskunftsquelle zur Verfügung zu stehen. Anders als bei der beratenden Unterstützung als Sachverständige beschränkte sich deren Mitwirkung dann tatsächlich auf eine passive Rolle. Freilich wäre auch in diesem Falle das Verbot der Preisgabe personenbezogener Daten zu beachten, wenn sich diese Art der Mitwirkung als bloße Amtshilfe darstellen soll. Das von Nr. 205 Abs. 5 RiStBV beschriebene Modell hätte in dieser Erscheinungsform dann einen einseitigen Informationsfluss zugunsten der Strafverfolgungsbehörde zum Gegenstand.

Unabhängig davon erscheint eine persönliche Anwesenheit von solchen – in beobachtete Bestrebungen eingeschleusten – Geheimdienstmitarbeitern aus Gründen der Geheimhaltung kaum vorstellbar. Zwar käme eine Zuziehung per fernmündlicher Konsultation o.ä. in Betracht. Aber auch eine solche wäre in den Akten zu vermerken und offenbarte die Existenz des Angehörigen des Verfassungsschutzes in einer von ihm beobachteten Bestrebung. Ob dies jemals mit der grundsätzlich verdeckten Informationsbeschaffung durch einen Geheimdienst vereinbar ist, erscheint zumindest schwer vorstellbar.

Insgesamt ist damit unklar, wie sich die Zuziehung von Verfassungsschutzmitarbeitern zu Durchsuchungen in deren Funktion als Auskunftsperson überhaupt darstellen kann. Noch mehr, als dies bei der Zuziehung als Sachverständige der Fall ist, bleibt offen, inwieweit diese Vorgehensweise als Ausprägung der *Unterrichtung* der Verfassungsschutz- durch Strafverfolgungsbehörden (s.o.) verstanden werden kann.

¹⁷ Droste, S. 572.

¹⁸ Vgl. dazu nur Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 14.

¹⁹ Der Begriff wird vor allem bei der Beschreibung der strafverfolgenden und gefahrenabwehrenden Zweckrichtung von polizeilichen Maßnahmen verwendet, vgl. etwa Roggan, Die Polizei 2008, 112 (113).

²⁰ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. (2018), § 4 Rn. 35.

²¹ BayLfD, S. 81.

²² Borsdorff, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl. (2018), Stichwort: Auskunftsperson.

3. Zu weiteren Mitwirkungsmöglichkeiten an strafrechtlichen Ermittlungen

Das von Nr. 205 Abs. 5 RiStBV beschriebene Kooperationsmodell umschreibt eine weit reichende Einbeziehung von Geheimdiensten in ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren: Weder erfolgt eine Beschränkung auf die hier besonders interessierenden Durchsuchungen, noch eine solche auf eine nur punktuelle Zuziehung. Der Wortlaut schließt nicht einmal eine Kooperation bei *sämtlichen* Ermittlungshandlungen der Strafverfolgungsbehörden im Sinne einer ständigen Beratung bzw. Unterstützung in oben genanntem Sinne aus. Dazu, ob jede einzelne Zuziehung in den Akten zu vermerken ist, äußert sich die Vorschrift nicht. Es ist mithin nicht ausgeschlossen, dass lediglich „die Zuziehung“ als solche aktenmäßigen Niederschlag findet, so dass ggf. der tatsächliche Umfang der geheimdienstlichen Beteiligung vor den anderen Verfahrensbeteiligten (insbesondere dem Gericht und der Verteidigung) verborgen bliebe. Freilich stehen diesen Beteiligten entsprechende Aufklärungsmöglichkeiten zur Verfügung, die an dieser Stelle indessen keine nähere Betrachtung erfahren sollen.

Nur am Rande soll der Blick gelenkt werden auf eine weitere Ermittlungshandlung, die in der in Rede stehenden Vorschrift explizit genannt wird: Die Zuziehung der Geheimdienstmitarbeiter kommt namentlich in Betracht bei Vernehmungen und damit – mangels Ausschluss – auch bei *Zeugen*vernehmungen. Dies erscheint von Bedeutung, weil eine solche Ermittlungshandlung wiederum mit Zwang(smitteln) durchsetzbar ist. Dies folgt unmittelbar aus § 161a Abs. 2 StPO, wonach der Staatsanwaltschaft bei unberechtigter Zeugnisverweigerung die Befugnis zur Verhängung von Maßregeln zusteht. Damit wird den Geheimdienstmitarbeitern eine Erkenntnisquelle eröffnet, die ihr – wiederum – qua eigener Befugnisse nicht zur Verfügung stände.

III. Zu geheimdienstlichen Eingriffen in das Wohnungsgrundrecht

Nachdem zuvor vor allem die tatsächlichen Aspekte der geheimdienstunterstützten Wohnungsdurchsuchungen im Vordergrund standen, ist nachfolgend die verfassungsrechtliche Tragfähigkeit dieses Vorgehens zu betrachten.

1. Zur (Un-)Vermeidbarkeit von Eingriffen und den daraus folgenden Konsequenzen

Durch die Zuziehung der Angehörigen der Verfassungsschutzbehörden wird diesen die Möglichkeit zum Betreten der durchsuchten Wohnung sowie zur Inaugenscheinahme der räumlichen Verhältnisse eröffnet. Indessen ist zu berücksichtigen, dass es sich nicht um ein eigenständiges Vorgehen der Geheimdienstmitarbeiter handelt, sondern um ein solches, das aus strafverfolgerischer Aufgabenerfüllung abgeleitet wird. Für sich genommen bzw.

ohne Weiteres ist nicht festzustellen, dass ihre Anwesenheit mit einer Intensivierung des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 GG oder gar einem selbstständigen Eingriff führen würde. Mit Blick auf andere Sachverständige (IT-Fachleute, Beamte der Steuerfahndung etc.) wird demzufolge – indessen ohne explizite Problematisierung – auch richtigerweise angenommen, dass deren Zuziehung zulässig ist, ohne dass erhöhte tatbestandliche Voraussetzungen zu erfüllen wären.²³ In diesem Sinne ist ein zusätzlicher Sachverstand bei der Durchführung einer Durchsuchung, genügt dieser denn dem Gebot der Unparteilichkeit,²⁴ grundrechtlich „neutral“ und kann sogar zu einer Reduzierung von sichergestellten, beweisereblichen Gegenständen führen.²⁵

Indessen können diese (Vor-)Überlegungen angesichts der zuvor konstatierten Doppelfunktionalität der hier interessierenden Durchsuchungsmaßnahmen nicht dazu führen, einen Eingriff in das Wohnungsgrundrecht durch die geheimdienstliche Zuziehung zu negieren. Denn nach dem zugrunde zu legenden modernen Eingriffsverständnis bedarf es nicht notwendig einer finalen, also gezielten Beeinträchtigung von Art. 13 Abs. 1 GG. Ausreichend ist vielmehr jede staatliche Maßnahme, die den Schutzbereich des Grundrechts *tatsächlich* verkürzt. Ausreichend ist, dass die Beeinträchtigung einem Hoheitsträger zuzurechnen ist.²⁶ Insoweit muss sich nach hier vertretener Ansicht entscheidend auswirken, welche Vorstellung die betroffenen Grundrechtsträger von der Anwesenheit der Geheimdienstmitarbeiter in den von ihnen genutzten Räumen haben bzw. vernünftigerweise haben und dies unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt sie von diesem Umstand erfahren. Nahe liegend werden diese davon ausgehen, dass die Angehörigen des Verfassungsschutzes die Gelegenheit zur beratenden Unterstützung der Strafverfolger zugleich – und in oben bezeichnetem Sinne zumindest unvermeidbar – zur Erhebung von personenbezogenen Informationen nutzen und anschließend auf beliebige Weise in die geheimdienstliche Aufgabenerfüllung einfließen lassen. An einem Eingriff in das Wohnungsgrundrecht wäre selbstredend noch weniger zu zweifeln, wenn die Zuziehung der Geheimdienstmitarbeiter von vornherein dazu dienen soll, diesen die Erhebung von Informationen in den durchsuchten Räumen zu ermöglichen, was angesichts der Verortung von Nr. 205 Abs. 5 RiStBV in einer Regelung über die Unterrichtung der Verfassungsschutzbehörden zumindest nicht abwegig ist.

Wenn demzufolge die Anwesenheit von Geheimdienstmitarbeitern mit einem Eingriff in das Wohnungsgrundrecht einhergeht, so ist zwingend die Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu beantworten. Eine Ermächtigungsgrundlage müsste sich in den für die Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden geltenden Regelungen finden. Dies indessen ist weder auf Bundes- noch auf Landesebene der Fall. Keiner näheren Begründung bedarf, dass Nr. 205 Abs. 5 RiStBV aufgrund ihres

²³ Vgl. nur Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 105 Rn. 8b.

²⁴ BVerfG, HRRS 2007, Nr. 961, Rn. 6; vgl. auch Wohlers/Jäger, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 105 Rn. 51; Tsambikakis, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2019), § 105 Rn. 122.

²⁵ Hauschild, in: MüKo-StPO, 2014, § 105 Rn. 35.

²⁶ Zusammenfassend etwa Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 313; jüngst auch Hebler/Berg, JA 2021, 89 (92).

einleitend (unter I.) genannten Charakters keine Befugnis begründen kann.

Zusammenfassend lässt sich bis hierhin konstatieren, dass das in dieser Verwaltungsvorschrift beschriebene Vorgehen verfassungsrechtlich nicht tragfähig ist. Damit ist und war die Hinzuziehung von Geheimdienstmitarbeitern zu Wohnungsdurchsuchungen nach Strafverfahrensrecht ausnahmslos rechtswidrig. Weil sich eine entsprechende Rüge gegen die Teilnahme bestimmter Beteiligten und damit gegen Art und Weise einer Durchsuchung zu richten hätte, wäre als Rechtsbehelf ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO zu wählen.²⁷ Zu erwägen wäre darüber hinaus, ob wegen der geheimdienstlichen Grundrechtseingriffe auch der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

2. Rechtspolitische Überlegungen de lege ferenda

Dieses Ergebnis wirft die Frage auf, ob die Gesetzgeber auf Bundes- und Landesebene die Möglichkeit zur Beteiligung von Geheimdienstmitarbeitern an Wohnungsdurchsuchungen nach Strafverfahrensrecht durch die Verabschiedung einer Befugnisnorm schaffen und die beschriebene Praxis damit legalisieren sollten. Als Regelungsstandorte kämen die Verfassungsschutzgesetze in Betracht.

Eine solche Legalisierung beträte auf der Ebene des Bundesrechts schon deswegen Neuland, weil das Bundesverfassungsschutzgesetz bislang keine Eingriffe in Art. 13 Abs. 1 GG zulässt, die tatbestandlich auf geheimdienstliche Zwecke bezogen sind. So darf das in einer Wohnung nicht öffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln nur dann heimlich mitgehört oder aufgezeichnet werden, wenn es im Einzelfall zur Abwehr einer gegenwärtigen gemeinen Gefahr oder einer gegenwärtigen Lebensgefahr für einzelne Personen unerlässlich ist und geeignete polizeiliche Hilfe für das bedrohte Rechtsgut nicht rechtzeitig erlangt werden kann. Die identischen Voraussetzungen gelten für die Anfertigung von Bildaufnahmen und –aufzeichnungen (vgl. § 9 Abs. 2 S. 1 und 2 BVerfSchG). Bei solchen Lausch- und Spähangriffen handelt es sich erkennbar um funktional gefahrenabwehrende Befugnisse,²⁸ mithin nicht um solche, die der geheimdienstlichen Aufgabenerfüllung (sondern der polizeilichen) dienen sollen. Art. 13 GG wird auch lediglich in diesem Kontext als eingeschränktes Grundrecht genannt (§ 9 Abs. 2 S. 9 BVerfSchG), woraus sich ohne weiteres ergibt, dass das BfV darüber hinausgehend keine entsprechenden Befugnisse besitzt. Daraus ergibt sich beispielsweise, dass auch verdeckte Mitarbeiter im Zusammenhang mit der Erfüllung ihres Beobachtungsauftrags (§ 9a Abs. 1 BVerfSchG) Wohnungen *nicht* betreten dürfen.²⁹ Der Bundes-

gesetzgeber übt damit – anders als das mitunter auf Landesebene der Fall ist³⁰ – größte Zurückhaltung bei der Befugnis des BfV zu Eingriffen in das Wohnungsgrundrecht aus. Als jüngste Ausprägung dieser Zurückhaltung mag das jüngste Gesetzgebungsverfahren angesehen werden, in dem bei einem früheren Entwurf zu einem Gesetz zur „Harmonisierung des Verfassungsschutzrechts“ noch eine Betretungsbefugnis für Geheimdienstmitarbeiter im Kontext mit der Vorbereitung von verdeckten Eingriffen in IT-Systeme vorgesehen war (§ 9e Abs. 6 BVerfSchG-E),³¹ diese Regelung nach medialer Aufmerksamkeit³² jedoch aus dem in den Jahren 2020/2021 diskutierten Entwurf³³ wieder entfernt wurde.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass nicht zuletzt die Gesetzesvorbehalte der Art. 13 Abs. 2 bis 7 GG ein Bild von der Wohnung als grundsätzlich „geheimdienstfreier Sphäre“ zeichnen. Es sind lediglich die dort gemeinten (Absatz 2) oder explizit genannten (Absätze 3 bis 5 und 7) Zwecke, die Beschränkungen zulassen. Zu ihnen gehört die geheimdienstliche Aufgabenerfüllung nach aktueller gesetzgeberischer Wertung nicht. Eine Legalisierung von Betretungsrechten im Kontext mit Wohnungsdurchsuchungen durch Strafverfolgungsbehörden ließe dieses Bild verschwimmen.

IV. Exkurs: Übermittlung von „Art. 13-Daten“ an Geheimdienste?

Ungeachtet der vorstehend erwogenen Bedenken gegen eine Befugnis von Geheimdiensten zu eigenständigen Datenerhebungen in oder aus Wohnungen ist aus zweierlei Gründen zu klären, ob in einem Strafverfahren durch Eingriffe in das Wohnungsgrundrecht erhobene Informationen (im Folgenden: Art. 13-Daten) für eine Übermittlung an Verfassungsschutzbehörden *de lege lata* überhaupt in Betracht kommen: Einerseits sind die Strafverfolgungsbehörden unter den in § 18 Abs. 1 lit. b BVerfSchG genannten Voraussetzungen zu Übermittlungen – jedenfalls im Grundsatz, näher dazu im Folgenden – *verpflichtet* („unterrichten von sich aus ...“),³⁴ wenn dies zur geheimdienstlichen Aufgabenerfüllung erforderlich erscheint. Und andererseits kommt eine Übermittlung auch im strafverfolgerischen Interesse in Betracht, wenn nämlich die sachverständige Begutachtung von Durchsuchungsergebnissen eine Übergabe von sichergestellten oder beschlagnahmten Beweisgegenständen oder die Weiterleitung von anderen Art. 13-Daten an eine Verfassungsschutzbehörde erforderlich macht. Hierdurch werden unvermeidbar Eingriffe in das Wohnungsgrundrecht bewirkt.³⁵ In diesem Sinne ist auch eine solchermaßen motivierte, zweckändernde Datenübermittlung (echt oder unecht) doppelunktional. Freilich existiert für eine solche Übermittlung *de lege lata* keine Befugnis.³⁶

²⁷ BVerfG, HRRS 2007, Nr. 961 Rn. 2.

²⁸ Mallmann, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl. (2019), BVerfSchG § 9 Rn. 22 ff.

²⁹ Ausf. dazu Roggan, DÖV 2019, 425 (428 ff.).

³⁰ Vgl. etwa Art. 9 Abs. 1 S. 2 BayVSG.

³¹ Meister/Biselli, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2019/wir-veroeffentlichen-den-gesetzentwurf-seehofer-will-staatstrojaner-fuer-den-verfassungsschutz/> (zuletzt abgerufen am 12.3.2021).

³² Steinke, Süddeutsche Zeitung v. 16.8.2019, S. 6.

³³ BT-Drs. 19/24785 – Entwurf eines „Gesetzes zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts“.

³⁴ Vgl. Bock, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BVerfSchG § 18 Rn. 20 ff.

³⁵ Vgl. dazu nur BVerfGE 141, 220 (327, Rn. 285).

³⁶ Näher dazu Roggan, KriPoZ 2018, 109 (112).

Damit ist die Frage der Verhältnismäßigkeit sowohl von bereits existierenden als auch von noch zu schaffenden Befugnissen zu Datenübermittlungen durch Strafverfolgungsbehörden an Geheimdienste, namentlich ihrer Angemessenheit angesprochen. Das *BVerfG* hat als entsprechendes Kriterium die hypothetische Datenneuerhebung durch die empfangende Behörde entwickelt. Nach seiner mittlerweile gefestigten Rechtsprechung ist insoweit maßgeblich, ob die entsprechenden Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben auch für den geänderten Zweck neu erhoben werden dürften.³⁷ In einer früheren Entscheidung wird konkretisierend gefordert, dass dies der empfangenden Behörde auch mit „vergleichbar schwerwiegenden Mitteln“ erlaubt sein müsse.³⁸ Damit schied die Übermittlung von solchen Daten aus Strafverfahren an Verfassungsschutzbehörden aus, die durch Eingriffe in das Wohnungsgrundrecht erlangt wurden. Denn den deutschen Geheimdiensten sind entsprechende Grundrechtsbeschränkungen zu eigenen Zwecken aus den oben genannten Gründen (unter III.2.) untersagt.

Indessen erfährt dieses Prinzip nach der jüngsten Entscheidung des *BVerfG* eine Relativierung: So stehe die Tatsache, dass die Zielbehörde einer Datenübermittlung bestimmte Datenerhebungen, zu denen die Ausgangsbehörde berechtigt ist, ihrerseits wegen ihres Aufgabenspektrums nicht vornehmen darf, einem Datenaustausch nicht prinzipiell entgegen.³⁹ Und: In Abgrenzung zu gesteigerten verfassungsrechtlichen Anforderungen an Vorschriften, „welche die Nutzung nachrichtendienstlicher Informationen durch Polizei- und Sicherheitsbehörden ermöglichen“⁴⁰, gelte anderes bei einem umgekehrten Datenfluss. Solche Daten seien bereits nach den strengeren Anforderungen erhoben worden, die für operativ tätige Behörden mit der Befugnis zu Zwangsmaßnahmen gegenüber Einzelnen gelten. Diese Anforderungen könnten also durch eine anderweitige Nutzung nicht unterlaufen werden.⁴¹

Aus alledem könnte gefolgert werden, dass gegen die hier interessierenden Übermittlungen von Art. 13-Daten im Allgemeinen und solchen, die durch Wohnungsdurchsuchungen im Besonderen erlangt wurden, keine verfassungsrechtlichen Bedenken zu erheben wären. Zu bedenken ist allerdings, dass diese Daten nicht nur *durch* „operativ tätige Behörden mit der Befugnis zu Zwangsmaßnahmen“ erhoben wurden, sondern dies ggf. auch *mittels* Befugnissen zur Anwendung unmittelbaren Zwangs geschah. Eine hypothetische Datenneuerhebung durch das BfV scheiterte mithin aus zweierlei Gründen: Ihm sind zu eigenen Zwecken weder Eingriffe in das Wohnungsgrundrecht gestattet, noch darf es Daten unter Inanspruchnahme von Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs erheben. Würde die Übermittlung also gestattet, so entspräche dies einem Unterlaufen von verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Kautelen. Dies steht nach hier vertretener Auffassung einer Übermittlung von nach Strafver-

fahrensrecht erlangten Art. 13-Daten an Geheimdienste grundsätzlich entgegen. Selbst eine entsprechende Befugnis wäre mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar.

V. Fazit

Nach alledem erweist sich die von Nr. 205 Abs. 5 RiStBV beschriebene Verfahrensweise als unvereinbar mit der Gewährleistung aus Art. 13 Abs. 1 GG. Überdies ermöglicht die Zuziehung von Angehörigen der Verfassungsschutzbehörden zu strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen zwar nicht gemeinsame, wohl aber gleichzeitige Informationserhebungen. Dies kontrastiert mit der verfassungsgerichtlichen Maßgabe, dass aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung – und damit auch seiner spezifischen Ausprägung in Art. 13 Abs. 1 GG – ein informationelles Trennungsprinzip folgt. Danach dürfen Daten zwischen den Geheimdiensten und Sicherheitsbehörden grundsätzlich nicht ausgetauscht werden.⁴² Dieses grundsätzliche Datenaustauschverbot wird nachgerade konterkariert, wenn anlässlich der strafprozessualen Aufgabenwahrnehmung auch eine geheimdienstliche Datenerhebung ermöglicht wird. Insoweit erübrigt sich ein Datenaustausch. Oder – noch pointierter: Wenn ein Geheimdienstmitarbeiter einem Polizeibeamten bei der Ermittlungsarbeit über die Schulter blickt, sehen beide denselben Sachverhalt.

Nach hiesigem Verständnis kann das informationelle Trennungsprinzip nur dann verwirklicht werden, wenn es von einem *operativen Trennungsgebot* flankiert wird. Dieses schliesse nicht nur die Zuziehung von Geheimdienstmitarbeitern zu Wohnungsdurchsuchungen, sondern auch zu anderen Ermittlungshandlungen im Rahmen strafrechtlicher Verfahren aus.

Unabhängig von solchen verfassungsrechtlichen Erwägungen bedeutet die hier thematisierte Vorgehensweise auch eine partielle, aber „planmäßige“ Aushebelung der Kontrolle der Durchsuchung durch den Berechtigten (vgl. § 106 Abs. 1 StPO): Zwar wird sein Anwesenheitsrecht durch ein Vorgehen gemäß Nr. 205 Abs. 5 RiStBV nicht relativiert, wohl aber sein Wissen darüber, welche Personen sich in den durchsuchten Räumen aufhalten bzw. dieselben in Augenschein nehmen. Erst im Nachhinein wird ihm die entsprechende Kenntnis über den in den Akten befindlichen Vermerk vermittelt. Zu diesem Zeitpunkt ist die Maßnahme jedoch regelmäßig bereits erledigt.

Insgesamt erscheint das in Nr. 205 Abs. 5 RiStBV beschriebene Vorgehen unter verschiedenen rechtsstaatlichen Aspekten nicht vertretbar. Es obliegt den Staatsanwaltschaften, eine verfassungskonforme Durchführung von Wohnungsdurchsuchungen zu gewährleisten und hierbei ggf. von den in den RiStBV angesprochenen Möglichkeiten keinen Gebrauch zu machen.

³⁷ Zuletzt *BVerfG*, NVwZ 2021, 226 (232, Rn. 99) mwN – ATDG II.

³⁸ *BVerfGE* 141, 220 (328, Rn. 287) – BKAG.

³⁹ *BVerfG*, NVwZ 2021, 226 (233, Rn. 100).

⁴⁰ *BVerfG*, NVwZ 2021, 226 (233, Rn. 105).

⁴¹ *BVerfG*, NVwZ 2021, 226 (233, Rn. 106).

⁴² Vgl. dazu *BVerfGE* 133, 277 (329, Rn. 123) – ATDG I; *BVerfG*, NVwZ 2021, 226 (233, Rn. 101) – ATDG II.

Die Europäische Staatsanwaltschaft – Ein Ausblick

von Wiss. Mit. Jannika Thomas*

Abstract

Die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union verhandeln seit vielen Jahren über die Schaffung einer unabhängigen und dezentralen Strafverfolgungsbehörde mit eigener Rechtspersönlichkeit, der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa)¹ und doch hat die Behörde bis heute ihre Arbeit nicht aufgenommen. Die Schaffung einer EUSTa erwies sich als schwieriges Unterfangen. Die Tatsache, dass die Ausgestaltungen des materiellen Strafrechts und des Strafprozessrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind, vereinfachte das Vorhaben dabei keinesfalls. Die Verhandlungen über die Rahmenbedingung einer solchen Behörde konnten bis zuletzt nicht zur Zufriedenheit aller Mitgliedsstaaten der Europäischen Union beendet werden. Jedoch fand zumindest die Mehrheit der Mitgliedsstaaten im Jahre 2017 einen Konsens. Dieser Mehrheit, welche die Errichtung einer solchen Behörde befürwortet, hat sich auch der Bundestag, entsprechend der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft², mit der Billigung deren Errichtung am 27.5.2020³ angeschlossen und damit den Weg für die Arbeitsaufnahme dieser unabhängigen und dezentralen Behörde geebnet.⁴

Die Kompetenz der europäischen Staatsanwaltschaft soll dabei über die in Art. 325 AEUV normierte Untersuchung, Verfolgung und gerichtliche Geltendmachung von Straftaten zum finanziellen Nachteil der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union hinausgehen und auch Fälle von Subventionsbetrug, Korruption und grenzüberschreitendem Mehrwertsteuerbetrug umfassen.⁵ Die Staatsanwaltschaft soll zudem bestehende Schwierigkeiten in der transnationalen Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten, wie z.B. bei der Mitgliedsstaaten übergreifenden Beweismittelübergabe, beheben.⁶

The member states of the European Union have been negotiating for many years on the creation of an independent and decentralized law enforcement agency with its own legal personality, the European Public Prosecutor's Office (EUSTa), and yet the agency has still not become operational. The creation of an EUSTa proved to be a difficult undertaking. The fact that the design of substantive criminal law and criminal procedural law in the member states varies greatly did not simplify the project at all. The negotiations on the framework conditions for such an authority could not be concluded to the satisfaction of all member states of the European Union. However, at least the majority of the member states found a consensus in 2017. In accordance with Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 on the implementation of enhanced cooperation with a view to establishing the European Public Prosecutor's Office (EUSTa), the majority of the European Member States in favor of the establishment of such an authority were joined by the German Bundestag in approving its establishment on 27 May 2020, thus paved the way for the commencement of work by this independent and decentralized authority. The competence of the European Public Prosecutor's Office shall go beyond the investigation, prosecution and judicial enforcement of criminal offences against the financial interests of the Member States of the European Union as defined in Art. 325 AEUV and also include cases of subsidy fraud, corruption and cross-border VAT fraud. The Public Prosecutor's Office is also intended to resolve existing difficulties in transnational cooperation between member states, such as the transfer of evidence across member states.

* Jannika Thomas ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Katharina Beckemper sowie am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzugsrecht (aktuell vertreten durch Dr. Christian Walburg) an der Universität Leipzig.

¹ OLAF, Europäische Staatsanwaltschaft, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/anti-fraud/policy/preventing-fraud/european_public_prosecutor_de (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

² Die Verordnung trat am 20.11.2017 in Kraft, ABl. L 283 vom 31.10.2017, S. 1 – EUSTa-Verordnung abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2017:283:FULL&from=CS> (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

³ Beschluss und Bericht – Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften; BT-Drs. 19/19582, abrufbar unter: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/195/1919582.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.12.2020)

⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Drs. 19/17963 vom 16.3.2020, abrufbar unter: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/179/1917963.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

⁵ Hammami, Die potentielle Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, abrufbar unter: <https://www.infopoint-europa.de/assets/Beitrag-Klaudia-Ewa-Hammami.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.12.2020); OLAF, Europäische Staatsanwaltschaft, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/anti-fraud/policy/preventing-fraud/european_public_prosecutor_de (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

⁶ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Schutz der Finanziellen Interessen der Europäischen Union – Bekämpfung Jahresbericht 2015, COM(2016) 472 final, Brüssel des 14.7.2016, S. 17, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/pifreport_2015_de.pdf (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

I. Allgemeines

Durch organisierte und grenzüberschreitende Betrüge-
reien entgehen den nationalen Haushalten der Mitglieds-
staaten der Europäischen Union Jahr für Jahr Mehrwert-
steuereinnahmen in Höhe von mindestens 50 Milliarden
Euro.⁷ Im Jahr 2015 wurden betrügerische Unregelmäßig-
keiten zu Lasten des Haushaltes der Europäischen Union
in Höhe von etwa 638 Mio. Euro (ausgenommen des
Schadens durch entgangene Mehrwertsteuereinnahmen)
durch die Mitgliedsstaaten zusammen getragen und der
Kommission gemeldet.⁸ Im Jahre 2018 bezifferten die na-
tionalen Behörden der Mitgliedstaaten die Schäden sogar
auf 1.2 Milliarden Euro⁹. Dabei ist noch nicht einmal der
durch den begangenen Mehrwertsteuerbetrug entstandene
Schaden i.H.v. 50 Milliarden Euro¹⁰ umfasst.

Derzeit können lediglich nationale Behörden der Mit-
gliedsstaaten der Europäischen Union Betrug zu Lasten
des EU-Haushalts innerhalb ihrer Befugnisse und nationa-
len Grenzen untersuchen und strafrechtlich verfolgen. Be-
stehende Einrichtungen der Europäischen Union wie Eu-
rojust, Europol und das Betrugsbekämpfungsamt der Eu-
ropäischen Union (OLAF) verfügen nicht über die not-
wendigen Befugnisse, um strafrechtliche Ermittlungen
durchzuführen.

Die Möglichkeiten zur Bekämpfung groß angelegter
grenzüberschreitender Finanzkriminalität sind demnach
begrenzt. Es ist mit einem weiteren Anstieg der Fallzahlen
bei Betrugsstraftaten zu rechnen, soweit dieser Entwick-
lung nicht durch die Schaffung einer Institution zur effek-
tiven Strafverfolgung Einhalt geboten wird. Die Errich-
tung der EUSTa soll hier eingreifen und organisierte,
grenzüberschreitende Kriminalität zu Lasten des EU-
Haushaltes wirksam bekämpfen und eindämmen.

