

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

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. 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 | 1 – 47

- 1** | **Kriminalpolitik bis 2025 – Erwartungen und Wünsche**
von Prof. Dr. Thomas Weigend
- 8** | **Plädoyer für die Streichung der „Behandlungsprognose“ aus § 64 StGB**
von Dr. Jan Queregässer und Dörte Berthold
- 15** | **Ein Alternativ- und Ergänzungsvorschlag zur Reform der Wiederaufnahme von Strafverfahren zuungunsten von Freigesprochenen**
von Dr. Boris Bröckers
- 20** | **Verteidigung in Strafbefehlsverfahren in Deutschland, Frankreich und der Schweiz**
von Dr. Raluca Enescu, Wiss. Mit. Adja Lea Niang und Prof. Dr. Carsten Momsen
- 36** | **Was lange währt, wird endlich gut (?)**
Zur Einführung des nordrhein-westfälischen Versammlungsgesetzes
von Benedict Pietsch, M.A., M. Jur.

ENTSCHEIDUNGEN | 48 – 57

- 48** | **Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage**
BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20

BUCHBESPRECHUNG | 58 – 66

- 58** | **Bublitz u.a. (Hrsg.): Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag**
von Prof. Dr. Anja Schiemann
- 63** | **Haverkamp u.a. (Hrsg.): Festschrift für Hans-Jörg Albrecht zum 70. Geburtstag**
von Prof. Dr. Anja Schiemann

TAGUNGSBERICHTE | 67 – 73

- 67** | **„Medizinrecht aktuell: COVID-19 – letzter Ausweg Impfpflicht?“**
von Erik Scheiter und Tom Hendrik Becker
- 70** | **Versicherungsschutz im Unternehmensstrafrecht – Diskussionsbericht zur WisteV-Veranstaltung vom 25. Januar 2022**
von Oliver Michaelis, LL.M., LL.M.

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Kriminalpolitik bis 2025 – Erwartungen und Wünsche

von Prof. Dr. Thomas Weigend*

Abstract

Der Beitrag beschäftigt sich mit den Vereinbarungen im Koalitionsvertrag von 2021, die die Kriminalpolitik betreffen. Die Koalitionspartner möchten generell die Rationalität und Transparenz der Kriminalpolitik erhöhen. Im Einzelnen haben sie sich sowohl im materiellen Strafrecht als auch im Strafverfahrensrecht eine Reihe wichtiger und schwieriger Aufgaben vorgenommen, die auch kontroverse Fragen wie die Sterbehilfe oder die Tatprovokation durch V-Leute betreffen. Dennoch bleiben noch ein paar Wünsche offen, insbesondere für eine Gesamtrevision der Tötungs- und Sexualdelikte.

This article deals with the contents of the coalition agreement of 2021 to the extent that it concerns issues of criminal policy. The parties wish to generally raise the level of rationality and transparency of criminal policy. They plan to address several important and difficult issues of substantive and procedural law, including the problems of euthanasia and of the consequences of entrapment by agents of the state. Some further questions remain to be resolved, however, including a general reform of homicide and sexual offenses.

I. Erwartungen – was steht im Koalitionsvertrag?

In den beiden vergangenen Legislaturperioden war die Kriminalpolitik insgesamt eher von Stillstand und punktuellen Maßnahmen geprägt als von mutigen neuen Entwürfen. Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass einzelne Bereiche – wie etwa die Sexualdelikte oder die Gewinnabschöpfung – weitreichend umgestaltet wurden. Mit dem Übergang von einer konservativ geprägten Großen Koalition zu einer „Ampel“ mit mindestens zwei in kriminalpolitischer Hinsicht eher liberal orientierten Parteien verbindet sich die Hoffnung, dass Verkrustungen und Erstarrungen aufgebrochen und auch in dem hier interessierenden Bereich der Kriminalpolitik „mehr Fortschritt“ gewagt wird. Wünsche wurden unmittelbar nach den Wahlen von verschiedenen Seiten formuliert, insbesondere vom Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins¹ und vom Kriminalpolitischen Kreis von Strafrechtspro-

fessoren und -professorinnen.² Ob diese Wünsche tatsächlich in Erfüllung gehen, kann erst die Zukunft zeigen. Der Koalitionsvertrag³ der neuen Regierungsparteien, der Gegenstand einer ersten Analyse ist, gibt jedoch durchaus Anlass zu einem gewissen Optimismus.

1. Allgemeine Leitlinien für die Kriminalpolitik

In den allgemeinen Leitlinien für den Bereich „Innere Sicherheit, Bürgerrechte, Justiz, Verbraucherschutz, Sport“ werden gegensätzliche Akzente miteinander verbunden. Als Ziele werden der „Schutz vor Kriminalität und die Bewahrung der bürgerlichen Freiheitsrechte“ in einem Atemzug genannt. Den Begriff der Rechtsstaatlichkeit interpretieren die Vertragspartner als die Aufgabe, die „Regeln unseres Gemeinwesens gegen Angriffe“ zu verteidigen;⁴ andererseits bekennen sie sich jedoch zu dem Grundsatz, dass Strafrecht „immer nur Ultima Ratio“ sei.⁵ Aus dem ultima-ratio-Gedanken leiten die Regierungsparteien zwei wichtige programmatische Folgerungen ab: Das Strafrecht soll im Austausch mit Wissenschaft und Praxis „systematisch auf Handhabbarkeit, Berechtigung und Wertungswidersprüche“ überprüft werden; und die Kriminalpolitik soll sich an „Evidenz“ orientieren.⁶ Dies lässt darauf hoffen, dass Entscheidungen über neue strafrechtliche Vorschriften in Zukunft nicht „auf Zuruf“ aus interessierten Gruppen getroffen werden, sondern dass das Für und Wider sorgfältig und im Lichte kriminologischer Erkenntnisse abgewogen wird.

2. Transparenz

Die Koalitionsparteien wollen sich auch darum bemühen, (unter anderem) die Strafgesetzgebung und die Rechtsanwendung transparenter zu machen. Nicht nur für die Forschung, sondern auch für die gerichtliche Praxis von großer Bedeutung ist das Vorhaben, Gerichtsentscheidungen grundsätzlich in anonymisierter Form in einer Datenbank öffentlich und maschinenlesbar zur Verfügung zu stellen.⁷ Dies würde es beispielsweise Tatgerichten ermöglichen, bei der Entscheidung über das Strafmaß zu ermitteln, wie andere deutsche Gerichte die Strafe in ähnlich gelagerten

* Der Verfasser ist Universitätsprofessor i.R. an der Universität zu Köln.

¹ DAV, Für die 20. Legislaturperiode: 11 dringend aufzugreifende Punkte im Bereich Strafrecht, 2021, abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/Sonstiges/anlage-strafrecht-11-punkte-papier.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.1.2022).

² Kriminalpolitischer Kreis, KriPoZ 2021, 322.

³ Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 2021, abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (zuletzt abgerufen am 12.1.2022). Im Folgenden zitiert als „Koalitionsvertrag“.

⁴ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 104.

⁵ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

⁶ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

⁷ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

Fällen festgesetzt haben.⁸ Ein willkommener Beitrag zur Transparenz und zugleich zum Dialog mit der Zivilgesellschaft ist auch der Plan, ein digitales Portal mit Informationen über laufende Gesetzgebungsvorhaben mit der Möglichkeit zur Kommentierung zu schaffen.⁹ Ein großer Gewinn für die kriminologische Forschung ist schließlich die Zusicherung, die Fortschreibung des Periodischen Sicherheitsberichts gesetzlich zu verankern und die Aussagekraft der Kriminal- und Strafrechtspflegestatistiken nachhaltig zu verbessern.¹⁰

3. Materielles Strafrecht

Im Bereich des materiellen Strafrechts enthält der Koalitionsvertrag sowohl Vorhaben der Entkriminalisierung als auch Pläne für die Ausweitung des Bereichs strafbaren Verhaltens.

a) Entkriminalisierung

Zu einem insgesamt sparsameren Einsatz des Strafrechts dürfte die allgemeine Zielsetzung führen, Strafnormen auf ihre „Berechtigung“ zu überprüfen und dabei den Fokus auf überkommene, möglicherweise aber „historisch überholte“ Straftatbestände zu richten.¹¹ Vorschläge zur „Ent-rümpelung“ des Strafrechts liegen seit einiger Zeit auf dem Tisch,¹² und es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber sie aufgreift und damit ein Gegengewicht zu der kontinuierlichen Ausweitung des Strafrechts in den vergangenen Jahren schafft. Zu erwägen wäre insbesondere eine außerstrafrechtliche Lösung für das soziale Problem des Fahrens ohne Fahrschein im ÖPNV, aber auch eine Entschärfung der Strafbarkeit der Entwendung noch brauchbarer Lebensmittel aus Abfallcontainern von Supermärkten.¹³ Zugleich können Beschränkungen des materiellen Strafrechts auch zu der von der Koalition angestrebten „Entlastung der Justiz“¹⁴ beitragen. In diesem Zusammenhang sollte auch die Entscheidung des Gesetzgebers noch einmal überprüft werden, jeden Fall des Besitzes kinderpornographischer Inhalte ohne Milderungsmöglichkeit als Verbrechen einzustufen (§ 184b StGB);¹⁵ diese Regelung stellt nicht zuletzt die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte vor praktische Probleme, da damit Verfahrenseinstellungen auch in geringfügigen Fällen ausgeschlossen sind.

Zwei konkrete Pläne zur Entkriminalisierung werden in dem Koalitionsvertrag genannt: die **Streichung von § 219a StGB** (Werbung für Schwangerschaftsabbruch)¹⁶ sowie die Erlaubnis zu einer kontrollierten **Abgabe von**

Cannabis an Erwachsene „zu Genusszwecken“.¹⁷ Dem schon seit langem kontroversen und zuletzt notdürftig „geflickten“ § 219a StGB¹⁸ dürften nicht viele Tränen nachgeweint werden – nicht nur Laien ist schwer zu erklären, weshalb die Bekanntgabe von Informationen über die Möglichkeit und Methoden legaler Schwangerschaftsabbrüche strafbar sein soll. Auch die Aufhebung der Strafbarkeit des Besitzes von Cannabis zum Eigengebrauch ist eine alte rechtspolitische Forderung.¹⁹ Ihre Umsetzung soll nicht nur zu einer wirksamen Kontrolle der Qualität der angebotenen Drogen führen, sondern auch die Verschwendung polizeilicher Ressourcen durch Kontrollen und Anzeigen gegen Endverbraucher beenden. Eine vollständige „Entkriminalisierung“ wird man freilich nicht erreichen, da die Abgabe von Cannabis an strenge Vorschriften gebunden werden dürfte, deren Verletzung dann wieder (mindestens als Ordnungswidrigkeit) geahndet werden müsste. Erfreulich ist, dass die Koalition von vornherein eine Evaluation der zu treffenden Maßnahmen nach vier Jahren ins Auge fasst.²⁰

In zwei besonders kontroversen Sachbereichen will die Koalition eine Diskussion zur möglichen Entkriminalisierung immerhin anstoßen: Für Fragen der reproduktiven Selbstbestimmung und der **Fortpflanzungsmedizin**, insbesondere zu Möglichkeiten der Legalisierung von Eizellspende und altruistischer Leihmutterchaft, soll eine Kommission eingesetzt werden;²¹ und zur Frage der **Sterbehilfe** soll die Diskussion im Bundestag „zeitnah“ durch fraktionsübergreifende Gruppenanträge in Gang gebracht werden.²² Ein Verzicht auf Fraktionszwang bei der Abstimmung über alternative Lösungen dürfte wegen der ethischen Aufladung dieses Problems angezeigt sein. Allerdings hat der erste Anlauf zu einer Regelung der Sterbehilfe über Gruppenanträge im Bundestag zu einer verfassungswidrigen „Lösung“ geführt,²³ und es ist fraglich, ob ein neuer Versuch dieser Art angesichts der Zufälligkeiten bei der Beratung und Abstimmung über disparate konkurrierende Anträge mehr Erfolg verspricht.

b) Inkriminierung

Eine Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes hat sich die Ampel-Koalition nur in wenigen, voneinander ganz unabhängigen Bereichen vorgenommen. Erwähnt werden im Koalitionsvertrag folgende Tatbestände:

- Bei der **Abgeordnetenbestechung** (§ 108e StGB) soll, vermutlich unter dem Eindruck der „Masken-Af-

⁸ Vorschläge zu einer Strafzumessungsdatenbank z.B. bei *Hoven*, KriPoZ 2018, 276 (289); *Kaspar*, Gutachten C zum 72. DJT, 2018, S. C 115 ff.; *Rostalski/Völkening*, KriPoZ 2019, 265 (270 ff.); *Ruppert*, KriPoZ 2021, 90 (95 f.).

⁹ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 9.

¹⁰ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 105.

¹¹ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

¹² Siehe insbesondere die Beiträge von *Hoven*, *Stuckenberg*, *Jahn*, *Brodowski*, *Kaspar*, *Kinzig*, *Heinrich*, *Meier*, *Duttge*, *Nestler*, *Kubiciel*, *Walter*, *Weigend* und *Valerius* in ZStW 2017, S. 334-540.

¹³ S. dazu Kriminalpolitischer Kreis, KriPoZ 2021, 322 f.

¹⁴ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

¹⁵ S. zur Diskussion *Suliak*, LTO v. 11.6.2020 mit ablehnenden Stellungnahmen zahlreicher Strafrechtswissenschaftler zu der schließlich am 1.7.2021 in Kraft getretenen Fassung von § 184b StGB.

¹⁶ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 116.

¹⁷ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 87.

¹⁸ Zur Begründung der „Reform“ von 2019 s. BT-Drs. 19/7693 v. 12.2.2019, S. 11.

¹⁹ S. dazu *Nestler*, ZStW 2017, 467 (469) unter Hinweis auf eine Stellungnahme des „Schildower Kreises“ von 123 Strafrechtsprofessoren*innen.

²⁰ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 87.

²¹ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 116.

²² Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 113.

²³ Siehe BVerfGE 153, 182.

färe“ des Jahres 2020, der Versuch unternommen werden, die relativ enge Begrenzung der Strafbarkeit auf Handlungen des Abgeordneten „bei der Wahrnehmung seines Mandates ... im Auftrag oder auf Weisung“ aufzulockern.²⁴ Ob dies gelingt, ohne eine allgemeine Strafbarkeit der „Politiker-Korruption“ einzuführen, wird sich zeigen.

- Die Straftatbestände aus dem **Tierschutzgesetz** sollen teilweise in das StGB überführt werden, die Strafrahmen für Tierquälerei sollen erhöht sowie Rechts- und Vollzugslücken geschlossen werden.²⁵ Es ist zu hoffen, dass dieses Vorhaben zeitnah und mit sachkundiger Beratung in Angriff genommen wird. Ein Entwurf der Fraktion B90/Die Grünen zu dieser Materie liegt bereits vor.²⁶
- Im Datenschutzrecht soll **rechtswidrige De-Anonymisierung** unter Strafe gestellt werden.²⁷
- Schließlich soll im **Strafzumessungsrecht** (§ 46 Abs. 2 StGB) die Tatbegehung aus geschlechtsspezifischen oder homosexuellenfeindlichen Beweggründen ausdrücklich als Strafzumessungserwägung genannt werden.²⁸

Einen Schwerpunkt bei der Strafverfolgung soll die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität einschließlich der sog. Clankriminalität bilden;²⁹ neue Straftatbestände werden hier jedoch (erfreulicherweise) nicht vorgeschlagen. Entscheidend kommt es hier auf die hinreichende personelle Ausstattung der Polizeibehörden zur Durchsetzung der vorhandenen Strafvorschriften an.

c) Sanktionen

Die Koalitionsparteien haben sich vorgenommen, das System der strafrechtlichen Sanktionen insgesamt „mit dem Ziel von Prävention und Resozialisierung“ zu überarbeiten.³⁰ Dies ist sehr zu begrüßen, hat doch das Sanktionenrecht seit den 1960er Jahren nur noch punktuell die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers gefunden. Hier wäre es insbesondere geboten, die seitherigen Ergebnisse der kriminologischen Sanktionsforschung in Reformprojekte umzusetzen. Besonders erwähnt werden im Koalitionsvertrag die Bereiche der Ersatzfreiheitsstrafe, des Maßregelvollzugs und der Bewährungsauflagen. Damit setzen

die Vertragspartner vernünftige Schwerpunkte. Insbesondere das Problem der Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB) ist weder in grundsätzlicher noch in praktischer Hinsicht gelöst; hier sind Ideen für eine praktikable Ausweitung des Anwendungsbereichs der gemeinnützigen Arbeit gefragt.³¹ Dem Vernehmen nach soll zur Reform des Sanktionenrechts eine Kommission gebildet werden, in der – so ist zu hoffen – auch der Sachverstand der Wissenschaft genutzt wird. In diesem Zusammenhang sollte auch das ungelöste Problem der regionalen Ungleichheit der Strafmaße angegangen werden, etwa durch die Nutzung von Datenbanken (s. dazu oben I.2).