Der Unionsrechtsgeber schuf mit dem Vertrag von Lissa-
bon am 1.12.2009 die Rechtsgrundlage (Art. 86 AEUV)

zur Errichtung dieser supranationalen Institution mit eige-
nen Entscheidungsbefugnissen im Bereich der Justiz.¹¹
Die EUSTa soll als zentrale Behörde aller teilnehmenden
Mitgliedstaaten fungieren, wobei der Schaffung einer sol-
chen Staatsanwaltschaft bisher lediglich 22¹² der 28 Mit-
gliedsstaaten der Europäischen Union zugestimmt ha-
ben.¹³ Sie kann mithin nur im Wege der verstärkten Zu-
sammenarbeit in der Europäischen Union errichtet wer-
den. Die EUSTa soll ihren Sitz in Luxemburg haben.¹⁴

II. Hintergrund und Entwicklung

Die Idee der Konzeption einer Institution wie die der Eu-
ropäischen Staatsanwaltschaft wird nunmehr seit knapp
20 Jahren¹⁵ intensiv diskutiert und findet ihren Ursprung
wohl bereits weit vor dem „Corpus Juris der strafrechtli-
chen Regelung zum Schutz der finanziellen Interessen der
Europäischen Union“¹⁶ von 1997.¹⁷ Bereits 1976 hat die
EG einen ersten Anlauf unternommen, die Verfolgung
von, oftmals grenzüberschreitender Straftaten, zum Nach-
teil ihrer finanziellen Interessen vertraglich zu verankern
und schaffte damit einen Grundstein für eine europäischen
Staatsanwaltschaft. Diese politischen Bemühungen schei-
terten jedoch.¹⁸

Erst mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon im De-
zember 2009 wurde die Möglichkeit der Einrichtung einer
EUSTa durch Verordnung in Art. 69e AEUV vertraglich
festgehalten und geregelt.¹⁹ Da der Europäische Verfas-
sungsvertrag nicht vollständig ratifiziert wurde, wurden
die Bestimmungen zur Europäischen Staatsanwaltschaft
in Art. 86 AEUV aus dem Verfassungsvertrag übernom-
men und die Einsetzung einer Europäischen Staatsanwalt-
schaft ausgehend von Eurojust vorgesehen. Ein konkreter
Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Errich-
tung einer Europäischen Staatsanwaltschaft wurde erst-
mals am 17.7.2013 durch die Kommission vorgelegt.²⁰
Ziel des Richtlinienvorschlags war unter anderem die
Stärkung des geltenden rechtlichen Rahmens durch die
Harmonisierung der Straftatbestände, Sanktionen und

⁷ Vertretung der Europäischen Kommission in Deutschland, Presse,
Oettinger begrüßt Parlamentsvotum für Europäische Staatsanwalt-
schaft, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/germany/news/2017-1005-europaeische-staatsanwaltschaft_de (zuletzt abgerufen am 3.12.2020); Plenarprotokoll 19/163 v. 28.5.2020, 20327 (B).

⁸ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat,
Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union – Be-
trugsbekämpfung Jahresbericht 2015, COM(2016) 472 final abruf-
bar unter: https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/pifreport_2015_de.pdf (zuletzt abgerufen am 4.12.2020).

⁹ OLAF, Europäische Staatsanwaltschaft, abrufbar unter:
https://ec.europa.eu/anti-fraud/policy/preventing-fraud/european_public_prosecutor_de (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

¹⁰ Plenarprotokoll 19/163 v. 28.5.2020, 20324 (C).

¹¹ Grünwald, HRRS 2013, 508 (508 f.).

¹² Teilnehmende Länder (Stand März 2021): Belgien, Bulgarien,
Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien,
Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Öster-
reich, Portugal, Rumänien, Slowakei, Spanien, Slowenien, Tsche-
chien und Zypern.

¹³ Vertretung der Europäischen Kommission in Deutschland, Presse,
Oettinger begrüßt Parlamentsvotum für Europäische Staatsanwalt-
schaft, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/germany/news/2017-1005-europaeische-staatsanwaltschaft_de (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

¹⁴ Beukelmann, NJW-Spezial 2020, 376; Plenarprotokoll 19/163 v.
28.5.2020, 20326 (A).

¹⁵ Der erste Vorschlag kam von der Europäische Kommission anläs-
slich der Regierungskonferenz von Nizza im Februar 2000; Heger,
ZRP 2020, 115.

¹⁶ Eine überarbeitete Fassung ist als „Corpus Juris 2000“ abgedruckt
in *Delmas-Marty/Vervaele*, Appendix III, 189 ff.

¹⁷ Entwurf für einen Vertrag zur Änderung der Verträge zur Gründung
der Europäischen Gemeinschaften zwecks gemeinsamer Regelung
des strafrechtlichen Schutzes der finanziellen Interessen der Ge-
meinschaften sowie der Ahndung von Zuwiderhandlungen gegen
Vorschriften genannter Verträge, KOM (1976) 418 endg., ABI. C
222, S. 2.

¹⁸ *Wasmeier/Killmann*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, NK-Europä-
isches Unionsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. (2020), Art. 86. Rn. 4.

¹⁹ Vertrag von Lissabon – Zur Änderung des Vertrags über die Euro-
päische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen
Gemeinschaft, abrufbar unter: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/209960/1f0628e78ec9fcc369861c63ab52ee6c/vertrag-von-lissabon-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

²⁰ Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staats-
anwaltschaft COM (2013) 534 final; Bericht der Kommission an das
Europäische Parlament und den Rat, Schutz der Finanziellen Inter-
essen der Europäischen Union – Bekämpfung Jahresbericht 2015,
COM(2016) 472 final, 14.7.2016, S. 5, 9 f., abrufbar unter:
https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/pifreport_2015_de.pdf (zuletzt abgerufen am 3.12.2020)

Verjährungsfristen für Delikte welche sich gegen die finanziellen Interessen der EU richten.²¹

Bei einem EU-Gipfel in Brüssel am 9. und 10.3.2017 stellten die Staats- und Regierungschefs der EU fest, dass es nicht möglich ist, zu einem Konsens über die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft zu gelangen.²² Es einigten sich jedoch 17 der 28 Mitgliedstaaten im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit auf die Errichtung der EUSa als unabhängige EU-Behörde gegen Straftaten zum Nachteil finanzieller Interessen der Union.²³ Die Erklärung unterzeichneten Vertreter von Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Österreich, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien und Tschechien.²⁴ Zwischenzeitlich haben sich 22 Länder für die Errichtung einer EUSa ausgesprochen und im Herbst 2019 nominierten das Europäische Parlament und die EU-Mitgliedstaaten *Laura Codruța Kövesi* als erste Generalstaatsanwältin der EUSa.²⁵

III. Errichtung, Zuständigkeit und Grundprinzipien

1. Errichtung

Die EUSa wurde auf Grundlage einer, auf Vorschlag der Kommission in einem besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289 AEUV im Oktober 2017 erlassenen, Verordnung²⁶ (Art. 288 II AEUV) errichtet.²⁷ Die Ermächtigungsgrundlage für die Errichtung der Institution der EUSa bildet dabei Art. 86 AEUV.²⁸ Gem. Art. 86 Abs. 1 UA. 1 S. 2 AEUV bedarf es zur Errichtung einer EUSa zunächst der Zustimmung des Europäischen Parlamentes, wobei gem. Art. 231 Abs. 1 AEUV die Mehrheit der abgegebenen Stimmen ausreicht. Im Gegensatz zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren bedarf es dabei jedoch zusätzlich eines einstimmigen Beschlusses des Rates der Europäischen Union.²⁹ Enthaltungen sind für das Vorliegen einer Einstimmigkeit gem. Art. 238 Abs. 4 AEUV unschädlich.

Kommt ein solcher Konsens im Rat der Europäischen Union nicht zustande, so kann auf Antrag einer Gruppe von mindestens neun Mitgliedstaaten gem. Art. 86 Abs. 1 UA. 2 S. 1 AEUV der Europäische Rat eingeschaltet werden. Das Verfahren im Rat der Europäischen Union wird sodann ausgesetzt (Art. 86 Abs. 1 UA. 2 S. 2 AEUV) und der Entwurf der Verordnung wird zur weiteren Prü-

fung an die die Mitgliedsstaaten im Europäischen Rat vertretenden Staats- und Regierungschefs der EU-Länder weitergeleitet.

Kann der Europäische Rat nun für eine Aussprache und mithin ein Einvernehmen zwischen den Mitgliedsstaaten sorgen, so wird der Entwurf gem. Art. 86 Abs. 1 UA. 2 S. 3 AEUV binnen vier Monaten zurück an den Rat der Europäischen Union verwiesen. Kommt es jedoch auch im Europäischen Rat zu keinem Konsens, so kann eine Gruppe von mindestens neun Mitgliedsstaaten innerhalb derselben viermonatigen Frist durch eine Erklärung gegenüber dem Europäischen Parlament, dem Rat der Europäischen Union und der Europäischen Kommission zu einer Verstärkten Zusammenarbeit übergehen (Art. 86 Abs. 1 UA. 3 S. 1 AEUV). Eine gem. Art. 329 Abs. 1 UA. 2 AEUV, Art. 20 Abs. 2 AEUV erforderliche Ermächtigung gilt für diesen Fall als erteilt. Im Rahmen der einer Verstärkten Zusammenarbeit müssen die beteiligten Staaten gem. Art. 327 AEUV die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der nicht an der Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten achten, wobei letztere der Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit durch die daran beteiligten Mitgliedstaaten nicht im Wege stehen dürfen.

Aufgrund des völker- und europäisch anerkannten Territorialprinzips darf die durch eine Verstärkte Zusammenarbeit errichtete EUSa nur in den beteiligten Mitgliedsstaaten tätig werden. Eine Durchbrechung dieser Regel ist nur dann möglich, wenn nichtbeteiligte Mitgliedsstaaten der EUSa durch eine Vereinbarung Befugnisse zugestehen bzw. ihre Anordnungen anerkennen und vollziehen würden.³⁰

Trotz langwieriger Beratungen und Verhandlungen im Rat der Europäischen Union konnte die gem. Art. 86 Abs. 1 UA. 1 AEUV erforderliche Einstimmigkeit nicht erreicht werden. Nach der Befassung des Europäischen Rates am 9.3.2017 haben dann am 3.4.2017 insgesamt 16 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union³¹ dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Europäischen Kommission mitgeteilt, dass sie eine Verstärkte Zusammenarbeit zur Errichtung der EUSa gem. Art. 86 Abs. 1 UA. 1 AEUV gründen wollen. Noch vor der förmlichen Annahme der Verordnung (EU) 2017/1939 durch den Rat der Europäischen Union am 12.10.2017 haben sich auch vier weitere Mitgliedsstaaten der Europäischen Union³² dem Zusammenschluss zur Verstärkten Zusammenarbeit ange-

²¹ A.a.O., S. 8.

²² Europäischer Rat, 9. und 10.3.2017, Die Wichtigsten Ergebnisse, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/meetings/european-council/2017/03/09-10/#> (zuletzt abgerufen am 4.12.2020).

²³ A.a.O.

²⁴ *Nielsen*, EU backs setting up prosecutor's office, vom 10.3.2017, abrufbar unter: <https://euobserver.com/justice/137188> (zuletzt abgerufen am 12.3.2017).

²⁵ *Beukelmann*, NJW-Spezial 2020, 376 (376).

²⁶ Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSa), Die Verordnung trat am 20.11.2017 in Kraft, ABl. L 283 vom 31.10.2017, S. 1 – EUSa-Verordnung, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2017:283:FULL&from=CS> (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

²⁷ *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 71. EL 2020, Art. 86 AEUV Rn. 25.

²⁸ *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. (2017), Art. 86 Rn. 3; *Vogel/Eisele*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 71. EL 2020, Art. 86 AEUV Rn. 10

²⁹ *Vogel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art. 86 AEUV, Rn. 24 f.

³⁰ A.a.O., Art. 86 Rn. 32 f.

³¹ Belgien, Bulgarien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Kroatien, Litauen, Luxemburg, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Zypern.

³² Estland, Italien, Lettland, Österreich.

schlossen. Nach Inkrafttreten der Verordnung hat die Europäische Kommission gem. Art. 331 Abs. 1 UA 2 AEUV nachträglich auch die Teilnahme der Niederlande und Malta an der Beteiligung zur Verstärkten Zusammenarbeit bestätigt.³³

2. Zuständigkeit

a) Sachliche Zuständigkeit

Die EUStA ist gem. Art. 22 Abs. 1 S. 1 VO (EU) 2017/1939 für alle Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zuständig, die mit der PIF-Richtlinie in ihrer Umsetzung in nationales Recht harmonisiert worden sind.³⁴ Gem. Art. 86 Abs. 2 S. 1 AEUV ist die EUStA dabei zuständig für die strafrechtliche Untersuchung, Verfolgung sowie Anklageerhebung in Bezug auf Straftaten welche zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union³⁵ begangen wurden.³⁶ Anklageerhebung meint dabei die formelle Antragsstellung an das zuständige nationale Gericht des Mitgliedstaates zur Bestrafung einer oder mehrerer Personen aufgrund des Verdachtes einer begangenen Straftat.³⁷ Die EUStA soll mithin das gesamte Strafverfolgungsverfahren abdecken. Die damit einhergehende Leitfunktion in Ermittlungsverfahren ist mit der deutschen Staatsanwaltschaft durchaus vergleichbar. Ein sehr markanter Unterschied zwischen den beiden Institutionen besteht jedoch darin, dass durch die Beschränkung des Tätigkeitsfeldes der EUStA auf „strafrechtliche“ Ermittlungen, die Ermittlungen durch prozessuale Verfolgungshindernisse begrenzt werden. Diesbezüglich ist die EUStA auf die Hilfe anderer Institution wie z.B. nationaler Behörden oder der OLAF angewiesen.³⁸ Die EUStA kann gem. Art. 86 Abs. 2 S. 1 AEUV entsprechend der deutschen Staatsanwaltschaft andere Behörden, insb. Europol mit hinzuziehen. Auch hinsichtlich der Strafvollstreckung enthält Art. 86 AEUV keine Regelungen, was gegen eine Zuweisung von Aufgaben in diesem Bereich spricht. Zudem lässt die Vielzahl an verschiedenen strafprozessualen Regelungen in den Rechtssystemen der europäischen Mitgliedsstaaten eine solche generelle Zuweisung wohl kaum zu.

Wann von einem finanziellen Nachteil zu Lasten der Europäischen Union ausgegangen werden kann, hat der

EuGH dahingehend entschieden, dass nicht nur Handlungen und Unterlassungen mit finanziellen Auswirkungen erfasst werden, sondern auch solche welche lediglich die finanziellen Interessen der Europäischen Union, i.S.e. Vermögensgefährdung oder Eignung zur Herbeiführung einer solchen, beeinträchtigen.³⁹ Art. 86 AEUV enthält keinerlei Katalog an erfassten Straftatbeständen, weswegen davon ausgegangen werden kann, dass es im Wesentlichen um solche Straftaten geht, welche in dem völkerrechtlichen Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG und den dazugehörigen Protokollen aufgezählt sind.⁴⁰ Im Kern geht es dabei um Betrug, die Korruption und die Geldwäsche. Art. 22 Abs. 1 S. 2 VO (EU) 2017/1939 sieht für Fälle des Mehrwertsteuerbetruges i.S.d. Art. 3 Abs. 2d RL (EU) 2017/1371 vor, dass die EUStA nur zuständig ist, wenn die Tat mit dem Hoheitsgebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten verbunden ist und zusätzlich ein Gesamtschaden von mindestens 10 Millionen Euro entstanden ist. Um die Anwendung der Regelung des Art. 22 Abs. 1 VO (EU) 2017/1939 in der Praxis zu erleichtern, ist vorgesehen, dass alle Mitgliedstaaten gemäß Art. 117 S. 3 VO (EU) 2017/1939 der EUStA eine Liste der Bestimmungen des nationalen Rechts übermitteln, die im Sinne von Art. 22 Abs. 1 VO (EU) 2017/1939 als Umsetzung der PIF-Richtlinie anzusehen sind.⁴¹ Art. 22 Abs. 2 VO (EU) 2017/1939 erklärt die EUStA auch für Straftaten bezüglich der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung im Sinne des nationalen Rechts umgesetzten RB 2008/841/JI für zuständig, soweit der Schwerpunkt der strafbaren Handlungen der kriminellen Vereinigungen auf der Begehung von PIF-Taten im Sinne des Art. 22 Abs. 2 VO (EU) 2017/1939 liegt. Zudem sieht Art. 22 Abs. 3 VO (EU) 2017/1939 in bestimmten Fällen auch eine Ausdehnung auf andere Straftaten nach nationalem Recht vor, solange die in Rede stehende Tat untrennbar mit einer harmonisierten Straftat zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union verbunden ist. Die Zuständigkeit der EUStA ist in diesen Fällen jedoch begrenzt und darf nur im Einklang mit Art. 25 Abs. 3 VO (EU) 2017/1939 ausgeübt werden. Letztlich stellt Art. 22 Abs. 4 VO (EU) 2017/1939 klar, dass die EUStA weder für Straftaten in Bezug auf national erhobene Steuern noch für die mit diesen untrennbar verbundenen Straftaten zuständig ist. Dies zeigt, dass insbesondere die Struktur und die Funktionsweise der Steuer-

³³ Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Drs. 19/17963, S. 17, abrufbar unter: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/179/1917963.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

³⁴ Die Richtlinie ist am 17.8.2017 in Kraft getreten und war bis zum 6.7.2019 in nationales Recht umzusetzen. Das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug ist am 28.6.2019 in Kraft getreten (BGBl. I S. 844).

³⁵ Das Rechtsgut der finanziellen Interessen der Europäischen Union entspricht nach Wortlaut und Zweck den des Art. 235 Abs. 1 AEUV, d.h. es umfasst den Haushalt der Europäischen Union, von diesen verwalteten Haushalten (z.B. Europäische Entwicklungsfonds), sämtliche Vermögensgegenstände der Union und die Finanzmittel, welche für ihre Aktivitäten verwendet werden.

³⁶ *Magnus*, ZRP 2015, 181 (181).

³⁷ *Wasmeier/Killmann*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, NK-Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, Art. 86. Rn. 35.

³⁸ A.a.O., Art. 86 Rn. 32.

³⁹ *EuGH* – *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration gegen Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, Rs. C-465/10, I.

⁴⁰ Definitionen der Straftatbestände, die in die sachliche Zuständigkeit der EUStA fallen, finden sich in der Richtlinie (EU) 2017/1371 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2017 über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtetem Betrug (ABl. L 198 vom 28.7.2017, S. 29); ABl. 1995 C 316/49; ABl. 1996 C 313/2; ABl. 1997 C 221/12.

⁴¹ Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Drs. 19/17963, S. 21, abrufbar unter: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/179/1917963.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

verwaltung der Mitgliedstaaten durch die Verordnung unberührt bleiben.

b) Territoriale und personelle Zuständigkeit

Art. 23 VO (EU) 2017/1939 enthält Regelungen bezüglich der territorialen und personellen Zuständigkeit der EUSTa. In Deutschland bedeutet die Einführung der EUSTa insbesondere ein Umdenken hinsichtlich der bekannten Zuständigkeitsregeln. Die übliche Anknüpfung der Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft an die örtliche Zuständigkeit des Gerichts gilt hinsichtlich von, in die Zuständigkeit der EUSTa fallenden, Straftaten nicht. Der in einem Bundesland angestellte Staatsanwalt, welcher als solcher nur vor den Strafgerichten dieses Bundeslandes auftreten kann, ist in seiner Funktion als Delegierter Europäischer Staatsanwalt hingegen für Verfahren im gesamten Bundesgebiet zuständig und kann mithin auch außerhalb seines eigenen Bundeslandes alle Anklagen der EUSTa vertreten.⁴² Nimmt die EUSTa im Rahmen ihrer Kompetenzzuweisung Ermittlungen in einer Sache auf, ist es den nationalen Behörden nicht mehr gestattet eigene Untersuchungen desselben Falles zu unternehmen. Sie haben die EUSTa über alle einschlägigen Tatbestände und den Stand der Ermittlung zu unterrichten.⁴³

c) geplante Zuständigkeiten

Eines der meistdiskutierten Themen rund um die Schaffung der Institution der EUSTa bleibt die Ausweitung ihrer Kompetenzen.

aa) Allgemeines

Grundlage für eine solche Ausdehnung des Zuständigkeitsbereiches der EUSTa bildet Art. 86 Abs. 4 AEUV. Danach bedarf es nach Zustimmung des Europäischen Parlaments und nach Anhörung der Kommission eines einstimmigen Beschlusses des Europäischen Rates. Die Einstimmigkeit bezieht sich dabei nicht nur auf teilnehmende, sondern auf alle Mitgliedsstaaten der EU.⁴⁴ Beschließt der Europäische Rat nun einen solchen Beschluss zur Änderung des Art. 86 AEUV, so läge es an der Kommission einen Legislativvorschlag zur Änderung der VO (EU) 2017/1939 vorzulegen.⁴⁵ Die Initiative für einen solchen Beschluss kann dabei aus der Mitte des Europäischen Rates oder vom Präsidenten direkt ausgehen.⁴⁶ Ob eine Erweiterung der Kompetenzen der EUSTa gem. Art. 86 Abs. 4 AEUV auch im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit erfolgen kann scheint rein nach dem Wortlaut nicht von vornherein ausgeschlossen zu sein. Jedoch

fehlt es diesbezüglich an einer passenden Verfahrensvorschrift in den Europäischen Verträgen, weswegen eine Kompetenzerweiterung auf diesem Wege wohl ausgeschlossen ist.⁴⁷

In Rede steht dabei unter anderen die Ausdehnung der Zuständigkeit auf alle schweren Straftaten mit grenzüberschreitender Dimension, insbesondere zum Zwecke der internationalen Terrorismusbekämpfung.⁴⁸ Um den Begriff der grenzüberschreitenden Straftat zu bestimmen kann der Wortlaut des Art. 83 Abs. 1 UA 1 AEUV herangezogen werden, wobei Art. 86 Abs. 1 UA 2 AEUV wohl etwas weiter gefasst ist. Unter schweren Straftaten mit grenzüberschreitenden Dimensionen können danach mindestens die in Art. 83 Abs. 1 UA 2 AEUV genannten Straftaten verstanden werden.

bb) Für und Wider hinsichtlich einer Kompetenzerweiterung

Die Institutionen Eurojust und Europol bringen durch die Unterstützung der nationalen Behörden und die Erleichterung der justiziellen Zusammenarbeit (auf der Grundlage der bestehenden Rechtsinstrumente für die gegenseitige Amtshilfe und Anerkennung innerhalb der Europäischen Union) zwar einen entscheidenden Mehrwert, doch gibt es kein gemeinsames europäisches Konzept für die Ermittlung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und die Anklageerhebung gegen die Täter. Europol und Eurojust fehlen zur Behebung der bestehenden Defizite die erforderlichen Befugnisse. Die Ausdehnung der Kompetenzen der EUSTa hinsichtlich der Ermittlung und Verfolgung von grenzüberschreitender, terroristischer Straftaten würde diese Defizite beheben.

Eine Kompetenzerweiterung findet in *Jean-Claude Juncker* einen einflussreichen Verfechter. Er hat in seiner Rede der Nation vom 13.9.2017 eine engere Zusammenarbeit der EU in Sachen der Terrorismusbekämpfung gefordert. Er stellte dabei auch in Aussicht, dass die EUSTa bei der Ermittlung begangener Straftaten eine maßgebliche Rolle übernehmen könnte.⁴⁹ Ebenso begrüßt der Bundesrat die Initiative der Kommission, einen Vorschlag für die Ausweitung der Zuständigkeit der EUSTa auf grenzüberschreitende terroristische Straftaten vorzulegen, hält eine Kompetenzerweiterung jedoch noch für verfrüht.⁵⁰ Kritisiert wurde das Bestreben einer Kompetenzerweiterung insbesondere durch den Deutschen Richterbund. Dieser erteilte der Erweiterung der Zuständigkeit der zukünftigen Europäischen Staatsanwaltschaft auf grenzüberschreitende terroristische Straftaten zum jetzigen

⁴² Heger, ZRP 2020, 115 (117 f.).

⁴³ Europäische Staatsanwaltschaft, OLAF abrufbar unter: https://ec.europa.eu/anti-fraud/policy/preventing-fraud/european_public_prosecutor_de (zuletzt abgerufen am 8.12.2020).

⁴⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Europäischen Rat – Ein Europa, das schützt: eine Initiative zur Ausweitung der Zuständigkeiten der Europäischen Staatsanwaltschaft auf grenzüberschreitende terroristische Straftaten. Europäische Kommission, 12.9.2018, S. 3, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:dee3a860-b65f-11e8-99ee-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

⁴⁵ A.a.O., S. 4.

⁴⁶ Wasmeier/Killmann, in: Groeben/Schwarze/Hatje, NK-Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, Art. 86 Rn. 50.

⁴⁷ A.a.O., Art. 86 Rn. 52.

⁴⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Europäischen Rat – Ein Europa, das schützt: eine Initiative zur Ausweitung der Zuständigkeiten der Europäischen Staatsanwaltschaft auf grenzüberschreitende terroristische Straftaten. Europäische Kommission, 12.9.2018, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:dee3a860-b65f-11e8-99ee-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

⁴⁹ *Jean-Claude Juncker*, Rede zur Lage der Union, 13.9.2017.

⁵⁰ BR-Drs. 444/1/18.

Zeitpunkt eine entschiedene Absage.⁵¹ Dabei wurde insbesondere auf die gut funktionierende und immer enger vernetzte Zusammenarbeit national zuständiger Staatsanwälte und der internationaler agierenden Behörde Eurojust auf dem Gebiet der Aufklärung und Verfolgung grenzüberschreitender terroristischer Straftaten verwiesen. Diese Zusammenarbeit könnte durch eine voreilige Kompetenzverlagerung, noch vor dem Beginn der Tätigkeit der EUSTa, erheblich beeinträchtigt werden. Langfristig erachtet jedoch auch der Deutsche Richterbund eine Kompetenzerweiterung für sinnvoll, soweit die EUSTa eine Arbeitsweise entwickelt hat, welche eine schnellere und effektivere Aufklärung und Verfolgung grenzüberschreitender terroristischer Straftaten verspricht.

Bevor nun über die Ausweitung der Kompetenzen der EUSTa nachgedacht werden kann, sollte die Aufnahme der operativen Tätigkeit eben dieser abgewartet werden. Denn nur so kann darüber geurteilt werden, ob sich die Institution der EUSTa bewährt und eine Kompetenzerweiterung sinnvoll ist.

3. Grundprinzipien

Art. 5 VO (EU) 2017/1939 legt einige Grundprinzipien der Tätigkeit der EUSTa fest. Insbesondere soll die EUSTa gewährleisten, dass sie bei ihrer Tätigkeit die in der EU-Grundrechte-Charta verankerten Rechte beachtet. Als unmittelbar geltendes Unionsrecht bedarf die Verordnung (EU) 2017/1939 keiner Umsetzung in nationales Recht. Die Verordnung sieht in Art. 5 Abs. 3 vor, dass die VO Vorrang vor entgegenstehendem nationalen Recht der beteiligten Mitgliedsstaaten hat, das nationale Recht aber anwendbar bleibt, soweit die VO diesbezüglich keine Regelung trifft. Art. 6 VO (EU) 2017/1939 regelt die Unabhängigkeit der EUSTa, die externe Weisungsfreiheit der von ihr beschäftigten Staatsanwälte sowie die Rechenschaftspflicht der EUSTa gegenüber dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Europäischen Kommission. Die Rechenschaftspflicht gilt, ebenso wie die in Art. 7 VO (EU) 2017/1939 geregelte Berichterstattungspflicht gegenüber dem Europäischen Parlament und den nationalen Parlamenten, nur für die „allgemeinen Tätigkeiten“ der EUSTa – nicht für die Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen einzelner Ermittlungsverfahren.

IV. Aufbau und Organisation

Der Aufbau und die Organisation der EUSTa muss gem. Art. 86 Abs. 3 AEUV in einer Satzung festgelegt werden. Der Uniongesetzgeber kann sich dabei die Vorarbeit der Europäischen Kommission aus deren Grünbuch von

2001⁵² zu Nutzen machen. Die EUSTa wird als eine dezentrale Behörde in allen teilnehmenden EU-Mitgliedsstaaten tätig sein und die europäischen und nationalen Strafverfolgungsbemühungen in einem einheitlichen, nahtlosen und effizienten Ansatz kombinieren. Die EUSTa wird auf zwei Ebenen tätig werden: der zentralen und der nationalen Ebene.

Auf zentraler Ebene wird die EUSTa aus dem Europäischen Generalstaatsanwalt, 22 Europäischen Staatsanwälten (einer pro teilnehmendem EU-Land), davon zwei als Stellvertreter des Europäischen Generalstaatsanwalts und dem Verwaltungsdirektor bestehen (Art. 11, 14 f. VO (EU) 2017/1939). Sie beaufsichtigt die Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen der nationalen Behörden in den teilnehmenden Ländern. Dadurch soll eine unabhängige und wirksame Koordinierung des einheitlichen Ansatzes gewährleistet werden.

Auf dezentraler (nationaler) Ebene wird die EUSTa in die nationalen Rechtssysteme der Mitgliedsstaaten eingebunden und besteht aus Europäischen Delegierten Staatsanwälten, die sich in den teilnehmenden EU-Ländern⁵³ befinden werden (Art. 8, 11 ff. VO (EU) 2017/1939). Die abgeordneten Staatsanwälte fungieren als eine Art „ausgelagerte EUSTa“ und bilden die verlängerte Hand der zentral wirkenden EUSTa hinsichtlich der Durchführung von Ermittlungen und Strafverfolgungsmaßnahmen in jedem EU-Land. Sie müssen ab dem Zeitpunkt ihrer Ernennung bis zur Amtsentlassung aktive Mitglieder der Staatsanwaltschaft oder der Richterschaft des Mitgliedstaats sein, der sie benannt hat.⁵⁴ Jeder Mitgliedsstaat muss gem. Art. 13 Abs. 2 VO (EU) 2017/1939 zwei oder mehr Delegierte Staatsanwälte benennen. Diese „ausgelagerten EUSTas“ arbeiten unter Einsatz nationalen Personals und Anwendung nationaler Rechtsvorschriften des jeweiligen EU-Mitgliedsstaates.⁵⁵

V. Status und Unabhängigkeit

1. Verhältnis zu anderen Organen und Institutionen

Art. 86 AEUV enthält keinerlei Angaben hinsichtlich einer Regelung des Verhältnisses der EUSTa zu anderen Organen und Institutionen der Europäischen Union. Es ist davon auszugehen, dass die EUSTa in das übliche Institutionsgefüge eingegliedert und dabei aber nur von geltenden Recht und Gesetz geleitet sein wird. Die Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft unterliegen der gerichtlichen Kontrolle durch die nationalen Gerichte, die EUSTa wird dabei durch die delegierten Europäischen Staatsanwälte vertreten.⁵⁶ Art. 86 AEUV lässt

⁵¹ Stellungnahme Nr. 16/18 zur Initiative der Europäischen Kommission zur Ausweitung der Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft auf grenzüberschreitende terroristische Straftaten, Deutscher Richterbund, Dezember 2018, abrufbar unter: https://www.drj.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2018/DRB_181211_Stn_Nr_16_Zustaendigkeitserweiterung_Europaeische_Staatsanwaltschaft.pdf (zuletzt abgerufen am 12.2.2021).

⁵² Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaft und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg.

⁵³ Siehe Fußnote 12.

⁵⁴ Beschluss des Kollegiums der Europäischen Staatsanwaltschaft vom 29.9.2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2020.001_conditions_of_employment_edps_translation-de.pdf (zuletzt abgerufen am 8.1.2021).

⁵⁵ Europäische Staatsanwaltschaft, OLAF abrufbar unter: https://ec.europa.eu/anti-fraud/policy/preventing-fraud/european_public_prosecutor_de (zuletzt abgerufen am 11.12.2020); *Beukelmann*, NJW-Spezial 2020, 376 (376).

⁵⁶ Europäische Staatsanwaltschaft abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/networks-and-bodies-supporting-judicial-cooperation/european-public-prosecutors-office_en (zuletzt abgerufen am 8.1.2021)

offen, ob die EUSTa im Verhältnis zu den nationalen Behörden der Mitgliedsstaaten eine ausschließliche oder eine konkurrierende Kompetenz zur Verfolgung und Ahndung von Straftaten zum Nachteil der Europäischen Union innehat.⁵⁷ Besonders problematisch scheint dabei die Zuständigkeit für Fälle welche die finanziellen Interessen der Europäischen Union nur in Randbereichen tangieren.⁵⁸ Sowohl innerhalb der EUSTa als auch zwischen der n. EUSTa und den nationalen Strafverfolgungsbehörden und den EU-Stellen, einschließlich Eurojust, Europol und dem OLAF, wird ein direkter und umgehender Informationsaustausch und eine enge Zusammenarbeit stattfinden.⁵⁹

2. Weisungsunabhängigkeit

Der EUSTa wird völlige Unabhängigkeit von nationalen Regierungen und EU-Organen eingeräumt um sie vor politischer Einflussnahme zu schützen.⁶⁰ Die Delegierten deutschen Europäischen Staatsanwälte sind ausschließlich den Weisungen und der Aufsicht nach Maßgabe der EUSTa-Verordnung unterstellt. Die §§ 144-147 GVG, die auch Regelungen zur Weisungsgebundenheit und Dienstaufsicht gegenüber der Staatsanwaltschaft enthalten, finden auf die Europäischen Staatsanwälte in ihrer Tätigkeit als solche gem. § 5 des EUSTa-Gesetz⁶¹ keine Anwendung.⁶² Die EUSTa hat jedoch gem. § 12 Abs. 1 EUSTa-Gesetz die Pflicht nach Einleitung eines Ermittlungsverfahrens die gem. § 492 Abs. 2 S. 1 StPO⁶³ in das staatsanwaltschaftliche Verfahrensregister einzutragende Daten an das Bundesamt für Justiz zu übermitteln.

VI. Ermittlungsverfahren

Auch hinsichtlich des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens und dessen Ablauf enthält die VO (EU) 2017/1939 Regelungen. So kann nach Art. 26 Abs. 1 VO (EU) 2017/1939 jeder Delegierte Europäische Staatsanwalt ein Ermittlungsverfahren einleiten, wenn der Mitgliedstaat nach Maßgabe des dortigen Rechts die Gerichtsbarkeit für die gegenständliche Straftat hat. Im deutschen Recht richtet sich die Gerichtsbarkeit vorrangig nach den §§ 3 ff. StGB. Neben der Gerichtsbarkeit müssen zusätzlich auch noch die Voraussetzungen für die Zuständigkeit (Art. 22 und 23 VO (EU) 2017/1939) und die Ausübung der Zu-

ständigkeit der EUSTa (Art. 25 VO (EU) 2017/1939) gegeben sein. Die VO (EU) 2017/1939 sieht im Falle des Vorliegens dieser Voraussetzungen keine Ermessensentscheidung des Delegierten Europäischen Staatsanwalts vor, er ist zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens verpflichtet. § 160 Abs. 1 StPO wird mithin durch die Regelung des Art. 26 Abs. 1 VO (EU) 2017/1939 verdrängt.

Haben gleich mehrere teilnehmende Mitgliedsstaaten die Gerichtsbarkeit für die Tat inne, so soll gem. Art. 26 Abs. 4 VO (EU) 2017/1939 das Ermittlungsverfahren von dem Delegierten Europäischen Staatsanwalt eingeleitet und geführt werden, in dessen Mitgliedstaat der Schwerpunkt der strafbaren Handlung liegt oder der Großteil der Taten begangen wurde. Art. 28 VO (EU) 2017/1939 enthält Regelungen bezüglich der Führung der Ermittlungen. Nach Art. 28 Abs. 1 VO (EU) 2017/1939 unterliegt der mit dem Verfahren betraute Delegierte Europäische Staatsanwalt in der Führung der Ermittlungen nicht nur der VO (EU) 2017/1939 sondern auch dem Recht seines Mitgliedstaates. Nach diesen beiden Regelwerken kann er Ermittlungsmaßnahmen und andere Maßnahmen entweder selbst treffen oder die zuständigen Behörden seines Mitgliedstaates zur Durchführung eben dieser anweisen. Die Ermittlungsbehörden werden dabei, ähnlich wie bei innerstaatlichen Ermittlungen, als „verlängerter Arm“ der EUSTa tätig.⁶⁴

Durch den Verweis auf das nationale Recht der teilnehmenden Mitgliedsstaaten finden § 161 Abs. 1 StPO, § 152 GVG und die §§ 402, 404 AO hinsichtlich der allgemeinen Ermittlungsbefugnis („Ermittlungen jeder Art“) des Delegierten Europäischen Staatsanwalts und der von diesem möglicherweise angewiesenen Polizei-, Zoll- und Steuerbehörden entsprechend Anwendung.

VII. Umsetzung der Verordnung in Deutschland

1. Aktuelle Entwicklungen in Deutschland

Aufgrund von Verzögerungen bei der Benennung der Delegierten Europäischen Staatsanwälten durch einzelne Mitgliedsstaaten wird der geplante Arbeitsbeginn der EUSTa von März 2021⁶⁵ auf noch „vor Sommeranfang“⁶⁶ desselben Jahres verlagert. Bisher seien, laut Aussage der

⁵⁷ Wasmeier/Killmann, in: Groeben/Schwarze/Hatje, NK-Europäisches Unionsrecht, Bd. 2, Art. 86 Rn. 27.

⁵⁸ A.a.O., Art. 86 Rn. 28.

⁵⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Europäischen Rat – Ein Europa, das schützt: eine Initiative zur Ausweitung der Zuständigkeiten der Europäischen Staatsanwaltschaft auf grenzüberschreitende terroristische Straftaten. Europäische Kommission, 12.9.2018, S. 9, 10, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:dee3a860-b65f-11e8-99ec-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

⁶⁰ Amtsblatt der Europäischen Union C 378 vom 9.11.2017, S. 151 (153).

⁶¹ Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 10.7.2020.

⁶² Beukelmann, NJW-Spezial 2020, 376.

⁶³ Dabei geht es insbesondere um Daten wie die Personendaten des Beschuldigten, die zuständige Stelle, das Aktenzeichen, die nähere Bezeichnung der Straftat(en), die Tatzeit, der Tatort etc.

⁶⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Drs. 19/17963, S. 25, abrufbar unter: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/179/1917963.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.12.2020).

⁶⁵ Europäische Staatsanwaltschaft, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/law/cross-border-cases/judicial-cooperation/networks-and-bodies-supporting-judicial-cooperation/european-public-prosecutors-office-de> (zuletzt abgerufen am 12.2.2021); Europäische Staatsanwaltschaft: Neues Kapitel im Kampf gegen Finanzbetrug und Korruption in der EU, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2020/111820_EU2020_EPPO_Konferenz.html (zuletzt abgerufen am 12.2.2021).

⁶⁶ Deutscher Bundestag, Generalstaatsanwältin Kövesi im Unterausschuss Europarecht, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 26.2.2021 (hib 253/2021), abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/presse/hib/825106-825106> (zuletzt abgerufen am 2.3.2021).

Generalstaatsanwältin *Laura Kövesi*⁶⁷ erst 32 Delegierte Staatsanwälte bestellt worden.

Unter Zugrundelegung der gem. Art. 13 Abs. 2 VO (EU) 2017/1939 geforderten Minimalanzahl von zwei Delegierten Staatsanwälten pro Mitgliedsstaat müssen insgesamt mindestens 44 Delegierte Staatsanwälte bestellt werden, damit die EUSTa ihre Tätigkeit aufnehmen kann. Geplant sind jedoch 140, auf die Mitgliedsstaaten verteilte, Delegierte Staatsanwälte.⁶⁸ Die Ansiedlung innerhalb der jeweiligen Länder soll jeweils bei einer Generalstaatsanwaltschaft oder einer Staatsanwaltschaft erfolgen.⁶⁹

Deutschland hat die ersten elf Delegierte Staatsanwälte Ende November 2020 bestellt.⁷⁰ Die Dienstsitze der Staatsanwälte liegen in Berlin, Frankfurt am Main, Hamburg, Köln und München.⁷¹ Einer der zwei Vertreter der Generalstaatsanwältin ist der Deutsche *Staatsanwalt Andrés Ritter*.⁷²

2. Gesetzesänderungen

a) Schaffung des EUSTa-Gesetzes

Am 10. Juli 2020 wurde die VO (EU) 2017/1939 durch den Erlass des „Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften“ in deutsches Recht umgesetzt. Das Gesetz gilt für Ermittlungsverfahren, in denen das Amt der Staatsanwaltschaft gem. § 142b Abs. 1 GVG von einem mit dem Verfahren betrauten oder das Verfahren unterstützenden deutschen Delegierten Europäischen Staatsanwalt (siehe Art. 2 Nr. 5, 6 VO (EU) 2017/1939) oder dem deutschen Europäischen Staatsanwalt ausgeübt wird (Abs. 2). Das EUSTa-Gesetz regelt dabei in § 3 Abs. 1 insbesondere die Unanwendbarkeit der §§ 153c, 160 Abs. 1, 170 Abs. 2 S. 1 StPO sobald die Zuständigkeit der EUSTa eröffnet ist und diese die Strafverfolgung übernommen hat. In Abs. 3 wird zudem der Sitz der EUSTa geregelt. Danach gilt, dass soweit nach der StPO die gerichtliche Zuständigkeit an den Sitz der zuständigen StA anknüpft, der Sitz der nationalen StA auch als der Dienstsitz der EUSTa gem. Art. 13 VO (EU) 2017/1939 anzusehen ist. Nach Abs. 4 gilt die gem. § 172 Abs. 2 StPO bestehende Belehrungspflicht auch für die EUSTa.

Des Weiteren enthält es Regelungen über geltende Verfahrensvorschriften, Datenschutz, Anwendbarkeit des GVG, des Gesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, der AO, des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, des OwiG, der Amtshilfe und der Einschränkung von Grundrechten.

b) Änderungen bestehender Gesetze

Generell sieht Art. 5 Abs. 3 VO (EU) 2017/1939 vor, dass die einschlägigen Bestimmungen des GVG, der StPO und anderer Rechtsvorschriften bei Ermittlungsverfahren der EUSTa subsidiär Anwendung finden. Dieser Regelung will das EUSTa-Gesetz durch entsprechende Gesetzesänderungen entsprechen. Das EUSTa-Gesetz sieht zunächst eine Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes vor. Die Neuregelungen im GVG dienen dazu, die Position der EUSTa bzw. der deutschen Delegierten Europäischen Staatsanwälte innerhalb der staatsanwaltschaftlichen Struktur der Bundesrepublik Deutschland zu regeln. Das GVG wird durch § 142b GVG ergänzt, welcher regelt, dass das Amt der Staatsanwaltschaft von Staatsanwälten ausgeübt wird, welche neben ihrer Tätigkeit für die nationale Staatsanwaltschaft zugleich zu Delegierten Europäischen Staatsanwälten für die Bundesrepublik Deutschland ernannt wurden. § 142b Abs. 2 GVG regelt darüber hinaus, dass dem Generalbundesanwalt, im Falle der Uneinigkeit zwischen der EUSTa und der nach §§ 142, 143 GVG sonst zuständigen Staatsanwaltschaft darüber, ob die strafbare Handlung in den Anwendungsbereich der Art. 22 Abs. 2, 3, 25 Abs. 2, 3 VO (EU) 2017/1939 fällt, als zuständige Behörde nach Art. 25 Abs. 6 VO (EU) 2017/1939 die Entscheidungsbefugnis zusteht. Gegen die Entscheidung des Generalbundesanwalts kann die betroffene Stelle den Rechtsweg durch eine Beschwerde vor dem *BGH* bestreiten. Durch diese Regelung soll gewährleistet werden, dass der *BGH* gegebenenfalls gem. Art. 42 Abs. 2 Buchst. C VO (EU) 2017/1939 i.V.m. Art. 267 AEUV den *EuGH* anrufen kann.⁷³

§ 143 GVG wird um einen sechsten Absatz ergänzt, wonach die Delegierten Deutschen Staatsanwälte unabhängig von ihrem Dienstsitz für alle Strafsachen im Geltungsbereich des EUSTa-Gesetzes zuständig sind. Die Zuständigkeit der Delegierten Deutschen Staatsanwälte ist mithin, abweichend der Regelung des § 143 Abs. 1 S. 1 GVG nicht an die örtliche Zuständigkeit des Gerichts gebunden. Zudem sieht das EUSTa-Gesetz in Art. 3 eine Änderung der Strafprozessordnung vor. § 16 StPO wird fortan in

⁶⁷ Deutscher Bundestag, Generalstaatsanwältin *Kövesi* im Unterausschuss Europarecht, Recht und Verbraucherschutz/Ausschuss, 26.2.2021 (hib 253/2021), abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/presse/hib/825106-825106> (zuletzt abgerufen am 2.3.2021).

⁶⁸ Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht*, Europäische Staatsanwaltschaft: Neues Kapitel im Kampf gegen Finanzbetrug und Korruption in der EU, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2020/111820_EU2020_EPPO_Konferenz.html (zuletzt abgerufen am 12.2.2021).

⁶⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) 2017/1939 des Rates vom 12.10.2017 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft und zur Änderung weiterer Vorschriften, S. 70, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_EUSTa.pdf?__blob=publicationFipu&v=1 (zuletzt abgerufen am 12.2.2021).

⁷⁰ Deutscher Bundestag, Generalstaatsanwältin *Kövesi* im Unterausschuss Europarecht, Recht und Verbraucherschutz/Ausschuss, 26.2.2021 (hib 253/2021), abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/presse/hib/825106-825106> (zuletzt abgerufen am 2.3.2021).

⁷¹ Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht*, Europäische Staatsanwaltschaft: Neues Kapitel im Kampf gegen Finanzbetrug und Korruption in der EU, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2020/111820_EU2020_EPPO_Konferenz.html (zuletzt abgerufen am 12.2.2021).

⁷² A.a.O.

⁷³ *Beukelmann*, NJW-Spezial 2020, 376.

zwei Absätze unterteilt. Abs. 1 enthält dabei den Regelungsgehalt des § 16 StPO a.F., wonach das Gericht, im Falle der Klageerhebung der EUSTa in der Bundesrepublik Deutschland, seine örtliche Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen hat. Die EUSTa ist mithin bei der Wahl des Gerichts, vor dem sie Anklage erheben will, entsprechend des Art. 36 Abs. 5 VO (EU) 2017/1939 an die Vorschriften des innerstaatlichen Rechts gebunden. § 16 StPO soll zudem durch einen zweiten Absatz ergänzt werden, welcher regelt, dass bei einer Anklageerhebung durch die EUSTa das Gericht auf Einwand des Angeklagten deren Befugnis zur Anklageerhebung zu prüfen hat. Der Angeklagte kann seinen Einwand bereits vor Eröffnung des Hauptverfahrens jedoch spätestens zum Beginn seiner Vernehmung zur Sache erheben.⁷⁴

Neben einer Abänderung des Bundeszentralregistergesetz wird letztlich auch das Strafgesetzbuch abgeändert. Die Änderung betrifft die Strafvorschriften zum Schutz von Privatgeheimnissen und von Dienstgeheimnissen. Die Änderungen in den §§ 203 und 353b StGB dienen der Gewährleistung eines einheitlichen Schutzniveaus gegen Informationsabflüsse bei Handlungen von Europäischen Amtsträgern und sind fortan auf alle Europäischen Amtsträger anwendbar.

VIII. Fazit

Die Errichtung der EUSTa als eine unabhängige, von politischer Einflussnahme durch nationale Regierungen und Organen der Europäischen Union geschützte, Institution, wird dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch bei der Unterstützung von lediglich 22 der 28 Mitgliedsstaaten einen extremen Mehrwert verleihen. Die Europäische Union als Staatengemeinschaft ist maßgeblich auf die Finanzierung durch die einzelnen Mitgliedsstaaten angewiesen, weswegen es von besonderer Wichtigkeit sein muss die finanziellen Interessen der Union und damit die Interessen der europäischen Steuerzahler in allen Mitgliedstaaten zu schützen.

Die EUSTa bietet mit ihrer integrierten institutionellen Struktur und den entsprechenden zentralisierten Entscheidungsprozessen erhebliche Vorteile bei der Bekämpfung jedweder grenzüberschreitenden Straftat gegenüber der rein national agierenden Staatsanwaltschaft der einzelnen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Zu den Vorteilen zählen insbesondere die Kenntnis aller nationalen Rechtssysteme, eine Übersicht über die grenzüberschreitende Kriminalität in der Union, eine rasche Entschei-

dungsfindung durch die Ständigen Kammern, in denen die Europäischen Staatsanwälte tätig sind, sowie die Umsetzung wirksamer Folgemaßnahmen auf nationaler Ebene durch die Delegierten Europäischen Staatsanwälte.

Gerade diese komplexe Struktur der EUSTa birgt jedoch auch ihre Probleme. Nach der VO (EU) 2017/1939 verfügt die EUSTa über keinen eigenen Behördenapparat und ist mithin auf die schnelle Umsetzung der Verordnung in den Mitgliedsstaaten angewiesen. Gestaltet sich die Umsetzung der VO und der Ernennung der Delegierten Europäischen Staatsanwälte nun in einzelnen Mitgliedsstaaten schleppender als in anderen, kann das die Aufnahme der Tätigkeit der EUSTa maßgeblich behindern. Das Ineinandergreifen europäischer und nationaler Strafverfolgung wird zudem nur dann sowohl rechtstaatlich als auch effektiv funktionieren, wenn seitens aller Mitgliedsstaaten ein guter Wille herrscht und nicht die Berufung auf vorhandene bürokratische Bestimmungen im Vordergrund steht. Zudem birgt auch die Anwendung der VO (EU) 2017/1939 in der Praxis noch viele Unklarheiten und verspricht zu Beginn der Tätigkeit der EUSTa einige Reibungen.

Letztlich ist es mit der Errichtung der EUSTa allein nicht getan. Für eine effektive EUSTa bedarf es noch umfassenden Regelungen hinsichtlich interner Prozesse und Arbeitsvereinbarungen unter anderem mit Behörden wie Europol, OLAF und Eurojust.

Da sich bedauerlicherweise nach dem bisherigen Stand der Dinge nicht alle Mitgliedsstaaten an der EUSTa beteiligen, sind der EUSTa hinsichtlich grenzüberschreitender Wirtschaftskriminalität, welche nicht teilnehmende Mitgliedsstaaten betrifft, die Hände gebunden. Es wäre mithin wünschenswert, dass sich auch die verbleibenden sechs Mitgliedsstaaten für die Institution der EUSTa aussprechen, um der EUSTa europaweite umfassende Ermittlungsmöglichkeiten einzuräumen.

Trotz all dieser Probleme stellt die Errichtung der EUSTa im Ganzen einen ersten kleinen Schritt auf dem Weg hin zu einem einheitlichen europäischen Strafrecht sowie Strafprozessrecht dar. Da die EUSTa ihre Arbeit auch nach über drei Jahren seit dem Erlass der VO (EU) 2017/1939 nicht aufgenommen hat, bleibt zu hoffen, dass die bestehenden bürokratischen Hürden in naher Zukunft überwunden werden und die EUSTa ihren geplanten Tätigkeiten ohne erneute Verzögerungen planmäßig noch vor Mitte des Jahres 2021 nachgehen kann.

⁷⁴ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), § 16 Rn. 3.

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

Strafbarkeit der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels trotz Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens

BGH, Urt. v. 27.2.2020 – 3 StR 327/19

Leitsätze:

1. Handelt der Täter ohne behördliche Erlaubnis, so kommt es für die Erfüllung des Tatbestands des § 284 Abs. 1 StGB nicht darauf an, ob sein Vorhaben materiellrechtlich genehmigungsfähig ist.

2. Beeinträchtigt eine Versagung der Erlaubnis den Täter in seinem Recht auf Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG, so entfällt die Strafbarkeit nach § 284 Abs. 1 StGB gleichwohl jedenfalls dann nicht, wenn der gesetzliche Genehmigungsvorbehalt selbst verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

3. Europarechtliche Vorgaben stehen einer Strafbarkeit nach § 284 Abs. 1 StGB in Verbindung mit dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 15. Dezember 2011 (GlüStV) und dem Niedersächsischen Glücksspielgesetz (NGLüSpG) nicht entgegen.

[...]

Gründe:

¹ Das LG hat den Angeklagten vom Vorwurf der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels aus rechtlichen Gründen freigesprochen und die Einziehung von Taterträgen, die der Einziehungsbeteiligten zugeflossen sind, abgelehnt. Hiergegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer wirksam auf den Freispruch beschränkten Revision, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat Erfolg.

I.

² Die Revision der Staatsanwaltschaft richtet sich allein gegen den Freispruch des Angeklagten. Sowohl die Revisionsanlegungs- als auch die -begründungsschrift bezeichnen ausschließlich die "Strafsache gegen" den Angeklagten. Die Einziehungsbeteiligte findet in beiden Schriftstücken keinerlei Erwähnung. Damit ist trotz des Revisionsantrags, das angefochtene Urteil „in vollem Umfang“ aufzuheben, von einem auf den Freispruch beschränkten Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft auszugehen.

II.

³ Dem Urteil liegen folgende Feststellungen und Wertungen zugrunde:

⁴ 1. Der Angeklagte war von Juli 2003 bis Juli 2018 Geschäftsführer der einziehungsbeteiligten M. GmbH, die zunächst zwei Spielhallen in einem Gebäude unterhielt. Da sie für den Weiterbetrieb der Spielhallen infolge der Änderungen der Gesetzeslage durch den Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 15.12.2011 (GlüStV) und das niedersächsische Glücksspielgesetz (NGLüSpG) ab dem 1.7.2017 neben der bestehenden Genehmigung nach § 33i GewO eine zusätzliche Erlaubnis benötigte, stellte die Einziehungsbeteiligte bei der Stadt einen entsprechenden Antrag. Dieser wurde im Hinblick auf das sog. Abstandsgebot abgelehnt. Dieses in § 25 Abs. 1 GlüStV i.V.m. § 10 Abs. 2 S. 1 NGLüSpG geregelte Gebot verlangt, dass der Abstand zwischen zwei Spielhallen mindestens 100 Meter beträgt. Da sich in dem nach diesen Vorschriften bemessenen Umkreis der von der Einziehungsbeteiligten betriebenen Halle zwei weitere Spielhallen anderer Betreiber befanden, die ebenfalls Anträge auf Genehmigung gestellt hatten, musste die Stadt zur Durchsetzung des Abstandsgebots eine Auswahlentscheidung treffen. Hierzu führte sie, „da sie keine geeigneten sachlichen Unterscheidungskriterien zwischen den Bewerbern feststellen konnte“ (UA S. 3), in Übereinstimmung mit der Praxis anderer Behörden in Niedersachsen ein Losverfahren durch, aus dem einer der Mitbewerber als Sieger hervorging. Die Einziehungsbeteiligte focht in der Folge den ablehnenden Bescheid ebenso wie die Erlaubnis für den Mitbewerber gerichtlich an. Hierüber ist bislang noch nicht abschließend entschieden. Ein Eilantrag der Einziehungsbeteiligten auf Duldung der Weiterführung des Spielbetriebes bis zur Entscheidung in der Hauptsache wurde vom zuständigen Verwaltungsgericht am 3.7.2017 zurückgewiesen. Trotzdem setzte der Angeklagte für die Einziehungsbeteiligte den Betrieb einer der beiden Spielhallen über den 1.7.2017 hinaus fort. Dort hielt er zwölf Glücksspielautomaten für Kunden betriebsbereit.

⁵ Am 4.9.2017 entschied das *OVG Lüneburg* in einem von einem anderen Spielhallenbetreiber geführten (Eil-)Verfahren, dass die Ablehnung einer Genehmigung nach einem zur Durchsetzung des Abstandsgebots durchgeführten Losverfahren den jeweiligen – unterlegenen – Betreiber unverhältnismäßig in seinem Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletze (Beschl. v. 4.9.2017 – 11 ME 330/17, NVwZ 2017, 1552 ff.). Nach dieser Entscheidung erhielt auch die Einziehungsbeteiligte am 18.9.2017 die vorläufige Erlaubnis, die Spielhalle weiter zu betreiben. Diese Genehmigung wurde zwischenzeitlich bis zum 31.12.2019 verlängert.

- ⁶ 2. Das *LG* hat den Angeklagten, dem die Staatsanwaltschaft die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels zwischen dem 1.7.2017 und dem 18.9.2017 vorgeworfen hat, aus rechtlichen Gründen freigesprochen. Die im Tatzeitraum fehlende Erlaubnis zum Weiterbetrieb habe auf einem Rechtszustand beruht, der den Betreiber in verfassungswidriger Weise in seinen Rechten verletzt habe. Nach dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung könne ein öffentlich-rechtlich erlaubtes Verhalten nicht gegen Strafgesetze verstoßen. Auch wenn nach der Rechtsprechung bei einer verwaltungsrechtlichen Untersagung in fehlerhafter Anwendung einfachen Rechts eine Strafbarkeit in Betracht kommen könne, gelte das jedenfalls nicht in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Nichterteilung einer Erlaubnis auf einer verfassungswidrigen Gesetzeslage beruhe.

III.