Als eine Frage des Sanktionenrechts behandelt der Koalitionsvertrag auch die **Sanktionierung von „Unternehmen“**.³² Nachdem der lang diskutierte Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes³³ in der vergangenen Legislaturperiode letztlich gescheitert ist, lässt der Koalitionsvertrag nicht genau erkennen, in welche Richtung die neuen Regierungsparteien in diesem Bereich denken. Dies mag daran liegen, dass zwischen ihnen schon im Grundsätzlichen keine Einigkeit besteht. Wenn im Koalitionsvertrag davon die Rede ist, dass „die Vorschriften der Unternehmenssanktionen einschließlich der Sanktionshöhe“ „überarbeitet“ werden sollen, klingt dies nicht nach einem großen Wurf zur Neuschaffung eines Verbandssanktionenrechts. Wenn die angestrebten Rechtsänderungen im bestehenden Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts bleiben sollen, ließe sich allerdings die gebotene umfassende Regelung der Materie und insbesondere die effektive und gleichförmige Ahndung von Verbandsunrecht kaum erreichen. Schon eine Verwirklichung der beiden ausdrücklich genannten Regelungsziele (Verbesserung der „Rechtssicherheit von Unternehmen im Hinblick auf Compliance-Pflichten“ sowie Schaffung eines „präzisen Rechtsrahmens“ für interne Untersuchungen³⁴) verlangt im Grunde eine Neukonzeption der gesamten Materie. Dabei wären dann auch so intrikate und umstrittene Fragen zu lösen wie die normative Grundlage einer Verantwortlichkeit von Verbänden (eigenes Verbandsverschulden oder Zurechnung der Handlungen von Verbandspersonen?) oder auch der Wahrung der Vertraulichkeit anwaltlicher Beratung des Verbandes im Zusammenhang mit internen Ermittlungen. Es ist deshalb sehr zu hoffen, dass sich die Koalitionsparteien doch noch zu einer „großen Lösung“ entschließen, bei deren Formulierung sie nicht nur auf den Regierungsentwurf von 2020, sondern auch auf verschiedene weitere ausgearbeitete Regelungsvorschläge³⁵ zurückgreifen könnten.

²⁴ Der Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 10, spricht davon, dass der Tatbestand „wirksamer ausgestaltet“ werden soll.

²⁵ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 44.

²⁶ BT-Drs. 19/27752 v. 22.3.2021. S. dazu *Pfohl*, in: MüKo-StGB, Bd. 7, 4. Aufl. (2022), § 17 TierSchG Rn. 171 ff.

²⁷ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 17.

²⁸ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 119.

²⁹ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

³⁰ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

³¹ Ebenso Kriminalpolitischer Kreis, KriPoZ 2021, 322 (323).

³² Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 111. In der jüngeren Debatte war meist von „Verbänden“ als Objekten von (quasi-strafrechtlichen) Sanktionen die Rede. Dies erscheint vorzugswürdig, zumal „Unternehmen“ oft keine eigene Rechtspersönlichkeit haben. Ob auch nicht wirtschaftlich handelnde Verbände von den Sanktionen erfasst werden sollten, ist eine politisch umstrittene Sachfrage.

³³ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, BR-Drs. 440/20 v. 7.8.2020. Zahlreiche Stellungnahmen zu dem vorangegangenen Referentenentwurf des BMJV sind abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html (zuletzt abgerufen am 12.1.2022).

³⁴ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 111.

³⁵ S. *Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend*, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2017, abgedruckt in NZWiSt 2018, 1; *Salliger/Tsambikakis/Mückenberger/Huber*, Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2019.

4. Strafverfahrensrecht

Für das Strafverfahrensrecht stellen die Koalitionsparteien plakativ das Ziel in den Vordergrund, „Strafprozesse noch effektiver, schneller, moderner und praxistauglicher“ zu machen.³⁶ Sie knüpfen damit zumindest verbal an die Bemühungen der vergangenen Regierung an, die 2017 ein „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“³⁷ sowie 2019 ein „Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens“³⁸ vorgelegt hatte, durch das insbesondere das Beweisantragsrecht eingeschränkt wurde (§ 244 Abs. 3, 6 StPO). In der Sache gehen die Vereinbarungen im Koalitionsvertrag allerdings erfreulicherweise nicht in die Richtung zu einer (weiteren) Beschneidung von Beschuldigtenrechten unter dem Banner der Verfahrensökonomie.

Besonders bemerkenswert ist die Formulierung „Wir stellen die **Verteidigung der Beschuldigten** mit Beginn der ersten Vernehmung sicher.“³⁹ Da ein *Recht* des Beschuldigten auf Zugang zu einem Verteidiger vor und bei der ersten Vernehmung bereits durch die geltenden § 136 Abs. 1 S. 2 bis 4 sowie § 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 3 mit § 168c Abs. 1 StPO garantiert ist, ist die Passage des Koalitionsvertrages wohl so auszulegen, dass an einen Fall der notwendigen Verteidigung bei jeder ersten Vernehmung gedacht ist. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, da damit ein von den Vernehmungsbeamten „nahegelegter“ Verzicht des Beschuldigten auf einen Verteidiger wirkungslos würde. Eine solche Regelung würde allerdings eine markante Veränderung der aktuellen Praxis mit möglicherweise noch nicht vollständig bedachten Folgefragen (Jederzeitige Verfügbarkeit von Verteidigern? Auswahl des Verteidigers nach § 142 Abs. 5 StPO?) mit sich bringen.

Als eine Maßnahme zur Beschleunigung und effizienteren Ausgestaltung von Gerichtsverfahren beschreibt der Koalitionsvertrag das Vorhaben, die **Aufzeichnung** aller Vernehmungen und Hauptverhandlungen in Strafsachen **in Bild und Ton** verpflichtend zu machen.⁴⁰ Eine Video-Aufzeichnung der Hauptverhandlung hat viele Vorteile. Sie erleichtert es dem erkennenden Gericht, sich Zeugenaussagen vor der Urteilsfällung ins Gedächtnis zu rufen; und sie erweitert die Möglichkeit des Revisionsgerichts, die Übereinstimmung der Tatsachenfeststellungen im Urteil mit dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu überprüfen. Mit einer umfassenden Verpflichtung zur Aufzeichnung aller Zeugenaussagen und Hauptverhandlungen geht

der Koalitionsvertrag allerdings wesentlich weiter als die meisten bisherigen Vorschläge, die eine Aufzeichnungspflicht überwiegend auf landgerichtliche Verhandlungen beschränken wollten.⁴¹ Bei den Amtsgerichten sowie bei polizeilichen Zeugenvernehmungen könnte eine umfassende Verpflichtung zur vollständigen Video-Dokumentation, die deutlich über die weitgehend disponiblen §§ 58a, 136 Abs. 4 StPO des geltenden Rechts hinausginge, praktische Probleme aufwerfen.

Weitere verfahrensrechtliche Materien der Agenda für die neue Legislaturperiode sind:

- a) eine „Anpassung“ des **ministeriellen Einzelfallweisungsrechts** gegenüber den Staatsanwaltschaften an die Rechtsprechung des *EuGH*, wobei für den Vollzug eines Europäischen Haftbefehls eine richterliche Entscheidung notwendig sein soll;⁴²
- b) eine Regelung der **Verständigung im Strafverfahren** einschließlich möglicher Gespräche über die Verfahrensgestaltung;⁴³
- c) die gesetzliche Festlegung der Voraussetzungen für den **Einsatz von V-Personen**, Gewährspersonen und sonstigen Informanten der Sicherheitsbehörden;⁴⁴
- d) die Einführung eines grundsätzlichen **Verbots der Tatprovokation** durch staatliche Instanzen.⁴⁵

Diese Vorhaben sind von unterschiedlicher rechtspolitischer Brisanz.

ad a) Zu einer Einschränkung des seit längerem kritisierten ministeriellen Weisungsrechts gegenüber den Staatsanwaltschaften in Einzelfällen gab es schon Anfang 2021 einen Referentenentwurf im BMJV zu einer Änderung von § 146 GVG,⁴⁶ der jedoch nicht Gesetz geworden ist. Ein Anlass für diese Initiative war eine Entscheidung des *EuGH* aus dem Jahr 2019,⁴⁷ in der festgestellt wurde, dass die deutschen Staatsanwaltschaften wegen des ministeriellen Weisungsrechts nicht als unabhängige Justizbehörden angesehen werden können, die nach Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI zur Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls (EuHB) befugt sind. Wenn der Koalitionsvertrag nun sowohl eine richterliche Entscheidung für den Vollzug eines EuHB vorschreiben als auch das ministerielle Einzelfall-Weisungsrecht gegenüber der Staatsanwaltschaft beschneiden will, so scheint er die

³⁶ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

³⁷ BGBl. I S. 3202 v. 17.8.2017. S. dazu die kritische Würdigung von *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646 („Die Bilanz der strafprozessualen Reformtätigkeit des Gesetzgebers fällt bitter und enttäuschend aus.“; a.a.O. S. 2652).

³⁸ BGBl. I S. 2121 v. 10.12.2019.

³⁹ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

⁴⁰ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

⁴¹ S. die Vorschläge der Fraktion der FDP v. 25.6.2019, BT-Drs. 19/110/90 sowie der Fraktion B90/Grüne v. 24.9.2019, BT-Drs. 19/13515; ebenso der Vorschlag des Kriminalpolitischen Kreises v. Dez. 2019, abrufbar unter: https://7c4cdfc2-3212-4c1f-b054-f304bb76c166.filesusr.com/ugd/b95945_805853a43d2e4089b899ac17c8750940.pdf (zuletzt abgerufen am 12.1.2022).

⁴² Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 105.

⁴³ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

⁴⁴ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 110.

⁴⁵ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 106.

⁴⁶ Referentenentwurf v. 11.1.2021; abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Unabhaengigkeit_Staatsanwaltschaften.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 12.1.2022). Siehe dazu die Zusammenstellung auch früherer Entwürfe in: <https://kripoz.de/Kategorie/unabhaengigkeit-der-staatsanwaltschaft/> (zuletzt abgerufen am 12.1.2022).

⁴⁷ *EuGH*, Urt. v. 27.5.2019, C 508/18 (OG), Rn. 81 ff. In einem späteren Urteil gegen die Niederlande stellte der *EuGH* fest, dass dieselben Anforderungen an die Unabhängigkeit der Justizbehörde auch für die Entscheidung über die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls nach Art. 6 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI gelten; *EuGH*, Urt. v. 24.11.2020, C 510/19 (AZ), Rn. 53 f.

Vorgaben des *EuGH* noch übertreffen zu wollen. Dabei widersprechen sich die beiden Vorschläge insofern, als es bei einer alleinigen richterlichen Zuständigkeit auf die Weisungsfreiheit der Staatsanwaltschaft nicht mehr ankäme.

ad b) Bezüglich der angekündigten Regelung der Verständigung im Strafverfahren bleibt offen, in welche Richtung weitere Vorschriften zu der ohnehin schon an verschiedenen Stellen (§§ 160b, 202a, 212, 243 Abs. 4, 257b, 257c, 273 Abs. 1a, 301 Abs. 1 Satz 2 StPO) eingehend geregelten Materie gehen sollten. Jedenfalls wären für eine erneute Reform die Ergebnisse einer empirischen Untersuchung der Absprachenpraxis durch die Professoren *Kars-ten Altenhain, Matthias Jahn* und *Jörg Kinzig* auszuwerten, die gemäß dem Auftrag des *BVerfG*⁴⁸ durch das BMJV initiiert und 2020 veröffentlicht wurde.⁴⁹ Da diese Untersuchung erhebliche Abweichungen der Praxis vom gesetzlichen Modell gezeigt hat,⁵⁰ sollte der Gesetzgeber weniger über eine Festschreibung der derzeitigen Absprachenpraxis in der StPO als vielmehr über die Praxistauglichkeit des Gesamtkonzepts der Verständigung nach den Vorgaben des *BVerfG* nachdenken.⁵¹

ad c) Der Zustand, dass der Einsatz von V-Personen der Polizei zur Tataufklärung in der StPO mit keinem Wort erwähnt wird, sollte entsprechend den Absichten der Koalitionsparteien möglichst bald geändert werden. Allerdings gibt es hier eine ganze Reihe umstrittener und schwieriger Sachfragen – etwa die Voraussetzungen für den Einsatz von V-Personen, deren Befugnis zur Begehung von Straftaten zur Aufrechterhaltung der Legende oder die Anwendbarkeit der §§ 136, 136a StPO auf Gespräche zwischen V-Personen und Tatverdächtigen⁵², die durch eine umfassende rechtliche Regelung zu klären wären.⁵³ Es handelt sich also um ein ebenso notwendiges wie schwieriges Gesetzgebungsvorhaben.

ad d) Im Zusammenhang mit der Tätigkeit von V-Leuten steht die ebenfalls im Koalitionsvertrag angesprochene Problematik der Anstiftung zu Straftaten durch Personen, die entweder Amtsträger sind oder in deren Auftrag handeln. Bis vor kurzem hat die deutsche Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass derjenige, der auf staatliche Anstiftung hin eine Straftat (etwa im Bereich des Drogenhandels) begeht, mit Hilfe des *agent provocateur* überführt und dann wegen der Tat bestraft werden kann, allenfalls mit einem Strafnachlass für den Fall, dass der staatliche Agent allzu großen Druck ausgeübt hatte.⁵⁴ In zwei

jüngeren Entscheidungen zu dieser Praxis hat der *EGMR* Deutschland jedoch wegen Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) verurteilt.⁵⁵ Er verlangt bei aktiver Einwirkung auf einen noch nicht zur Tat Entschlossenen ein vollständiges Beweisverwertungsverbot oder eine ähnlich radikale Maßnahme, die in der Regel eine Verurteilung des Angestifteten ausschließt. Daraufhin hat der 2. *Senat* des *BGH* für Fälle starken Drucks zur Tatbegehung eine Verfahrenseinstellung angeordnet.⁵⁶ Wenn nunmehr der Koalitionsvertrag ein „grundsätzliches Verbot der Tatprovokation“ vorsieht, so geht dies vermutlich über die Vorgaben des *EGMR* insoweit hinaus, als dieser nicht jede staatliche Einwirkung zur Überführung von tatgeneigten Personen als Verstoß gegen die Verfahrensfairness ansieht. Der Begriff der „Provokation“ ist allerdings unscharf; möglicherweise sind damit im Koalitionsvertrag nur solche Einwirkungen gemeint, die sich an noch nicht tatgeneigte Personen richten oder einen übermäßig starken Druck zur Tatbegehung (etwa durch den Aufbau eines vermeintlichen Vertrauensverhältnisses) erzeugen. Insofern könnte eine rechtsstaatlich vernünftige Lösung tatsächlich darin liegen, solche staatlich veranlasste Anstiftungshandlungen gegenüber nicht tatgeneigten Personen ebenso wie die Strafverfolgung von Taten, die so ausgelöst werden, zu verbieten.

5. Sonstige Vorhaben

Neben diesen Punkten aus den Kernbereichen des Straf- und Strafverfahrensrechts enthält der Koalitionsvertrag noch einige weitere Vorhaben mit strafrechtlichem Bezug. Zu nennen sind insbesondere:

a) Im **Kampf gegen Kindesmissbrauch** soll das Bundeskriminalamt personell gestärkt werden; außerdem werden zur Entlastung der Beschäftigten „technische Lösungen“ (vermutlich: Künstliche Intelligenz) bei der Auswertung beschlagnahmter Dateien eingesetzt.⁵⁷

b) Der Schutz von **Whistleblowern** vor rechtlichen Nachteilen bei der Meldung von Rechtsverstößen und sonstigem erheblichen Fehlverhalten, dessen Aufdeckung im besonderen öffentlichen Interesse liegt, soll gewährleistet werden.⁵⁸

c) Flächendeckende **Videoüberwachung** und den Einsatz von biometrischer Erfassung zu Überwachungszwecken lehnen die Koalitionspartner ab. Sowohl im öffentlichen Raum als auch im Internet soll das Recht auf Anonymität

⁴⁸ BVerfGE 133, 168 (235).

⁴⁹ *Altenhain/Jahn/Kinzig*, Die Praxis der Verständigung im Strafprozess, 2020.

⁵⁰ Nach der Untersuchung von *Altenhain/Jahn/Kinzig* (Fn. 49), S. 520 f., 524 f. werden in der Praxis die gesetzlichen Vorgaben immer noch relativ häufig durch informelle Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten umgangen.

⁵¹ Zu einem Verfahrensmodell, das die „Verständigung“ durch ein vereinfachtes richterliches Aburteilungsverfahren ersetzt, s. *Bommer* u.a., Alternativ-Entwurf Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat (AE-ASR), GA 2019, 1 (49 ff.).

⁵² Siehe *Bader*, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), vor § 48 Rn. 54 ff.; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. (2020), § 163 Rn. 34a f.; monographisch *Krauß*, V-Leute im Strafprozeß und die Europäische Menschenrechtskonvention, 1999; *Decker*, Der V-Manneinsatz durch Polizei und Verfassungsschutz, 2018.

⁵³ S. den Gesetzesvorschlag des Deutschen Anwaltvereins, DAV-Stellungnahme 35/2021, abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-35-21-einsatz-von-v-leuten-gesetzlich-regeln> (zuletzt abgerufen am 12.1.2022).

⁵⁴ BGHSt 45, 321; 60, 238; bestätigt durch *BVerfG*, NJW 2015, 1083.

⁵⁵ *Furcht v. Germany*, no. 54648/09, Urt. v. 23.10.2014; *Akbay and others v. Germany*, no. 40495/15, Urt. v. 15.10.2020.

⁵⁶ BGHSt 60, 276.

⁵⁷ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 107.

⁵⁸ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 111.

gewährleistet sein.⁵⁹

d) Die **grenzüberschreitende** polizeiliche und justizielle **Zusammenarbeit** soll – bei Einhaltung hoher Datenschutzstandards und verbessertem grenzüberschreitendem Rechtsschutz – intensiviert werden. Europol soll ein Europäisches Kriminalamt mit eigenen operativen Möglichkeiten werden, außerdem wird der finanzielle und personelle Ausbau der Europäischen Staatsanwaltschaft angestrebt.⁶⁰

e) Einen Schwerpunkt wollen die Koalitionsparteien auch beim **strafrechtlichen Kampf gegen Menschenrechtsverletzungen** setzen. Mit diesem Ziel soll sich die Bundesrepublik Deutschland u.a. für die Arbeit des *ISGH* und die Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts einsetzen sowie Untersuchungsmissionen der Vereinten Nationen unterstützen. Auch sollen in Deutschland die Kapazitäten für die Durchführung von Verfahren nach dem Völkerstrafgesetzbuch ausgebaut werden.⁶¹

Insgesamt kann man sagen, dass sich die Koalitionspartner auf dem Feld des Strafrechts viele interessante und wichtige Aufgaben vorgenommen haben.

II. Wünsche

Dennoch bleiben einige Wünsche für die künftige Kriminalpolitik offen.

1. Materielles Strafrecht

a) Solche Wünsche betreffen zunächst eine **Entsclackung des Strafrechts** von Tatbeständen, die heute keine Bedeutung für das Sozialleben mehr haben, kein bedeutendes Rechtsgut schützen oder mit den Mitteln des Strafrechts ihr Ziel nicht zu erreichen vermögen. Neben den oben (I.3.a) bereits genannten Bereichen wäre hier etwa noch an den einvernehmlichen Geschlechtsverkehr zwischen entscheidungsfähigen Geschwistern (§ 173 Abs. 2 S. 2 StGB) zu denken,⁶² aber auch an den eigentlich überflüssigen und in § 316a StGB mit überhöhter Strafe bedrohten Tatbestand des Räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer.⁶³

b) Unabhängig vom Ausgang der Debatte um den Problembereich der Sterbehilfe und der Suizidassistenten sollte der Gesetzgeber einen weiteren Anlauf zu einer **Gesamtreform der Tötungsdelikte** nehmen. Dabei handelt es sich zwar um vermintes Gelände, und eine Flexibilisierung der Rechtsfolgen bei Mord mag unpopulär sein; aber es ist hoch an der Zeit, dass diese Materie, die ja für den Gesamtbereich des Strafrechts Symbolwirkung hat, nach vielen Jahrzehnten des „Durchwurstelns“ seitens der Rechtsprechung einer rationalen und in sich konsistenten gesetzlichen Lösung zugeführt wird.⁶⁴

c) Im Zusammenhang des strafrechtlichen Lebensschutzes steht auch die Regelung von **Einwirkungen auf menschliches Leben vor und während der Geburt**. Die von manchen Interessengruppen und Parteien erhobene Forderung nach einer ersatzlosen Streichung von § 218 StGB⁶⁵ dürfte allerdings zum einen auf erheblichen Widerstand in signifikanten Teilen der Bevölkerung stoßen und zum anderen mit der stabilen Rechtsprechung des *BVerfG* zur staatlichen Pflicht zum Schutz auch des ungeborenen Lebens nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kaum vereinbar sein.⁶⁶ Diese Rechtsprechung dürfte auch einer vereinfachenden Lösung des Problems, etwa im Sinne einer Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs bis zum Zeitpunkt der selbständigen Lebensfähigkeit des Embryos, im Wege stehen. Dennoch könnte sich der Versuch lohnen, das bestehende Dickicht der §§ 218-219b StGB etwas zu lichten. Umgekehrt stellt sich aber auch die Frage eines verbesserten, konsistenten Schutzes von Föten und Embryonen gegenüber schädigenden Einwirkungen durch Dritte, insbesondere wenn solche Einwirkungen zur körperlichen Schädigung eines dann geborenen Kindes führen. Hier hat die Rechtsprechung, die die §§ 211 ff., 223 ff. StGB nur dann anwendet, wenn die Handlung des Täters auf einen Menschen trifft, der bereits geboren ist oder sich im Geburtsvorgang befindet,⁶⁷ eine schwer erklärbare Lücke im strafrechtlichen Gesundheitsschutz zur Folge.

d) Der in den letzten Jahren immer wieder punktuell veränderte **Gesamtbereich des Sexualstrafrechts** sollte einer umfassenden Evaluation und – wo nötig – Überarbeitung unterzogen werden. Dabei wäre es geboten, von einer klaren Rechtsgutsbestimmung her die alten wie die neuen Vorschriften kritisch zu sichten und innere Widersprüche sowie redundante Vorschriften zu eliminieren. In diese

⁵⁹ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 108 f.

⁶⁰ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 105.

⁶¹ Koalitionsvertrag (Fn. 3), S. 147.

⁶² Für eine Reform des § 173 StGB auch DAV (Fn. 1), S. 5.

⁶³ S. dazu Kriminalpolitischer Kreis, KriPoZ 2021, 322 (323).

⁶⁴ In diesem Sinne auch DAV (Fn. 1), S. 11-13. Erwägungen zu einer Reform finden sich etwa im Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte, 2015, S. 1-70, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/Abchlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf;jsessionid=0140448163B9D2DA208A4B64F099DAB8.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 12.1.2022); darauf aufbauend der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform der Tötungsdelikte v. 21.3.2016, online abrufbar unter: <https://fragdenstaat.de/dokumente/50/> (zuletzt abgerufen am 12.1.2022); krit. dazu *Duttge*, KriPoZ 2016, 92. Weitere Vorschläge etwa bei *Grünwald*, Reform der Tötungsdelikte, 2016; *Heine* u.a., Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, 193; *Kubiciel*, FS Heintschel-Heinegg, 2015, S. 267; *Mitsch*, JR 2015, 122; *Saliger*, ZIS 2015, 600.

⁶⁵ Für eine Streichung von § 218 StGB spricht sich die Fraktion der Linken aus; s. <https://www.linksfraktion.de/themen/a-z/detailansicht/schwangerschaftsabbruch/#> (zuletzt abgerufen am 12.1.2022). S. auch den Bericht von *Rath*, Kritik an der Karlsruher Gebärpflicht, LTO v. 30.8.2021, über einen Fachkongress „150 Jahre § 218 Strafgesetzbuch“, Abschlussklärung abrufbar unter: <https://www.150jahre218.de/wp-content/uploads/2021/08/Abschlusserkla%CC%88rung-150-Jahre-%C2%A7-218-finale-m.-logo.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.1.2022).

⁶⁶ Grundlegend *BVerfGE* 39, 1; 88, 203.

⁶⁷ *BGHSt* 31, 348. S. dazu *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), vor § 211 Rn. 13.

Überprüfung einzubeziehen wären neben Vorfelddelikten wie § 184j StGB auch die „Anstandsdelikte“ der §§ 183, 183a StGB sowie die untereinander und mit dem Prostitutionsschutzgesetz nicht koordinierten Strafvorschriften über Prostitution (§§ 180a, 181, 184f, 184g, 232 Abs. 1 lit. a, 232a StGB).⁶⁸

2. Verfahrensrecht

Für den „großen Wurf“ einer umfassenden, liberal orientierten Strafprozessreform dürfte das aktuelle kriminalpolitische Klima ungeachtet des Regierungswechsels nicht besonders günstig sein.⁶⁹ Der Gesetzgeber tut daher gut daran, sich vorrangig den oben unter I.4 genannten, schon nicht leicht zu lösenden Einzelfragen zu widmen. Darüber hinaus sollte er sich des Sachkomplexes der **Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte** annehmen und die Regelungen der §§ 52 ff. StPO an die aktuellen Bedürfnisse anpassen.

Verbesserungen könnten bestehen in:

- der Ausdehnung von § 52 StPO auf nahestehende Personen (über die nicht mehr zeitgemäße Privilegierung von Verlobnissen hinaus);

- der Erstreckung der berufsbezogenen Zeugnisverweigerungsrechte (§ 53 StPO) auf empirisch arbeitende Sozialwissenschaftler sowie auf Vermittler beim Täter-Opfer-Ausgleich (§§ 155a, 155b StPO);⁷⁰
- einer Stärkung des Zeugnisverweigerungsrechts von Rechtsanwälten und des damit verbundenen Beschlagnahmeverbots insbesondere im Zusammenhang mit internen Ermittlungen in Unternehmen;⁷¹
- einer gesetzlichen Regelung von Verwendungsverböten, insbesondere bezüglich selbstbelastender Aussagen, die sich aus gesetzlichen Auskunftspflichten (wie in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO) ergeben.

III. Fazit

In jedem Fall besteht Anlass zu der Annahme, dass wir vier kriminalpolitisch spannenden und vielleicht auch ereignisreichen Jahren entgegen gehen. Praxis und Wissenschaft können mit eigenen Ideen dazu beitragen, dass der Zug in die richtige Richtung fährt – zu einem humanen, rationalen und evidenzbasierten Straf- und Strafverfahrensrecht.

⁶⁸ S. dazu Kriminalpolitischer Kreis, KriPoZ 2021, 322 (324).

⁶⁹ So auch *Jeßberger/Epik*, KriPoZ 2021, 1 (7).

⁷⁰ Ebenso Kriminalpolitischer Kreis, KriPoZ 2021, 322 (326).

⁷¹ S. dazu den Vorschlag des DAV (Fn. 1), S. 9.

Vom gesetzlichen Anspruch und den Grenzen der gutachterlichen Möglichkeiten – Plädoyer für die Streichung der „Behandlungsprognose“ aus § 64 StGB

von Dr. Jan Querengässer
und Dörte Berthold*

Abstract

Die Anordnung einer Unterbringung gem. § 64 StGB erfordert u.a. eine hinreichend konkrete Aussicht auf Behandlungserfolg. Gutachterliche Sachverständige beraten regelhaft die erkennenden Gerichte und erstellen dabei auch eine „Behandlungsprognose“, um diese in die Lage zu versetzen, über die geforderte Aussicht auf Behandlungserfolg zu entscheiden. Dabei legt der Stand der empirischen Prognoseforschung nahe, dass über den erwartbaren Behandlungserfolg im Einzelfall zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung keine valide Aussage getroffen werden kann. Nichtsdestotrotz – und ungeachtet weiterer Fallstricke, mit denen sich Sachverständige konfrontiert sehen – soll die Behandlungsprognose auch nach erfolgter Novelle des § 64 StGB als Eingangsvoraussetzung erhalten bleiben. Dies legt jedenfalls der Abschlussbericht einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe nahe, die kürzlich einen Reformentwurf vorlegte. Darin wird zwar eine andere Formulierung angeregt, das Prognoseerfordernis an sich soll aber bestehen bleiben. Der aus empirischer Sicht naheliegenden Konsequenz der Streichung der Behandlungsprognose wird oft mit verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, die in einem wegweisenden Urteil des BVerfG aus 1994 formuliert wurden. Der vorliegende Beitrag skizziert den aktuellen Forschungsstand und geht ausführlich auf das angesprochene Urteil bzw. dessen Annahmen und Begründung ein. Aus Sicht der Autoren lassen sich die verfassungsrechtlichen Bedenken allesamt ausräumen bzw. erscheinen mittlerweile unverhältnismäßig. In Kombination mit den andernorts diskutierten Reformvorschlägen einer klareren Definition des Hang-Begriffs sowie einer stärkeren Betonung der (Mit-)Ursächlichkeit der Suchtproblematik hinsichtlich Delinquenzneigung könnte die geplante Gesetzesnovelle des § 64 StGB durch die Streichung der Behandlungsprognose tatsächlich viele Probleme in Behandlungs-, Begutachtungs- und Rechtspraxis lösen.

Within the German legal framework, a custodial addiction treatment order (acc. to Sect. 64 of the German Criminal Code – StGB) requires, among other things, a sufficiently concrete prospect of success. Expert witnesses regularly advise the courts and establish a "treatment prognosis" to enable them to decide on the required prospect of successful treatment. The current state of empirical research suggests that no valid statement can be made about the expected success of treatment in individual cases at the time

of the trial. Nevertheless - and irrespective of further pitfalls with which experts are confronted - the treatment prognosis shall be retained as a prerequisite even after the scheduled amendment of Sect. 64 StGB. This is at least suggested by the final report of an official federal working group that recently presented a draft reform. Although the report suggests a different wording, the prognosis requirement itself is to remain in place. The consequence of deleting the treatment prognosis, which is obvious from an empirical point of view, is often met with constitutional concerns, which were formulated in a groundbreaking verdict by the constitutional court in 1994. The present article outlines the current state of research and discusses in detail the verdict referred to and its assumptions and rationale. In the authors' view, the constitutional concerns can all be dispelled or now appear disproportionate. In combination with the reform proposals discussed elsewhere, namely a clearer definition of the term "addiction" and a stronger emphasis on the (co-)causality of addiction problems with regard to the tendency to commit crimes, the planned amendment of Sect. 64 StGB could actually solve many problems in treatment, assessment and legal practice by deleting the prognosis for treatment.

I. Ausgangslage

In § 64 StGB wird die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt geregelt. Dabei handelt es sich um eine der drei freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung, die das deutsche Sanktionssystem vorsieht. In § 64 S. 2 StGB wird gefordert, dass eine derartige Unterbringung nur dann ergeht, „wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt [...] zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.“

Mit anderen Worten fordert der Gesetzgeber eine dezidiert positive Prognose, die sich auf den konkreten und individuellen Behandlungserfolg bezieht – definiert als Besserung der Suchtproblematik des Untergebrachten einerseits und als Verringerung des suchtbedingten Redelinquenzrisikos andererseits. Wohlgermerkt handelt es sich dabei um eine obligatorische Eingangsvoraussetzung. Kann eine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht nicht konstatiert werden, hat die Unterbringung zu unterbleiben.

* Dörte Berthold ist wissenschaftliche und psychotherapeutische Mitarbeiterin im MRVZN Bad Rehburg. Ihr obliegt die Auswertung der

bundesweiten Stichtagserhebung zu § 64 StGB. Dr. Jan Querengässer koordiniert den Fachbereich Versorgungsforschung der LWL-Akademie für forensische Psychiatrie (LWL-AFoPs), er arbeitet als Psychologischer Psychotherapeut in ambulanter Praxis in Dorsten.

Dieser Passus wird in der Praxis oft als „Behandlungsprognose“ bezeichnet. Und auch wenn dieser Begriff etwas verkürzt erscheint, wird er im vorliegenden Text der Einfachheit halber entsprechend verwendet. § 64 S. 2 StGB findet sich im Gesetzestext in dieser Form seit 2007, er geht zurück auf ein weitreichendes Urteil des *BVerfG* aus 1994¹ und überstand auch die jüngste Novellierung der Maßregelgesetzgebung in 2016 unverändert. Interessanterweise scheint auch in der aktuellen Diskussion rund um die geplante tiefgreifende Novelle des § 64 StGB² die Behandlungsprognose jener Aspekt zu sein, der am wenigsten kontrovers diskutiert wird. Kürzlich wurde der Abschlussbericht einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe vorgestellt, die dezidiert mit dem Ziel eingesetzt wurde, einen Vorschlag zur Novelle des § 64 StGB zu entwickeln.³ Darin wird (neben umfangreichen Änderungen in § 64 S. 1 StGB) eine Umformulierung des § 64 S. 2 StGB dergestalt vorgeschlagen, dass anstelle des Passus, dass „eine hinreichend konkrete Aussicht [für den Behandlungserfolg] besteht“, die Formulierung, dass der Erfolg „aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist“, einzufügen sei. Auch wenn dies in der Tat eine Änderung der juristischen Wertung bzw. Würdigung bedeuten würde, die Anforderung an gutachterliche Sachverständige änderte sich dadurch voraussichtlich wenig – es bliebe der Anspruch, eine Prognose über den erwartbaren Behandlungserfolg zu erstatten und die dazu ermittelten und angewandten Prognosefaktoren zu nennen.

Analog zur gesamten Reformdiskussion der letzten zwei Jahre werden die Schwerpunkte der Reform auch in diesem Entwurf der Bund-Länder-AG woanders gesetzt: etwa in der Begrifflichkeit und Definition der erforderlichen Suchtproblematik und der Konnexität zwischen dieser Problematik und dem Eingangsdelikt.

II. Problemstellungen

Dass die Behandlungsprognose an sich kaum Platz in der Diskussion rund um die Reform des § 64 StGB findet, verwundert aus mehreren Gesichtspunkten.

1. Überblick über den Forschungsstand

Bei Betrachtung der Studien, die sich mit Prädiktoren des Behandlungserfolgs in den Entziehungsanstalten beschäftigen, fällt auf, dass die Ergebnisse sehr heterogen und nicht widerspruchsfrei sind.⁴ Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass die Studien in Methodik, Variablenauswahl und Gruppengröße zum Teil deutlich variieren sowie, dass sich regionale Unterschiede in den Stichproben abbilden. Zudem hat sich die Patientenpopulation in den forensischen Suchtkliniken in den letzten zwei Jahrzehnten deutlich verändert,⁵ was unterschiedliche Ergebnisse zwischen älteren und neueren Studien mit erklären könnte. Insgesamt erwiesen sich lediglich wenige Variablen als überwiegend konsistente Faktoren für das Erreichen eines positiven Behandlungsergebnisses.

Hinsichtlich der deliktsspezifischen Variablen, die einen Zusammenhang zum Behandlungsergebnis⁶ aufweisen, ermittelte *Bezzel* ein niedriges Lebensalter und erhöhte Vordelinquenz als Risikofaktoren,⁷ was sich auch in späteren Studien gänzlich oder mindestens in Teilen bestätigen ließ.⁸ Bei *Berthold und Riedemann* zeigte sich auf Basis der Einzelvariablenbetrachtung ebenfalls ein signifikanter Zusammenhang zwischen der Anzahl an Vordelikten und der Hafterschaft mit einem negativen Behandlungsergebnis.⁹

Eine geringere Parallelstrafe erwies sich als überwiegend konsistenter Risikofaktor,¹⁰ was die Autoren jedoch vornehmlich auf die motivationale Ebene zurückführten: Bei hohen Haftstrafen ist eine Maßregelvollzugsunterbringung aufgrund der Halbstrafenregelung oftmals wesentlich attraktiver als eine Unterbringung im Justizvollzug, während für „Kurzstrafler“ eine zweijährige Entzugsbehandlung einen zeitlich längeren Freiheitsentzug bedeuten würde. *Rosch u.a.* zeigten, dass Patienten, bei denen eine engere Konnexität zwischen Substanzkonsumstörung und Delinquenz festgestellt wurde, häufiger eine Bewährungsentslassung erreichten.¹¹ Der prädiktive Wert des Zusammenhangs zwischen Substanzkonsumstörung und Delinquenz lässt sich auch indirekt aus den Ergebnissen von *Berthold und Riedemann* ableiten: Patienten, bei denen zum Zeitpunkt des Anlassdeliktes eine akute Intoxikation festgestellt wurde, erreichten signifikant häufiger eine Bewährungsentslassung.¹² Die vom Gericht bewertete

¹ *BVerfG*, Beschl.v. 16.3.1994 – 2 BvL 3/90 u a., juris.