- ⁷ Der Freispruch des Angeklagten hält sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand.
- ⁸ Nach § 284 Abs. 1 StGB macht sich unter anderem strafbar, wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet oder die Einrichtungen hierfür bereithält. Diesen Tatbestand erfüllte der Angeklagte, indem er im Tatzeitraum für die Einziehungsbeteiligte handelnd eine Spielhalle betrieb, in der an Geldspielautomaten gespielt werden konnte, ohne dass hierfür eine behördliche Erlaubnis vorlag. Dem steht nicht entgegen, dass die Ablehnung der Genehmigung noch nicht bestandskräftig war, da die Einziehungsbeteiligte dagegen gerichtlich vorgeing. Die Strafbarkeit nach dieser Vorschrift entfällt auch dann nicht, wenn man der in anderer Sache vertretenen Rechtsauffassung des *OVG Lüneburg* (Beschl. v. 4.9.2017 – 11 ME 330/17, NVwZ 2017, 1552 ff.) folgt, wonach die Versagung der Erlaubnis möglicherweise deshalb materiellrechtlich fehlerhaft war, weil sie das Grundrecht des Angeklagten aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzte. Nicht entscheidend ist daneben, dass der Einziehungsbeteiligten später eine vorläufige Genehmigung erteilt wurde. Unionsrechtliche Bedenken stehen der Strafbarkeit ebenfalls nicht entgegen. Im Einzelnen:
- ⁹ 1. Der Angeklagte betrieb – für die Einziehungsbeteiligte handelnd – eine Spielhalle ohne hierfür erforderliche Erlaubnis (§ 284 StGB)
- ¹⁰ a) Hierfür ist folgendes Regelungsgefüge maßgebend:
- ¹¹ Der am 1.7.2012 in Kraft getretene Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 15.12.2011 (GlüStV; vgl. auch Nds. GVBl. 2012, 190 [196 f.]), dem durch die Veröffentlichung im Gesetzblatt des jeweiligen Bundeslandes – hier Niedersachsen – Gesetzesqualität zukommt, unterwirft in § 4 Abs. 1 die Veranstaltung von Glücksspielen einem Erlaubnisvorbehalt. Dieser gilt nach § 2 Abs. 3 S. 1 GlüStV auch für Spielhallen, die Geldspielautomaten mit Gewinnmöglichkeiten bereithalten (vgl. auch § 3 Abs. 7 GlüStV). Zudem verlangt § 24 Abs. 1 GlüStV für den Betrieb einer

Spielhalle unbeschadet sonstiger Genehmigungserfordernisse eine Erlaubnis nach dem Staatsvertrag. Somit reicht die bis dahin vorgesehene gewerberechtliche Genehmigung nach § 33i GewO nicht mehr aus. Die Veranstaltung von Glücksspiel ohne Erlaubnis ist verboten (§ 4 Abs. 1 S. 2 GlüStV). Demnach benötigen auch Betreiber von Bestandsspielhallen eine gesonderte (weitere) Erlaubnis. Diese ist nach § 24 Abs. 2 GlüStV zu versagen, wenn die Veranstaltung den Zielen des § 1 GlüStV zuwiderläuft, der unter anderem die Entstehung von Spielsucht verhindern und den Schutz von Spielern und Jugendlichen gewährleisten will. Zudem hängt die Erteilung der Erlaubnis davon ab, dass zwischen Spielhallen ein Mindestabstand eingehalten wird (Verbot von Mehrfachkonzessionen – § 25 Abs. 1 GlüStV). Nach § 10 Abs. 2 NGLüSpG muss der Abstand zwischen zwei Spielhallen mindestens 100 Meter betragen. § 25 Abs. 2 GlüStV sieht zudem ein Verbundverbot vor, das eine Erlaubnis für eine Spielhalle ausschließt, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist. Da somit auch bereits bestehende Spielhallen erweiterten Genehmigungsvoraussetzungen unterworfen werden, billigt der Glücksspieländerungsstaatsvertrag Betreibern solcher Hallen in § 29 Abs. 4 GlüStV im Rahmen einer Übergangsregelung zu, dass Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Staatsvertrags bestanden und für die bis zum 28.10.2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden war, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrages endet, bis zum Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags als mit §§ 24 und 25 GlüStV vereinbar gelten (S. 2). Darüber hinaus sieht Satz 4 dieser Vorschrift eine Härtefallregelung vor, wonach die zuständigen Behörden auch nach Ende des genannten Zeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie des § 25 GlüStV für einen angemessenen Zeitraum zulassen können, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist, wobei der Zeitpunkt der Erteilung einer Genehmigung gemäß § 33i GewO sowie wiederum die Ziele von § 1 GlüStV zu berücksichtigen sind.

- ¹² b) Die Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV war mit dem 30.6.2017 abgelaufen, so dass die Einziehungsbeteiligte für den Weiterbetrieb ihrer Spielhallen ab dem 1.7.2017 einer Erlaubnis nach § 4 Abs. 1, § 24 Abs. 1 GlüStV bedurfte. Diese lag nicht vor, als der Angeklagte die Spielstätte über die gesetzlich vorgesehene Übergangsfrist hinaus weiterführte.
- ¹³ 2. Das Handeln des Angeklagten ist nicht deshalb straflos, weil die Versagung der Erlaubnis möglicherweise rechtswidrig war. Sein Verhalten erfüllt selbst dann die Voraussetzungen des § 284 Abs. 1 StGB, wenn man mit dem *OLG Celle* (Beschl. v. 16.1.2019 – 2 Ws 485/18, StraFo 2019, 169 [172]) einen Anspruch des Angeklagten auf Erteilung einer jedenfalls vorläufigen Genehmigung annimmt, weil er im Tatzeitraum ohne Erlaubnis handelte. Auch dass ihm zwischenzeitlich die erforderliche Erlaubnis – vorläufig – erteilt wurde und er sich möglicherweise im Verwaltungsrechtsweg die Erteilung einer endgültigen

Erlaubnis erstreiten wird, lässt die Strafbarkeit nicht (nachträglich) entfallen.

- ¹⁴ a) § 284 Abs. 1 StGB ist verwaltungsakzessorisch ausgestaltet (BGH, Urt. v. 16.8.2007 – 4 StR 62/07, NJW 2007, 3078 [3081]; Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. [2019], § 284 Rn. 23; Gaede, in: NK-StGB, 5. Aufl. [2017], § 284 Rn. 21), indem die Tatbestandserfüllung an das Fehlen einer behördlichen Erlaubnis knüpft. Dabei handelt es sich um eine auf einen konkreten Verwaltungsakt, nicht um eine auf das Verwaltungsrecht als solches bezogene Akzessorietät (Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 62a). Dies bedeutet, dass das negative Tatbestandsmerkmal der fehlenden Erlaubnis in § 284 Abs. 1 StGB (Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, § 284 Rn. 23; Hohmann, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. [2019], § 284 Rn. 17; Putzke, in: AnwK-StGB, 3. Aufl. [2020], § 284 Rn. 18; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. [2018], § 284 Rn. 12) nur entfällt, wenn die Genehmigung mit einem formal wirksamen Verwaltungsakt erteilt wurde. Nur auf diese formale Wirksamkeit, nicht auf die materielle Richtigkeit dieses tatbestandsausschließenden Verwaltungsaktes kommt es an. Ist der Verwaltungsakt bestandskräftig, dann wird die Veranstaltung des Glücksspiels nicht dadurch strafbar, dass dieser materiell-rechtlich fehlerhaft und rechtswidrig ist (h.M.; vgl. BGH, Beschl. v. 17.1.2018 – 4 StR 305/17, NStZ-RR 2018, 214; OLG Celle, Beschl. v. 16.1.2019 – 2 Ws 485/18, StraFo 2019, 169 [170]; Krehl, in: LK-StGB, 12. Aufl. [2008], § 284 Rn. 22; Hohmann, in: MüKo-StGB, § 284 Rn. 18; Gaede, in: NK-StGB, § 284 Rn. 21; Putzke, in: AnwK-StGB, § 284 Rn. 18). Lediglich eine nichtige Erlaubnis begründet die Erfüllung des Tatbestandes, da dann eine behördliche Erlaubnis zu keinem Zeitpunkt vorlag (Hohmann, in: MüKo-StGB, § 284 Rn. 18). Da somit allein die formale Wirksamkeit entscheidend ist, liegt es insbesondere nicht in der Kompetenz der Strafgerichte, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes zu überprüfen (Heine/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 324 ff. Rn. 16b, 16c; Rönnau, in: LK-StGB, 13. Aufl. [2019], vor §§ 32 ff. Rn. 277 [284]).
- ¹⁵ b) Im umgekehrten Fall, in dem wie hier eine tatbestandsausschließende Erlaubnis nicht vorliegt, gilt nichts anderes. Das Fehlen einer behördlichen Erlaubnis erfüllt den Tatbestand des § 284 Abs. 1 StGB ungeachtet einer möglichen materiellrechtlichen Genehmigungsfähigkeit. Das Vorliegen eines Sachverhalts, bei dem die Erlaubnis erteilt werden könnte oder gar müsste, begründet keinen Tatbestandsausschluss, da sonst Sinn und Zweck des Erlaubnisvorbehalts leerließen. Insoweit gilt:
- ¹⁶ aa) Ist vom Gesetz die Zulässigkeit eines Verhaltens ordnungsrechtlich mit einem Erlaubnisvorbehalt verknüpft (vgl. Krehl, in: LK-StGB, § 284 Rn. 22; Gaede, in: NK-StGB, § 284 Rn. 21), kommt dem behördlichen Genehmigungsverfahren in der Regel eine eigenständige Bedeutung zu. Der Erlaubnisvorbehalt dient in diesen Fällen regelmäßig dazu, Gefahren, die von einem bestimmten, nicht unbedingt per se gefährlichen Verhalten ausgehen, im Rahmen einer behördlichen Prüfung zu kontrollieren und ihrer Verwirklichung vorzubeugen (vgl. Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 61; Rönnau, in: LK-StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 274; Rogall, NStZ 1992, 561 [564]; zu einzelnen Funktionen des Kontrollverfahrens vgl. Rengier, ZStW 1989, 874, [876 f.]). Das Genehmigungsverfahren besteht mithin nicht um seiner selbst willen; vielmehr erfüllt es eine eigenständige, auf das jeweilige gesetzliche Schutzgut bezogene gestaltende Funktion zur Gewährleistung effektiven Rechtsgüterschutzes (vgl. Rönnau, in: LK-StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 290; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 62c).
- ¹⁷ Verwaltungsakzessorische Strafvorschriften verfolgen in diesen Fällen eines verwaltungsrechtlichen Genehmigungsvorbehalts den Zweck, Verstöße gegen das dem jeweiligen Rechtsgüterschutz dienende Verfahren strafrechtlich zu ahnden. Entsprechend knüpft die Strafbarkeit nicht an die materielle Richtigkeit der Versagung einer Genehmigung, sondern an das Fehlen der in einem behördlichen Verfahren zu erteilenden Erlaubnis als solcher an. Ungeachtet der materiellen Verwaltungsrechtslage ist das Tatbestandsmerkmal "ohne Erlaubnis" immer erfüllt, wenn der Handelnde über eine solche nicht verfügt, sei es, weil er diese nicht beantragt hat, sei es, dass sie ihm – möglicherweise rechtswidrig – nicht erteilt worden ist. Die Genehmigungsfähigkeit des Verhaltens spielt keine Rolle (h.M.; vgl. auch § 4 Abs. 1 Satz 2 GlüStV; BGH, Beschl. v. 17.1.2018 – 4 StR 305/17, NStZ-RR 2018, 214; OLG Köln, Beschl. v. 13.2.1990 – Ws648/89, wistra 1991, 74 [75]; Rönnau, in: LK-StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 290; Krehl, in: LK-StGB, § 284 Rn. 22; Heine/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 324 ff. Rn. 19; Rengier, ZStW 1989, 874 [902 ff.]; Rogall, NStZ 1992, 561 [565 f.]; Barton/Gercke/Janssen, wistra 2004, 321 [322]; einschr. Schlehofer, in: MüKo-StGB, vor § 32 Rn. 233, 234: soweit die Entscheidung im Ermessen der Behörde stand). Soweit in der Literatur vertreten wird, dass eine Strafbarkeit entfallen soll, wenn eine Genehmigung nach Durchführung eines Erlaubnisverfahrens rechtswidrig versagt wurde, da dann der Schutzfunktion des präventiven Verbots – nämlich die einer behördlichen Überprüfung – Rechnung getragen sei (etwa Perschke, wistra 1996, 161 [166 f.]; vgl. auch Winkelbauer, NStZ 1988, 201 [203]), ist dem entgegenzuhalten, dass das Erlaubnisverfahren jeweils auf den dahinter stehenden gesetzlichen Schutzzweck ausgerichtet ist, mithin das Verbot des Handelns ohne Erlaubnis nicht nur dem Schutz des Verfahrens als solchem, sondern auch dem jeweiligen Rechtsgüterschutz des betroffenen Gesetzes Rechnung tragen soll. Wird dem Betroffenen die für die Ausübung seiner Tätigkeit erforderliche Genehmigung zu Unrecht versagt, so muss er sich deren Erteilung gerichtlich erstreiten. Ein Recht zur Selbsthilfe besteht schon deshalb nicht, weil Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit nicht die Gefährlichkeit des Handelns, sondern das Unterlaufen des – rechtsgutsbezogenen – behördlichen Verfahrens ist (vgl. Rogall, NStZ 1992, 561 [566]; Rönnau, in: LK-StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 290).
- ¹⁸ bb) Diese Erwägung gilt auch in den Fällen, in denen der

Betroffene nicht nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Genehmigungsantrag, sondern sogar auf die Erteilung der Genehmigung selbst hat. Zwar wird im Schrifttum vertreten, dass die Strafbarkeit in eng definierten Fällen eines Anspruchs auf die Erlaubniserteilung entfallen kann (*Schlehofer*, in: MüKo-StGB, vor § 32 Rn. 230 f. [235]; *Rudolphi*, NStZ 1984, 193 [197 f.]). Doch kommt dem verwaltungsrechtlichen Genehmigungsverfahren auch dann eine eigenständige Bedeutung zu, wenn sich später herausstellt, dass die Behörde – etwa wegen einer Ermessensreduzierung auf Null – die Genehmigung hätte erteilen müssen. Der Betroffene hat dann zwar einen Anspruch auf Genehmigung, nicht aber auf eigenmächtige Vornahme der erlaubnisbedürftigen Handlung (*Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 32 Rn. 62c m.w.N.).

- ¹⁹ cc) Stellt sich im Nachhinein die Rechtswidrigkeit der Versagung der Genehmigung heraus oder erteilt die Behörde nachträglich eine Genehmigung, so ist regelmäßig kein Strafaufhebungsgrund gegeben, der trotz Tatbestandserfüllung und Rechtswidrigkeit des genehmigungslosen Verhaltens die Strafbarkeit nachträglich entfallen ließe (so aber *Heine/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 324 ff. Rn. 19 [21 f.], wenn die Genehmigung zu erteilen war; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 62c; vgl. auch *Winkelbauer*, NStZ 1988, 201 [203], wenn durch die Nichteinhaltung des Genehmigungsverfahrens keine besondere Gefahr für das Rechtsgut entstanden ist). Für einen solchen Strafaufhebungsgrund ist schon dann kein Raum, wenn die Genehmigung – sei sie im gerichtlichen Verfahren erstritten, sei sie von der Behörde aus anderen Gründen nachträglich erteilt – ex nunc ausgesprochen wird oder werden muss (vgl. *Rönnau*, in: LK-StGB, vor §§ 32 ff. Rn. 291). Denn dann vermag sie für die Zeit, in der der Täter unter Missachtung des behördlichen Kontrollverfahrens und seines Ergebnisses gehandelt hat, auch materiell eine Berechtigung zum Handeln nicht zu begründen (vgl. *Kloepfer/Vierhaus*, Umweltstrafrecht, 2. Aufl. [2002], Rn. 37). Vielmehr kommt es – wie auch sonst – für die Strafbarkeit allein darauf an, dass es zum Zeitpunkt der Tat an einer Genehmigung fehlte (*BGH*, Urf. v. 24.4.1990 – 4 StR 24/90, BGHSt 37, 21 [28 f.]; *OLG Köln*, Beschl. v. 13.2.1990 – 2 Ws 648/89, wistra 1991, 74, 75; so auch *Heine/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor §§ 324 ff. Rn. 19). Zudem kann eine nachträgliche Erteilung der Genehmigung ebenso wie ein Obsiegen im gerichtlichen Verfahren mit einer Reihe weiterer Umstände zusammenhängen, die möglicherweise zum Zeitpunkt der Genehmigungsversagung noch nicht vorlagen oder anders zu bewerten waren (vgl. *Rengier*, ZStW 1989, 874 [904]). Gegen einen Strafaufhebungsgrund spricht zudem, dass mit dem Strafverfahren auf eine abschließende Entscheidung im Verwaltungsrechtsweg zugewartet werden müsste, was die Funktion abstrakter Gefährungsdelikte unterlaufen kann (*OLG Köln*, Beschl. v. 13.2.1990 – 2 Ws 648/89, wistra 1991, 74 [75]; *Kloepfer/Vierhaus*, Umweltstrafrecht, Rn. 37; für eine Aussetzung des Strafverfahrens vgl. *Wüterich*, NStZ 1987, 106 [109]). Unter Berücksichtigung des mit dem Erlaubnisvorbehalt verbundenen Schutzzwecks (s.o.) wird auch bei einer gerichtlich erstrittenen

oder aus anderen Gründen erteilten nachträglichen Genehmigung mit dem eigenmächtigen Handeln während der genehmigungslosen Zeit nicht der "bloße Verwaltungsungehorsam" bestraft, weil der Gesetzgeber grundsätzlich eine behördlich "unkontrollierte" Betätigung vermeiden will (*Rengier*, ZStW 1989, 874 [880 f.]). Durchgreifende Gründe, die das Strafbedürfnis im Nachhinein entfallen ließen, sind somit regelmäßig nicht gegeben.

- ²⁰ Da es deshalb auf eine mögliche spätere Genehmigung nicht ankommt, mit der eine vorangegangene rechtswidrige Versagung der Erteilung korrigiert wird, fordert auch Art. 19 Abs. 4 GG nicht ein Zuwarten der Strafverfolgungsorgane und -gerichte auf das Ergebnis eines etwaigen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.
- ²¹ c) Vorliegend sieht das Gesetz (vgl. § 4 Abs. 1, § 24 Abs. 1 GlüStV) für den Betrieb einer Spielhalle einen Genehmigungsvorbehalt vor. Ziel des Glücksspieländerungsstaatsvertrags und der ausführenden Landesgesetze ist es jedenfalls auch, den als an sich sozialadäquat gewerteten "natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung" in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken (§ 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV) und im Hinblick unter anderem auf die Ziele des Spieler- und Jugendschutzes (vgl. § 1 S. 1 Nr. 3 GlüStV) behördlicher Kontrolle zu unterwerfen. Dieser Kontrolle dient das gesetzlich vorgesehene Genehmigungsverfahren, das mithin auch hier keinem Selbstzweck dient, sondern eine behördliche Prüfung vorsieht, die die unterschiedlichen Interessen in Einklang bringen und – etwa im Hinblick auf die in § 1 S. 1 GlüStV und in § 1 Abs. 3 NGlüSpG genannten Ziele der Bekämpfung von Spielsucht und der Gewährleistung von Spieler- und Jugendschutz – einen effektiven Rechtsgüterschutz gewährleisten soll. Aus dieser eigenständigen Bedeutung des gesetzlich vorgeschriebenen Erlaubnisverfahrens folgt, dass die Strafbarkeit des Angeklagten allein an das Fehlen der behördlichen Erlaubnis anknüpft.
- ²² 3. Die Strafbarkeit des Angeklagten entfällt auch nicht, wenn anzunehmen wäre, er sei mit der möglicherweise rechtswidrigen Versagung der Erlaubnis in seinem Recht auf Freiheit der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG und damit in einem Grundrecht beschnitten worden.
- ²³ a) Nach der diesbezüglichen in einer anderen Sache im Eilverfahren vertretenen vorläufigen Bewertung des *OVG Lüneburg* (Beschl. v. 4.9.2017 – 11 ME 330/17, NVwZ 2017, 1552 ff.) stellt die in Niedersachsen geübte Praxis, die zur Durchsetzung des Abstandsgebots zu treffende Auswahlentscheidung zwischen mehreren Betreibern im Losverfahren zu treffen, einen rechtswidrigen Eingriff in die nach Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit des ausgeschiedenen Mitbewerbers dar, weil der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG damit missachtet werde. Die Rechtsprechung des *BVerfG* fordere bei einem Eingriff in das Recht auf freie Berufsausübung, dass der Gesetzgeber alle wesentlichen Fragen selbst entscheide. Dieser müsse deshalb auch die Kriterien für das vorliegend erforderliche Auswahlverfahren formulieren (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a.,

BVerfGE 145, 20 Rn. 182). Dies habe der niedersächsische Gesetzgeber bei Erlass des Glücksspielgesetzes unterlassen. Eine gesetzliche Grundlage sei aber nicht entbehrlich, zumal weder der Glücksspieländerungsstaatsvertrag noch das niedersächsische Glücksspielgesetz hinreichende Kriterien oder Maßstäbe biete, auf welche Weise die Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen getroffen werden könne. Soweit das *BVerfG* in seiner oben genannten Entscheidung die Meinung vertrete, dass die Voraussetzungen des Auswahlverfahrens sich nicht unbedingt aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben müssten, sondern es ausreiche, dass sich die wesentlichen Parameter der Entscheidung dem Gesetz selbst entnehmen ließen (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 182-185), ergäben sich solche aus dem niedersächsischen Glücksspielgesetz auch durch Auslegung nicht. Die in Ermangelung gesetzlicher Kriterien durch Los getroffene Auswahl sei deshalb rechtswidrig.

- ²⁴ b) Selbst wenn dem folgend die Versagung der Erlaubnis auf einem den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nicht genügenden Auswahlverfahren beruhen sollte, berührt dies die Strafbarkeit des Angeklagten nicht. Zwar kann nach der Rechtsprechung des *BGH* (Urt. v. 16.8.2007 – 4 StR 62/07, NJW 2007, 3078 ff.) ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Recht des Täters auf freie Berufsausübung die Nichtanwendbarkeit des § 284 StGB begründen. Doch ist diese Rechtsprechung, die trotz Tatbestandserfüllung in solchen Fällen eine Strafbarkeit verneint, nicht auf den vorliegenden Fall zu übertragen.
- ²⁵ aa) Der *BGH* ist in der genannten Entscheidung – ohne dass es für seine Entscheidung tragend darauf angekommen wäre – in Übereinstimmung mit der herrschenden oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung (*OLG München*, Urt. v. 26.9.2006 – 5 St RR 115/05, NJW 2006, 3588 [3591]; v. 17.6.2008 – 5 St RR 28/08, NJW 2008, 3151 [3152]; *KG*, Urt. v. 23.7.2009 – (2) 1 Ss 541/08, juris; vgl. auch *OLG Stuttgart*, Urt. v. 26.6.2006 – 1 Ss 296/05, NJW 2006, 2422 f.) von der Strafflosigkeit eines privaten Wettbetreibers ausgegangen, dem im Hinblick auf das im Sportwettengesetz des Saarlandes geregelte staatliche Monopol eine Erlaubnis für seine Tätigkeit nicht erteilt werden konnte. Vorausgegangen war das Urteil des *BVerfG* zum bayerischen Sportwettenmonopol (Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 ff.), mit dem dieses das bayerische Staatslotteriegesetz, das wie die Gesetze anderer Bundesländer ein staatliches Monopol für die Veranstaltung von Sportwetten vorsah, für verfassungswidrig erklärt hatte. Die Strafbarkeit gewerblicher Sportwettenbetreiber könne nicht losgelöst von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der einschlägigen Gesetzeslage beantwortet werden. Eine Strafbarkeit privater Sportwettenbetreiber nach § 284 Abs. 1 StGB scheidet aus, wenn – wie hier – die fehlende Erlaubnis auf einem Rechtszustand beruhe, der seinerseits deren Rechte in verfassungswidriger Weise verletze. Der Staat habe unter Androhung von Kriminalstrafe verboten, was er selbst betrieben habe, ohne rechtlich und organisatorisch sichergestellt zu haben, sich nicht tatsächlich mit den von ihm für das Verbot geltend gemachten Zielen in Widerspruch zu setzen. Hinzu komme, dass ein auf präventive Kontrolle

gerichtetes Genehmigungsverfahren im Rahmen der Regelung des staatlichen Wettmonopols von vorneherein nicht vorgesehen und somit die private Vermittlung von Sportwetten auch bei Unbedenklichkeit ohne die Möglichkeit einer Erlaubniserteilung unter Androhung von Strafe verboten sei.

- ²⁶ Das *BVerfG* hat sich dieser Rechtsprechung in der Folge angeschlossen und in mehreren Kammerbeschlüssen eine Strafbarkeit von Sportwettenunternehmern verneint, die ohne die nach der verfassungswidrigen Gesetzeslage ohnehin nicht zu erlangende Erlaubnis Sportwetten veranstaltet hatten. § 284 StGB sei auf diesen Täterkreis von Verfassungen wegen nicht anwendbar. Vielmehr führe die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses privater Wettunternehmer von der gewerblichen Veranstaltung von Sportwetten zum Entfallen des staatlichen Strafanspruchs (vgl. etwa *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 29.6.2009 – 2 BvR 1499/05, NVwZ-RR 2009, 785 [786]).
- ²⁷ bb) Die durch den Glücksspieländerungsstaatsvertrag und die ergänzenden bzw. ausführenden Ländergesetze geschaffene Gesetzeslage unterscheidet sich bei sachgerechter Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in entscheidungserheblicher Weise von dem Rechtszustand nach dem Urteil des *BVerfG* vom 28.3.2006 (1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 ff.).
- ²⁸ (1) Die Verfassungswidrigkeit des staatlichen Sportwettenmonopols nach dem bayerischen Lotteriegesetz hat das *BVerfG* damit begründet, dass dieses nicht (ausschließlich) den legitimen gesetzgeberischen Zielen der Bekämpfung der Spielsucht und des Spieler- und Jugendschutzes (*BVerfG*, Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 [309, 317]), sondern gleichzeitig (und möglicherweise sogar vorrangig) fiskalischen Interessen diene (*BVerfG*, a.a.O., 276, 307, 310 f.). Das gesetzlich festgeschriebene staatliche Wettmonopol sei in einer Weise ausgestaltet, die eine effektive Suchtbekämpfung, die den Ausschluss Privater von der Organisation von Sportwetten rechtfertigen könne, nicht sicherstelle. Damit erfülle das die Berufsausübung privater Sportwettenunternehmer einschränkende Gesetz keinen legitimen Zweck und stelle in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung einen unverhältnismäßigen Eingriff in deren Berufsfreiheit dar. Den an einer entsprechenden beruflichen Tätigkeit interessierten Bürgern sei der – strafbewehrte – Ausschluss von gewerblichen Wettangeboten nur zumutbar, wenn ein Wettmonopol auch in seiner konkreten Ausgestaltung die Vermeidung von Spielsucht und problematischem Spielverhalten bezwecke (*BVerfG*, a.a.O., 276, 309, 317). Somit war für die Verfassungswidrigkeit des staatlichen Wettmonopols letztlich maßgebend, dass das Gesetz, ohne die Verfolgung seiner legitimen Zwecke insbesondere der Suchtprävention und des Spieler- und Jugendschutzes sicherzustellen, dem Staat in hohem Maße Einnahmen ermöglichte, während eine Erlaubnis für private Unternehmen im Rahmen eines auf präventive Kontrolle gerichteten Genehmigungsverfahrens, die bei Unbedenklichkeit hätte erteilt werden können, von vorneherein nicht vorgesehen war.