² Als Überblick über die diversen Reformansätze siehe *Bezzel/Schlögl/Janele/Querengässer*, MSchrKrim 2021, aop.

³ Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Prüfung des Novellierungsbedarfs im Recht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 des Strafgesetzbuches (StGB), Abschlussbericht v. 22.11.2021, S. 27, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Artikel/DE/2022/0113_BMJ_Bericht_Massregelvollzug.html (zuletzt abgerufen am 26.1.2022).

⁴ Vgl. *Querengässer/Baur*, Fortschr Neurol Psychiat 2021, 496 (506).

⁵ Vgl. *Berthold/Riedemann*, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie 2018, 74 (90); *Querengässer/Traub*, R&P 2021, 19 (27).

⁶ In den meisten Studien wurde als solches eine Bewährungsentslassung gem. § 67d Abs. 2 StGB definiert. Kontrastiert wurde dieses positive Outcome meist mit einer Erledigung wegen Aussichtslosigkeit gem. § 67d Abs. 5 StGB.

⁷ *Bezzel*, Therapie im Maßregelvollzug – und dann? Eine Verlaufsuntersuchung an forensischen Patienten (§§ 63 und 64 StGB), 2008.

⁸ Vgl. u.a. *Hartl*, Wie erfolgreich ist die Behandlung im Maßregelvollzug nach § 63 und § 64 StGB? Eine Untersuchung anhand verschiedener Erfolgsmaße, 2012; *Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross*, R&P 2015, 34 (41).

⁹ *Berthold/Riedemann*, FPPK 2021, 169 (178).

¹⁰ *Pollähne/Kemper*, Fehleinweisung in die Entziehungsanstalt (§64 StGB), Bremer Forschung zur Kriminalpolitik, Bd. 10., 2007; *Hartl* (Fn. 8); *Ehlers*, Ist Behandlungserfolg im Maßregelvollzug vorhersehbar? Untersuchung zur prognostischen Validität differenzieller anamnestischer Faktoren bei forensischen Patienten im Maßregelvollzug, 2013; *Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross* (Fn. 8); *Schalast*, Straffällige mit Suchtproblemen – Fakten, Erfahrungen und Ergebnisse der Essener Evaluationsstudie, 2019.

¹¹ *Rosch/Lachmanski/Herich/Taddey/Lange/Wolf/Wolf/Buchholz*, PsychPrax 2016, 25 (31).

¹² *Berthold/Riedemann* (Fn. 9).

Schuldfähigkeit zeigte indes in keiner Studie einen statistisch abgesicherten Prädiktionswert.¹³

Bei den soziobiographischen und klinischen Variablen erwiesen sich ein niedriger Bildungsstand sowie eine geringe Intelligenz als prognostisch ungünstige Determinanten für das Erreichen des Behandlungsziels,¹⁴ wobei eine frühere Arbeitstätigkeit mehrmals als positiver Prädiktor ermittelt werden konnte.¹⁵ Antisoziale und andere problematische Persönlichkeitskomponenten (u.a. Impulsivität und Reizbarkeit, hoher PCL-Score, Persönlichkeitsstörungen) weisen ein höheres Risiko für ein negatives Behandlungsergebnis auf.¹⁶ Faktoren, die mit einer besseren sozialen Situation verknüpft werden, wie beispielsweise Leben in Partnerschaft oder mit der Familie, Elternschaft und Kontakt zu Kindern, zeigten in mehreren Studien einen positiven prädiktiven Wert auf das Behandlungsergebnis.¹⁷ Hartl fügte hier jedoch einschränkend hinzu, dass sich der protektive Effekt von Elternschaft ab einer bestimmten Anzahl von Kindern wahrscheinlich umkehrt.¹⁸ Zudem erscheint eine reine Beschreibung der vorhandenen Ressourcen und Risikofaktoren nicht ausreichend. So wiesen schon Andrews und Bonta darauf hin, dass nicht nur das Vorhandensein einer Partnerschaft, sondern auch die Art und Qualität dieser zur Bewertung wichtig sei.¹⁹

Bei näherer Betrachtung der bisherigen Forschungsergebnisse fällt auf, dass es zwar durchaus gelungen ist, einige Prädiktoren für eine positive Behandlungsprognose zu ermitteln, doch dass diese überwiegend historischen und statischen Variablen entsprechen, die per Definition unveränderbar sind. Zudem darf die bloße Zahl der in Gruppenvergleichsstudien ermittelten einigermaßen konsistenten Variablen nicht über deren tatsächlichen prädiktiven Wert bzw. Nutzen *im Einzelfall* hinwegtäuschen.

So konnte in den Studien sogar bei multivariater (d.h. gemeinsamer) Betrachtung der „potentesten“ Prädiktoren jeweils kaum mehr als 25% der Varianz des Therapieergebnisses mit den beschriebenen Variablen vorhergesagt werden.²⁰ Dies bedeutet in anderen Worten, dass das Behandlungsergebnis (selbst in Kenntnis aller vermeintlich relevanter Faktoren) zu drei Vierteln nicht absehbar ist. An dieser Stelle sei nochmals daran erinnert, dass der Gesetzestext eine „hinreichend konkrete“ Aussicht erfordert. Die Vermutung liegt sehr nahe, dass Verlaufsfaktoren, die erst nach der Anordnung der Unterbringung innerhalb der Kliniken und während der Behandlung absehbar werden

und dort zum Tragen kommen, die größten Einflussfaktoren für das Behandlungsergebnis darstellen. Die Bedeutung des Milieus und der therapeutischen Beziehung für einen Behandlungserfolg in der forensischen Suchtbehandlung wurde schon mehrmals von verschiedenen Autoren herausgehoben.²¹

Aber selbst, wenn es weitere personenbezogene Prädiktoren gäbe, die einfach noch nicht bekannt sind, weil sie noch nicht als solche untersucht wurden²² – handelte es sich in diesem Falle eher um eine theoretische Option. Schließlich wurden zwischenzeitlich so gut wie alle von gutachterlichen Sachverständigen (mit zeitlich und ökonomisch vertretbarem Aufwand) erhebbarer Faktoren auf ihren prädiktiven Wert hin untersucht. Mit anderen Worten würde es der gutachterlichen Praxis nur sehr bedingt etwas bringen, wenn weitere, noch unbekannte Faktoren ermittelt würden, deren Erhebung aber mit erheblichem Mehraufwand verbunden wäre.

Zusammenfassend zeigt sich, dass der aktuelle Forschungsstand weiterhin keine erschöpfende Antwort auf die Frage nach den entscheidenden Determinanten für ein positives Behandlungsergebnis bietet, was die Beantwortung der Prognosefrage a priori kaum valide möglich macht. Fraglich ist, warum u.a. die Bund-Länder-Arbeitsgruppe, trotz des nachweislichen Wissens über die mangelhafte Erkenntnislage zu den Erfolgsdeterminanten einer forensischen Suchtbehandlung, in ihren Reformvorschlägen an der Feststellung einer positiven Behandlungsprognose als Eingangsvoraussetzung festhalten möchte.

2. Probleme bei der Prognosestellung

Sachverständige stehen im erkennenden Verfahren den zuständigen Gerichten als beratende Instanzen zur Seite, um die Voraussetzungen einer Unterbringung fachlich einzuschätzen. Angesichts der aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnislage bleibt festzuhalten, dass eine *hinreichend konkrete* Behandlungsprognose, wie sie in § 64 StGB und der aktuellen Rechtsprechung des BGH gefordert werden, kaum reliabel erstellt werden kann.

Denn auch die höchstrichterliche Rechtsprechung betont die Konkretetheit der geforderten Prognose doch deutlich: So reiche „nur die Erwägung“, dass es nicht auszuschließen sei, dass bei dem Betroffenen durch suchttherapeutische Maßnahmen ein Problembewusstsein geweckt und er dadurch zumindest eine längere Zeit vor dem Rückfall in den Hang bewahrt werden könne, für die Anordnung im

¹³ Pollähne/Kemper (Fn. 10); Ehlers (Fn. 10); Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross (Fn. 8); Berthold/Riedemann (Fn. 9).

¹⁴ U.a. auch in einer Übersichtsarbeit von Fries/Endrass/Ridinger/Urbanio/Rossegger, Fortschr Neurol Psychiatr 2011, 404 (410); später auch in Hartl (Fn. 8); sowie Berthold/Riedemann (Fn. 9).

¹⁵ Fries/Endrass/Ridinger/Urbanio/Rossegger (Fn. 14); Berthold/Riedemann (Fn. 9); Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross (Fn. 8).

¹⁶ U.a. Schalast, Therapiemotivation im Maßregelvollzug gemäß § 64 StGB, Patientenmerkmale, Rahmenbedingungen, Behandlungsverläufe, 2000; Schalast/Kösters/Mushoff/Demmerling, SUCHT 2009, 19 (29); Ehlers (Fn. 10); Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross (Fn. 8); Rotermund, Prädiktoren für Therapieabbrüche unter besonderer Berücksichtigung der Privilegierung im Maßregelvollzug gemäß § 64 Strafgesetzbuch, 2017.

¹⁷ Gericke/Kallert, PsychiatPrax 2007, 218 (226); Bezzel, (Fn. 7); Hartl (Fn. 8); Frey, in: Schalast, Straffällige mit Suchtproblemen – Fakten, Erfahrungen und Ergebnisse der Essener Evaluationsstudie, 2019, S. 151 (164); Berthold/Riedemann (Fn. 9).

¹⁸ Hartl (Fn. 8).

¹⁹ Andrews/Bonta, The psychology of criminal conduct, 5. Aufl. (2010).

²⁰ U.a. Schalast/Kösters/Mushoff/Demmerling (Fn. 16.); Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross (Fn. 8); Berthold/Riedemann (Fn. 9).

²¹ U.a. Schalast, PsychiatPrax 2008, 175 (181); Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross (Fn. 8); Berthold/Riedemann (Fn. 9).

²² Empirische Wissenschaft kann nie die Hypothese bestätigen, es gebe keine weiteren Prädiktoren. Dafür müssten alle theoretisch denkbaren Prädiktoren einzeln geprüft werden.

Sinne der erforderlichen begründeten Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolgs nicht aus.²³ Und selbst eine 50%ige Chance auf einen Therapieerfolg wurde vom *BGH* als zu vage für die Erfüllung der „hinreichend konkreten Aussicht“ auf einen Behandlungserfolg bewertet.²⁴ Im empirischen Teil der Empfehlungen für Prognosegutachten²⁵ wurde zutreffend festgestellt, dass jedoch selbst eine Prognose, die eine Vielzahl bekannter Faktoren berücksichtigt, keine sichere Vorhersage des tatsächlichen Behandlungsverlaufs leisten kann.

Zudem stellt die formal erfolgreiche Entlassform der Bewährungsentlassung, die den meisten Studien zugrunde liegt, nur einen eingeschränkten Aspekt des Behandlungserfolgs dar. So kann erst nach einer längeren Legalbewährung des entlassenen Patienten von einer erfolgreichen Behandlung gesprochen werden, wie es die doppelte Zielsetzung des § 64 StGB fordert (Auszug aus Satz 2: „...über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren *und* von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen“). Dies macht es für gutachterliche Sachverständige nicht gerade leichter, denn in jenen Studien, in denen beide Outcomekriterien untersucht wurden, zeigte sich, dass die Prädiktoren je nach Kriterium durchaus variierten.²⁶

Nur angerissen werden sollen an dieser Stelle darüber hinaus Kollusion und Interdependenz zwischen Behandlungs- und Kriminalprognose als weitere Herausforderung für gutachterliche Sachverständige.²⁷ Die Kriminalprognose sagt aus, wie hoch die Wahrscheinlichkeit der Begehung weiterer Straftaten ohne Interventionen bzw. Maßnahmen des Risikomanagements ist. Die Behandlungsprognose hingegen trifft eine Aussage über die Wahrscheinlichkeit bzw. die Effektstärke einer gelingenden (mithin risikosenkenden) Intervention. Beide Prognosen hängen auf komplexe Art und Weise miteinander zusammen bzw. voneinander ab – zugleich erfordert § 64 StGB als Eingangsvoraussetzung, dass beide Prognosen *bejaht* werden müssen. Dies ist insofern ein Dilemma, da es Prognosefaktoren gibt, die für beide Prognosen einen prädiktiven Wert aufweisen, typischerweise jedoch einen gegenläufigen (Kollusion). Zugleich bedingt die Kriminalprognose zu einem gewissen Teil die Behandlungsprognose: Je mehr eine negative Kriminalprognose auf statischen (also nicht veränderbaren) Risikofaktoren fußt, desto geringer wird der „Spielraum“ für die Veränderung des Risikoprofils durch Interventionen.

Die beschriebenen Probleme, also einerseits die Schwierigkeit, die Behandlungsprognose valide zu erstellen und andererseits die komplexe Gemengelage hinsichtlich Kriminal- und Behandlungsprognose, führen paradoxerweise aber gerade nicht zu einer vorsichtigen Spruchpraxis. Im Gegenteil scheinen sie den Trend zu verstärken, der sich nicht zuletzt in den massiv zunehmenden Einweisungszahlen²⁸ zeigt, dass oftmals alle an der Hauptverhandlung Beteiligten „den 64er“ irgendwie ermöglichen wollen.

Hierzu exemplarisch die Erfahrung einer gutachterlichen Sachverständigen, die den Autoren bekannt ist. Sie hatte in einer Hauptverhandlung kürzlich die Voraussetzungen des § 64 StGB wegen mangelnder Erfolgsaussicht bei einem Angeklagten kritisch konnotiert und schilderte uns danach, dass sie damit nicht nur (erwartungsgemäß) den Angeklagten und dessen Strafverteidiger gegen sich aufbrachte, sondern den Staatsanwalt gleich mit. In der Verhandlungspause wurde sie zunächst gefragt, ob sie denn keine „Hintertüre“ aufmachen könne. Als sie dies verneinte, wurde ihre Argumentation sinngemäß mit dem Verweis vom Tisch gewischt, dass man die Behandlungsprognose ja sowieso nicht so genau stellen könne.

III. Das *BVerfG*-Urteil aus 1994 als (vermeintliche) Hürde für eine Revision der Prognoseforderung

Zur Umgehung all dieser Probleme würde sich aus unserer Sicht die ersatzlose Streichung des eingangs zitierten § 64 S. 2 StGB anbieten – oder zumindest eine grundlegende Revision. Ein derartig radikaler wie trivialer Ansatz steht jedoch in einem (vermeintlich) direkten Widerspruch zu dem bereits eingangs angesprochenen Urteil des *BVerfG* aus dem Jahre 1994²⁹. Darin heißt es schließlich: „Eine mit Freiheitsentzug verbundene Therapie ausschließlich zur Erprobung wäre hingegen unzulässig.“³⁰ Und darauf liefe es ja vordergründig hinaus, würde man zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung keine Aussage treffen über den individuell erwartbaren Therapieerfolg einer im Raum stehenden Unterbringung in der Entziehungsanstalt.

Aus unserer Sicht erscheint es jedoch nicht nur unbefriedigend, wenn notwendige Überlegungen zu unverkennbaren Missständen mit dem Verweis auf höchstrichterliche Urteilsbegründungen gekontert werden. Sondern es zeugt auch von einem fraglichen Rechtsverständnis, wenn wissenschaftliche Evidenz und rechtspraktische Probleme ignoriert werden – eben, weil es dazu schon einmal ein Urteil gab. Nicht nur, dass das zitierte Urteil 28 Jahre zurückliegt (in anderen relevanten Rechtsbereichen wiesen Urteile des *BVerfG* eine wesentlich geringere Halbwertszeit auf), es ist auch inhaltlich weniger eindeutig, als es scheint. Dies soll im Folgenden ausgeführt werden.

1. Die Abhängigkeitstherapie im Stadium der Erprobung

Zunächst wird in der Urteilsbegründung selbst auf eine gewisse Vorläufigkeit hingewiesen. So findet sich in Rn. 85 der Satz „Allerdings befindet sich die Abhängigkeitstherapie noch in einem Stadium der Erprobung und wird [...] nicht allen Suchterkrankungen gleichermaßen gerecht.“ Zwischen den Zeilen wird deutlich, dass es jener institutionelle Erprobungsaspekt ist, der das Gericht in seiner vorsichtigen – man könnte geneigt sein, zu sagen: in seiner misstrauischen – Haltung bestärkt, auf eine individuelle Erfolgsaussicht zu bestehen.

²³ Vgl. *BGH*, Urt. v. 23.11.2021 – 4 StR 289/21.

²⁴ Vgl. *BGH*, Urt. v. 23.03.2021 – 6 StR 62/21.

²⁵ *Kröber/Brettel/Rettenberger/Stübner*, FPPK 2019, 334 (342).

²⁶ Z.B. *Schalast* (Fn. 10).

²⁷ Siehe dazu ausführlich *Querengässer/Baur*, *SUCHT* 2021, 33 (43).

²⁸ Z.B. *Querengässer/Traub* (Fn. 5).

²⁹ *BVerfG* (Fn. 1).

³⁰ A.a.O. Rn 83.