- ²⁹ (2) Demgegenüber hat das *BVerfG* die Regelungen des Glücksspieländerungsstaatsvertrages und die ergänzenden Gesetze der Länder (im entschiedenen Fall Berlins, Bayerns und des Saarlands) als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen (Beschl. v. 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a., *BVerfGE* 145, 20 ff.; vgl. auch *OLG Lüneburg*, Beschl. v. 4.9.2017 – 11 ME 206/17, *NdsRpfl* 2017, 356 ff.). Der mit den gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit diene wichtigen Gemeinwohlzielen der Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht sowie weiterer negativer Begleiterscheinungen des Spielbetriebs (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 119 ff.). Insbesondere hat es das Abstandsgebot nach § 25 Abs. 1 GlüStV, das auch zu einer nachträglichen Schließung bereits bestehender Spielhallen führen kann, sowohl im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG als auch hinsichtlich Art. 14 Abs. 1 GG für verfassungsgemäß erklärt. Dieses sei zur Erreichung legitimer gesetzlicher Ziele geeignet, erforderlich und angemessen (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 131 ff.). Auch dem Vertrauensschutz für Betreiber von Bestandsspielhallen sei – unter anderem mit den im Verhältnis zu denen des § 29 Abs. 4 GlüStV teilweise sogar kürzeren Übergangsvorschriften der Ländergesetze – ausreichend Rechnung getragen (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 176 ff.). Selbst das Fehlen von Kriterien für die Auswahl von Inhabern von Altgenehmigungen zur Durchsetzung des Abstandsgebots im saarländischen Glücksspielgesetz verstoße nicht gegen Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG, da sich die wesentlichen Parameter für eine Auswahl dem Gesetz noch ausreichend entnehmen ließen (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 182 ff.). Soweit das behördliche Auswahlverfahren im Einzelfall den Rechtspositionen der Spielhallenbetreiber nicht ausreichend Rechnung trage, sei verwaltungsgerichtlicher und gegebenenfalls verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz gegeben (*BVerfG*, a.a.O., Rn. 186).
- ³⁰ (3) Somit wird der Angeklagte – anders als in dem der Entscheidung des *BGH* vom 16.8.2007 (Urt. v. 16.8.2007 – 4 StR 62/07, *NJW* 2007, 3078 ff.) zugrundeliegenden Fall – vorliegend nicht bestraft, weil er gegen ein verfassungswidriges Gesetz verstieß, das ihm das zur Aburteilung stehende Tun nicht nur untersagte, sondern auch keine Möglichkeit einräumte, sich nach Durchführung eines Genehmigungsverfahrens rechtmäßig zu verhalten. Vielmehr missachtete er, indem er für die Einziehungsbeteiligte eine Spielhalle betrieb, einen gesetzlichen Genehmigungsvorbehalt, der ebenso wenig wie der Glücksspieländerungsstaatsvertrag selbst verfassungsrechtlich zu beanstanden ist. Allein das Handeln ohne die vom Gesetz verfassungsgemäß geforderte Genehmigung begründet nach den oben ausgeführten Rechtsgrundsätzen – unabhängig von der materiellrechtlichen Rechtmäßigkeit einer Versagung im Einzelfall – die Strafbarkeit nach § 284 Abs. 1 StGB. Die verfassungsrechtlichen Bedenken, die möglicherweise zur Rechtswidrigkeit des die Genehmigung versagenden Verwaltungsaktes führen, berühren allein die materiellrechtliche Rechtmäßigkeit der Versagung, die sich indes auf die Strafbarkeit – wie auch sonst – nicht auswirkt. Anders als im Fall des verfassungswidrigen Sportwettenmonopols war dem Angeklagten der Betrieb einer Spielhalle nicht von Gesetzes wegen generell verboten. Ihm war die Möglichkeit eröffnet, eine Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle zu beantragen. Die Versagung dieser Erlaubnis berechtigte ihn auch dann, wenn sie auf einem dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nicht genügenden Verwaltungsverfahren beruhte, nicht dazu, die Spielhalle eigenmächtig zu betreiben. Soweit er sich durch das konkrete Auswahlverfahren in seinen – auch verfassungsrechtlichen – Rechtspositionen verletzt sah, bestand die Möglichkeit, die Ablehnung der Genehmigung verwaltungsgerichtlicher und gegebenenfalls verfassungsgerichtlicher Überprüfung zu lassen (vgl. *BVerfG*, a.a.O., Rn. 186).
- ³¹ Dies gilt umso mehr, als nicht ersichtlich ist, dass die mögliche Rechtswidrigkeit der Versagung, auch wenn sie auf verfassungsrechtlichen Bedenken beruhte, zu einem Anspruch auf Erteilung der Genehmigung von Verfassungen wegen geführt hätte. Denn eine Erlaubnis ist – neben der Einhaltung des Abstandsgebots – nach § 4 Abs. 1 S. 2, § 24 Abs. 1 GlüStV an das Vorliegen weiterer Voraussetzungen geknüpft. Auch hätte die Einziehungsbeteiligte in einem anderen, verfassungsgemäßen Auswahlverfahren ebenfalls unterliegen können.
- ³² Somit sind Gründe, das staatliche Strafbedürfnis hinsichtlich des eigenmächtigen Vorgehens des Angeklagten wegen der durch einen möglicherweise unverhältnismäßigen Eingriff in sein Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG begründeten Rechtswidrigkeit der Versagung der Erlaubnis entfallen zu lassen, nicht ersichtlich.
- ³³ 4. Auch europarechtliche Vorgaben stehen der Strafbarkeit des Angeklagten nicht entgegen.
- ³⁴ Zwar darf nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts ein Mitgliedstaat keine strafrechtliche Sanktion für ein Verhalten verhängen, mit dem der Betroffene verwaltungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt hat, die ihrerseits gegen das Unionsrecht verstoßen. Insbesondere die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheiten stehen einer Bestrafung dann vielmehr entgegen (vgl. *EuGH*, Urt. v. 6.3.2007 – C-338/04 u.a., Rs. Placanica u.a., *Slg.* 2007, I-1891, 1932 Rn. 68 f., 71; v. 8.9.2010 – C-316/07 u.a., Rs. Stoß u.a., *Slg.* 2010, I-8069, 8099 Rn. 115; v. 15.9.2011 – C-347/09, Rs. Dickinger u.a., *Slg.* 2011, I-8185, 8223 Rn. 43; v. 16.2.2012 – C-72/10 u.a., Rs. Costa u.a., *ZfWG* 2012, 105 Rn. 43, 83; v. 4.2.2016 – C-336/14, Rs. Ince, *ZfWG* 2016, 115 Rn. 94; *Fink/Rübenstahl*, *European Law Reporter* 2007, 275 [282 f.]; *Streinz/Michl*, in: *Streinz/Liesching/Hambach*, *Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien*, 2014, *AEUV* Art. 34 ff. Rn. 137 ff.; *Meier*, *Europäische Rechtsprechung und deutsches Glücksspielrecht*, 2014, S. 23). Mithin kommt eine Strafbarkeit nach § 284 StGB nicht in Betracht, wenn die Nichterteilung der Erlaubnis auf einer europarechtswidrigen Vorschrift beruht (vgl. *BGH*, Urt. v. 14.2.2008 – I ZR 13/06, *juris* Rn. 22; *OLG München*, Urt. v. 26.9.2006 – 5 St RR 115/05, *NJW* 2006, 3588 [3591]; v. 17.6.2008 – 5 St RR 28/08, *NJW* 2008, 3151 [3152]; *HansOLG Hamburg*, Beschl. v. 5. Juli 2007 – 1 Ws 61/07, *juris* Rn. 38 ff.; *OLG Bamberg*, Urt. v. 29.7.2008 – 2 Ss

35/08, juris Rn. 23; *Putzke*, in: Becker/Hilf/Nolte/Uwer, Glücksspielregulierung, 2017, § 284 StGB Rn. 30 f.; *Krehl*, in: LK-StGB, vor §§ 284 ff., Rn. 8d; *Gaede*, in: NK-StGB, § 284 Rn. 22; *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 284 Rn. 2; *Hoyer*, in: SK-StGB, 9. Aufl. [2019], § 284 Rn. 34; *Matt*, in: Matt/Renzikowski/Wietz, StGB, 2. Aufl. (2020), § 284 Rn. 17 f.; *Pieroth*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 80; *Meier*, Europäische Rechtsprechung und deutsches Glücksspielrecht, S. 40; a.A. *Ruttig/Schmitt*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 1. Aufl. (2008), StGB, § 284 Rn. 34). Dies ist aber hier nicht der Fall.

³⁵ a) Es liegt schon kein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, so dass Unionsrecht nicht zur Anwendung kommt.

³⁶ Nach Art. 49 und 56 AEUV werden die freie Niederlassung und die Dienstleistungsfreiheit für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates garantiert. Somit ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschriften, dass rein innerstaatliche Sachverhalte vom Schutzbereich grundsätzlich nicht erfasst werden. Der Gewährleistungsgehalt der Grundfreiheiten der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 56 AEUV ist vielmehr nur dann eröffnet, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. In dieser Frage haben die nationalen Gerichte einen weiten Beurteilungsspielraum (st. Rspr. des *EuGH*; vgl. Urte. v. 11.9.2003 – C-6/01, Rs. Anomar u.a., Slg. 2003, I-8621, 8647 Rn. 40; v. 11.3.2010 – C-384/08, Rs. Anattasio Group, Slg. 2010, I-2055, 2059 Rn. 22 ff.; v. 1.6.2010 – C-570/07 u.a., Rs. Perez u.a., Slg. 2010, I-4629, 4653 Rn. 40; v. 19.7.2012 – C-470/11, Rs. Garkalns, NVwZ 2012, 1162 Rn. 21; v. 5.12.2013 – C-159/12 u.a., Rs. Venturini u.a., juris Rn. 25 ff.; v. 11.6.2015 – C-98/14, Rs. Berlington Hungary u.a., ZfWG 2015, 336 Rn. 24 ff.). In der vorliegenden Fallkonstellation reicht es nicht aus, dass der Spielhallenbetreiber oder Kunden seiner Spielhallen hypothetisch von einer unionsrechtlichen Grundfreiheit Gebrauch machen könnten (*BVerwG*, Urte. v. 16.12.2016 – 8 C 6/15, BVerwGE 157, 126 Rn. 83; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 4.9.2017 – 11 ME 206/17, NdsRpfl 2017, 356 [358]; Urte. v. 12.7.2018 – 11 LC 400/17, ZfWG 2018, 465 [470]; vgl. auch *OVG Hamburg*, Beschl. v. 9.7.2018 – 4 Bs 12/18, ZfWG 2018, 449 [452 f.]; *OVG Weimar*, Beschl. v. 24.10.2018 – 3 EO 480/18, ZfWG 2019, 52 [54]; *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 27.1.2020 – OVG 1 N 78.19, juris Rn. 6; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Tiedje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. [2015], Art. 56 AEUV Rn. 18 ff., Art. 49 AEUV Rn. 122 f.; *Kluth*, in: Callies/Ruffert/, EUV/AEUV, 75. Aufl., Art. 57 Rn. 10; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 45 Rn. 54; *Streinz/Michl*, in: Streinz/Liesching/Hambach, Glücks- und Gewinnspielrecht in den Medien, Art. 34 ff. AEUV Rn. 9).

³⁷ Danach ist hier ein grenzüberschreitender Sachverhalt nicht gegeben. Der Angeklagte selbst ist deutscher Staatsangehöriger. Bei der Einziehungsbeteiligten handelt es sich um eine nach deutschem Recht gegründete juristische

Person mit Sitz in Deutschland, die hier Spielhallen betreibt. Anhaltspunkte dafür, dass gleichwohl ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt, ergeben sich weder aus dem Urteil noch sind sie sonst ersichtlich.

³⁸ b) Unabhängig hiervon verstoßen weder die Vorschriften des Glücksspieländerungsstaatsvertrages noch die des Niedersächsischen Glücksspielgesetzes gegen das Gemeinschaftsrecht, soweit sie den Betrieb einer Spielhalle von einer Erlaubnis abhängig machen, die auch ein Abstandsgebot berücksichtigen muss. Die Besonderheiten des niedersächsischen Auswahlverfahrens bei der Berücksichtigung des Abstandsgebots stehen dem nicht entgegen.

³⁹ aa) Dies betrifft zunächst die Dienst- und Niederlassungsfreiheit. Eingriffe in diese Rechte aus Art. 49 und 56 AEUV durch die Mitgliedstaaten sind aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Zu diesen zählen im Bereich der Glücksspieltätigkeiten die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen, die Betrugsvorbeugung und der Verbraucherschutz, wobei den Mitgliedstaaten ein weiterer Spielraum eingeräumt wird (st. Rspr. des *EuGH*; vgl. Urte. v. 6.11.2002 – C-243/01, Rs. Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13031, 13076 Rn. 65 ff.; v. 6.3.2007 – C-338/04 u.a., Rs. Placanica u.a., Slg. 2007, I-1891, 1932 Rn. 46; v. 8.9.2010, C-316/07 u.a., Rs. Stoß u.a., Slg. 2010, I-8069, 8099 Rn. 74 ff.; v. 15.9.2011 – C 347/09, Rs. Dickinger u.a., Slg. 2011, I-8185, 8223 Rn. 44; v. 19.7.2012 – C-470/11, Rs. Garkalns, NVwZ 2012, 1162 Rn. 39; v. 11.6.2015 – C-98/14, Rs. Berlington Hungary u.a., ZfWG 2015, 336 Rn. 56, 58, 63). Somit steht es einem Mitgliedstaat grundsätzlich frei, eine Erlaubnisregelung mit dem Ziel zu schaffen, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern, und dabei auch Beschränkungen in Bezug auf die Zahl der zugelassenen Veranstalter vorzusehen (*EuGH*, Urteile vom 8. September 2010 – C-46/08, Rs. Carmen Media Group Ltd., Slg. 2010, I-8149, 8175 Rn. 55, 84). Auch ein Abstandsgebot, das diesen Zielen dient, kann zulässig sein (*EuGH*, Urteil vom 16. Februar 2012 – C-72/10 u.a., Rs. Costa u.a., ZfWG 2012, 105 Rn. 58, 65).

⁴⁰ Voraussetzung der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Einschränkung ist allerdings, dass die nationale Regelung in "kohärenter und systematischer Weise" geeignet ist, die genannten Gemeinwohlziele zu verwirklichen, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (*EuGH*, Urte. v. 6.3.2007 – C-338/04 u.a., Rs. Placanica u.a., Slg. 2007, I-1891, 1932 Rn. 48 f.; v. 8.9.2010 – C-316/07 u.a., Rs. Stoß u.a., Slg. 2010, I-8069, 8099 Rn. 77 f.; v. 19.7.2012 – C-470/11, Rs. Garkalns, NVwZ 2012, 1162 Rn. 39, 41; v. 11.6.2015 – C-98/14 u.a., Rs. Berlington Hungary u.a., ZfWG 2015, 336 Rn. 57 ff.). Zudem muss das Genehmigungsverfahren, in dem das Glücksspielwesen reglementiert wird, dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem daraus folgenden Transparenzgebot entsprechen.

⁴¹ Nach diesem Maßstab sind die Erlaubnisanforderungen, die der Glücksspieländerungsstaatsvertrag und das Niedersächsische Glücksspielgesetz an den Betrieb einer

Spielhalle stellen, unionsrechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere geht es dabei darum, die Ziele des Spieler- und Jugendschutzes auch tatsächlich durchzusetzen. Anders als in früheren Fällen einer Glücksspiel- und Wettregulation durch staatliche Monopole, deren Kohärenz teilweise zweifelhaft war (vgl. insofern *EuGH*, Urt. v. 6.11.2002 – C-243/01, Rs. Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13031, 13076 Rn. 67 ff.; v. 6.3.2007 – C-338/04 u.a., Rs. Placanica u.a., Slg. 2007, I-1891, 1932 Rn. 53, vgl. aber Rn. 65 f.; v. 8.9.2010 – C-316/07 u.a., Rs. Stoß u.a., Slg. 2010, I-8069, 8099 Rn. 88 ff., 97 ff.; v. 15.9.2011 – C 347/09, Rs. Dickiger u.a., Slg. 2011, I-8185, 8223 Rn. 61), dienen die in den genannten Gesetzen vorgesehenen Einschränkungen der Spielhallenbetriebe eindeutig nicht nur vorgegebenen Zwecken, sondern tatsächlich dazu, die Glücksspielmöglichkeiten zum Schutz der Allgemeinheit, nämlich der Suchtbekämpfung und des Spieler- und Jugendschutzes, zu verringern (*BVerwG*, Urt. v. 16.12.2016 – 8 C 6/15, BVerwGE 157, 126 Rn. 85; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 4.9.2017 – 11 ME 206/17, NdsRpfl 2017, 356 [359]; Urt. v. 12.7.2018 – 11 LC 400/17, ZfWG 2018, 465 [469]; *OVG Hamburg*, Beschl. v. 9.7.2018 – 4 Bs 12/18, ZfWG 2018, 449 [452]; *OVG Weimar*, Beschl. v. 24.10.2018 – 3 EO 480/18, ZfWG 2019, 52 [54]; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 12.4.2019 – 3 B 75/19, juris Rn. 16; *OVG Münster*, Beschl. v. 16.8.2019 – 4 B 659/18, ZfWG 2019, 503 [505]; *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 27.1.2020 – OVG 1 N 78.19, juris Rn. 31; vgl. auch *BVerfG*, Beschl. v. 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a., BVerfGE 145, 20 Rn. 124).

⁴² bb) Auch dem Transparenzgebot ist Genüge getan.

⁴³ (1) Eine in einem Mitgliedstaat bestehende Erlaubnisregelung, mit der anerkannte Ziele des Gemeinwohls verfolgt werden, muss dem sogenannten Transparenzgebot genügen. Dieses verpflichtet die erlaubniserteilende Behörde, potenziellen Bewerbern auch aus einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Erlaubnis begehrt wird, einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit zu sichern, um diesen die Nachprüfung daraufhin zu ermöglichen, ob das Genehmigungsverfahren unparteiisch und unter Gleichbehandlung der Bewerber durchgeführt wurde (vgl. *EuGH*, Urt. v. 16.2.2012 – C-72/10 u.a., Rs. Costa u.a., ZfWG 2012, 105 Rn. 55, 58, 73). Das unionsrechtliche Transparenzgebot dient mithin insbesondere dazu, für die Betroffenen deutlich zu machen, nach welchen Kriterien eine (Auswahl-)Entscheidung getroffen wird, um die Gefahr von Günstlingswirtschaft und Willkür seitens der Behörde auszuschließen (*OVG Hamburg*, Beschl. v. 9.7.2018 – 4 Bs 12/18, ZfWG 2018, 449 [453]). Das verlangt ein behördliches Erlaubnisverfahren, das auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht und der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzt (*EuGH*, Urt. v. 3.6.2010 – C-203/08, Rs. Sporting Exchange, Slg. 2010, I-4695, 4735 Rn. 50; v. 8.9.2010 – C-46/08, Rs. Carmen Media Group Ltd., Slg. 2010, I-8149, 8175 Rn. 87; v. 9.9.2010 – C-64/08, Rs. Engelmann, Slg. 2010, I-8219, 8244 Rn. 54 f.; v. 19.7.2012 – C-470/11, Rs. GarkaIns, NVzW 2012, 1162 Rn. 42 f.). Zur Wahrung des Grund-

satzes der Gleichbehandlung und des sich daraus ergebenden Transparenzgebots gehört zudem, dass die das Ermessen der zuständigen Behörden eingrenzenden objektiven Kriterien ausreichend bekannt gemacht werden (*EuGH*, Urt. v. 3.6.2010, C-203/08, Rs. Sporting Exchange, Slg. 2010, I-4695, 4735 Rn. 51; v. 4.2.2016 – C-336/14, Rs. Ince, ZfWG 2016, 115 Rn. 55). Schließlich muss jedem, der von einer auf einem solchen Eingriff beruhenden einschränkenden Maßnahme betroffen ist, ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf offenstehen (vgl. *EuGH*, Urt. v. 3.6.2010 – C-203/08, Rs. Sporting Exchange, Slg. 2010, I-4695, 4735 Rn. 50; v. 8.9.2010 – C-46/08, Rs. Carmen Media Group Ltd., Slg. 2010, I-8149, 8175 Rn. 87; v. 9.9.2010 – C-64/08, Rs. Engelmann, Slg. 2010, I-8219, 8244 Rn. 55).

⁴⁴ (2) Das Auswahlverfahren zur Durchsetzung des Abstandsgebots nach § 25 Abs. 1 GlüStV wird auch im vorliegenden Fall diesen Voraussetzungen gerecht.

⁴⁵ Das *BVerfG* hat es in seiner Entscheidung vom 7.3.2017 zur Verfassungsmäßigkeit des Glücksspieländerungsstaatsvertrages und der Ausführungsgesetze des Saarlandes, Berlins und Bayerns (1 BvR 1214/12 u.a., BVerfGE 145, 20 Rn. 185) im Hinblick insbesondere auf den Gesetzesvorbehalt nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG für verfassungsrechtlich hinnehmbar erklärt, die zur Durchsetzung des Abstandsgebots nach § 25 Abs. 1 GlüStV anhand sachgerechter Kriterien zu treffende Auswahl den zuständigen Behörden zu überlassen, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, soweit ersichtlich, nur ein geringes Mehr an Bestimmtheit und Rechtsklarheit schaffen könnte. Soweit etwa in Innenstädten oder Stadtteilzentren aufgrund der dort bestehenden Gemengelage eine Vielzahl von Konkurrenzsituationen aufgelöst werden müsse, erfordere der Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG jedenfalls derzeit keine ausdrückliche gesetzgeberische Festlegung der maßgeblichen Auswahlparameter. Insofern gebiete es die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber auch ohne explizite gesetzliche Bestimmung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilungsmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermögliche. Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht es als ausreichend angesehen, wenn sich auch ohne ausdrückliche Regelung aus einer Gesamtschau der einschlägigen Gesetze, insbesondere der dort formulierten Zielvorgaben sowie im Rahmen von Härtefallvorschriften aufgeführten Gesichtspunkten hinreichend Kriterien für eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bestandsspielhallen ableiten lassen.

⁴⁶ Mit diesen Vorgaben stehen auch im Sinne des Transparenzgebots ausreichend klare, im Voraus bestimmte und bekannte Parameter für die behördliche Auswahlentscheidung zur Verfügung (*OVG Lüneburg*, Beschl. v. 4.9.2017 – 11ME206/17, NdsRpfl 2017, 356 [359f.]; Urt. v. 12.7.2018 – 11 LC 400/17, ZfWG 2018, 465 [471 f.]; *OVG Münster*, Beschl. v. 16.8.2019 – 4 B 659/18, ZfWG 2019, 503 [507]; vgl. auch *OVG Hamburg*, Beschl. v.

9.7.2018 – 4 Bs 12/18, ZfWG 2018, 449 [453]; *OVG Weimar*, Beschl. v. 24.10.2018 – 3 EO 480/18, ZfWG 2019, 52 [54]; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 12.4.2019 – 3 B 75/19, juris Rn. 16; *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 27.1.2020 – OVG 1 N 78.19, juris Rn. 36). Diese sichern zudem eine Gleichbehandlung von inländischen Betreibern und anderen Unionsbürgern, da sie gleichermaßen für alle Antragsteller einer entsprechenden Erlaubnis gelten. Da sich die Kriterien aus den Gesetzen selbst ergeben, sind die das Ermessen der zuständigen Behörden eingrenzenden objektiven Kriterien überdies ausreichend für jeden Antragsteller erkennbar, so dass auch insoweit keine Verletzung der vom Transparenzgebot geforderten Öffentlichkeit des Erlaubnisverfahrens vorliegt. Schließlich steht dem Betroffenen, der seine Rechte im Genehmigungsverfahren etwa durch eine unrichtige Anwendung der Auswahlkriterien oder deren Nichtbeachtung als verletzt ansieht, ein effektiver gerichtlicher Rechtsbehelf zu den Verwaltungsgerichten offen.

- ⁴⁷ Dies gilt auch hinsichtlich der Gesetzeslage in Niedersachsen. Zwar sieht das niedersächsische Glücksspielgesetz keine ausdrückliche Regelung des Auswahlverfahrens zur Durchsetzung des Abstandsgebots vor, so dass den befassten Behörden ein relativ weiter Entscheidungsspielraum zusteht. Dieser ist angesichts der vielschichtigen Interessenlagen und örtlichen Besonderheiten jedoch hinnehmbar. Trotz des relativ weiten Auswahlmessens gibt eine Gesamtschau der gesetzlichen Regelungen den Behörden ausreichende und für alle Bewerber erkennbare Entscheidungsparameter an die Hand, um die Kontrolle der Auswahlentscheidung auf eine möglicherweise willkürliche Handhabung sicherzustellen. Diese Kriterien ergeben sich insbesondere aus den Zielsetzungen des § 1 GlüStV und des § 1 Abs. 3 NGLüSpG sowie den Vorgaben für eine etwaige Härtefallentscheidung nach § 29 Abs. 4, Sätze 1, 2 GlüStV, die nach Ablauf der Übergangsfrist eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie § 25 GlüStV zur Vermeidung unbilliger Härten zulassen kann und für die einige Kriterien – etwa das des Zeitpunktes der Erteilung gemäß § 33i GewO – genannt sind. Ergibt sich anhand dieser Auswahlparameter kein Vorrang eines Bewerbers, so entscheidet nach der niedersächsischen Verwaltungspraxis das Losverfahren. Soweit das *OVG Lüneburg* in seiner Entscheidung vom 4.9.2017 (11 ME 330/17, NVwZ 2017, 1552 Rn. 17) darauf hingewiesen hat, dass diese Gesetzeslage

und das Losverfahren insoweit den Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nicht genügten, zielt dies zwar auch auf eine Einschränkung des behördlichen Entscheidungsspielraums. Dennoch handelt es sich bei der Frage des Gesetzesvorbehalts einerseits und des unionsrechtlich geforderten Transparenzgebots andererseits um unterschiedliche rechtliche Fragestellungen. Während es beim Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG darum geht, dass der Gesetzgeber selbst, nicht die Verwaltung die wesentlichen Voraussetzungen für einen Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit der Berufsausübung regeln muss, dient das Transparenzgebot der Durchsetzung des Gleichheitssatzes und des Diskriminierungsverbotes. Diese verlangen, potentiellen Antragstellern – auch aus einem anderen Unionsstaat als dem, der die gewünschte Genehmigung vergibt – offenzulegen, auf welcher Grundlage und nach welchen Kriterien die Genehmigungen erteilt werden, um durch die Möglichkeit zur Kontrolle der Gefahr von Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen vorzubeugen. Jedenfalls der fachkundige Bieter soll den Weg der Entscheidungsfindung durchschauen und gegen ihn möglicherweise diskriminierende Entscheidungen gegebenenfalls den Rechtsweg beschreiten können (*EuGH*, Urt. v. 16.2.2012 – C-72/10 u.a., *Costa u.a.*, ZfWG 2012, 105 Rn. 73). Diesem Erfordernis der Öffentlichkeit des Auswahlverfahrens ist mit den oben aufgeführten Entscheidungsparametern Genüge getan (so auch *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 4.9.2017 – 11 ME 206/17, NdsRpfl 2017, 356 [361 f.]; Urt. v. 12.7.2018 – 11 LC 400/17, ZfWG 2018, 465 [471 f.]). Das Transparenzgebot wird auch nicht dadurch verletzt, dass die zuständigen niedersächsischen Behörden ein Losverfahren durchführen, wenn – wie vorliegend festgestellt – geeignete sachliche Unterscheidungskriterien zwischen mehreren Bewerbern nicht gegeben sind. Auch dieses Verfahren betrifft alle Bewerber gleichermaßen und birgt keine Gefahr willkürlicher Entscheidungen.

IV.

- ⁴⁸ Das Urteil der *LG* ist nach alledem mit den Feststellungen aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer der *LG* zurückzuverweisen. Dies gilt freilich lediglich im Umfang des Revisionsangriffs, mithin soweit es den allein angefochtenen Freispruch betrifft.
(...)

Verwaltungsakzessorische Strafbarkeit unter dem Vorrang der Verwaltungsentscheidung

Zugleich Besprechung von *BGH*, Urt. v. 27.2.2020 – 3 StR 327/19

von *OStA Dieter Kochheim**

Der *BGH* befasst sich in dieser Entscheidung mit dem nicht genehmigten, mithin verbotenen Glücksspiel im Zusammenhang mit dem Betrieb von Spielhallen. Die Tragweite des Richterspruchs reicht weit über den besonderen Ausschnitt der verwaltungsakzessorischen Strafnorm des § 284 Abs. 1 StGB hinaus, weil er eine ganz allgemeine Aussage trifft: Dem Strafrecht ist es verwehrt, ein verwaltungsrechtliches Verbot inhaltlich zu überprüfen, sofern keine verfassungs- oder europarechtlichen Vorschriften von höherem Rang betroffen sind. Das „einfache“ Verwaltungsrecht ist insoweit konstitutiv. Grob vereinfacht gesagt am Beispiel des Straßenverkehrsrechts: *Kein Lapfen – kein Auto*.

I. Zum Sachverhalt

Die Entscheidung betrifft eines von drei Strafverfahren, die die Staatsanwaltschaft Hannover gegen verschiedene Betreiber von Spielhallen geführt hat und dabei ganz erheblichen Widerständen seitens der Beschuldigten, ihrer Verteidiger und nicht zuletzt der Instanzgerichte ausgesetzt gewesen ist.¹ Die Sachverhalte sind in ihrem Kern gleich gewesen:

Nach dem Ablauf einer fünfjährigen Übergangsfrist bedarf es seit dem 1.7.2017 zum Betrieb einer Spielhalle neben einer gewerberechtl. Erlaubnis nach § 31i GewO auch einer besonderen Erlaubnis nach § 24 Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) und den Ausführungsbestimmungen im – hier einschlägigen – Niedersächsischen Glücksspielgesetz (NGLüSpG). Die Zuteilungen von solchen Erlaubnissen sind im Juni 2017 – jedenfalls in der Landeshauptstadt Hannover (LHH) – abgeschlossen gewesen. Die Auswahl zwischen konkurrierenden Bewerbern erfolgte im Losverfahren.²

Gegen die Versagungen der Erlaubnisse in verschiedenen niedersächsischen Kommunen sind mehrere gerichtliche Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und schließlich vor dem *OVG Lüneburg* geführt worden. Gleichzeitig hat die LHH gegen drei Betreiber von Spielhallen, denen keine Erlaubnis erteilt worden war und die ihre Spielhal-

len weiterhin betrieben haben, Strafanzeige wegen der unerlaubten Veranstaltung eines Glücksspiels gemäß § 284 Abs. 1 StGB erstattet.

Im vorläufigen Rechtsschutzverfahren hat das *OVG* in Lüneburg³ am 27.6.2017 festgestellt, dass der Erlaubnisvorbehalt nach Verfassungs- und Europarecht nicht zu beanstanden ist. Mit einem weiteren Beschluss vom 4.9.2017 hat das *OVG Niedersachsen*⁴ schließlich ausgeführt, dass das im Auswahlverfahren angewendete Losverfahren nach Maßgabe des niedersächsischen Landesrechts rechtswidrig ist, weil sich die Parameter für die Auswahlentscheidung nur unzureichend aus dem Gesetz selber ergeben und keine Abwägungsentscheidung von einem zufallsbezogenen Losverfahren ersetzt werden könne.

Als Reaktion auf die Entscheidung des *OVG* vom 4.9.2017 hat das Niedersächsische Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr am 8.9.2017⁵ die nachgeordneten Gewerbeaufsichtsbehörden angewiesen, den im Losverfahren unterlegenen Bewerbern in den Fällen der echten Konkurrenz⁶ eine bis zum 31.12.2018 befristete Spielhallenerlaubnis nach § 24 Abs. 1 GlüStV zu erteilen. Dem folgend hat die LHH am 19.9.2017 diesen drei Betreibern befristete Betriebserlaubnisse für ihre Spielhallen mit der Erwägung erteilt, dass dem niedersächsischen Gesetzgeber Gelegenheit gegeben werden müsse, nunmehr eine verfassungskonforme Gesetzesgrundlage für eine Auswahlentscheidung zu schaffen. Dem ist das Landesparlament durch die Fassung eines neuen § 10a NGLüSpG am 12.5.2020 nachgekommen.

Strafrechtlich bedeutend ist danach nur die Übergangszeit zwischen dem Inkrafttreten des gesetzlichen Genehmigungsvorbehalts am 1.7.2017 und den vorläufigen Genehmigungen vom 19.9.2017, in der die Spielhallen weiterhin betrieben und – nicht zuletzt – die Betreiber grob geschätzte Einnahmen zwischen 70.000 und 100.000 € je Spielhalle erlangt haben.

* Der Verfasser ist Oberstaatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Hannover und war der ermittelnde Staatsanwalt im vorliegenden Fall. Die Verweise im Beitrag beziehen sich auf die Randnummern der vom BGH veröffentlichten Langfassung.

¹ So ist das *LG Hannover* ausdrücklich nicht den Vorgaben des *OLG Celle* gefolgt, Beschl. v. 3.9.2028 – 2 Ws 255/18.

² Ich hätte eine Versteigerung nach dem Vorbild der Mobilfunklizenzen charmanter gefunden; dies am Rande.

³ *OVG Niedersachsen*, Beschl. v. 27.6.2017 – 11 ME 206/17, Rn. 10 ff., 19 ff.

⁴ *OVG Niedersachsen*, Beschl. v. 4.9.2017 – 11 ME 330/17, Rn 8 pp., 23.

⁵ Az. 21-32032/1000/Übergangsfrist § 29 IV GlüStV.

⁶ Unterschreitung der gesetzlich bestimmten Abstände zwischen verschiedenen Spielhallen.

II. Glücksspiel-, Verfassungs- und Europarecht

Das Glücksspielrecht ist ein Teil des Wirtschaftsverwaltungsrecht, das grundsätzlich der konkurrierenden Gesetzgebung unterliegt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Davon ist das Recht der Spielhallen ausdrücklich ausgenommen worden (ebenda), so dass den Ländern allein die Gesetzgebung obliegt. Die Ausformung des Glücksspielrechts hat zu etlichen Reibungsverlusten geführt, deren bekanntesten Beispiele im Zusammenhang mit dem staatlichen Lottomonopol und dem Alleingang Schleswig-Holsteins im Hinblick auf Online-Casinos hier nicht behandelt werden.

1. Glücksspielstaatsvertrag und Landesrecht

Der GlüStV in seiner alten Fassung trat am 1.1.2008 in Kraft und kannte noch keine besonderen Vorschriften für Spielhallen; er trat am 31.12.2011 wieder außer Kraft. Ihm folgte der GlüStV vom 15.12.2011. Sein 7. Abschnitt widmet sich namentlich den Spielhallen und unterwirft sie einem ausdrücklichen, direkt geltenden Erlaubnisvorbehalt (§ 24 Abs. 1 GlüStV). Die geforderte Erlaubnis muss unbeschadet einer bestehenden gewerberechtlichen Erlaubnis nach den §§ 33c ff. GewO bestehen (§ 24 Abs. 1 GlüStV), wobei § 33i GewO besonders auf die Spielhallen anspricht.

Die Zulässigkeit der glücksspielrechtlichen Erlaubnis wird beschränkt durch den § 25 GlüStV. Darin enthalten ist das *Abstandsgebot* nach § 25 Abs. 1 GlüStV, wonach ein unbenannter Mindestabstand zwischen zwei Spielhallen einzuhalten ist, die insoweit in *echter Konkurrenz* zueinanderstehen. Der Mindestabstand ist in Niedersachsen grundsätzlich auf 100 Meter Luftlinie festgesetzt worden (§ 10 Abs. 2 NGLüSpG), wobei die Gemeinden aufgrund der örtlichen Besonderheiten Mindestabstände zwischen 50 und 500 Metern festsetzen dürfen.

Den Fall der *unechten Konkurrenz* betrifft das *Verbundverbot* in § 25 Abs. 2 GlüStV, wonach die „Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle [ausgeschlossen ist], die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist“.

Die Vorschriften zum Abstandsgebot und zum Verbundverbot sind erst nach der Übergangsvorschrift des § 29 Abs. 4 GlüStV vollständig in Kraft getreten. Zuvor galten die gewerberechtlichen Genehmigungen für die Dauer von 5 Jahren fort. Diese Übergangsregelung ist spätestens am 1.7.2017 ausgelaufen.

§ 4 Abs. 1 GlüStV unterwirft die Veranstaltung oder Vermittlung eines öffentlichen Glücksspiels einem (repressiven) Verbot mit Befreiungsvorbehalt nach Maßgabe des Landesrechts. § 4 Abs. 1 Nr. 1 NGLüSpG nimmt Bezug auf die Regeln des GlüStV und führt die Einzelheiten für die Erlaubniserteilung aus (Nr. 2 ff.). Darauf nimmt schließlich § 26 Abs. 1 Nr. 1 NGLüSpG Bezug und unterwirft die unerlaubte Veranstaltung oder Vermittlung von

Glücksspielen als Ordnungswidrigkeit einer Geldbuße bis zu 500.000 €. Wie im Strafverfahren (§§ 73 bis 73b StGB) unterliegt das Erlangte auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren der Einziehung (§ 29a OWiG).

2. Strafrecht, Grundrechte und Europarecht

In den Auseinandersetzungen in den drei Ermittlungs- und dann Strafverfahren spielten verfassungs- und europarechtlich Aspekte eine besondere Rolle. Daneben wurde seitens der Verteidigung auch ins Feld geführt, dass die glücksspielrechtlichen Erlaubnisse eigentlich hätten erteilt werden müssen (hypothetisches Verwaltungshandeln).

a) Verwaltungsrecht

Rechtswidrige Verwaltungsakte haben grundsätzlich Bestandkraft (§ 43 Abs. 2 VwVfG) und eröffnen nur einen Anspruch darauf, künftig einen rechtmäßigen Zustand zu schaffen. Der danach gebotene, rechtmäßige Verwaltungsakt wird nach § 43 Abs. 1 S. 1 VwVfG „gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist ..., in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekannt gegeben wird“. In der Übergangszeit schafft der rechtswidrige Verwaltungsakt keine Duldungspflicht gegen die öffentliche Hand im Hinblick auf eine unerlaubte Ausübung. Der Betroffene hat einen Anspruch auf Schadensersatz, nicht jedoch auf Eigenmächtigkeit.

Genau darauf sprechen weite Teile des Urteils vom 27.2.2020 an: Auf die materiellrechtliche Genehmigungsfähigkeit im Hinblick auf das Verwaltungsrecht kommt es nicht an (Leitsatz 1.), sondern nur auf die formale Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes (Rn. 14): „Da somit allein die formale Wirksamkeit entscheidend ist, liegt es insbesondere nicht in der Kompetenz der Strafgerichte, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes zu überprüfen“ (Rn. 14 am Ende). Es kommt „für die Strafbarkeit allein darauf an, dass es zum Zeitpunkt der Tat an einer Genehmigung fehlte“ (Rn. 19). Ein anderes Ergebnis ließe befürchten, dass „die Funktion abstrakter Gefährdungsdelikte unterlaufen“ würde (Rn. 19). Das ist die Kernaussage des Urteils und sie ist so, wie sie in einer langen Argumentationsstrecke hergeleitet wird, verallgemeinerungsfähig.

b) Verfassungsrechtliche Grenzen

Das Glücksspielrecht verfügt über eine unglückliche Tradition, in der sowohl das *BVerfG* als auch der *EuGH* (dazu unter c) deutliche Grenzen aufzeigen mussten.

Nach Maßgabe der alten Fassung des GlüStV hat der *BGH*⁷ einen Freispruch wegen eines unvermeidbaren Verbotssirrtums bestätigt, der erfolgt war, weil der Angeklagte dem Rechtsrat eines im Glücksspielrecht versierten Anwalts folgend ein unerlaubtes Glücksspiel weiter betrieben hat. Das Gericht hat dem Angeklagten zugutegehalten, dass eine unklare Rechtslage bestand und nach Maßgabe des *BVerfG*⁸ das Sportwettengesetz des Saarlandes

⁷ BGH, Urt. v. 18.8.2007 – 4 StR 62/07.

⁸ BVerfG, Urt. v. 28.3.2006 – 1 BvR 1054/01.

verfassungswidrig war. Diese Bewertung hat somit zur Folge gehabt, dass die verwaltungsakzessorische Strafbarkeit nach § 284 StGB nicht greift (siehe dazu Urteil, Rn. 25).

Dagegen ist im Grundsatz nichts zu sagen. Wenn die Gesetzgeber verfassungswidrige Normen setzen und dadurch undurchsichtige Rechtslagen schaffen, dann hat der rechtsunkundige Bürger keine Chance, den Rechtsrat eines Kundigen kritisch zu überprüfen, so dass der Verbotsirrtum nach § 17 StGB greifen muss. Das ist aber kein Freibrief für eine interessengewogene Rechtsberatung. Die Lage ist nach aktuellem Recht eine andere. Durch Beschluss vom 7.3.2017 hat das *BVerfG*⁹ das Verbundverbot und das Abstandsgebot sowie weitere einschränkende Regeln des GlüStV als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen (siehe nur Leitsatz 2). Darüber hinaus hat es einen Vertrauensschutz im Hinblick auf die alte Rechtslage bereits dann ausgeschlossen, „wenn die geplanten Änderungen hinreichend öffentlich in konkreten Umrissen vorhersehbar sind“ (Leitsatz 4). Die jetzt geltenden Beschränkungen traten am 1.7.2012 in Kraft und damit auch die am 1.7.2017 abgelaufene Übergangsregel. Das Verbundverbot und das Abstandsgebot waren somit seit fünf Jahren öffentlich bekannt, als die glücksspielrechtliche Erlaubnispflicht am 1.7.2017 in Kraft trat. Kein Spielhallenbetreiber konnte deshalb ernsthaft von der eintretenden Erlaubnispflicht überrascht werden. Das schließt einen Verbotsirrtum als ultimative Rechtfertigung aus.

c) Europarechtliche Grenzen

Die europarechtlichen Niederlassungs- und Berufsausübungsrechte (bes. Art 15 der GRCh) wirken sich auch auf das nationale Strafrecht aus; Urteil (Rn. 34): „Zwar darf nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts ein Mitgliedsstaat keine strafrechtliche Sanktion für ein Verhalten verhängen, mit dem der Betroffene verwaltungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt hat, die ihrerseits gegen das Unionsrecht verstoßen.“ Maßgebend ist – nur als Beispiel – das Imre-Urteil des *EuGH*,¹⁰ wonach keine Bestrafung erfolgen darf, wenn der nationale Gesetzgeber gegen unionsrechtliche Vorgaben ein nationales Monopol einrichtet, so dass private Anbieter von einer gleichartigen Dienstleistung ausgeschlossen sind. Daneben unterwirft auch der *BGH*¹¹ das Strafrecht der europarechtskonformen Auslegung nach Maßgabe von Art. 4 EUV. Verordnungen sind danach unmittelbar anwendbar (Art. 249 Abs. 2 EGV), Richtlinien jedenfalls dann, solange sie noch nicht in nationales Recht umgewandelt sind (Art. 249 Abs. 3 EGV).

Das Urteil schließt einen grenzüberschreitenden und damit europarechtlichen Bezug aus (Rn. 36). In der hier behandelten Sache kommt hinzu, dass das *OVG Niedersachsen*¹² den Erwägungen des *BVerfG* folgt (Rn. 10 bis 18) und eine unionsrechtliche Prüfung (Rn. 20 bis 33) mit dem Ergebnis anschließt, dass das einschlägige Landesrecht auch danach zulässig ist.

d) Auswahlverfahren

Das (seinerzeit) landesrechtlich vorgesehene Losverfahren für die Zweifelsfälle ist unglücklich gewählt, dennoch transparent und hinreichend fachgerichtlich anfechtbar. Damit beschäftigen sich die abschließenden Passagen des Urteils (Rn. 44 ff.). Anzumerken bleibt, dass das Auswahlverfahren keinen direkten Eingriff in grundrechtliche Freiheitsrechte vornimmt, sondern nur je nach Ausgestaltung mittelbar wirkt.

III. Fazit

1. Durch die Verwaltungsakzessorietät wird das Verwaltungshandeln strafrechtlich in Form von Gefährdungstatbeständen unterstützt. Hypothetisches Verwaltungshandeln hat in seiner Rechtsanwendung keinen Raum. Somit ist es der Strafrechtspflege verwehrt, das Verwaltungshandeln sachlichrechtlich anhand des Verwaltungsrechts zu überprüfen oder in Frage zu stellen.

2. Der Vorrang des Verwaltungsrechts wird dann ausnahmsweise durchbrochen, wenn der Bundes- oder die Landesgesetzgeber verfassungswidrige Regeln treffen, die schließlich zu einer unklaren Rechtslage führen. Strafrechtlich greift dann der Verbotsirrtum und führt zur Straflosigkeit.

3. Dasselbe gilt, wenn der nationale Gesetzgeber das Unionsrecht in einer Weise missachtet, dass unionsrechtliche Freiheitsrechte in ihrem Kern betroffen sind.

4. Die Beratungspraxis wird akzeptieren müssen, dass die Rechtsprechung aus Anlass der früheren Fassung des GlüSpStV nicht mehr anzuwenden ist. Seine aktuelle Fassung ist nicht mehr verfassungs- oder europarechtlich anzuzweifeln, so dass Eigenmächtigkeiten und genehmigungswidriges Verhalten strafbar sind, wenn nicht die engen Ausnahmen nach Nr. 2. und Nr. 3. greifen.

5. Das gilt dann auch für alle anderen verwaltungsakzessorischen Gesetze: Kein Lappen – kein Auto.

⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a.

¹⁰ *EuGH*, Urt. v. 4.2.2016 – C-336/14.

¹¹ *BGH*, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, Rn. 24, 25.

¹² *OVG Niedersachsen*, Beschl. v. 4.9.2017 – 11 B 5500/17.

BUCHBESPRECHUNGEN

Johanna Grzywotz: Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-15550-7, S. 372, Euro 89,90.

Die diversen Geldwäscherichtlinien der EU zeigen, dass der Bekämpfung der Geldwäsche eine große Bedeutung zukommt. Ein neuer Vorschlag¹ nimmt sich des Problems an, dass der Umtausch virtueller Währungen von den öffentlichen Behörden in der EU aktuell nicht überwacht wird und dadurch Geldwäscherisiken bestehen.² Insofern ist die vorliegende Dissertation von *Grzywotz* aktuell und für weitere nationale Strategien der Geldwäscherbekämpfung durchaus von Bedeutung. Denn nur wenn Geldwäschebehandlungen im Zusammenhang mit Kryptowährungen auch tatsächlich vom Straftatbestand des § 261 StGB erfasst werden, kann in Deutschland den Geldwäscherisiken beim Umgang mit virtuellen Währungen wirksam begegnet werden.

Um die Frage zu klären, inwiefern virtuelle Kryptowährungen das materielle Strafrecht vor Herausforderungen stellen und ggf. Anpassungsbedarf in Bezug auf § 261 StGB notwendig machen, nimmt die Studie zunächst eine technische Beschreibung am Beispiel von Bitcoins vor. Dabei sei für eine spätere Analyse des Geldwäscherichtbestands insbesondere bedeutsam, dass Bitcoins aufgrund des Fehlens einer zentralen Autorität von herkömmlichen Währungssystemen abweichen (S. 54). Nach einer weiteren Abgrenzung von Bitcoins zu Bargeld, Buchgeld und E-Geld (S. 54 ff.) kommt *Grzywotz* zu der Einordnung von Bitcoins als Rechnungseinheit nach § 1 Abs. 11 Nr. 7 KWG durch die BaFin (S. 56 f.). Auch wenn diese Einordnung in der Literatur zu Recht zu Widerspruch geführt habe, komme infolge dieser Einordnung durch die BaFin den Bitcoins eine gewisse rechtliche Anerkennung zu (S. 57).

In einem nächsten Kapitel beleuchtet *Grzywotz* das Phänomen der Geldwäsche, wobei die internationalen und europäischen Einwirkungen auf das nationale Recht leider nur sehr kurz angerissen werden. Die zunächst geschilderten klassischen Geldwäscherichtlinien (S. 79 ff.) seien mit dem Aufkommen virtueller Kryptowährungen modifiziert worden, da sich nunmehr für Geldwäscher ein neuer Fundus an Möglichkeiten aufgetan habe (S. 86). Zudem könnten durch Verwendung von Bitcoins die Kosten für die Geldwäsche möglichst gering gehalten werden (S. 88).

Hinsichtlich der Koinzidenz von Bitcoins und Geldwäsche referiert die Autorin im nächsten Kapitel zunächst

die Stellungnahmen der FATF, der EBA, der EZB und der EU Kommission zu virtuellen Kryptowährungen (S. 89 ff.). Dabei seien die genannten Katalysatoren bei allen Stellungnahmen identisch und insbesondere auf die Dezentralität, die hindernislose weltweite Grenzüberschreitung und die Anonymität der Transaktionen fokussiert. *Grzywotz* bemängelt allerdings, dass in den Stellungnahmen auf bestehende Geldwäscherpräventionskonzepte zurückgegriffen und diese auf virtuelle Kryptowährungen übertragen würden. Dies sei angesichts der ganz unterschiedlichen Ausgangsbedingungen bedenklich (S. 97).

Im Folgenden geht die Verfasserin der Frage nach der Eignung von Bitcoins zur Geldwäsche nach (S. 97 ff.). Sie macht Bitcoins als taugliches Geldwäscherwerkzeug aus, widerlegt aber die weit verbreitete Ansicht, dass es sich bei Bitcoins an sich um ein anonymes Zahlungsmittel handelt. Eine Verschleierung finde vielmehr erst durch den Einsatz von Mixing-Services statt, da diese dafür Sorge tragen, dass eine Verbindung zwischen dem eigentlichen Sender und Empfänger der Bitcoins nicht mehr hergestellt werden kann (S. 110).

Den größten Umfang nimmt das Kapitel der bitcoinspezifischen Untersuchung des § 261 StGB ein (S. 112-330), es bildet das Herzstück der Arbeit und liefert eine dezidierte materiell-rechtliche Auseinandersetzung. *Grzywotz* prüft zunächst strafenwendungsrechtliche Gesichtspunkte im Hinblick auf das deutsche Strafrecht und schlägt hier eine Ergänzung des § 9 Abs. 1 StGB vor, um Rechtssicherheit und eine effektive Strafverfolgung von Geldwäscherichtlinien mit virtuellen Kryptowährungen zu gewährleisten. § 9 Abs. 1 StGB ist danach um einen S. 2 zu ergänzen, der wie folgt lautet: „Der zum Tatbestand gehörende Erfolg begründet bei ausschließlichem Vorliegen eines dezentralen Erfolgsortes nur dann einen Tatort in Deutschland, wenn die Tat den stärksten Bezugspunkt zu Deutschland im Vergleich zu anderen Staaten aufweist“ (S. 143). Die Antwort, wie dieser „stärkste Bezugspunkt“ auszumachen ist, bleibt die Verfasserin leider schuldig. Neben dieser Einschränkung des Strafenwendungsrechts empfiehlt die Autorin aber noch eine strafprozessuale Korrektur, um ein Absehen von Strafverfolgung zu ermöglichen.

Im nächsten Schritt prüft *Grzywotz* dezidiert die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 261 StGB in bitcoinspezifischer Hinsicht (S. 144 – 330). Insbesondere die

¹ Abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0450&from=DE> (zuletzt abgerufen am 6.11.2020).

² A.a.O., S. 14.

rechtswidrige Vortat, der Gegenstand der Geldwäsche sowie das Herrühren eines solchen aus der rechtswidrigen Vortat werden in den Blick genommen. Diese Ausführungen haben sich leider „überholt“, da der Gesetzgeber gerade weitreichende Änderungen des § 261 StGB vorgenommen und beispielsweise auf einen Vortatenkatalog verzichtet hat.³ Analysiert werden von der Verfasserin darüber hinaus die Tathandlungen mit Bitcoin sowie die subjektive Tatseite.

Die Arbeit kommt zu dem Ergebnis, dass Bitcoins als neues technisches Phänomen unter klassische Straftatbestände wie §§ 263, 253 StGB subsumiert werden können. Ebenfalls bejaht werden könnten aufgrund des Zuwachses digitaler Erpressungen und Betrügereien auch Straftatbestände des §§ 263a, 202a, 303a StGB. Da in vielen Fällen wegen des Vorgehens der Täter eine gewerbs- und bandenmäßige Begehung in Betracht kommt, sei damit auch eine taugliche Vortat für die Geldwäsche gegeben (S. 144 ff.).

Darüber hinaus entstünden aber durch Einsatz von Kryptowährungen auch neue Fallkonstellationen wie das fremdnützige Bitcoin-Mining und der Bitcoin-Diebstahl. Bitcoin-Mining sei für die Verifizierung von Transaktionen im Bitcoin-System unerlässlich, jedoch erfordere dies den Einsatz von Ressourcen (hohe Rechenleistung), so dass es rentabler sei, für die Rechenleistung fremde Rechner zu nutzen. Findet das Bitcoin-Mining also mittels Schadsoftware durch fremde Rechner statt, so seien in der Regel die Straftatbestände der §§ 263a, 202a und 303a StGB erfüllt. Eine gewerbs- oder bandenmäßig begangene Straftat gem. § 263a StGB wäre dann wieder taugliche Vortat i.S. des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB. Da die Rechenleistung an sich ebenfalls einen Marktwert habe, sei insbesondere der Vermögensschaden und Stoffgleichheit zu bejahen.

Hinsichtlich des Bitcoin-Diebstahls differenziert die Verfasserin zwischen dem Erlangten des Schlüsselpaars als Diebstahl im weiteren Sinne und dem eigentlichen Transaktionsvorgang der Bitcoins als Diebstahl im engeren Sinne. Sie benennt hinsichtlich des Diebstahls im weiteren Sinne verschiedenste Fallkonstellationen und subsumiert alle unter § 242 StGB. Einzige Ausnahme bildet ihrer Meinung nach die Konstellation, in der die Hardware nach Auslesen der Schlüsselpaare wieder an den ursprünglichen Inhaber zurückgeht, hier sei ein Diebstahl zu verneinen (S. 183 ff.). Beim Bitcoin-Diebstahl im engeren Sinne komme bei Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht die Verwirklichung des Untreuetatbestands in Betracht. Darüber hinaus sei jede Transaktion eine Datenveränderung, so dass § 303a StGB erfüllt werde. Daneben seien die §§ 269, 270 StGB erfüllt (S. 192 ff.).

Da § 303a StGB im Rahmen der Fallkonstellationen eine starke Bedeutung zukomme, schlägt *Grzywotz* eine entsprechende Erweiterung des Vortatenkatalogs in § 261 Abs. 1 Nr. 4 lit. a StGB um § 303a Abs. 1 StGB mit der Einschränkung der gewerbs- und bandenmäßigen Bege-

hung vor (S. 202 f.). Ob dies angesichts der i.d.R. ebenfalls verwirklichten anderen Straftatbestände – die schon nach ehemals geltendem Recht als Vortat der Geldwäsche in Betracht kommen – tatsächlich erforderlich ist, erscheint mir allerdings zweifelhaft. Hinzu kommt die Tatsache, dass, wie bereits erwähnt, der Vortatenkatalog mittlerweile ganz aufgehoben wurde und somit ohnehin jede Straftat als Vortat der Geldwäsche erfasst wird. Das konnte die Verfasserin zum Zeitpunkt der Erstellung der Dissertation aber natürlich nicht wissen.

In der weiteren Untersuchung ordnet die Verfasserin Bitcoins als taugliches Tatobjekt der Geldwäsche ein (S. 203 ff.). Auch wenn Bitcoins die ökonomische Geldfunktion nicht vollständig erfüllten, würden sie als Geldersatz eingesetzt. Da Sinn und Zweck des Geldwäschetatbestands darin bestehe, den Zugriff des Staates auf inkriminierte Werte zu ermöglichen und zu verhindern, dass diese dem legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zugeführt würden, sei es unerlässlich, Bitcoins zu erfassen. Es erscheint mir etwas voreilig, nur mit Sinn und Zweck eines Straftatbestands auf ein taugliches Tatobjekt zu schließen. Allerdings versucht *Grzywotz* ihrer Auffassung auch unter Auslegungsaspekten Gewicht zu verleihen. Dennoch räumt sie ein, dass die klassische Auslegung tendenziell eher zu einer Verneinung des Tatbestandsmerkmals wegen der nur eingeschränkten Funktion des Bitcoins als Recheneinheit und Wertaufbewahrungsmittel (S. 222) führt. Sie schlägt daher eine abstrakte Legaldefinition des Gegenstandsbegriffs als Lösung der Auslegung vor (S. 223). Danach könnte § 261 Abs. 1 S. 4 StGB wie folgt lauten: „Gegenstand im Sinne des S. 1 bezeichnet jede abgrenzbare, vermögenswerte Position mit Ausschlussfunktion“ (S. 228). Es stellt sich bei solch einer abstrakten Legaldefinition natürlich die Frage, ob dies nicht ebenfalls Auslegungsprobleme mit sich bringt.

Auch die Subsumtion unter den Begriff des Herrührens bereitet nach Ansicht der Verfasserin Probleme (S. 228 ff.). Zwar wurde der Begriff des Herrührens vom Gesetzgeber bewusst weit gefasst. Die Vermischung bei Bitcoins unterscheide sich aber erheblich von der Vermischung bei Realwährung. Bei Bitcoins sei eine Vermischung zum einen auf der Basis von Transaktionen gegeben, sobald mehr als ein Input verwendet werde, zum anderen sei eine Vermischung im Rahmen der Coinbase-Transaktion auf Basis der Transaktionsgebühren denkbar. Die Rechtsprechung vertritt bei einer Vermischung von illegalen und legalen Giralgeldern eine Totalkontamination, sofern der illegale Anteil nicht völlig unerheblich ist. Würde die Totalkontaminationslehre konsequent auf den Bitcoin übertragen, so fände eine beträchtliche Entwertung von Bitcoins statt (S. 250). *Grzywotz* plädiert daher dafür, bei Bitcoins eine Teilkontamination zu realisieren. Für die technische Umsetzbarkeit sei eine Orientierung an dem Präventionsmodell des sog. Sperrlistenansatzes denkbar. Dadurch werde die Verwendung inkriminierter Bitcoins verhindert, die legale Nutzung jedoch gleichzeitig nicht behindert. Teilkontaminationsmodelle sind nach der Ansicht der Verfasserin aus verfassungsrechtlichen Gründen bei Bitcoins zwingend geboten.

³ Vgl. BGBl. 2021, S. 327.

Nach diesem grundsätzlichen Bekenntnis fragt *Grzywotz* in einem weiteren Schritt, welches Modell der Teilkontamination in der Praxis umgesetzt werden sollte. Hier zeigt sie diverse Probleme auf und spricht sich für das sog. Haircut-Modell aus, also eine anteilige Inkriminierung, die sich im selben Verhältnis fortschreibt (S. 254).

Im Rahmen der Tathandlungen stellt die Verfasserin fest, dass Dezentralität und Pseudonymität dazu führen würden, dass bei Bitcoins stets das Gefährden einer der in § 261 Abs. 1 StGB genannten staatlichen Zugriffsmaßnahmen erfüllt sei (S. 261 ff.). Dies hänge damit zusammen, dass den Strafverfolgungsbehörden nach einer Transaktion als Anhaltspunkt in der Regel nur die Bitcoin-Adresse zur Verfügung stehe. Daher seien weitere Ermittlungen erforderlich, um die dahinterstehende Person zu ermitteln. Die Ermittlungen wiederum führten zu der Annahme, dass eine Gefährdung der Herkunftsermittlung anzunehmen sei. Dadurch liefen auch die „Gutgläubensregeln“ des Abs. 6 und Abs. 2 Nr. 2 des Geldwäschetatbestands ins Leere (S. 295).

Ebenfalls problematisch sei die subjektive Komponente (S. 296 ff.). Würde man sich für die Einführung des von der Verfasserin favorisierten Sperrlistenansatzes entscheiden, so wäre der Vorsatz in der Regel von vornherein erfüllt. Denn Vorsatz sei bereits dann anzunehmen, wenn geldwäschetaugliche Straftaten auf der Sperrliste geführt werden und der Täter Kenntnis der Listung bei Verwendung der bemakelten Bitcoins habe. Es sei aber nicht erforderlich, Erkundigungen hinsichtlich der Legalität eines Gegenstandes einzuholen, so dass die bloße Existenz einer Sperrliste und die Uninformiertheit des Nutzers nicht zur Annahme des leichtfertigen Verkennens des Herrührens aus einer Katalogtat führten.