Indes, dass sich „die Abhängigkeitstherapie“ im Erprobungsstadium befindet, war in dieser Pauschalität schon vor 28 Jahren nicht zutreffend. Medizin und Psychotherapie weisen jahrzehntelange Erfahrung in der mehr oder weniger erfolgreichen Behandlung von Suchterkrankungen auf. Dass Therapie nicht allen Suchterkrankungen gleichermaßen gerecht wird, ist eine vielschichtige Aussage. Bezieht man sie erstens auf den Gruppenvergleich zwischen verschiedenen psychoaktiven Substanzen, so liegt es an der biochemischen Potenz, dass manche Suchtmittel mit wesentlich stärkeren physiologischen Effekten und Folgen einhergehen als anderen. Der Erfolg der Behandlung wird damit zu einem großen Teil von der Substanz und nicht nur der (Qualität der) Therapie bestimmt. Bezieht man sie zweitens auf die Schwere der Abhängigkeitserkrankung, verbirgt sich dahinter nur die triviale Feststellung, dass es immer leichter ist, leichte Krankheiten zu lindern, als schwere. Bezieht man sie drittens auf die individuelle Ebene, so wird erst recht ein Trivialsatz daraus. Psychotherapie kann nie jedem Betroffenen gleichermaßen gerecht werden – denn der Erfolg hängt maßgeblich von dessen Bereitschaft zur Mitwirkung ab.³¹ Das Postulat, die Therapie werde "nicht allen Suchterkrankungen gleichermaßen gerecht", wird sich also nie hinreichend zufriedenstellend ändern lassen.

Doch auch wenn man die Aussage über die Suchttherapie im Erprobungsstadium wohlwollend ausschließlich im forensischen Kontext interpretiert, wird heute niemand mehr ernsthaft behaupten können, die Entziehungsanstalten befänden sich in einem Stadium der Erprobung. Jährlich über 3.000 Neueinweisungen unterstreichen, wie viel Behandlungserfahrung sich in den letzten Jahren angesammelt hat. Hinzu kommen inzwischen erfreulich positive Wirksamkeitsbelege für forensische Suchttherapie in der Breite³² – vor allem im Vergleich zur „Wirksamkeit“ des Strafvollzuges.

Somit stellt sich die Frage, welche „institutionelle Reife“ und wie hohe Wirksamkeitsbelege in der Breite erforderlich sind, um dem Behandlungssystem ein Grundvertrauen auszusprechen. Oder anders ausgedrückt: Würde das *BVerfG* vor dem Hintergrund des heutigen Erfahrungsschatzes und des Standings der Entziehungsanstalten nochmals so entscheiden?

2. Grundrechtseingriffe

Es ist zu vermuten, dass die Antwort auf diese Frage „Ja“ lautet. Denn der eigentliche Argumentationskern des Urteils bezieht sich darauf, dass derartige Grundrechtseingriffe³³, wie sie die Unterbringung in die Entziehungsanstalt darstellen, nicht zur Erprobung, also gewissermaßen auf Verdacht, erfolgen dürfen. Zunächst fällt an dieser Argumentation auf, dass sie selektiv für § 64 StGB geführt wird. Denn dieselben Grundrechte werden durch eine Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB)

ebenfalls beschnitten. Dies sogar in einem noch gravieren-deren Ausmaß, da § 63 StGB im Gegensatz zu § 64 StGB eine unbefristete Unterbringung vorsieht. Eine hinreichend konkrete Aussicht auf Behandlungserfolg ist in dieser Vorschrift im Übrigen *nicht* als Eingangsvoraussetzung vonnöten – paradoxerweise finden sich für die Behandlung einiger der dort nicht selten vorkommenden psychischen Störungen (Intelligenzminderungen, Persönlichkeitsstörungen, Paraphilien) aber noch viel *weniger* empirische Wirksamkeitsbelege als für die Therapie von Suchterkrankungen.

Doch abseits dieses (dogmatisch nicht wirklich einleuchtenden) Ungleichgewichtes zwischen diesen beiden freiheitsentziehenden Maßregeln bleiben auch innerhalb der Argumentation zu § 64 StGB deutliche Unschärfen. Betrachtet man zunächst den Eingriff ins Freiheitsgrundrecht, erscheint es zwar auf den ersten Blick plausibel, dass ein Freiheitsentzug unverhältnismäßig wäre, wenn es nur darum ginge, auszuprobieren, ob eine Suchttherapie wirkt. Indes, unter den 3.515 Personen, bei denen ausweislich der Strafverfolgungsstatistik 2020 eine Unterbringung gem. § 64 StGB angeordnet wurde, befanden sich 85 Personen (2,4%), die wegen Schuldunfähigkeit zu *keiner* parallelen Freiheitsstrafe verurteilt wurden. Dieser Anteil ist seit Jahren rückläufig und unterstreicht, dass die übergroße Mehrheit der Unterbrachten sowieso einen Freiheitsentzug erleidet³⁴ und die Unterbringung im Maßregelvollzug diesbezüglich kein Sonderopfer abverlangt. Bleibt das Argument des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit, das in der Tat bei einer „reinen“ Haftstrafe keine Rolle spielt. Das *BVerfG* schreibt entsprechend: „Das besondere Gewicht des mit der Anordnung der Maßregel des § 64 StGB verbundenen Grundrechtseingriffs erschließt sich nicht allein aus der Tatsache des mit ihr verbundenen Freiheitsentzugs, sondern auch daraus, daß der Verurteilte – nicht selten gegen seinen Willen – einer auf die Behebung nicht zuletzt psychischer Fehlhaltungen gerichteten medizinischen Behandlung unterworfen wird, deren Erfolg zudem nicht als gewiß gelten kann.“³⁵

So initial einleuchtend dieser Satz auch wirken mag, Es verbergen sich einige Fallstricke darin. Zunächst stellt der letzte Halbsatz wieder eine Trivialität dar: Keine medizinische Behandlung führt mit Gewissheit zum Erfolg! Viel gravierender aber ist das unzutreffende medizinisch-mechanistische Wirkverständnis von Suchtbehandlung, das sich in diesem Passus widerspiegelt. Wichtigster Wirkagens forensischer Suchtbehandlung ist Psychotherapie, ob im Einzel- oder Gruppensetting, sowie der milieuthera-apeutische Ansatz der Station. Ergänzt werden die modernen multimodalen Ansätze durch Arbeits-, Sport- und/oder Kreativtherapien. Psychopharmakologische Behandlungen der Suchterkrankung sind eher die Ausnahme (und werden meist allenfalls in akuten Entzugsstadien oder als Substitution appliziert), andere „klassisch“ medi-

³¹ Dies erkennt das Urteil im Übrigen in Rn. 86 selbst an – dazu später mehr.

³² Allen voran die Essener Evaluationsstudie: *Schalast* (Fn. 10).

³³ Konkret geht es um den Eingriff in das Freiheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) und das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).

³⁴ Erfahrungsgemäß kommen Bewährungshaftstrafen oder Geldstrafen in Verbindung mit § 64 StGB nur in Ausnahmefällen vor.

³⁵ *BVerfG* (Fn. 1), Rn. 82.

zinische Interventionen sucht man in Entziehungsanstalten ebenfalls vergeblich. Insofern erscheint die Behandlungsrealität weit entfernt vom gezeichneten Bild, dass „der Verurteilte [...] einer [...] medizinischen Behandlung unterworfen wird“.³⁶

Der Einschub, er werde „nicht selten gegen seinen Willen“ dieser Behandlung unterworfen, entbehrt in Kenntnis der Behandlungspraxis ebenfalls jeder Grundlage. Sämtlichen Behandlungselementen können forensische Patienten jederzeit widersprechen bzw. sich diesen verweigern. Mehr noch, die Wirkung von Suchttherapie hängt vollständig davon ab, ob sich der Betreffende überhaupt darauf einlässt. Diesen Umstand anerkennt auch das *BVerfG* im selben Urteil, wenn es schreibt: „denn ohne die Mitarbeit des Untergebrachten ist eine erfolgsversprechende Therapie regelmäßig undurchführbar, [...]“³⁷. Spätestens hier wird die Inkonsistenz der Argumentation evident. Man kann ja nur zu etwas gezwungen werden, das durchführbar ist. Mit anderen Worten: Wenn sich der Patient auf Psychotherapie einlässt, braucht er dazu nicht gezwungen werden. Und wenn er sich nicht darauf einlässt, kann er dazu nicht gezwungen werden.

Dass eine Totalverweigerung nicht ohne Konsequenzen bleibt und bis zu einer Erledigung der Unterbringung gem. § 67d Abs. 5 StGB führen kann, stellt übrigens kein Gegenargument dar. Denn dadurch findet kein zusätzlicher Grundrechtseingriff statt. Die dann in Kraft tretende parallele Haftstrafe wurde ja bereits vorher verhängt. Und zu dem vermeintlichen Eingriff in die „körperliche“ Unversehrtheit ist es in diesem Fall ja dank der Verweigerung des Patienten gar nicht erst gekommen.

Im Übrigen besteht für Patienten auch die Möglichkeit, die Erledigung der Maßregel selbst zu beantragen. Eine Möglichkeit, die weder in den beiden anderen freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung noch im Justizvollzug besteht. Es handelt sich hierbei also bereits um eine grundrechtliche *Besserstellung* von Untergebrachten gem. § 64 StGB.

IV. Lösungsansatz: Streichung der Behandlungsprognose und klarere Konturierung der anderen Eingangskriterien

Wir schlagen daher auch in Kenntnis und unter Würdigung des Urteils des *BVerfG* vor, den Passus zur hinreichend konkreten Behandlungsaussicht idealiter ersatzlos zu streichen. Die Gefahr, dass dadurch eine Beliebigkeit in die Anordnungspraxis einziehen könnte, sehen wir nicht – im Gegenteil! Bereits jetzt nehmen die Anordnungszahlen seit Jahren massiv zu – die erkennbaren Populationsveränderungen legen nahe, dass dabei nicht unbedingt nur die „schwer“ und „gefährlich“ Suchtkranken den Weg in die Entziehungsanstalten finden. Insofern

scheint sich die Beliebigkeit eher in der *gegenwärtigen* Rechtslage zu manifestieren, was auch das zitierte Beispiel der gutachterlichen Sachverständigen unterstreicht.

Auch die von der Bund-Länder-Konferenz vorgeschlagene Änderung des Teilsatzes des § 64 StGB, „eine hinreichend konkrete Aussicht“ in „aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist“, [dass eine positive Behandlungsprognose gestellt werden kann,] erscheint unserer Ansicht nach weder zielführend noch ausreichend, da schon in der aktuellen Rechtsprechung des *BGH* anerkannt wurde, dass es „eine[r] durch Tatsachen begründete[n] Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolgs“ bedarf.³⁸ Die Umformulierung dieses Teilsatzes, so wie es die Bund-Länder-Konferenz vorschlägt, entspricht somit dem Konstrukt der hinreichend konkreten positiven Behandlungsprognose – nur eben in anderem sprachlichen Gewand.

Aus unserer Sicht sollte sinnvollerweise (weil besser objektivierbar) aber an anderen Stellschrauben der Eingangsvoraussetzungen des § 64 StGB gedreht werden: Zunächst würde anstelle des „Hangs zum Konsum berauschender Substanzen im Übermaß“ eine klarere und ggf. enger an den medizinischen Sprachgebrauch angelehnte Begrifflichkeit sicherlich so manche Hauptverhandlung abkürzen.³⁹ Ebenfalls dürfte eine klarere Konturierung der Verbindung zwischen dem Hang und der Delinquenzneigung der eigentlichen Stoßrichtung forensischer Suchtbehandlung gerecht werden – hier deutet der Vorschlag der Bund-Länder-AG in die richtige Richtung.⁴⁰ Zwar ist Delinquenz regelhaft multideterminiert und Suchtprobleme sind in den seltensten Fällen monokausal ursächlich für die Begehung von Straftaten, doch es ist durchaus fraglich, ob eine bloße Koinzidenz zwischen Sucht und Delinquenz bereits für eine Unterbringung gem. § 64 StGB qualifizieren sollte.

Da diese Gedanken und Vorschläge aber andernorts bereits unterbreitet und ausgeführt wurden, beschränken wir uns an dieser Stelle darauf, unsere Zustimmung zu einer vorsichtigen und maßvollen Überarbeitung beider Punkte auszudrücken.

Abschließend sei erstens noch erwähnt, dass sich auch die (verfassungsgerichtlichen) Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseingriffe sicher relativieren, wenn die Entziehungsmaßregel von vorneherein etwas stärker auf jene Personen fokussiert würde, die (nicht unbedingt primär, aber doch substanziell) aufgrund einer zumindest mittelschweren Abhängigkeitsproblematik zur Begehung von Straftaten neigen. Bei diesen Personen ist forensische Suchtbehandlung nämlich per se erfolgsversprechender – auch ohne die Stellung einer individuellen Behandlungsprognose.

³⁶ A.a.O.

³⁷ A.a.O., Rn. 86.

³⁸ vgl. *BGH*, Urt. v. 23.11.2021 – 4 StR 289/21.

³⁹ Inwiefern der sicher als Kompromiss erdachte Vorschlag der Bund-Länder-AG, den Hang-Begriff als solchen zu belassen, in einem weiteren Teilsatz aber sogleich eine Definition dieses Begriffes zu ergänzen, dazu geeignet scheint, sei dahingestellt.

⁴⁰ Es wird vorgeschlagen, die Tat solle zukünftig „überwiegend“ auf den Hang zurückgehen. Vgl. Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Prüfung des Novellierungsbedarfs im Recht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 des Strafgesetzbuches (StGB), (Fn. 3), S. 2.

Zweitens sei auf die ökonomischen Vorteile der Streichung der Behandlungsprognose verwiesen: Sachverständige wie erkennende Gerichte könnten viel Zeit und Ressourcen sparen, wenn sie sich nicht mehr mit der Frage der hinreichend konkreten Behandlungsaussicht beschäftigen müssten.

V. Fazit

Die in § 64 StGB geforderte und individuell darzulegende günstige „Behandlungsprognose“ ist aus empirischer Sicht nicht valide zu erstellen, stellt eine Überforderung

für gutachterliche Sachverständige wie erkennende Gerichte dar und ist rechtsdogmatisch zumindest nicht widerspruchsfrei hergeleitet. Die ersatzlose Streichung erscheint daher naheliegend. Dies könnte – ergänzt durch die andernorts diskutierten Reformvorschläge einer klaren Definition des Hang-Begriffs sowie einer stärkeren Betonung der (Mit-)Ursächlichkeit der Suchtproblematik hinsichtlich Delinquenzneigung – die geplante Gesetzesnovelle des § 64 StGB in der Tat zu einem „großen Wurf“ werden lassen, der geeignet erscheint, viele Probleme in Behandlungs-, Begutachtungs- und Rechtspraxis zu lösen oder zumindest substanziell abzuschwächen.

Ein Alternativ- und Ergänzungsvorschlag zur Reform der Wiederaufnahme von Strafverfahren zuungunsten von Freigesprochenen

von Dr. Boris Bröckers*

Abstract

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der aktuellen Debatte um das „Gesetz zur Herstellung der materiellen Gerechtigkeit“ und der Wiederaufnahme von Strafverfahren zuungunsten von Freigesprochenen. Er spricht sich für eine Korrektur des Bundeszentralregistergesetzes (BZRG) aus und stellt zugleich eine Alternativreform für den Fall vor, dass das neue Wiederaufnahmerecht vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt wird.

The following article deals with the current debate on the "Act to Establish Material Justice" and the reinstatement of criminal proceedings to the disadvantage of acquitted defendants. It argues for a correction of the Federal Central Register Act (BZRG) and at the same time presents an alternative reform in the event that the new right to reinstate proceedings is declared unconstitutional by the Federal Constitutional Court.

I. Einleitung

Der Bundespräsident *Frank-Walter Steinmeier* hat am 21. Dezember 2021 das „Gesetz zur Herstellung der materiellen Gerechtigkeit“ – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten von Freigesprochenen – ausgefertigt. Jedoch äußerte er zeitgleich Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung und regte an, das Gesetz erneut parlamentarisch zu prüfen. Dies gibt Anlass über Alternativen nachzudenken. Sollte das BVerfG die Bedenken des Bundespräsidenten teilen, dann könnte ein handwerklicher Fehler des Gesetzes den Ausgangspunkt für einen rechtspolitischen Kompromiss bilden. Doch auch wenn das neue Wiederaufnahmerecht einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalten sollte, erscheint eine Anpassung des Bundeszentralregistergesetzes zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen erforderlich.

II. Handwerklicher Fehler: Übersehen von § 51 BZRG

Mit dem „Gesetz zur Herstellung der materiellen Gerechtigkeit“ hat der Gesetzgeber durch § 362 Nr. 5 StPO n.F. bezüglich bestimmter unverjährbarer Straftaten einen

Wiederaufnahmegrund propter nova zuungunsten von Freigesprochenen geschaffen. Der Gesetzgeber hat es indes versäumt, dass Beweisverwertungsverbot gemäß § 51 BZRG einzuschränken. Künftig ist es der Strafjustiz daher erlaubt, die Rechtskraft von Freisprüchen zu durchbrechen, es bleibt ihr aber weiterhin verboten, möglicherweise entscheidende alte Beweismittel zu verwerten. Dies ist nicht nur inkonsistent und kann als ein handwerklicher Fehler bewertet werden, sondern deutet außerdem darauf hin, dass der Gesetzgeber zur Herstellung materieller Gerechtigkeit alternative gesetzliche Korrekturen, die zu keiner Beeinträchtigung von Rechtssicherheit führen, nicht in Erwägung gezogen hat.

III. Verfassungsrechtliche Bedenken

Mit der Reform will der Gesetzgeber das besondere Unrecht und den besonderen Inhalt derjenigen Straftatbestände verdeutlichen, die eine lebenslange Freiheitsstrafe androhen und nicht der Strafverfolgungsverjährung unterliegen. Im Kern begründet der Gesetzgeber das Gesetz mit einer an die *Radbruchsche* Formel angelehnten Argumentation, dass das „Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils – gemessen an der materiellen Gerechtigkeit – zu schlechterdings unerträglichen Ergebnissen führen würde.“¹ Genau diese unerträglichen Ergebnisse würden nun durch das neue Gesetz beseitigt. Wie auch bei vorangegangenen Gesetzesvorhaben steht das Schrifttum auch dieser Reform des Wiederaufnahmerechts kritisch gegenüber. Ob der neue § 362 Nr. 5 StPO sich noch innerhalb der Grenzen von Art. 103 Abs. 3 GG bewegt, ist hoch umstritten.² Die komplexe verfassungsrechtliche Diskussion soll hier nicht nachgezeichnet werden. Stattdessen wird diesbezüglich ein agnostischer Standpunkt eingenommen. Obgleich hier zu der verfassungsrechtlichen Frage keine Position eingenommen wird, kann man mit guten Gründen festhalten, dass die Bedenken des Bundespräsidenten keineswegs auf tönernen Füßen stehen.³ Die hier unter anderem angestellten Überlegungen zu einer alternativen Reform sind daher nicht rein theoretischer Natur.

* Der Verfasser ist (Straf-)Richter am *LG Berlin* und Lehrbeauftragter an der Humboldt Universität zu Berlin. Er dankt *Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle* für Ihre wertvollen Anmerkungen.

¹ BT-Drs. 19/30399, S. 1.

² Die Reform und die Verfassungsgemäßheit befürwortend *Kubicel*, GA 2021, 380 ff.; *Zehetgruber*, JR 2020, 157 ff.; *Hoven*, JZ 2021, 1154 ff.; *Letzgus*, NStZ 2020, 717 ff.

³ Kritisch etwa *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251 ff.; *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101 ff.; *Ruhs*, ZRP 2021, 88 ff.; *Slognsat*, ZStW 2021, 741 ff.; *Arneemann*, NJW-Spezial 2021, 440 ff.; *Eichhorn*, KriPoZ 2021, 357 ff.; *Brade*, ZIS 2021, 362 ff. In Bezug auf vorangegangene Reformvorschläge kritisch jeweils m.w.N. *Marxen/Tiemann*, 2008, 188 ff.; *Pabst*, ZIS 2010, 126 ff. Instruktiv und grundlegend *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 956 ff. Überzeugend auch *Grünwald*, ZStW 2008, 546 ff. *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, S. 193 ff.

IV. Neues Verfahren ohne alte Beweise?

Ausweislich des Gesetzesentwurfs soll das neue Recht insbesondere dann falsche Freisprüche korrigieren, wenn auf Grund des fehlenden wissenschaftlichen Erkenntnisstands zum Zeitpunkt des Freispruchs bestimmte Beweise – wie etwa eine DNA-Spur – nicht berücksichtigt werden konnten und nunmehr den eindeutigen Nachweis der Täterschaft erlauben.⁴ Damit soll bei unverjährbaren Kriminalunrecht noch Jahrzehnte nach der Tatbegehung eine Durchbrechung des freisprechenden Urteils durch ein Zusammenspiel von alten und neuen Beweisen gelingen. Rechtfertigen diese in der Gesamtschau „dringende Gründe“ eine Täterschaft des Angeklagten, dann ist eine Wiederaufnahme von auch bereits vor Jahren oder Jahrzehnten abgeschlossenen Strafverfahren, denen naturgemäß noch länger zurückliegende Taten zugrunde liegen, noch möglich. Doch gerade bei der Aufklärung lang zurückliegender Tötungsdelikte verbietet § 51 BZRG nicht selten die Verwertung äußerst relevanter Beweismittel. Zur Veranschaulichung ein Beispiel, das auf einem wahren Sachverhalt beruht:⁵

Zur Befriedigung seines Geschlechtstriebes tötet A 1984 die damals 30-jährige B. Im Jahre 1986 wird A deshalb wegen Mordes an B vor dem *LG Berlin* angeklagt und schließlich nach einem komplizierten Indizienprozess rechtskräftig freigesprochen. In der Folgezeit begeht er immer nach dem gleichen Muster (Tatort in Nähe des Leichenfunds, identische Vorgehensweise, vergleichbare Opfer usw.) mehrere schwere Sexualdelikte. Für diese wird er zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Aufgrund eines DNA-Treffers nimmt die Staatsanwaltschaft Berlin im Jahre 2022 die Ermittlungen gegen A gemäß § 362 Nr. 5 StPO wieder auf. Die Vorstrafen bezüglich der Sexualstraftaten des A, aus denen sich ein wichtiges Indiz für dessen Täterschaft ergibt, sind gemäß §§ 45 ff. BZRG inzwischen allesamt aus dem Bundeszentralregister getilgt.

Trotz des neuen Beweismittels – unterstellt der DNA-Treffer belegt nur die Anwesenheit des Beschuldigten am Tatort –⁶ dürften die erforderlichen „dringenden Gründe“ nicht vorliegen, sodass die Voraussetzungen eines Wiederaufnahmeverfahrens gemäß § 362 Nr. 5 StPO n.F. nicht gegeben sind. Dies liegt daran, dass sämtliche im Zusammenhang mit den nachgewiesenen Sexualdelikten stehenden Beweismittel, die im Zusammenspiel mit der DNA-Analyse eine dichte Beweislage begründen würden, gemäß § 51 BZRG unverwertbar sind. Wären die aus der

Begehung der Sexualstraftaten resultierenden Indiztatsachen verwertbar, dann lägen „dringende Gründe“ im Sinne des § 362 Nr. 5 StPO n.F. hingegen vor. Dies bedarf der Erläuterung.

1. Unverwertbare Beweise trotz der Verfolgung unverjährbarer Straftaten

§ 51 BZRG begründet ein umfassendes Vorhalte- und Verwertungsverbot und bildet damit eine gesetzliche Ausnahme von dem Grundsatz, dass grundsätzlich zur Wahrheitsermittlung alle Beweise ausgeschöpft werden dürfen und müssen. Der Gesetzgeber schränkt durch § 51 BZRG die Wahrheitsfindung zum Schutze des Verurteilten ein, um diesen nach der Löschung seiner Vorstrafen von dem Strafmakel und damit verbundenen Stigmatisierungen zu befreien sowie seine Resozialisierung zu fördern.⁷ Um das Ziel des Gesetzes, verurteilte Personen nach dem Ablauf bestimmter Tilgungsfristen rechtlich wie unbestraft zu behandeln, tatsächlich zu verwirklichen, wurde § 51 BZRG in der Vergangenheit vom *BGH* weit ausgelegt.⁸ Das Verwertungsverbot beinhaltet nicht nur das Verbot getilgte Vorstrafen im Rahmen der Strafzumessung gegen den Betroffenen zu berücksichtigen, sondern verbietet auch eine Berücksichtigung im Rahmen der Beweiswürdigung und zwar sowohl die Verwertung als belastendes Indiz für eine dem Angeklagten nachteilige Würdigung seiner Persönlichkeit als auch für die indizielle Verwertung im Rahmen der Schuldfrage.⁹ Es soll dem Verurteilten jeglichen Nachteil aus getilgten oder tilgungsreifen Strafen samt den ihnen zugrunde liegenden Taten ersparen und schneidet hierfür – wie es der *BGH* in seiner Grundsatzentscheidung formulierte – „aus dem Bereich des tatsächlich Bestehenden einen Teil heraus, der bei der Beurteilung anderer Lebenssachverhalte jeder Würdigung – auch durch die Gerichte – verschlossen sein soll.“¹⁰ Bereits die vorbehaltlose Erwähnung der früheren Verurteilung in der Hauptverhandlung oder in den Urteilsgründen stellt nach Auffassung des *BGH* daher einen unzulässigen Vorhalt und daher einen Verstoß gegen § 51 Abs. 1 BZRG dar.¹¹ § 51 BZRG kennt anders als der neue § 362 Nr. 5 StPO auch keine deliktsbezogenen Ausnahmen für solche Tatbestände, die als unverjährbares Unrecht eine lebenslange

⁴ BT-Drs. 19/30399, S. 2.

⁵ Das Fallbeispiel wurde an eine Fallkonstellation angelehnt, die dem Verfasser in seiner Eigenschaft als Richter bekannt geworden ist. Der Sachverhalt wurde vom Verfasser stark verändert, um einerseits die für den Beitrag relevante Argumentation zu schärfen und andererseits der Unschuldsvermutung (vgl. *EGMR* Nr. 48144/09 – Ur. v. 15.1.2015 = *HRRS* 2015 Nr. 425) Rechnung zu tragen.

⁶ DNA-Analysen können zwar mit hoher Beweiskraft eine Täterschaft ausschließen. Der Tatrichter muss bei dem Nachweis einer Täterschaft indes berücksichtigen, dass die DNA-Analyse lediglich eine statistische Aussage enthält, die eine Würdigung aller Beweismstände nicht überflüssig macht, vgl. *Eisenberg*, StPO, Erster Teil, III. Beweiswürdigung Rn. 103; *Kimmich*, NStZ 1993, 23; *BGH*, NStZ 1992, 554.

⁷ Vgl. *Bücherl*, in: BeckOK-StPO, 41. Ed. (Stand: 1.10.2021), BZRG § 51; *BGH*, StraFo 2006, 296. Die vom *BGH* in älteren Entscheidungen für § 51 BZRG außerdem ins Feld geführte entschuldigende Wirkung der Bestrafung oder Verurteilung (*BGHSt* 24, 378 [381]; *BGHSt* 25, 64 [65]) vermag allenfalls ein Verbot bei der Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung rechtfertigen.

⁸ Vgl. *BGH*, NStZ-RR 2021, 187 (189); *BGH*, NStZ-RR 2020, 217 (218); *BGH*, NStZ-RR 2019, 337 (338); *BGH*, NStZ-RR 2016, 120 (120); *BGH*, NStZ 2016, 468 (468); *BGH*, NStZ-RR 2014, 356 (356); *BGH*, NStZ-RR 2012, 305 (305); *BGH*, NStZ 2013, 34 (35); *BGH*, NStZ-RR 2011, 286 (286); *BGH*, Beschl. v. 3.9.2014 – 1 StR 343/14 = BeckRS 2014, 18918 Rn. 2; *BGH*, Beschl. v. 17.12.2019 – 4 StR 472/19 = BeckRS 2019, 44151; *BGH*, Beschl. v. 25.1.2017 – 1 StR 570/16 = BeckRS 2017, 102994 Rn. 11.

⁹ Vgl. *Bücherl*, in: BeckOK-StPO, BZRG § 51; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage (2017), Drittes Kapitel, Rn. 343; *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 9. Aufl. (2021), Rn. 1410; *BGH*, StV 1990, 340; *BGH*, NStZ-RR 2016, 120 (120); *KG Berlin*, Beschl. v. 14.11.2005 – (3) 1 Ss 151/05 (116/05) –, Rn. 6, zitiert nach juris.

¹⁰ *BGH*, NJW 1973, 523 (524). *Bücherl* kritisiert zurecht einen konstruierten Zusammenhang zwischen der sozialen Wiedereingliederung des Straftäters und der Berücksichtigung insbes. einschlägiger Taten i.R.d. Beweiswürdigung (vgl. *Bücherl*, in: BeckOK-StPO, § 51 Rn. 35). Ähnlich auch *Tepperwien*, FS-Salger, 1995, S. 189 (190).

¹¹ Vgl. *BGH*, Ur. v. 19.2.1992 – 2 StR 454/91 = BeckRS 2010, 9034; *BGH*, Beschl. v. 24.8.2011 – 1 StR 317/11 = BeckRS 2011, 23617.

Freiheitsstrafe anordnen. § 52 BZRG enthält zwar Ausnahmen zu dem Beweisverwertungsverbot. Aber nur für bestimmte Sonderkonstellationen, wie etwa falls die Umstände der früheren Tat für die Beurteilung der Schuldfähigkeit oder Gefährlichkeit der betroffenen Person von Bedeutung sind (§ 52 Abs. 2 Nr. 2 StPO). Auch die Regelung gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO will nur das vollständige Leerlaufen des Wiederaufnahmerechts vermeiden und bezieht sich nur auf die Straftat, bezüglich der ein Wiederaufnahmeverfahren betrieben wird und eröffnet nicht die Verwertbarkeit von Beweisen, die anderen rechtskräftigen Verurteilungen zugrunde liegen. Kurzum: Auch in einem Strafverfahren, in dem der Vorwurf eines Mordes im Raum steht, dürfen – weder im klassischen „ersten“ Strafverfahren noch in einem Wiederaufnahmeverfahren – zur Sachaufklärung Beweise verwertet werden, die aus Vorverurteilungen resultieren, die nach den Vorgaben des Bundeszentralregisters tilgungsreif sind. Festzuhalten bleibt daher: Mord verjährt nicht, aber es „verjähren“ bestimmte Beweise, die den Mörder überführen könnten.

2. Kein logischer Widerspruch, aber inkonsistent!

Dies ist aus rechtsdogmatischer Sicht kein logischer Widerspruch, da § 51 BZRG funktional eine andere Schutzrichtung als das Prinzip der Rechtskraft aufweist, lässt aber aus einer kriminalpolitischen Perspektive den Eindruck entstehen, der Gesetzgeber würde mit einem legislativen Fuß auf das Gaspedal der Wiederaufnahme treten, während er mit dem anderen Fuß bei der Verwertbarkeit von Beweisen weiterhin auf der Bremse steht: Der Strafjustiz wird bei unverjährbaren Straftaten noch Jahrzehnte nach dem freisprechenden Urteil eine grundrechtsintensive Durchbrechung der Rechtskraft des Freispruchs erlaubt, aber ihr bleibt – selbst wenn noch nie ein freisprechendes Strafurteil gefällt wurde – die Verwertung wichtiger Beweise aus älteren anderen Strafverfahren schlechterdings verboten? Weder die Gesetzesmaterialien noch die vom Bundestag eingeholten Gutachten der Sachverständigen deuten auf eine Erörterung dieser Beweisfragen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hin. Es spricht vieles dafür, dass der Gesetzgeber dieses Problem – möglicherweise im Eifer der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Kontroversen – schlichtweg übersehen hat.¹² Die nicht erfolgte Anpassung von § 51 BZRG kann man auch nicht mit dem Argument relativieren, bei dem hier gebildeten Beispielfall handele es sich innerhalb der ohnehin geringen Anzahl von Mordtaten um einen exotischen Ausnahmefall, der ein rein theoretisches Konstrukt

zu einem praktischen Problem heraufbeschwört. Im Gegenteil: Die Vorstrafen und die mit ihr im Zusammenhang stehenden Ermittlungserkenntnisse stellen in der Praxis sehr häufig äußerst wichtige Beweismittel dar, die sich gerade bei der Aufklärung lange zurückliegender Taten nicht nur für die Tataufklärung als relevant, sondern im Unterschied zu anderen Beweismitteln auch als valide rekonstruierbar erweisen. Außerdem geben Vorverurteilungen oft Auskunft über die Persönlichkeit und die Lebensweise des Beschuldigten in einer spezifischen Lebensphase und stellen, selbst wenn kein direkter indizieller Zusammenhang zur Tat besteht, wichtige mittelbare Indiztatsachen dar. Der unbestreitbaren immensen forensischen Relevanz der (getilgten) Vorverurteilungen wird de lege lata unter anderem von der Ausnahmevorschrift für die Erstattung von Gutachten für die Beurteilung der Schuldfähigkeit gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO bereits Rechnung getragen.¹³ Nicht selten ergeben sich jedoch wie im Beispielfall sogar die ausschlaggebenden Beweisanzeichen aus dem Tatmuster bzw. dem modus operandi anderer Straftaten.¹⁴ Wenngleich empirisch belastbare Daten zu der Frage fehlen, wie oft es für die Bewertung der Erfolgsaussichten eines Wiederaufnahmeverfahrens zuungunsten von Freigesprochenen auf einen indiziellen Rekurs auf inzwischen getilgte Vorverurteilungen ankommen wird, dürfte es sehr plausibel sein, dass viele künftige Wiederaufnahmeverfahren und auch klassische „erste“ Strafverfahren aufgrund von § 51 BZRG mit Beweisschwierigkeiten behaftet sein werden.

3. Ungleichbehandlung von Freigesprochenen und Verurteilten

Dies führt zu der eigentlichen Achillesferse des Verwertungsverbots von § 51 BZRG, die – jenseits der durch die Reform des Wiederaufnahmerechts erforderlich gewordenen geringfügigen Korrekturen – Bedenken grundsätzlicher Art begründet. Dies soll durch eine Abwandlung des obigen Beispielfalls verdeutlicht werden: A wurde nicht nur wegen des Mordes, sondern auch wegen der Sexualdelikte wegen damals mangelnder Schuldfähigkeit freigesprochen.¹⁵ Würde sich dadurch in Bezug auf die Verwertbarkeit der Beweise etwas ändern? Intuitiv neigt man dazu, diese Frage zu verneinen, weil der Freispruch bezüglich der Sexualdelikte zu keiner Benachteiligung des A in Bezug auf die Nachweisbarkeit anderer Straftaten führen kann. Verblüffender Weise zwingt § 51 BZRG jedoch zur Bejahung dieser Frage, da dieser nach herrschender Meinung nur Beweise erfasst die zu einer inzwischen getilgten Verurteilung geführt haben. Die teilweise vertretene Ansicht, die sich für eine analoge Anwendung von § 51

¹² Es kann nur spekuliert werden, ob eine solche für die Praxis bedeutende Erörterung von Beweisfragen auch dann unterblieben wäre, wenn das BMJ (damals noch BMJV) sich bei dem Gesetzesvorhaben nicht geweigert hätte, an dem Gesetzesentwurf mitzuwirken.

¹³ *Bücherl*, in: BeckOK-StPO, BZRG § 52 Rn. 3.