Allerdings müssten aufgrund der Sperrliste Bitcoins in zwei Wertstufen unterteilt werden, da gelistete Transakti-

onen entwertet würden, während nicht gelistete die volle Wertigkeit aufwiesen. Dieser Entwertung könne durch Entschädigungsregelungen Rechnung getragen werden. Dabei seien Transaktionen an einen Umtauschdienst über eine behördliche Genehmigung zu rechtfertigen, da ansonsten der Geldwäschetatbestand unzweifelhaft erfüllt sei. Die Autorin schlägt hier ebenfalls de lege ferenda eine Ergänzung des § 261 StGB um einen Abs. 10 vor: „Die Rechtswidrigkeit einer der in Absatz 1 und 2 genannten Handlungen entfällt bei Vorliegen einer behördlichen Erlaubnis“ (S. 340).

Grzywotz schlägt vor, durch die Einführung einer Transaktionssperre inklusive sogenannter Risikobewertungsdienste die vagen Anforderungen an den Vorsatz und die Leichtfertigkeit im Rahmen des § 261 StGB zu konkretisieren (S. 309 ff.).

Insgesamt wertet die Verfasserin neue technische Zahlungsmethoden wie den Bitcoin als Chance und Risiko zugleich. Es bestünde auf der einen Seite die Gefahr von Strafbarkeitslücken, auf der anderen Seite böten sich neue Lösungswege, um Sinn und Zweck des § 261 StGB auch im Zusammenhang mit Kryptowährungen effektiv Genüge zu tun (S. 341). Die Dissertation hat allerdings deutlich gemacht, dass die Subsumtion von geldwäscherelevanten Handlungen rund um den Bitcoin auch zu Auslegungsproblemen und Rechtsunsicherheit führt. Insofern ist es verdienstvoll, dass *Grzywotz* hier nicht lediglich die Unsicherheiten verortet und beklagt, sondern gleichzeitig partielle de lege ferenda Vorschläge unterbreitet. Ob diese alle Rechtsunsicherheiten beseitigen oder durch neue Auslegungsprobleme auch neue Rechtsunsicherheit schaffen würden, bleibt zu diskutieren. Jedenfalls bietet die Dissertation eine solide Grundlage für die kommende wissenschaftliche Auseinandersetzung. Denn der neue Vorstoß einer Geldwäscherichtlinie generiert auch deutschen Umsetzungsbedarf in Bezug auf virtuelle Währung.

Nik Sarafi: Das Rechtsgut als legitimer Zweck bei der Kriminalisierung im Rechtsstaat und die staatliche Pflicht einer Entkriminalisierung

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2019, Verlag Dr. Kovač, ISBN: 978-3-339-10634-6, S. 231, Euro 96,80.

Hinter diesem sehr abstrakten Titel der Dissertation verbirgt sich die Frage nach der Notwendigkeit der Entkriminalisierung des Umgangs mit Betäubungsmitteln und dabei insbesondere mit Cannabis. Dazu beginnt der Verfasser sehr abstrakt mit der Erörterung der Frage, woraus sich die materielle Legitimation des Strafrechts ergibt und wie es sich rechtsdogmatisch und rechtsphilosophisch begründen lässt, dass der Staat bestimmte Verhaltensweisen unter Strafe stellen darf. Hier geht es darum, ob es Regeln gibt, wonach der Strafgesetzgeber über strafrechtlich sanktioniertes Handeln oder legitimes Handeln entscheidet. Die hieraus abstrakt gewonnenen Ergebnisse werden dann auf das geltende Betäubungsmittelstrafrecht übertragen und die Frage aufgeworfen, ob das Betäubungsmittelstrafrecht *de lege lata* akzeptabel oder unrechtmäßig oder gar verfassungswidrig ist. Die Dissertation endet mit Vorschlägen zu einer Gestaltung des Betäubungsmittelgesetzes *de lege ferenda*.

Sarafi ist – wie eigentlich einhellig in der Rechtswissenschaft – der Auffassung, dass sich eine Strafvorschrift an den Grundrechten messen lassen muss und daher Strafrecht nur *ultima ratio* sein kann, um einen legitimen Zweck zu erreichen. Verhaltenstypen seien also nur dann strafrechtlich zu sanktionieren, wenn das betreffende Verhalten zu einer Rechtsgutsverletzung anderer Menschen führt. Primäre Aufgabe des Strafrechts sei es, Rechtsgutsverletzungen Dritter zu verhindern. Allerdings müsse das Verhalten tatsächlich zu einer Verletzung des zu schützenden Rechtsguts führen. Zudem müsse feststehen, dass durch das Zivil- und Verwaltungsrecht kein ausreichender Schutz gewährleistet werden kann. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so verfolge ein Strafgesetz keinen legitimen Zweck und sei verfassungswidrig.

Aber der Autor geht noch einen Schritt weiter. Immer dann, wenn neue wissenschaftliche Erkenntnisse im Widerspruch zu den Gesetzesbegründungen stünden, müssten die Gesetze neu diskutiert, ggf. geändert oder sogar aus dem Strafrecht entfernt werden. Auch wenn es keine ausdrückliche Vorschrift gäbe, die den Gesetzgeber zur Streichung fehlerhafter Gesetze und somit zur Entkriminalisierung zwänge, so könne eine solche Pflicht doch aus der demokratischen Funktion, dem Rechtsstaatsprinzip und der Werteordnung des Grundgesetzes abgeleitet werden. Daher ist *Sarafi* der Auffassung, dass der Gesetzgeber Strafgesetze streichen muss, die ein Verhalten unter Strafe stellen aber nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Genüge tun.

Nach dieser Feststellung folgt ein recht kurzer und überblicksartiger Teil zum Betäubungsmittelstrafrecht *de lege lata* (S. 87 ff.), in dem neben den Grundlagen auch die Strafvorschriften benannt und die Voraussetzungen rudimentär wiedergegeben werden. Interessanter ist dann der Abschnitt zur Praxis der Staatsanwaltschaften und der Rechtsprechung, in dem dargelegt wird, was die praktischen Folgen der zuvor umrissenen Straftaten sind. Es geht hier zum einen um die staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Eingriffsbefugnisse im Ermittlungsverfahren wie Durchsuchung oder Untersuchungshaft. Zum anderen werden Strafzumessungserwägungen sowie Opportunitätsmöglichkeiten geschildert. Die Erkenntnisse überführt der Verfasser in eine Bewertung des Betäubungsmittelstrafrechts *de lege lata* (S. 131 ff.).

Sarafi kommt zu dem Ergebnis, dass das BtMG dem Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht Rechnung tragen kann. Einerseits werde mit der „Volksgesundheit“ und der „Gesundheit des Einzelnen“ das Verbot des Umgangs mit Cannabis gerechtfertigt, andererseits sei dies nicht das Resultat einer objektiven Gefährlichkeit bzw. Wirkungsweise der Substanz im menschlichen Körper und auch nicht die Folge eines etwaigen Suchtpotentials (S. 165). Daher bedürfe das Betäubungsmittelstrafrecht *de lege lata* einer Reform. Ziehe man den systemkritisch-personalen Rechtsgutsbegriff heran, so verfolge das BtMG schon keinen legitimen Zweck und verstoße damit gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auch wenn man das BtMG unter Heranziehung des methodischen Rechtsgutsbegriffs mit dem Schutz der Volksgesundheit rechtfertigen wollte, so verstoße die *per se* Kriminalisierung sämtlicher Handlungen, die letztlich nur dem Eigenverbrauch dienten, gegen das Autonomieprinzip. Das Argument der Gesundheitsgefährdung sei schon deshalb hinfällig, weil von Alkohol und Nikotin höhere Gefahren ausgingen. Zudem werde das Strafrecht paternalistisch und damit rechtsmissbräuchlich eingesetzt. Der durch das Betäubungsmittelstrafrecht herbeigeführte Schaden sei größer als der vermeintliche Nutzen (S. 166).

Der Mensch als freies Individuum sei grundsätzlich frei in seinen Entscheidungen zu tun, was er tun möchte. Die Grenze sei nur dort erreicht, wo der Mensch die Rechtsgüter anderer gefährde – hier dürfe der Staat mit dem Strafrecht eingreifen. Werden Rechtsgüter Dritter nicht tangiert, so dürfe der Staat solche Handlungen nicht unterbinden. Daran ändere auch das Scheinrechtsgut der Volksgesundheit nichts (S. 167).

Schütze das BtMG dagegen Rechtsgüter Dritter wie Leib, Leben und körperliche Unversehrtheit, so bedürfe es der Vorschriften im BtMG schon deshalb nicht, weil die

Straftatbestände des StGB ausreichend Schutz böten (S. 167).

Im nächsten Kapitel zeigt *Sarafi* Tendenzen einer Entkriminalisierung im Betäubungsmittelstrafrecht auf (S. 169 ff.). Neben der Forderung des Verfassers, dass der Gesetzgeber aufgrund seiner Beobachtungs-, Prüfungs- und Nachbesserungspflicht sogar verpflichtet sei, auf dem Gebiet des Betäubungsmittelstrafrechts Entkriminalisierungen vorzunehmen (S. 171), werden auch Forderungen internationaler und nationaler Vereinigungen wie dem ECDD, der Weltkommission für Drogenpolitik, des Schildower Kreises, des LEAP sowie des BDK wiedergegeben. Leider sehr oberflächlich wird dann die Entwicklung im internationalen Bereich nachgezeichnet. Was hier fehlt, sind Schilderungen aus den jeweiligen Ländern zu Erfahrungen und dem Umgang mit der (Teil)Legalisierung. Daraus hätten sich wertvolle Erkenntnisse auch für Deutschland gewinnen lassen.

In einem nächsten Schritt schildert der Verfasser verschiedene Versuche zur Realisierung von Modellprojekten im Umgang mit Betäubungsmitteln, bspw. dem regulierten Verkauf von Cannabis in Berlin oder Münster und Düsseldorf. Es folgen Ausführungen zur medizinischen Versorgung von Einzelpatienten mit Cannabis sowie der Diskussionen um die „geringe Menge“ nach § 31a BtMG.

Schließlich werden sehr kurz einige Gesetzentwürfe und parlamentarische Forderungen vorgestellt sowie Entkri-

minalisierungstendenzen des Umgangs mit Betäubungsmitteln auf dem medizinischen Sektor. Auch in diesem Abschnitt fehlt fast vollständig die reflektierende Auseinandersetzung des Verfassers mit der dargestellten Materie. Als Leser sind genau diese Punkte der Grundstein für eine intensive kriminalpolitische Auseinandersetzung. Diese bleibt aus, so dass neben einer kurzen Zusammenfassung im Fazit lediglich die Forderung an den Gesetzgeber erhoben wird, Erwerb und Konsum von Cannabis zum Eigenverbrauch und ohne medizinischen Aspekt freizugeben (S. 227).

Abschließend werden in einem letzten Kapitel „Ausblick und Entkriminalisierungsvorschläge de lege ferenda“ auf mageren 3 Seiten die Reformbedürftigkeit des Betäubungsmittelstrafrechts in Deutschland und anderen Ländern hervorgehoben (S. 229). De lege ferenda wird dann lediglich auf die noch ausstehenden Ergebnisse des 40. Treffens des Expertenkomitees zur Drogenabhängigkeit (ECDD) sowie den Entwurf eines § 10b BtMG-E von *Ambos*, *Böllinger* und *Schefold* verwiesen. Eigene Vorschläge de lege ferenda werden nicht gemacht.

Insofern ist der kriminalpolitische Mehrwert dieser Dissertation überschaubar, positiv und als Anknüpfungspunkt zur kriminalpolitischen Auseinandersetzung ist das Zusammentragen diverser Modellversuche zu werten.

Felix Ruppert: Die Sozialadäquanz im Strafrecht – Rechtsfigur oder Mythos?

von Dipl.-Jur. Till Pörner

2020, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-15844-7, S. 330, Euro 79,90.

I. Einleitung

Felix Ruppert beschäftigt sich in seinem Werk mit der Sozialadäquanz und ihrer Rolle im Strafrecht. Es ist zugleich die Dissertation des Autors, welche im Jahr 2019 an der Universität Bayreuth angenommen und unter Betreuung von Prof. Dr. Brian Valerius verfasst wurde. Sie wurde im November 2019 mit dem Preis der Stadt Bayreuth für herausragende Dissertationen ausgezeichnet.

Die Sozialadäquanz beschäftigt das Strafrecht seit jeher. Ihre Anerkennung als eigenständige Rechtsfigur ist ebenso wie ihr Standort im System des Strafrechts umstritten (S. 21). Bereits der Titel und die Einleitung des Buches zeigen, worum es dem *Verfasser* geht. Er möchte die dogmatische Berechtigung der Sozialadäquanz aufzeigen, ihr handhabbare Kriterien verleihen und sie im strafrechtlichen Delikttaufbau verorten.

II. Zum Inhalt

1. Ursprung, Relevanz und Funktion der Sozialadäquanz im deutschen Strafrecht

Der *Verfasser* gibt zunächst einen umfassenden Einblick in die Entwicklung und den aktuellen Diskussionsstand hinsichtlich der Sozialadäquanz im Strafrecht. Dabei packt er das Problem tief an der Wurzel und geht bis zum „Vater der Rechtsfigur“ (S. 21) zu *Welzel* zurück. Von den Ursprüngen ausgehend, über die Rezeption in Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung gelangt *Ruppert* zu der Erkenntnis, der Anwendungsbereich der Sozialadäquanz sei äußerst „facettenreich“ (S. 30) und im Laufe der Jahre in nahezu alle Bereiche des allgemeinen und besonderen Teils im Strafgesetzbuch (StGB) vorgedrungen (S. 94 f.). Die durch Teile der Literatur abgesprochene Bedeutung der Sozialadäquanz werde deren tatsächlichen Relevanz in der aktuellen Strafrechtswissenschaft daher nicht gerecht (S. 95). Auf über 50 Seiten werden zahlreiche Fallgruppen aus Literatur und Rechtsprechung ausgewertet, in deren Diskussion die Sozialadäquanz eine entscheidende Rolle spielt. Dies reicht von Klassikern wie dem ärztlichen Heileingriff (S. 37 ff.) und der Knabenbeschneidung (S. 39 f.), über neutrale Beihilfehandlungen im Rahmen des § 27 StGB (S. 80 ff.) bis hin zu exotischen Konstellationen wie dem Diebstahl des Maibaums (S. 72 f.). Dem *Verfasser* ist mit seiner Arbeit somit eine nahezu allumfassende Zusammenstellung der in diesem Kontext diskutierten Rechtsfragen gelungen. Kernanliegen der Sozialadäquanz sei dabei die gesellschaftliche und

soziale Bewertung des Verhaltens (S. 95), wobei nicht immer explizit der Begriff Sozialadäquanz fällt (sog. originäre Sozialadäquanz, S. 94 f.), sondern diese Aspekte teils auch durch „Surrogate“ (S. 95 f.) hergeleitet und begründet würden. Dabei sei deren Funktion ebenso klar wie vielfältig. Es gehe um das Ausscheiden sozialüblicher Handlungsweisen (S. 97 f.), die Begründung von Bagatellgrenzen und Erheblichkeitsschwellen innerhalb von Tatbeständen (S. 101) sowie die Behandlung neuartiger Rechtsfragen (S. 98 ff.). Darüber hinaus diene sie in einigen Fällen als Grundlage für die Begründung anderer Lösungsansätze (S. 100.) Besonders überzeugend ist auch die Kritik *Rupperts* an der Verwendung der Sozialadäquanz als Atonym zum strafbaren Verhalten. Diese schaffe die Gefahr, ohne nähere Begründung durch bloßen Verweis auf diesen Begriff die Straflosigkeit bestimmter Verhaltensweisen herzuleiten (S. 101).

2. Begründung der Sozialadäquanz und Verortung im strafrechtlichen Delikttaufbau

Nachdem der *Verfasser* die Relevanz und Funktion der Lehre von der Sozialadäquanz bestätigt sieht, geht er im Hauptteil des Werks auf deren dogmatischen Ursprung einer- und die Verortung im strafrechtlichen Delikttaufbau andererseits ein. Hierbei stellt er zunächst fest, dass sich der Verweis auf sozialadäquate Handlungen im Strafrecht einer hohen Beliebtheit erfreut, „die eigentliche Begründung dieser Rechtsfigur indes weitaus weniger versucht“ und ihre Berechtigung zumeist „vielmehr schlicht stillschweigend vorausgesetzt“ wird (S. 103). So „wird die dogmatische Begründung dieser Rechtsfigur per se kaum argumentativ in Frage gestellt“ (S. 129). Die von *Welzel* (Sozialadäquanz als mangelnde Unrechtskomponente, S. 104 ff.), *Garcia* (Sozialadäquanz als „scheinbare strafrechtliche Relevanz der Handlung“, S. 110 ff.), *Klug* (Sozialadäquanz als überpositives Strafbarkeitskorrektiv, S. 116 ff.) und *Exner* (Sozialadäquanz als historische-soziologische Reduktion, S. 121 ff.) vertretenen Ansätze überzeugen den *Verfasser* dabei gleichermaßen wenig. Diese enthielten bezüglich der eigentlichen dogmatischen Begründung keinen Erkenntnisgewinn (S. 120), gingen über bloße „Aneinanderreihung von Thesen“ (S. 109) nicht hinaus, lieferten lediglich ein fragliches Konzept (S. 128 f.) oder ließen die innere Stimmigkeit vermissen (S. 116). *Ruppert* gelangt somit zu der überzeugenden Erkenntnis, der Sozialadäquanz fehle es insgesamt an einem „tragfähigen dogmatischen Fundament“ (S. 131).

Die Verortung im strafrechtlichen Delikttaufbau bezeichnet er als „Hauptunruheherd im Rahmen der Sozialadäquanz“ (S. 131). Seit jeher werde kontrovers über diese Rechtsfrage debattiert, dabei sei exemplarisch nur *Welzel*

genannt, der die Sozialadäquanz im Laufe der Jahre mehrfach an anderer Stelle des Delikts verortet wissen wollte (S. 131 ff.). *Ruppert* führt den Leser anschließend durch die vertretenen Lösungsansätze, die alle Stufen des strafrechtlichen Delikts vom Tatbestand bis zur Schuld durchlaufen. Er gewinnt dabei die Erkenntnis, dass die uneinheitliche Verortung vor allem dem nach wie vor ungeklärten Wesen dieser Rechtsfigur geschuldet sei (S. 145). So verhalte es sich auch bei den zur Bestimmung von sozialadäquaten Verhaltensweisen anzulegenden Kriterien. Der besondere Konflikt hierbei bestehe darin, einen Raum für gesellschaftliche Wertungen zu eröffnen und gleichzeitig keinen Zustand der Rechtsunsicherheit zu schaffen (S. 147). Hier läge auch der Kernpunkt ihrer Kritiker, welche der Sozialadäquanz die Unbestimmtheit ihrer Voraussetzungen vorwerfen (S. 153). Die bisherigen Versuche diesem Begriff Konturen zu verleihen (vgl. dazu die S. 147 ff.), haben diese indes nicht verstümmen lassen. Der *Verfasser* stellt insofern eine „begriffliche Unschärfe“ und die damit einhergehende „Missbrauchsgefahr“ fest (S. 167). Vor allem auch deshalb müsse die Sozialadäquanz präzisiert und dabei eine „Waage zwischen Bestimmbarkeit und Flexibilität“ dieser potentiellen Rechtsfigur hergestellt werden (S. 167).

3. Eigener Lösungsansatz Rupperts

a) Dogmatische Begründung

Die eigentliche dogmatische Begründung sozialer Adäquanz geriet für den *Verfasser* bisher zu knapp (S. 168). Eine Feststellung, die man kaum bestreiten kann. Das Werk verdient insofern Zustimmung, wenn es mit Blick auf deren weiten Verbreitung eine Ergründung von Ursprung und Wirkungsweise der Sozialadäquanz als unumgänglich erachtet (S. 168). Sie könne dabei nicht auf altbekannte Prinzipien gestützt werden, sondern fände ihren „dogmatischen Kern“ in einem Zusammenspiel mehrerer Säulen (S. 195), vor allem dem Bestimmtheitsgrundsatz (S. 195ff.), der Fragmentarität des Strafrechts (S. 206 ff.) und den Strafzwecken (S. 209 ff.). *Ruppert* sieht die Wirkungsweise der Sozialadäquanz in einer „metateleologischen Reduktion“, die eine Harmonie zwischen Strafrecht und Strafzweck schaffe (S. 249). Anders als die teleologische Reduktion, die eng an den Zweck konkreter Vorschriften geknüpft sei, beschränke sich die Sozialadäquanz gerade nicht auf solche (S. 223 f.). Für sie sei vielmehr der Telos des Gesamtsystems, in dem sich die einzelne Strafnorm als einzelner Baustein befinde, maßgeblich (S. 224). Sie diene der Sicherung des Strafrechts als ultima ratio, in dem sie die Subsumtion eines Verhaltens unter eine Strafnorm auf deren Übereinstimmung mit übergeordneten Zwecken des Gesamtsystems überprüft (S. 224 ff.). Sie restringiere somit im Einzelfall den Anwendungsbereich einer Norm, indem sie deren, durch abstrakt-generelle Regelungstechnik entspringende, Unbestimmtheit in Übereinstimmung mit den Strafzwecken korrigiere (S. 225 f.). Insofern wirke die Lehre von der Sozialadäquanz letztlich ähnlich wie der Grundsatz von Treu und Glaube im Zivilrecht und überprüfe die Übereinstimmung bestimmter Verhaltensweisen mit den Zwe-

cken des Gesetzes durch die Bildung allgemeiner Wertungen und Kriterien (S. 227 ff.).

b) Verortung im Deliktsaufbau

Der *Verfasser* sieht durch das der Sozialadäquanz nunmehr verliehene dogmatische Grundgerüst eine eindeutige Verortung in den strafrechtlichen Deliktsaufbau als möglich an (S. 229). Sie finde einzig auf Tatbestands-ebene ihren Platz (S. 229 f.), liege ihre primäre Aufgabe doch darin, konkretes Handeln aus dem tatbestandlichen Bereich auszunehmen, welches der Wortlaut einer Norm formell erfasse (S. 230). Dabei entfalte sie ihre Wirkung als Rechtsfigur sui generis und nicht lediglich bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale (S. 231 f.). Dies sei schon darin begründet, dass im Mittelpunkt der Betrachtung die gesellschaftliche Bewertung einer Handlung und gerade nicht einzelne Tatbestandsmerkmale stünden (S. 231). Die Sozialadäquanz dränge den abstrakt-generell formulierten Unrechtsbereich einer Norm zurück, indem sie den Einzelfall mit Blick auf das Greifen der Strafzwecke hin untersucht (S. 231). Dadurch reduziere sie den gesamten Tatbestand und nicht lediglich einzelne Merkmale. Mithin sei die Prüfung einer Handlung auf deren sozialen Adäquanz subsidiär zur Subsumtion unter die einzelnen Tatbestandsmerkmale (S. 232). Erst, wenn ein Verhalten formell vom Tatbestand erfasst sei, komme eine Strafbarkeitsrestriktion durch diese Rechtsfigur in Betracht (S. 232).

c) Kriterien sozialadäquaten Verhaltens

Weitaus schwieriger gestaltete sich derweil die Frage nach den anzulegenden Kriterien, um ein Verhalten als sozialadäquat erscheinen zu lassen. So gelangt auch der *Verfasser* zu der überzeugenden Erkenntnis, dass die Benennung strikter Kriterien wohl nicht möglich ist (S. 248). Maßgeblich sei somit letztlich die Billigung bzw. Akzeptanz eines Verhaltens durch die Gesellschaft (S. 235). Eine Beschränkung auf die Kongruenz des Handelns mit der geschichtlich bedingten Ordnung des Gemeinschaftslebens greife indes zu kurz (S. 235 f.). Zwar könnten sich bestimmte Verhaltensmuster im Laufe der Geschichte etabliert haben und dies somit für eine Billigung durch die Gesellschaft sprechen (S. 235 f.), Maßstab dafür bleibe aber immer die gesellschaftliche Wertung der Gegenwart (S. 236). Ebenso verhalte es sich mit dem Argument, ein bestimmtes Verhalten sei üblich. Auch dies sei allenfalls ein Indiz für die gesellschaftliche Akzeptanz (S. 238). Hierfür streite bereits, dass andernfalls bestimmte Rechtsbrüche allein aufgrund ihrer Häufigkeit als sozialadäquat angesehen werden könnten. Entscheidend sei somit allein die gegenwärtige gesellschaftliche Billigung bestimmter Verhaltensweisen. Insofern sei die Sozialadäquanz entwicklungs offen und berücksichtige auch neue technische Erscheinungen (S. 236, 248). Besonders überzeugend bekräftigt der *Verfasser*, dass die subjektiven Vorstellungen einer Person bei ihrem Handeln unabdingbare Voraussetzung für ein sozialadäquates Verhalten sind (S. 243 ff.). Dort nämlich, wo ein Handeln unter dem Deckmantel der Sozialadäquanz mit Schädigungsabsicht vorgenommen

werde, ende auch dessen Billigung (S. 247 f.). Eine derartige Pervertierung eines per se akzeptierten Verhaltens lasse den Grund einer metateleologischen Reduktion tatbestandlichen Verhaltens entfallen (S. 248).

III. Fazit

Ruppert ist es gelungen, der Frage der Sozialadäquanz im Strafrecht deutlich an Struktur zu verleihen. Die praktische Bedeutung der Rechtsfigur ist enorm, taucht sie doch immer häufiger als Begründung der Straflosigkeit bestimmter Verhaltensweisen auf. Dies belegt der *Verfasser* allein schon anhand der von ihm dargestellten zahlreichen Fallgruppen quer durch alle Bereiche des Strafrechts. Diese werden *de lege lata* zumeist nicht einheitlich behandelt. Dabei lässt es *Ruppert* nicht bewenden und bezieht zu ausgewählten Beispielen am Ende seines Werkes Stel-

lung. Ausgangspunkt dafür sind die von ihm vorab getroffenen Feststellungen. Er sieht die Bedeutung der Sozialadäquanz in einer metateleologischen Reduktion, d.h. der Einordnung von Straftatbeständen in ein gesamtteleologisches Gefüge und verortet diese als eigenständige Rechtsfigur im Tatbestand des Delikts. Die von ihm vorgebrachten Argumente vermögen dabei fast ausnahmslos zu überzeugen. Gleichwohl unbefriedigend bleibt der Umstand, keine handfesten Kriterien für die Frage zu erhalten, wann ein Verhalten als sozialadäquat anzusehen ist. Dies ist jedoch nicht auf ein Versäumnis des *Verfassers* zurückzuführen, sondern entspringt dem dogmatischen Ursprung dieser Rechtsfigur. Insofern wird die Sozialadäquanz das Strafrecht auch in Zukunft begleiten. Ein Blick in das besprochene Werk kann dabei durchaus lohnenswert sein.

TAGUNGSBERICHT

KriPoZ – Onlinetagung „Sexualstrafrecht und Digitalisierung“

von *Re. jur. Alyssa Siems*

Am 19.2.2021 fand die KriPoZ-Tagung „Sexualstrafrecht und Digitalisierung“ mit rund 150 interessierten Teilnehmern statt. In der Bevölkerung lösen Sexualstraftaten – insbesondere zum Nachteil von Kindern – zweifelsohne heftige und emotionale Reaktionen aus. Das Sexualstrafrecht scheint vor diesem Hintergrund in besonderem Maße von Fällen des täglichen Lebens beeinflusst zu sein. Nach den umfassenden Änderungen im Rahmen der sog. „Nein heißt Nein!“-Änderungen als Antwort auf die Kölner Silvesternacht stehen aktuell die Änderungen von Straftatbeständen und Strafschärfungen rund um den Missbrauch von Kindern im Fokus des Gesetzgebers. Die Berichterstattungen über die Missbrauchsfälle in Lügde, Münster oder Bergisch Gladbach scheinen die Diskussionen um vermeintlich notwendige Verschärfungen noch zu befeuern. Dabei machten die vorgenannten Missbrauchsfälle gleichermaßen deutlich, dass die digitale Welt bei Sexualstraftaten eine zentrale Rolle spielt.

Angesichts des anhaltenden Lockdowns infolge der COVID-19-Pandemie wurde die Veranstaltung nicht wie ursprünglich geplant in den Räumlichkeiten der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster abgehalten, sondern als Online-Tagung über die Webinar-Funktion von Zoom durchgeführt. Die Teilnehmer hatten im Anschluss an die vier jeweils etwa 30-minütigen Vorträge die Möglichkeit, ihre Fragen über das Frage & Antwort-Tool zu stellen, wodurch eine Frage- und Diskussionsrunde ermöglicht wurde.

I. Der Dialog zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik

Nach einer kurzen Einführung in das Thema und Vorstellung der Referentin und der Referenten durch Frau *Prof. Dr. Anja Schiemann*, erhielt zunächst Herr *Dr. Alexander Baur* aus der Forschungsabteilung der Justizdirektion des Kantons Zürich das Wort. In seinem Vortrag zum Thema „Die Entwicklung des Sexualstrafrechts – Eine kriminologische Manöverkritik“ warf er zunächst einen kritischen Blick auf die Kriminologie als solche.