¹⁴ Zur Bedeutung des Tatmusters im Rahmen kriminalistischer Fallanalysen vgl. *Hoffmann/Musolff*, Fallanalyse und Täterprofil, Kriminalistisches Institut, Band 52, 2000, S. 19 ff. Allgemein zur Theorie der Kriminalitätsmuster vgl. von *P. J. Brantingham/P. L. Brantingham*, *Environmental Criminology*, 2. Auflage (1990); *Artkämper/Gundlach/Straub*, *Kriminalistik – ein aktueller Themenüberblick*, 2020, S. 277 ff.; *Schiemann*, *NStZ* 2007, 684 ff.

¹⁵ Auch andere Freispruchgründe, die das damalige Tatmuster als Indiz für die Aufklärung anderer Straftaten als solches nicht in Frage stellen, führen in gleicher Weise zu dem Problem der zweifelhaften Ungleichbehandlung. Das Problem tritt etwa auch auf, wenn ein Strafverfahren mangels Strafmündigkeit nicht eingeleitet wurde. Das hier gewählte etwas exotische Beispiel wurde nur gewählt, um keine Verwirrung zu stiften. Wenn es nämlich zu dem Freispruch gekommen ist, weil das damalige Tatmuster dem A nicht als Täter zugeordnet werden konnte, dann macht eine Verwertbarkeit in einem neuen Verfahren ohnehin keinen Sinn. Es sind gleichwohl sehr viele Fallkonstellationen denkbar, indem sich zwar ein Tatmuster feststellen ließ, aber es trotzdem zu keiner Verurteilung gekommen ist.

BZRG auch auf Freisprüche oder nach §§ 153, 153a, 154, 154a StPO eingestellte Taten ausspricht, wird zutreffend von der herrschenden Rechtsprechung und Literatur abgelehnt, da die Bestimmung des § 51 Abs. 1 BZRG nach ihrem klaren Wortlaut eine Verurteilung verlangt und eine analoge Anwendung auf sämtliche Nichtverurteilungskonstellationen mit dem Zweck des Verwertungsverbots, den Verurteilten vom Strafmakel zu befreien und dadurch seine Resozialisierung zu fördern, nicht zu vereinbaren ist.¹⁶ Diese Ungleichbehandlung ist bereits per se zweifelhaft und lässt seit jeher viele Stimmen in der Literatur an einer kohärenten Logik des § 51 BZRG zweifeln.¹⁷ Es ist nicht nur offenkundig, dass die Verwertbarkeit von Beweismitteln häufig von prozessualen Zufälligkeiten abhängt, sondern es erscheint auch grob ungerecht, dass der von A begangene Mord nur deshalb unbestraft bleibt, weil er wegen der Sexualdelikte verurteilt wurde. Wäre demgegenüber in Ermangelung eines damaligen Anfangsverdachts ein Ermittlungsverfahren zuvor nie eingeleitet worden oder wäre A wegen dieser Taten freigesprochen worden, dann würde A nun voraussichtlich wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt werden. Durch das Verwertungsverbot des § 51 BZRG ist der Schuldspruch in solchen Fallkonstellationen nicht nur mit einer apokryphen immunisierenden Schutzwirkung behaftet, sondern er schafft sogar einen robusteren Vertrauensstatbestand als ein Freispruch, der diesen und damit auch die Unschuldsvermutung in zweifelhafter Weise abwertet: Während A darauf vertrauen darf, dass ihm die zu seiner Verurteilung führenden Umstände nach der Tilgung der Vorstrafe für die Aufklärung von weiteren Straftaten nicht vorgehalten werden, muss er bei einem Freispruch jederzeit damit rechnen, dass die dort verfahrensgegenständlichen Umstände zum Nachweis einer anderen Straftat – und durch das Wiederaufnahmerecht auch derselben Straftat – herangezogen wird.¹⁸ Auch eine andere keineswegs praxisferne Abwandlung des Beispielfalls untermauert das mit § 51 BZRG verknüpfte Gerechtigkeitsproblem: Angenommen A hat sowohl den Mord als auch die Sexualdelikte jeweils gemeinsam mit einem jahrelang flüchtigen Mittäter begangen. Auch hier wäre die normativ zweifelhafte Konsequenz, dass der Mittäter, sollte er irgendwann noch ergriffen werden, wegen des Mordes sanktioniert werden könnte, während eine Verurteilung von A an dem Verwertungsverbot von § 51 BZRG mit hoher Wahrscheinlichkeit scheitert.

Diese paradoxe „Rechtswohltat“¹⁹ durch den Schuldspruch ist keineswegs neu und bestand bereits vor der Reform, weil die zweifelhafte Ungleichbehandlung im Rahmen der Verwertung von Beweisen freilich auch außerhalb eines Wiederaufnahmeverfahrens auftreten kann

oder auch das alte Recht bekanntlich restriktivere Wiederaufnahmegründe zuungunsten von Freigesprochenen vorsah. So hatte schon früh der *BGH* darauf hingewiesen, dass im Interesse der Resozialisierung des Verurteilten der Gesetzgeber nicht der Erwägung gefolgt ist, der Verurteilte könne nicht günstiger stehen als derjenige, bei dem bestimmte zurückliegende Vorkommnisse nicht zu einem Strafverfahren geführt hatten.²⁰ Das Wertungsproblem gewinnt aber durch die Reform an Brisanz, da durch die zu erwartende und vom Gesetzgeber bezweckte Zunahme von Wiederaufnahmeverfahren es in der Praxis künftig deutlich häufiger vorkommen wird, dass es auf die Verwertbarkeit von Beweismitteln aus anderen länger zurückliegender Strafverfahren, die zu inzwischen getilgten oder tilgungsreifen Vorverurteilungen des Betroffenen geführt haben, ankommen wird. Zum anderen wird durch § 362 Nr. 5 StPO n.F. auch auf symbolische Weise die Schlechterstellung von Freigesprochenen gegenüber Verurteilten weiter verstärkt: Während dem Freigesprochenen aufgrund des reformierten § 362 Nr. 5 StPO n.F. beim Auftauchen neuer Beweismittel der gesamte Tatsachenstoff des ersten Strafprozesses erneut in dem Wiederaufnahmeverfahren vorgehalten werden kann, garantiert § 51 BZRG auch einer wegen Mordes verurteilten Person ausnahmslos, dass ihm die Beweise, die der inzwischen getilgten Mord-Verurteilung zugrunde lagen, nie wieder – selbst in einem einen anderen einen weiteren Mord betreffenden Strafverfahren – vorgehalten werden. Das neue Wiederaufnahmerecht perpetuiert diese bereits vor der Reform in Bezug auf die Verwertbarkeit von Beweismitteln existierende und in vielerlei Hinsicht zweifelhafte Privilegierung von verurteilten Personen gegenüber Freigesprochenen und solchen Personen, gegen die in der Vergangenheit bislang noch keine Ermittlungen stattfanden. Eine Strafjustiz, die im Namen der „Herstellung materieller Gerechtigkeit“ vom Gesetzgeber ermächtigt wird, im Fall des Vorliegens neuer Tatsachen rechtskräftige Freisprüche zu durchbrechen, der es aber weiterhin verboten ist, auf bestimmte ältere Beweismittel zurückzugreifen, agiert widersprüchlich und inkonsistent.

4. Umfassende einmalige Sachaufklärung statt eingeschränkte mehrfache Aufklärung

Anders als die Reform des Wiederaufnahmerechts wäre eine Reform von § 51 BZRG, die das Beweisverwertungsverbot bei der Aufklärung unverjährbarer Straftaten einschränkt, nicht nur verfassungsrechtlich unbedenklich, sondern sogar Ausdruck der verfassungsrechtlichen Ordnung. Denn Beweisverwertungsverbote stellen nach herrschender Ansicht eine von Verfassungen wegen begründungsbedürftige Ausnahme dar, weil sie die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Erhärtung

¹⁶ *BGH*, NStZ-RR 2021, 187 (189); *BGH*, NStZ 2005, 397 (397); *OLG Hamm*, Beschl. v. 28.6.2016 – 4 Ws 180/16 = BeckRS 2016, 13265; *Tolzmann*, BZRG, 5. Auflage (2015), § 51 Rn 4; *Kuhn*, JA 2011, 855 (857).

¹⁷ Vgl. jeweils m.w.N. *Duckwitz*, Die Verwertbarkeit von nach §§ 154, 154a StPO ausgeschiedenem Prozessstoff bei der Beweiswürdigung und Strafzumessung im Strafverfahren, 2017, S. 212 ff.; *Gillmeister*, NStZ 2000, 344 ff.; *Willms*, JZ 1974, 224 (225); *Peters*, JR 1973, 165 (166); *Händel*, JR 1973, 265 (266); *Seib*, DRiZ 1973, 17 ff.; *Dreher*, JZ 1972, 618 ff.; *Granderrath*, ZRP 1985, 319 ff.; *Tepperwien*, in: FS Salger, 1995, S. 189 ff.

¹⁸ Wie hier zu § 51 BZRG auch *Gillmeister*, NStZ, 344, (345).

¹⁹ *Schweckendieck*, NStZ 1994, 418 (418).

²⁰ *BGHSt* 24, 378 (381) = *BGH*, NJW 1973, 66 (76).

oder Widerlegung des Verdachts strafbarer Handlungen einschränken und so die Findung einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung beeinträchtigen.²¹ Nach Auffassung des *BVerfG* müssen Strafgerichte „möglichst alle erreichbaren Tatsachen, die für die Beurteilung von Tat und Täter wesentlich sind, aufzuklären und mit zu berücksichtigen, damit ein gerechtes Urteil gefällt werden kann.“²² Dass der Gesetzgeber zur Herstellung „materiellen Gerechtigkeit“ zwar eine nicht nur im Hinblick auf Art. 103 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich bedenkliche Durchbrechung der Rechtskraft zulässt, andererseits aber an einem Beweisverwertungsverbot festhält, dessen Absolutheit gerade die Strafrechtspflege bei der Aufklärung von unverjährbaren Straftaten in verfassungsrechtlich zweifelhafter Weise beeinträchtigt, ist einerseits im hohen Maße dysfunktional, zeichnet aber andererseits möglicherweise einen Weg für einen rechtspolitischen Kompromiss: Anstatt im verfassungsrechtlich hochsensiblen Bereich des Wiederaufnahmerechts zu operieren, könnte man § 51 BZRG (geringfügig) reformieren. Eine von zweifelhaften Tabus befreite umfassende und gründliche einmalige gerichtliche Sachaufklärung erscheint einer gedrosselten Mehrfachaufklärung in jeder Hinsicht vorzugswürdig.

V. Konkreter Alternativreformvorschlag

Bereits eine geringfügige Änderung der §§ 51, 52 BZRG würde es ermöglichen, dass lang zurückliegende unverjährbare Mordtaten und andere unverjährbare Straftaten konsequent aufgeklärt werden können. So müsste man in § 52 BZRG schlichtweg eine weitere Ausnahmeregelung einfügen, die das Verwertungsverbot für unanwendbar erklärt, wenn es Straftatbestände betrifft, die nicht der Strafverfolgungsverjährung unterliegen. Wie jeder der bislang in § 52 BZRG geregelten Ausnahmeregelungen dürfte die Schaffung einer solchen weiteren Ausnahme bereits völlig losgelöst vom neuen Wiederaufnahmerecht einer ausgewogenen Abwägung zwischen dem Interesse von Betroffenen an der Resozialisierung und dem Interesse der

Strafrechtspflege entsprechen. Der Umstand, dass *de lege lata* gerade keine Ausnahmeregelung für die Aufklärung von besonders schweren unverjährbaren Straftaten existiert, dürfte sogar eine übergebührende Berücksichtigung der Interessen des Betroffenen im Rahmen der Interessenabwägung zum Ausdruck bringen. Auch die Gesetzessystematik spricht für die hier vorgeschlagene Anpassung: So schließt § 45 Abs. 3 Nr. 1 BZRG anders als bei allen anderen Vorstrafen eine Tilgung von Verurteilungen zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausdrücklich aus, während bislang diese spezifische Bewertung von § 51 BZRG nicht berücksichtigt wird.²³ Eine lebenslange Freiheitsstrafe ist daher bislang zwar registerrechtlich untilgbar, aber das Registerrecht schränkt gleichwohl die Aufklärung von Straftaten, deren Begehung zu Verurteilungen zu lebenslangen Freiheitsstrafen führen können, beweisrechtlich ein. Die hier vorgeschlagene Änderung verringert zudem eine bereits vor der Reform schon lange von der Literatur zurecht kritisierte ungerechtfertigte Benachteiligung von Freigesprochenen gegenüber Verurteilten.

VI. Fazit

Das Schicksal des neuen Wiederaufnahmerechts liegt nunmehr in den Händen des *BVerfG*. Doch ganz unabhängig von der verfassungsrechtlichen Beurteilung sprechen gewichtige Argumente für eine legislative Korrektur der §§ 51, 52 BZRG. Sollte das neue Wiederaufnahmerecht vom *BVerfG* für verfassungswidrig erklärt werden, dann könnte eine Reform der §§ 51, 52 BZRG den Ausgangspunkt eines salomonischen rechtspolitischen Kompromisses bilden. Aber auch wenn es bei dem neuen Wiederaufnahmerecht bleiben sollte, ist eine Änderung der §§ 51, 52 BZRG dringend zu empfehlen. Akzeptiert man bei der Verfolgung von unverjährbaren Straftaten Durchbrechungen der Rechtskraft freisprechender Urteile, dann muss man zur Herstellung materieller Gerechtigkeit erst recht die Verwertung von Beweismitteln erlauben, die aus getilgten Vorverurteilungen des Beschuldigten herrühren.

²¹ *BVerfG*, NJW 2012, 907 (910); *BVerfG*, ZD 2015, 423 (425); *Burghart*, in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, 84. EL (Stand: 10/2021), Art. 20 GG, Rn. 1244; *Lohsel/Jakobs*, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), MRK Art. 6 Rn. 59; *Metz*, ZStW 2021, 447 (465); *Radtke*, GA 2012, 187 (189); kritisch *Lindemann*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Band 7, 2020, III. Rn. 5; *Dallmeyer*, HRRS 2009, 429 (430 ff.).

²² *BVerfG*, NJW 1974, 179 (181). Nach Auffassung des *BVerfG* würde diese Erschwerung sich jedoch noch innerhalb der Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegen.

²³ Vgl. *Kuhn*, JA 2011, 855 (858).

Verteidigung in Strafbefehlsverfahren in Deutschland, Frankreich und der Schweiz

von Dr. Raluca Enescu,
Wiss. Mit. Adja Lea Niang und
Prof. Dr. Carsten Momsen *

Abstract

In Deutschland, Frankreich und der Schweiz bemüht man sich in Gesetzgebung und Justizpraxis seit mehr als 20 Jahren konstant, das Strafverfahren effizienter auszugestalten. Eine herausgehobene Rolle kommt in allen drei Ländern dem Strafbefehlsverfahren zu. Denn dieses erlaubt, Straftaten in einem weitgehend schriftlichen Verfahren zu einem rechtskräftigen Abschluss zu bringen, der einem Gerichtsurteil nach einer mündlichen Hauptverhandlung gleichsteht. Doch diese Verfahrensweise führt zu einem erhöhten Risiko, fehlerhafte Entscheidungen zu treffen, da auf wesentliche Aspekte der Ermittlung des Sachverhalts durch die Erhebung von Beweisen vor Gericht, aber auch schon im Ermittlungsverfahren verzichtet wird. Weil teilweise sogar auf eine Anhörung des Beschuldigten verzichtet werden kann und in der Regel die Verteidigung durch Anwälte nicht vorgesehen ist, gestaltet sich die Verteidigung häufig als schwierig. Der nachfolgende Beitrag zeigt rechtsvergleichend die Herausforderungen für die Verteidigung in Strafbefehlsverfahren. Dabei wird in funktional vergleichender Methode analysiert, ob eines der Länder als Vorbild für die anderen dienen kann.

In France, Germany and Switzerland, there have been constant efforts in legislation and judicial practice for more than 20 years to make criminal proceedings more efficient. In all three countries, the penalty order procedure plays a prominent role. This is because it allows criminal offenses to be brought to a legally binding conclusion in a largely written procedure, which is equivalent to a court verdict after an oral main hearing. However, this procedure leads to an increased risk of wrongful decisions, since essential aspects of the investigation of the facts are omitted by the taking of evidence in court but also already in the preliminary proceedings. Because in some cases it is even possible to dispense with a hearing of the accused and there is usually no provision for defense by lawyers, the defense often turns out to be difficult. The following article shows the challenges for the defense in criminal proceedings by way of a legal comparison. In doing so, a functional comparative method is used to an-

alyze whether one of the countries can serve as a model for the others.

I. Einführung

In Deutschland nimmt das Strafbefehlsverfahren für die Erledigung der Kriminalität leichter und mittlerer Schwere eine zentrale Rolle ein. Das Strafbefehlsverfahren ist mit einer Reihe von Besonderheiten ausgestattet, welche häufig besondere Verteidigungsstrategien erfordern und teilweise die Verteidigung erschweren. Strukturelle Ursache dafür ist, dass die Verfahrenseffizienz gegenüber der Sachverhaltsaufklärung einen größeren Stellenwert besitzt, als dies in anderen Verfahrensformen üblich ist. Dabei zeigt jedoch der Blick auf die Nachbarländer Schweiz und Frankreich, dass einerseits das Strafbefehlsverfahren noch nicht, wie in der Schweiz, zum absoluten Regelverfahren geworden ist. Andererseits bieten sich für die Verteidigung andere Ansatzpunkte im Ermittlungsverfahren vor dem Erlass des Strafbefehls als in Frankreich. Daher stellt sich die Frage, ob eine der drei Rechtsordnungen einen Vorbildcharakter beanspruchen kann – zumindest aus einer verteidigungsnahen Perspektive – oder ob absehbar ist, dass sich im Rahmen der Europäisierung des Strafverfahrens ein Modell durchzusetzen scheint.