Die Kriminologie habe den Anspruch durch die Schaffung belastbarer kriminalstatistischer Fundamente und fortlaufender kriminologischer Einordnung eine evidenzbasierte Grundlage für die Kriminalpolitik zu schaffen. Diesem Anspruch stehe der Gesetzgeber, der in Teilen reflexhaft die Strafrechtskeule schwingt und Verschärfungen fordert, diametral gegenüber. Denn mit dem scharfen Schwert des Strafrechts könne der Gesetzgeber

unter Beweis stellen, dass Probleme entschlossen angegangen würden. Dieser Strafrechtsaktionismus zeige sich allein mit Blick auf die zahlreichen Verschärfungen und Ergänzungen des Sexualstrafrechts der letzten Jahre und Jahrzehnte. Insofern machte der *Referent* auf ein Kommunikationsproblem zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik aufmerksam und stellte versuchsweise drei provokante Thesen in den Raum, warum die Kriminologie für die Politik an Bedeutung verloren habe:

Erstens sei die Kriminologie in ihren Aussagen einsilbig und vorhersehbar. Gerade die Diskussion aus dem letzten Jahr nach dem Bekanntwerden der Missbrauchsfälle habe die Einsilbigkeit und Vorhersehbarkeit kriminologischer Debatten eindrücklich vor Augen geführt: auf den reflexhaften Ruf nach härteren Strafen für Sexualstraftäter habe die Kriminologie zu antworten vermocht, dass eine Strafschärfung keinen Deut mehr Sicherheit für mögliche Opfer bringe. Es sei aus den kriminologischen Forschungen hinlänglich bekannt, dass allenfalls eine Entdeckungswahrscheinlichkeit eine Abschreckungswirkung für potentielle Täter entfalte, nicht aber höhere Strafen.

Auf den Kern der Problematik heruntergebrochen merkt *Baur* in provozierender Weise an, dass das Strafrecht sein Präventionsversprechen seit Jahren nicht einlöse. Jede Verschärfung des Strafrechts sei – zugespitzt formuliert – aus kriminologischer Sicht nicht haltbar, da es das Versprechen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten nicht einhalten könne. Wenn aber das Strafrecht das einzig relevante Präventionsversprechen offensichtlich nicht zufriedenstellend einlösen könne, müsse man zu Ende gedacht doch nicht nur gegen die Ausweitung und Verschärfung des Sexualstrafrechts, sondern auch gegen das gesamte Strafrecht an sich opponieren.

Letztlich helfe nur ein konstruktiver Dialog zwischen der Kriminologie und Kriminalpolitik aus dem Dilemma. Insofern sei auch nicht entscheidend, wie man zur Expansion des Sexualstrafrechts stehe. Vielmehr scheine es offensichtlich politische Gründe für die Ausweitung des Sexualstrafrechts zu geben. Anstatt hiergegen zu opponieren könne man doch vielmehr versuchen, dem Deliktsbereich der Sexualstraftaten mit den Mitteln der Kriminologie zu begegnen. Das Sexualstrafrecht solle nicht als die dunkle Seite des Strafrechts hingenommen und die Täter nicht sich selbst überlassen werden.

Zweitens sei die Kriminologie als Wissenschaft anfällig für ein rechtspolitisches Abgleiten, was letztlich ihren

wissenschaftlichen Wert und rechtspolitischen Einfluss gefährden könne. Auf der Suche nach der Deutungshoheit über Phänomene, beschleiche den *Referenten* beizeiten das Gefühl, dass auch die Kriminologie nicht völlig frei von der Tendenz der strategischen Positionierung sei. Nach Ansicht *Baur*s ist die Kriminologie eine im höchsten Maße sozial relevante Disziplin, die bei vielen Menschen Interesse hervorrufe. Dies sei jedoch gewissermaßen Fluch und Segen zugleich. Denn angesichts des großen Interesses bestehe die Gefahr, zu nah an „politisches Fahrwasser“ zu kommen. Geriete die Kriminologie dort hinein, bestünde jedenfalls die ernstzunehmende Gefahr, ihren eigentlichen Kern zu verlieren und infolgedessen ihren wissenschaftlichen Wert einzubüßen.

Und drittens blende die Kriminologie manche Themen und Erkenntnisse aus – sie sei, so *Baur*, im Hinblick auf ihre Themen und auf ihre Forschungsmethoden veraltet und eben nicht *up to date*. Auch wenn diese These nach Fundamentalkritik klinge, so sei schon auffällig, dass bestimmte Themen in der Kriminologie lange Zeit nicht beleuchtet oder nur zögerlich in den Fokus gerückt worden seien. Beispielhaft stellte der *Referent* die Frage, welche Behandlungsmöglichkeiten von Sexualstraftätern in den letzten Jahren eigentlich entwickelt worden seien und ob es in diesem Bereich nicht Fortschritte im Bereich der Sanktionen gäbe – denn viele der noch heute zugrunde gelegten Theorien stammten nach wie vor aus den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts. Auch forschungsmethodisch käme die Kriminologie vielfach nicht über deskriptive Erhebungen und explorative qualitative Forschung hinaus.

Wenngleich die vorgenannten Thesen dies vermuten ließen, sei die Kriminologie letztendlich aber alles andere als überflüssig. Nach Auffassung des *Referenten* komme der Kriminologie eine wichtige Vermittlerfunktion zu. Ihr wesentlicher Vorteil, ihre Stärke sei ihre Nähe zum Recht. Sie könne empirische Erkenntnisse normativ ins Verhältnis setzen und in sinnvolles und zweckmäßiges Recht übersetzen. Anspruch der Kriminologie solle sein, dass diese wissenschaftlich fundiert, objektiv, ausgewogen und mit rechtspolitischer Umsicht agiere. Abschließend gab *Baur* zu bedenken, dass die Expansion im Strafrecht letztlich auch dazu führe, dass in praktischer Hinsicht mehr Täter für längere Zeit ins System der Sanktionen kämen. Insofern könne man diesen Umstand in spezialpräventiver Hinsicht gegebenenfalls nutzen und etwas „gegen die dunkle Seite des Strafrechts“ unternehmen, wenn schon gegen das Expansionsbestrebens als solches nicht unternommen werden könne.

II. Ein neuer Impuls für einen spezialpräventiven Ansatz

Anschließend stellte Herr *Dr. Jan Querengässer* von der LWL-Akademie für Forensische Psychiatrie (AFoPs) unter der Überschrift „Wiederauferstehung des § 65 StGB als Maßregel für Sexualstraftäter? Vorschlag für eine neu-konzeptionierte und bundesweit einheitliche Behandlungssanktion für Delinquenten, deren Straftaten auf eine sexuelle Devianz zurückgehen“ eine Idee zur Einführung

einer bundeseinheitlichen Maßregel für Sexualstraftäter vor. *Querengässer* stellte zunächst die Ausgangslage bei Sexualstraftaten dar: Demnach sei die Forderung nach Strafverschärfung nach öffentlich gewordenen Sexualstraftaten, insbesondere zum Nachteil von Kindern, zwar reflexhaft, aber in ihrer Wirkung umstritten. Gerade Sexualstraftaten liege oft eine psychische Störung im Sinne einer Paraphilie zugrunde, weshalb der größte spezialpräventive Effekt ähnlich wie bei Suchterkrankungen über die Behandlung der Grunderkrankung erzielt werden könne. Auch das sog. RNR-Prinzip (risk-need-responsivity principle), ein Prinzip, das die Risikofaktoren eines Täters klar in den Vordergrund stellt, ließe sich auf Sexualstraftäter anwenden, wodurch letztlich das Rückfallrisiko reduziert werden könne.

Nach den Erfahrungen des *Referenten* kämen als Behandlungsmöglichkeiten de lege lata jedoch in den weit überwiegenden Fällen nur solche im Rahmen des Maßregelvollzugs nach § 63 StGB oder im Rahmen einer Sozialtherapie (SoTha) während des Regelvollzugs in Betracht. Trotz der Behandlungswürdigkeit von Sexualstraftätern und den Erfolgsaussichten einer Therapie sei der Anteil von Sexualstraftätern im Maßregelvollzug und in der SoTha jedoch zuletzt gesunken: So sei beispielsweise die absolute Zahl der Einweisungen von Tätern bei erheblich pädosexuellen Taten gem. § 63 StGB seit 2015 um mehr als 50% zurückgegangen. Gleichzeitig ließe sich im Rahmen der SoTha bundesweit ein Minderangebot von 1000 Behandlungsplätzen feststellen, sodass Sexualstraftätern auch hier kein Behandlungsangebot gemacht werden könne.

Strukturell sei zwischen den SoThas und dem Maßregelvollzug zwar kein großer Unterschied festzustellen, was letztlich zu einer Parallelisierung der zwei Institutionen geführt haben könnte. Der *Referent* gibt jedoch zu bedenken, dass im Falle des Maßregelvollzugs die Strafvollstreckungskammer, beraten durch Gutachter, über die Fortdauer entscheidet, wohingegen bei der SoTha die Institution selbst anhand von länderspezifischen Vorschriften über Belegung, Verbleib oder die Entlassung aus der SoTha entscheidet. Dieser wesentliche Unterschied ginge, wenn auch unbeabsichtigt, mit normativen Nachteilen einher.

Aufbauend auf diesen Darstellungen stellte *Querengässer* sodann die Idee der Einführung einer bundeseinheitlichen Maßregel für Sexualstraftäter – die SeTha – vor, die in § 65 StGB ihren Platz finden könnte. Voraussetzung für die Verhängung der neu zu konzipierenden Maßregel könne nach dem Vorstoß *Querengässers* sein, dass der Täter eine rechtswidrige Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung begangen habe und zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt worden sei. Damit wäre die Verhängung der Maßregel ausdrücklich nicht an den Strafrahmen geknüpft, sondern an den Schuldspruch. Des Weiteren solle bei dem Täter eine sexuell-deviante Neigung vorliegen, die kausal für die rechtswidrige Tat geworden sei. Außerdem solle die erhebliche Gefahr der Begehung ähnlicher Taten, die in der sexuell-devianten Neigung begründet liegt, Voraussetzung für die SeTha sein.

Ausdrücklich kein Kriterium für die Verhängung der Maßregel solle die Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB sein. Dadurch würde ermöglicht, dass auch Sexualstraftäter behandelt werden könnten, die die sog. Einsichts- und Steuerungsfähigkeit besäßen. Eine etwaige Schuldunfähigkeit spräche nach Ansicht des *Referenten* vielmehr sogar dafür, dass eine Behandlung in einem psychiatrischen Krankenhaus angezeigt sei. Hinsichtlich der Dauer der Maßregel käme in Betracht, diese parallel zur ausgerichteten Freiheitsstrafe anzusetzen, um die Proportionalität zur Schuld zu gewährleisten.

Abschließend wies der *Referent* daraufhin, dass die Idee der neuen Maßregel „SeTha“ weder ein Gesamtkonzept darstelle, noch einem final durchdachten Gesetzentwurf gleich käme. Der aufgezeigte Ansatz diene vielmehr dem Anstoß einer Debatte, die nach Ansicht *Querengässers* viele Vorteile mit sich brächte.

Im Anschluss an den Vortrag nutzten einige Teilnehmer die Möglichkeit, bezüglich einzelner Punkte nachzufragen, wodurch eine rege Diskussion ausgelöst wurde. Insbesondere die möglichen Voraussetzungen zur Verhängung dieser neuen Maßregel standen im Fokus des Austauschs. So gab ein Teilnehmer beispielsweise zu bedenken, dass die von *Querengässer* angestrebte Proportionalität zur Höhe der verhängten Strafe gegebenenfalls dem Zweck der Maßregel, namentlich der Therapie des Täters, zuwiderlaufen könnte. Auch die Idee, dass die Maßregel an die tatsächlich verhängte Strafe und nicht an das Strafmaß geknüpft werden solle, wurde kritisch hinterfragt und diskutiert. Insgesamt deutete sich trotz der zeitlich und technisch eingeschränkten Möglichkeiten eine durchaus kritische und konstruktive Debatte an. Dieser Umstand dürfte dafür sprechen, dass zum Thema der Sanktionierung und Unterbringung von Sexualstraftätern noch längst nicht alles gesagt und die Fachwelt offen für neue Vorschläge und Impulse zu sein scheint.

III. Ermittlungen im digitalen Zeitalter

Im darauffolgenden Vortrag von Frau *Staatsanwältin Vera Vuković* von der Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime NRW (ZAC NRW) ging es um neue Erscheinungsformen von Kindesmissbrauch. In ihrem Vortrag zum Thema „Kindesmissbrauch in digitalen Medien – bekannter Deliktsbereich, neues Phänomen“ stellte die *Referentin* zunächst die Ansätze und Ermittlungsmethoden der ZAC NRW vor, bevor sie auf tatsächliche und rechtliche Probleme bei der Arbeit einging.

Die ZAC NRW ist seit April 2016 bei der Staatsanwaltschaft Köln eingerichtet und hat sich mittlerweile als bundesweit größte Cybercrime-Einheit der Justiz etabliert. Die *Referentin* ist Teil der Task Force zur Bekämpfung der Missbrauchsfälle im Netz, die im Zuge der Missbrauchskomplexe in Bergisch Gladbach und Münster eingerichtet wurde. Im Rahmen ihrer Arbeit ist sie zuständig für die Auswertung digitaler Spuren in herausgehobenen Verfahren bzw. Verfahrenskomplexen, die auch Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von Kindern im

Sinne des 13. Abschnitts des StGB zum Gegenstand haben.

Als Ausgangspunkt für die Darstellung ihrer Arbeit wählte *Vuković* die Ermittlungen im Fall Bergisch Gladbach. Bei dem in erster Instanz, aber noch nicht rechtskräftig verurteilten sog. Haupttäter des Missbrauchsfalls wurde im Rahmen einer Durchsuchung auch sein Mobiltelefon sichergestellt. Bei der Auswertung des Telefons seien große Mengen an kinderpornographischen Bildern und Videos zum Nachteil von Kindern, insbesondere auch selbsthergestelltes Material, aufgefunden worden. Darüber hinaus sei festgestellt worden, dass der spätere Angeklagte in zahlreichen einschlägigen Chats und Foren aktiv gewesen sei, in denen er sich teilweise auch mit anderen zum Missbrauch der jeweils eigenen Kinder verabredete.

Die *Referentin* betonte, dass der Deliktsbereich des Kindesmissbrauchs kein neues Phänomen sei. Neu sei hingegen die Erkenntnis gewesen, dass in der Vergangenheit das Augenmerk der Ermittlungsbehörden offensichtlich nur auf die Beweisführung gegen den Beschuldigten gelegt worden sei. Insofern sei es versäumt worden, der Frage nachzugehen, an wen die zum Teil selbst hergestellten strafbaren Inhalte versendet wurden. Die ZAC NRW verfolge nunmehr alle Spuren mit dem Ziel der Ermittlung weiterer Täter und der Aufhellung der Strukturen einschlägiger Netzwerke, Chats und Foren.

So sei der sogenannte Haupttäter aus Bergisch Gladbach in Chats und Gruppen aktiv gewesen, die teilweise bis zu 17.000 Mitglieder umfassten. Anders als man es vermuten könnte, handelte es sich dabei ausdrücklich nicht um Tätigkeiten im Darknet, sondern um Gruppen in für jedermann frei zugänglichen Messenger-Diensten. Derartige Gruppen mit bis zu 17.000 Teilnehmern entstünden nicht innerhalb kürzester Zeit. Vielmehr sei davon auszugehen, dass diese Strukturen über einen sehr langen Zeitraum unter dem Radar der Strafverfolgung gewachsen seien.

In Kenntnis der Versäumnisse der Vergangenheit gehe man nunmehr allen Spuren- und Ermittlungsansätzen nach. Dies stelle die Ermittlungsbehörden gleichwohl vor eine Reihe neuer Herausforderungen, denen man sich nun annehme. Neben der unvorstellbaren Masse an Ermittlungs- und Spurenansätzen sei für die Ermittler vor allem die Verschlüsselung von Daten problematisch gewesen. Um diesem Problem zu begegnen habe man neue Ermittlungsstandards geschaffen und nutze nunmehr alle in der Strafprozessordnung niedergelegten Ermittlungsmöglichkeiten. Neben der engen Zusammenarbeit mit verschiedenen Sachverständigen, die bei neuen Verschlüsselungsmethoden nach Lösungen suchten, würden beispielsweise auch Projekte initiiert, um sich den neuen technischen Problemfeldern fortlaufend anzunehmen.

Als weiteren vielversprechenden Vorteil der ZAC NRW benannte *Vuković* die zügige Bearbeitung von Rechtshilfeersuchen. Die ZAC NRW habe eine eigene Rechtshilfeabteilung, sodass derartige Ersuchen schnell auf den Weg gebracht werden könnten. Der enge Kontakt zu Eurojust

und die guten länderübergreifenden Kooperationen trügen dazu bei, dass Tatverdächtige schnell ermittelt und festgenommen werden könnten. Ein weiterer wichtiger Aspekt sei der enge Kontakt und die vertrauensvolle langjährige Zusammenarbeit mit Providern und Chat-Anbietern wie beispielsweise Skype, wodurch die Strafverfolgung erheblich beschleunigt würde.

Die *Referentin* nannte darüber hinaus den Einsatz Verdeckter Ermittler als unverzichtbar, um Täter zu identifizieren und die Strukturen der Gruppen und Chats offenzulegen. Gerade in den Chatgruppen seien die Strukturen sehr dynamisch, sodass es durch den Einsatz Verdeckter Ermittler ermöglicht werde, Schlüsselfiguren und Administratoren ausfindig zu machen. Außerdem können durch den Einsatz Verdeckter Ermittler erkannt werden, wo „in Echtzeit“ ein akuter Missbrauch stattfindet. Als letzten zentralen Ansatzpunkt der Ermittlungen stellte *Vuković* weitere Cyberermittlungen vor, die einen Rückschluss auf die wahre Identität der Nutzer zulassen. Um Identifizierungsmerkmale zu erlangen, könnten die Chat-Verläufe nach persönlichen Angaben der Täter durchsucht werden, etwa nach Wohnortangaben, Aussagen zur Arbeitsstelle oder zu E-Mail-Adressen. Dazu gehöre auch die Ermittlung der jeweiligen IP-Adresse, sodass letztlich versucht werde, der digitalen Identität eine natürliche Identität zuzuordnen.

Die *Referentin* zeigte abschließend weitere strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen auf, derer sich die Ermittlungsbehörden bedienen. So kämen insbesondere auch die Quellen-TKÜ und die Vorratsdatenspeicherung als vielversprechende Ermittlungsansätze in Betracht. *Vuković* plädierte dafür, derartig tiefgreifende Ermittlungsmaßnahmen nicht als standardmäßig anzuwendende Maßnahmen in Betracht zu ziehen. Gleichwohl betonte die *Referentin*, derartige Ermittlungsmaßnahmen nicht per se als Tabubruch anzusehen, sondern vielmehr als Handwerkzeug, dass die Strafprozessordnung den Ermittlern bei Vorliegen der Voraussetzungen an die Hand gebe. In diesem Zusammenhang sei auch die künstliche Bilderstellung gem. § 110d StPO von enormer Bedeutung. Gerade beim Einsatz Verdeckter Ermittler sei eigenes (kinderpornographisches) Bildmaterial als „Keuschheitsprobe“ de facto die Eintrittskarte in einschlägige Foren, Chats und Gruppen. Ohne eigenes Bildmaterial sei der Zugang für Verdeckte Ermittler schlicht nicht möglich, wodurch eine erfolgreiche Aufklärung der Taten vielfach ausgeschlossen sei.

Insgesamt gewährte die *Referentin* einen praxisnahen, interessanten und gleichermaßen erschreckenden Einblick in die Welt des digitalen Missbrauchs von Kindern. Sie gab bereits zu Beginn zu verstehen, dass die kinderpornographischen Inhalte die menschenmögliche Vorstellungskraft übersteigen. In der anschließenden Diskussions- und Fragerunde kam insbesondere zur Sprache, inwieweit die Ermittler bei ihrer belastenden Arbeit unterstützt werden würden. *Vuković* versicherte, dass den Beteiligten umfassende Hilfs- und Beratungsangebote zur Verfügung stünden. Angesichts dessen und der hier vorgestellten Ermitt-

lungsansätze und -ergebnisse ließ die *Referentin* die Zuhörer trotz des emotionalen Deliktsbereichs letztlich mit dem hoffnungsvollen Gefühl zurück, dass alles getan wird, um die Täter zu ermitteln und der Strafjustiz zuzuführen.

IV. Kryptowährungen – auf den Spuren des digitalen Fußabdrucks

Zum Abschluss erhielt Herr *Michael Koenen* vom KIT – Karlsruher Institut für Technologie das Wort, der in seinem Vortrag „TITANIUM – rechtliche und praktische Probleme bei der Auswertung von Blockchain-Transaktionen“ über das abgeschlossene Forschungsprojekt TITANIUM berichtete. Neben der technischen Funktionsweise von Blockchain-Auswertungen stand unter anderem die rechtliche Zulässigkeit der Auswertungen im Fokus des Vortrags.

Der *Referent* ging zunächst anhand eines Fallbeispiels der Frage nach, weshalb die Auswertung von Blockchain-Transaktionen für die Strafverfolgung sinnvoll sein kann: Im Jahr 2019 wurde die Darknet-Plattform „Welcome to Video“, auf welcher kinderpornographische Inhalte verbreitet wurden, ausfindig gemacht und abgeschaltet. Anhand der Auswertung der Transaktionen in den Blockchains konnten im Rahmen dieser Ermittlung neben dem Betreiber der Seite auch hunderte Nutzer der Kinderporno-Plattform identifiziert werden.

Bei der Plattform „Welcome to Video“ musste sich jeder Nutzer einen Nutzeraccount anlegen und für die Nutzung eine bestimmte Gebühr in Form von Bitcoin transferieren. Daher erhielt jeder Nutzer eine eigens für ihn generierte Bitcoin-Adresse. Diesen Umstand machten sich die US-Strafverfolgungsbehörden zu eigen und legten selbst einen solchen Nutzeraccount mit eigens für sie generierten Bitcoin-Adresse an. Die Ermittler beobachteten sodann die Zahlungsströme und konnten ermitteln, dass die jeweils einzigartigen Bitcoins auf eine einheitliche Bitcoin-Adresse transferiert wurden, einem sog. Wallet-Dienst. Diese Wallet-Dienste bieten bei Kryptowährungen wie Bitcoin einen Exchange-Service an, wodurch die Kryptowährung in „reales“ Geld getauscht werden kann. Bei den Ermittlungen von „Welcome to Video“ war es den Ermittlern sodann über eben diesen Wallet-Dienst möglich, den Betreiber der Plattform zu identifizieren und von der Wallet aus weitere Zahlungsströme bis hin zu den Nutzern zurückzuverfolgen.

Ausgehend von diesem Fallbeispiel stieg *Koenen* in die technische Funktionsweise der Blockchain-Technologie ein. Kryptowährungen stellen ein unabhängiges Zahlungsmittel mit dezentraler Datenverwaltungsstruktur dar. Die Besonderheiten lägen darin, dass jede Transferierung der Kryptowährung in den Transaktionsdaten gespeichert würde und dass eben diese in der Blockchain enthaltenen Transaktionsdaten öffentlich verfügbar seien. So sei in den Transaktionsdaten bei Bitcoin beispielsweise erkennbar, dass Bitcoin-Adresse A eine Summe X an die Bitcoin-Adresse B transferiert habe. An dieser Stelle könne man jedoch noch keinerlei Rückschlüsse auf die Person

hinter den Adressen ziehen. Derartige Identifizierungsmöglichkeiten böten sich dann an, wenn die Kryptowährung an einen Wallet-Dienst oder an einen Exchange Anbieter transferiert werde, um sie in „reales“ Geld zu tauschen.

Der *Referent* ging sodann auf die Ziele von Blockchain-Auswertungen ein, denen sich das Projekt TITANIUM annahm. Dabei handelte es sich zum einen um die Entwicklung des Ermittlungstools *GraphSense*, zum anderen um die Entwicklung des *KriptoSare*-Verfahrens, bei dem Blockchain-Inhalte basierend auf künstlicher Intelligenz ausgewertet und nach Bitcoin-Adressen bzw. Transaktionsverhalten kategorisiert werden können.

Das Ermittlungstool *GraphSense* ermögliche es Ermittlern, im Ermittlungsverfahren erhaltene Bitcoin-Adressen in das Tool einzugeben und dadurch verschiedene Rückschlüsse zu erhalten. Anhand der Zeitpunkte und Höhe der Zahlungsströme könnten so beispielsweise bei massenhaft verschickten Erpresser-Mails weitere Geschädigte aufgefunden gemacht werden. Bei Nachverfolgung der Transaktionsdaten käme man dann wiederum zu dem Punkt, den Absender der Erpresser-Mails durch die Abfrage bei den Wallet-Diensten oder Exchange-Anbietern zu identifizieren.

Darin eingebettet habe man das KI-basierte *KriptoSare*-Verfahren entwickelt, das es ermögliche, Bitcoin-Transaktionen nach vergleichbaren Transaktionsmustern zu durchsuchen und zu kategorisieren. In technischer Hinsicht werde dazu zunächst ein Entitätsclustering vorgenommen, das heißt, dass Bitcoin-Adressen in Entitäten und Kategorien geordnet würden. Im zweiten Schritt – dem *Classifier training* – lerne der *Classifier* die typischen Transaktionsmuster der zuvor gebildeten Kategorien durch einen KI-basierten Algorithmus. Dieser *Classifier* könne dann im dritten Schritt angewendet werden und Daten nach vergleichbaren Transaktionsmustern durchsuchen, was letztlich Anhaltspunkte für weitere Straftaten bringen könne. Dies sei vor allem bei über das Darknet abgewickelten Betrugs- und Geldwäschedelikten interessant.

Sodann warf *Koenen* die Frage auf, inwieweit das *KriptoSare*-Verfahren rechtlich zulässig ist. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass durch die Anwendung des Verfahrens die Grundrechte von Bürgern betroffen seien. Auch wenn einzelne Bitcoin-Adressen keinen unmittelbaren Rückschluss auf die Person dahinter zuließen, handele es sich aufgrund der Bestimmbarkeit (wegen des grundsätzlich herstellbaren Personenbezugs) um personenbezogene Daten, sodass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen sei. Auch liege ein Eingriff in das Grundrecht trotz der öffentlichen Verfügbarkeit der Daten vor, da jedenfalls im Rahmen des Entitätsclustering eine gezielte Datenspeicherung und -auswertung vorläge. Insofern bedürfte die Anwendung des Verfahrens einer Rechtsgrundlage.

Mangels spezieller Rechtsgrundlagen erörterte der *Referent* die Möglichkeit, derartige Ermittlungsmaßnahmen auf die Ermittlungsgeneralklauseln in §§ 161, 163 StPO zu stützen. Problematisch sei dabei einerseits die Frage, ob ein bestimmtes, vom *Classifier* ausgemachtes Transaktionsmuster einen hinreichenden Anfangsverdacht begründe. Andererseits gab *Koenen* zu bedenken, dass Ermittlungsmaßnahmen, die auf die Generalklauseln gestützt werden, allenfalls geringfügige Grundrechtseingriffe rechtfertigen können. Gerade die Streubreite des *KriptoSare*-Verfahrens und die technikgestützten, systematischen Auswertungen ließen es allerdings fraglich erscheinen, ob noch ein geringfügiger Grundrechtseingriff vorliege.

Zusammenfassend resümierte der *Referent*, dass Blockchain-Auswertungen als eine sinnvolle Unterstützung im Rahmen von Cybercrime-Ermittlungen angesehen werden können. Rechtlich sei jedoch noch zu diskutieren, ob der Eingriff auf die Ermittlungsgeneralklauseln gestützt werden könne. In der sich anschließenden Diskussion wurde sodann die Frage nach der richtigen Eingriffsgrundlage erneut diskutiert. Nach der Einschätzung *Koeners* käme gegebenenfalls auch mit einer kleinen Änderung des Wortlauts die Regelung zur Rasterfahndung gem. § 98a Abs. 2 StPO in Frage, wobei eine genauere Betrachtung im Einzelfall erforderlich sei. Insgesamt hat es der *Referent* jedoch verstanden, die technisch nicht ganz einfache Funktionsweise der Blockchain-Technologie den Zuhörern nahezubringen und die vielfältigen Möglichkeiten verständlich aufzuzeigen.

V. Fazit

Unter der großen Überschrift „Sexualstrafrecht und Digitalisierung“ wurden den Teilnehmern der Tagung vielfältige Einblicke in aktuelle, aber auch unterschiedliche rechtliche Bereiche gewährt. Einmal mehr hat sich gezeigt, dass das Sexualstrafrecht von der Öffentlichkeit nach wie vor intensiv rezipiert wird und starke Emotionen hervorruft. Gleichzeitig haben die Vorträge deutlich werden lassen, dass Sexualstraftaten jedenfalls in Teilen in der digitalen Welt stattfinden. Auch wenn die Ausrichtungen der Vorträge unterschiedlicher nicht hätten sein können, stand über allem doch ein ganz wesentlicher Kerngedanke: Eine reflexhafte Forderung nach härteren Strafen wird dem Phänomenbereich der Sexualdelikte nicht gerecht. Wie sich in den praxisorientierten Vorträgen der Referentin und der Referenten gezeigt hat, muss die Diskussion außerdem und vielleicht sogar ausschließlich auf die zur Verfügung stehenden Sanktionsmöglichkeiten und Ermittlungsmaßnahmen gelenkt werden. Es nützen die härtesten Strafen nichts, wenn Täter nicht ermittelt werden können. Gerade vor dem Hintergrund des spezialpräventiven Gedankens wäre es außerdem wünschenswert, erfolgversprechende Sanktions- und Interventionsmöglichkeiten anwenden und ausschöpfen zu können.