II. Strafbefehle in Deutschland

1. Überblick über Entwicklung, Rechtslage und Praxis

Als eine der verkürzten Erledigungsformen ist das Strafbefehlsverfahren aus dem deutschen Strafprozess nicht mehr wegzudenken. Im Jahr 2019 wurden 547.665 Strafbefehlsanträge gestellt; angeklagt hingegen wurde nur in 418.709 Fällen.¹

Die Masse der Verfahren erfordert eine Möglichkeit, geringfügige Delikte schnell und einfach zu erledigen, was neben den Einstellungen aus Opportunitätsgründen vor allem auch durch das Strafbefehlsverfahren erfolgt. Dessen Anwendungsbereich liegt insbesondere im Bereich der Verkehrsstraftaten, gefolgt von den Vermögensdelikten

* Dr. Raluca Enescu ist assoziierte Forscherin am Centre Marc Bloch und Gastprofessorin für Forensik und Kriminologie an der Humboldt-Universität zu Berlin. Prof. Dr. Carsten Momsen leitet den Arbeitsbereich „Vergleichendes Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht“ an der Freien Universität Berlin. Adja Lea Niang ist dort Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Autorin einer in Kürze erscheinenden Untersuchung zum Strafbefehlsverfahren.

¹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2019, Tabelle 2.2.1.1 (Deutschland).

(hier insbesondere Betrug, Untreue, Diebstahl und Unterschlagung), aber auch im Bereich der Betäubungsmittel delikte und der Wirtschaftsstraftaten sowie im Nebenstrafrecht, etwa dem Migrationsrecht.² Neben der Beschränkung auf Vergehen sieht § 407 Abs. 2 StPO nur bestimmte Rechtsfolgen vor, die durch Strafbefehl verhängt werden dürfen. Die praxisrelevanteste hierbei ist die Geldstrafe³, deren zulässige Höhe sich nach den allgemeinen Vorgaben aus § 40 StGB bestimmt (maximal 360 Tagessätze bei maximal 30.000 Euro Tagessatzhöhe); aber auch die Festsetzung einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr, wenn deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird, ist durch Strafbefehl möglich. In diesem Fall muss der Angeschuldigte⁴ einen Verteidiger haben (Abs. 2 S. 2). Daneben sieht das Gesetz unter anderem auch ein Fahrverbot, die Einziehung, Vernichtung, oder Unbrauchbarmachung, eine Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung (Nr. 1) oder die Entziehung der Fahrerlaubnis, bei der die Sperre für die Erteilung einer neuen Erlaubnis nicht mehr als zwei Jahre betragen darf (Nr. 2), vor.

Seine Beschleunigungswirkung entfaltet das Verfahren durch den Verzicht auf eine Hauptverhandlung. Nach Abschluss der Ermittlungen kann die Staatsanwaltschaft sich für die Beantragung eines Strafbefehls beim zuständigen Strafrichter am Amtsgericht⁵ entscheiden, sofern der Sachverhalt einfach gelagert und die Beweislage klar ist, sodass es keiner weiteren Aufklärung in einer Hauptverhandlung bedarf, § 407 Abs. 1 StPO. In dem Fall entscheidet der Richter gem. § 408 StPO über den Erlass oder die Ablehnung des Strafbefehls oder beraumt eine Hauptverhandlung an. Sofern der Richter den Strafbefehl – zwingenderweise so wie von der Staatsanwaltschaft beantragt – erlässt, wird dieser dem Angeklagten zugestellt, der binnen zwei Wochen (§ 410 Abs. 1 StPO) hiergegen Einspruch einlegen kann. Tut er dies, kommt es zur Hauptverhandlung. Andernfalls wird der Strafbefehl rechtskräftig und steht einem Urteil gleich, § 410 Abs. 3 StPO. Durch die Möglichkeit des Einspruchs weist das Verfahren starke konsensuale Elemente auf.

Eine Verteidigung (geregelt in den §§ 137 ff. StPO) kann in Hinblick auf das Strafbefehlsverfahren eine entscheidende Rolle spielen. Bereits im Ermittlungsverfahren kann eine vorhandene Verteidigung auf die Erledigung durch Strafbefehl hinwirken, um für den Beschuldigten eine diskrete Erledigung herbeizuführen. Im Strafbefehlsverfahren kommt zwar der Staatsanwaltschaft zunächst die entscheidende Rolle zu, da nur sie einen Strafbefehl beim Strafrichter beantragen kann (vgl. § 407 Abs. 1 StPO). Dennoch kann die Sachverhaltsermittlung von Seiten eines Verteidigers insbesondere durch ein Geständnis des Beschuldigten derart vereinfacht werden, dass eine Erledigung durch Strafbefehl in Betracht kommt. In dem Zusammenhang werden auch Absprachen relevant, wenn

die Verteidigung sich dahingehend mit der Staatsanwaltschaft einigt.⁶

Die Aufgabe der Verteidigung nach Erlass des Strafbefehls konzentriert sich zunächst darauf, den Strafbefehl auf seine Richtigkeit zu überprüfen und ggf. binnen der zweiwöchigen Frist Einspruch einzulegen. Bei der Prüfung hat die Verteidigung ihr Augenmerk insbesondere auf die Sachverhaltsfeststellung und die Tagessatzhöhe der festgesetzten Geldstrafe zu legen. Da bei letzterem gem. § 40 Abs. 3 StGB geschätzt werden kann, sieht man hier oftmals unzutreffende Summen, die, sofern sie die juristisch korrekt bemessene Tagessatzhöhe übersteigen, mit Hilfe eines Einspruchs korrigiert werden müssen. Gegebenenfalls ist mit der Staatsanwaltschaft auch eine Ratenzahlung zu vereinbaren. Da zum Zweck einer gründlichen Überprüfung des Strafbefehls regelmäßig eine Akteneinsicht erforderlich ist, diese unter Umständen (aus zeitlichen Gründen) aber nicht mehr rechtzeitig erfolgen kann, ist in diesen Fällen zunächst Einspruch einzulegen, um die Frist zu wahren. Sofern sich der Einspruch nach erfolgter Akteneinsicht als unbegründet erweist, kann er auch noch während der Hauptverhandlung zurückgenommen werden.

Das Kernproblem für eine effektive Verteidigung im Strafbefehlsverfahren liegt daher sowohl für den Beschuldigten wie auch den Verteidiger darin, vor der Beantragung des Strafbefehls überhaupt Kenntnis von dem Verfahren zu erlangen und so ein Mandat begründen zu können.

2. Chancen und Risiken für die Verteidigung

a) Die Risiken des Verfahrens

Das Strafbefehlsverfahren birgt aufgrund seiner Ausgestaltung diverse Risiken für Fehlentscheidungen. Daher muss die Verteidigung, sofern erst einmal Kenntnis von dem laufenden Verfahren besteht, dem entgegenwirken, insbesondere, wenn eine für den Beschuldigten nachteilige und ggf. auch fehlerhafte Entscheidung droht.

Sofern eine Verteidigung bereits im Ermittlungsverfahren vorhanden ist, hat sie dafür Sorge zu tragen, dass der Sachverhalt nicht lediglich zu Lasten des Beschuldigten ermittelt und entlastendem Material die gebotene Aufmerksamkeit geschenkt wird. Insbesondere fehlerhafte Sachverhaltsfeststellungen, die durch die fehlende Anhörung vor Strafbefehlserlass (§ 407 Abs. 3 StPO) entstehen, können durch die Wahrnehmung der Anhörungsmöglichkeit i.S.d. § 163a Abs. 1 StPO verhindert werden.

Die bereits angesprochenen Absprachen, die zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft bereits im Ermitt-

² Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2019, Tabelle 3 (Deutschland).

³ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2019, Tabelle 2.2.1.1 (Deutschland).

⁴ Zur besseren Lesbarkeit wird nur die männliche Form verwendet; selbstverständlich sind immer alle Geschlechter angesprochen.

⁵ Oder dem Schöffengericht, was in der Praxis allerdings nur bei Strafbefehlen nach § 408a StPO eine Rolle spielt.

⁶ Dies kommt in der Praxis regelmäßig vor, vgl. *Hutzler*, Ausgleich struktureller Garantiedefizite, 2011, Rn. 93 f.

lungsverfahren getroffen werden, bergen insofern ein Risikopotential, als sie keine Bindungswirkung entfalten⁷. Auch wenn dies in der Praxis in der Regel kein abweichendes Verhalten seitens der Staatsanwaltschaft zur Folge hat, da diese regelmäßig ein Interesse daran hat, verfahrensverkürzende Absprachen auch umzusetzen, ist der Mandant hierauf dennoch hinzuweisen.

Der häufigere Fall wird sein, dass ein Verteidiger – wenn überhaupt; die meisten Strafbefehlsempfänger werden nicht verteidigt – erst nach Erhalt des Strafbefehls konsultiert wird. In dem Fall kann jener keinen Einfluss mehr auf die Ermittlungen oder den Strafbefehl selbst nehmen; insofern beschränkt sich seine Aufgabe auf die Überprüfung des Strafbefehls, die Beratung des Angeklagten und die Einlegung des ggf. erforderlichen rechtzeitigen Einspruchs.

Die ersten Schwierigkeiten für die Verteidigung können sich bereits bei der Bewertung des Strafbefehls bzgl. der Sachverhaltsfeststellung und der rechtlichen Subsumtion ergeben: Bei dem Erlass des Strafbefehls besteht für den Richter keine allgemeine Begründungspflicht, vgl. § 409 StPO.⁸ Sofern der Sachverhalt im Strafbefehl wie üblich aber nur recht kurz dargestellt ist, bedarf es einer Akteneinsicht (§ 147 StPO), um eine genaue Bewertung vorzunehmen. Hier muss der Verteidiger, wie bereits angesprochen, regelmäßig mit einem vorsorglich eingelegten Einspruch dem drohenden Fristablauf entgegenwirken. Aufgrund der Fehleranfälligkeit des Verfahrens ist dieser Schritt aber unumgänglich, wenn die Schilderungen des Angeklagten von denen im Strafbefehl abweichen.

Die Wahrscheinlichkeit, dass der Strafbefehl tatsächlich fehlerhaft erging, ist nicht zu unterschätzen. Die Arbeitsbelastung der Staatsanwaltschaft ist erheblich, sodass sie dazu geneigt sein kann, das Ermittlungsverfahren auch in hierfür ungeeigneten Fällen mit einem Strafbefehlsantrag abzuschließen, um eine Hauptverhandlung zu umgehen.⁹ Um zu dem Zwecke auch einen Einspruch zu vermeiden, können zudem zu geringe Strafhöhen beantragt werden, um den Angeklagten zur Akzeptanz des Strafbefehls zu bewegen.¹⁰ In so einem Fall obliegt es dem Verteidiger herauszufinden, ob der Strafbefehl für den Angeklagten womöglich sogar besonders günstig ist.

Die bereits angesprochene Möglichkeit, die Höhe der Tagessätze bei Geldstrafen zu schätzen, begründet das größte Fehlerrisiko im Strafbefehlsverfahren, sowohl zu Gunsten des Angeklagten wie auch zu seinen Lasten. Insbesondere besteht die Gefahr einer Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB), wenn zu hohe Summen geschätzt werden,

die der Angeklagte nicht zu leisten imstande ist. Insofern ist hier stets erforderlich, dass der Verteidiger die persönlichen und insbesondere die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten in Erfahrung bringt¹¹ und der festgesetzten Tagessatzanzahl und insbesondere -höhe gegenüberstellt.

Sofern kein Verteidiger vorhanden ist, besteht die Gefahr einer Ersatzfreiheitsstrafe aber auch, wenn der Angeklagte den Strafbefehl aufgrund Sprachbarrieren nicht versteht oder sich aus Desinteresse nicht mit den behördlichen Schriftstücken auseinandersetzt. Eine Verteidigung kann dieser Gefahr entgegenwirken.

Auch eine Untersuchung von *Dunkel*¹² zeigt die besondere Anfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens für Fehlentscheidungen: Über die Hälfte der untersuchten Wiederaufnahmeverfahren richteten sich gegen Strafbefehle, wovon wiederum etwa die Hälfte dieser Fälle erfolgreich waren. Der häufigste Wiederaufnahmegrund dabei war die unerkannte Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB). Insofern sollte auch die Verteidigung für diesen Aspekt sensibilisiert werden.

Eine weitere Schwäche des Strafbefehlsverfahrens ist die Ausgestaltung des Einspruchsverfahrens. Sprachhindernisse, verspätete tatsächliche Kenntnisaufnahmen im Zustellungsverfahren¹³ und anderweitige Hindernisse wie Angst vor einer schärferen Sanktion¹⁴ können dazu führen, dass ein eigentlich berechtigter Einspruch unterbleibt. Zudem werden bestimmte Verfahrensgrundsätze wie das rechtliche Gehör, die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, die Öffentlichkeit und die Mündlichkeit erst in der durch einen Einspruch herbeigeführten Hauptverhandlung gewahrt¹⁵, sodass es von besonderer Bedeutung ist, die Hürden für einen Einspruch gering zu halten. Mit Blick auf derartige sprach- und terminologiebedingten Schwierigkeiten kann eine Verteidigung im Strafbefehlsverfahren eine wichtige Rolle spielen.

Sofern die Verteidigung Einspruch einlegt, kommt es, außer in den Fällen des auf die Höhe der Tagessätze beschränkten Einspruchs, über den der Richter bei Zustimmung des Angeklagten auch durch Beschluss entscheiden kann, §§ 410 Abs. 2, 411 Abs. 1 S. 3 StPO, zur Hauptverhandlung. In dieser hat die Verteidigung die Möglichkeit, die Fehler des Strafbefehls aufzuzeigen und auf eine Korrektur hinzuwirken. Sofern auch der Sachverhalt fehlerhaft festgestellt wurde, kann die Verteidigung hier auf ein besonderes Hindernis stoßen: Denn in der dem Einspruch folgenden Hauptverhandlung besteht eine verkürzte Beweisaufnahme, §§ 411 Abs. 2 S. 2, 420 StPO, nach der

⁷ Außerhalb des § 257c StPO entfalten Absprachen keine Bindungswirkung, vgl. *BVerfG*, NStZ 2016, 422 (423); *BGH*, NStZ 2011, 107.

⁸ Eine Begründungspflicht fordert z.B. *Weßlau/Degener*, in: SK-StPO, 4. Aufl. (2013), Vor §§ 407 ff. Rn. 26.

⁹ Vgl. *Weßlau*, ZStW 2004, 150 (159 f.).

¹⁰ Dies kann sowohl im Rahmen einer Absprache vereinbart worden sein, vgl. *Schmidt-Hieber*, NJW 1982, 1017 (1020) oder aber durch den Staatsanwalt selbst bei Beantragung des Strafbefehls vorgenommen werden.

¹¹ Dies obliegt gem. Nr. 13-15 RiStBV zwar der Staatsanwaltschaft bzw. den ermittelnden Polizeibeamten; allerdings ist der Beschuldigte nicht zur Auskunftserteilung verpflichtet, sodass die Ermittlungsmöglichkeiten hier nicht nur auf tatsächliche, sondern auch auf rechtliche Grenzen stoßen.

¹² *Dunkel*, Fehlentscheidungen in der Justiz: Systematische Analyse von Wiederaufnahmeverfahren in Strafverfahren im Hinblick auf Häufigkeit und Risikofaktoren, 2018; siehe auch *Kemme/Dunkel*, StV 2020, 52.

¹³ Vgl. *Maleika*, Freiheitsstrafe und Strafbefehl, 2000, S. 119 f.

¹⁴ *Preuß*, ZJS 2017, 176.

¹⁵ *Ranft*, JuS 2000, 633.

unter anderem Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen oder Erklärungen von Behörden über ihre dienstlichen Wahrnehmungen, Untersuchungen und Erkenntnisse unter vereinfachten Bedingungen verlesen werden können; insofern ist der Grundsatz der Unmittelbarkeit durchbrochen. Insbesondere ist der Richter bei Beweisanträgen wegen § 420 Abs. 4 StPO nicht an die Ablehnungsgründe der § 244 Abs. 3-5 StPO gebunden¹⁶, sodass ein ggf. durch den bereits von ihm erlassenen Strafbefehl voreingenommener Richter¹⁷ hier zu einer vor-schnellen Ablehnung neigen könnte. In der Praxis gehen die Richter ihrer weiterhin geltenden Amtsaufklärungspflicht (§§ 411 Abs. 2 S. 2, 420 Abs. 4 StPO) jedoch in aller Regel nach¹⁸; die Möglichkeit der vereinfachten Ablehnung von Beweisanträgen könnte allerdings bei Absprachen als Druckmittel seitens der Staatsanwaltschaft herangezogen werden. Um die Voreingenommenheit des Richters im Falle eines berechtigten Einspruchs zu reduzieren, ist es ratsam, den Einspruch eingehend zu begründen.

Sofern im Strafbefehl eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe beantragt werden soll, ist dem Angeschuldigten ein Pflichtverteidiger zu bestellen, sofern dieser noch nicht verteidigt ist, §§ 407 Abs. 2 S. 2, 408b StPO. Diesbezüglich sind die §§ 141 ff. StPO anwendbar. Unabhängig davon, dass die Möglichkeit, (zur Bewährung ausgesetzte) Freiheitsstrafen durch Strafbefehl zu beantragen, kritisch zu sehen ist¹⁹, können nach der Beiordnung Komplikationen entstehen. Nicht selten kann bereits kein Kontakt zum Angeklagten hergestellt werden, sodass der Verteidiger dazu gezwungen ist, vorsorglich Einspruch einzulegen, um so einem Anwaltsverschulden zu entgehen. In diesen Fällen läuft der Angeklagte zudem Gefahr, ohne seine (rechtzeitige) Kenntnis zu einer Bewährungsstrafe verurteilt zu werden. Ohne den Kontakt zum Mandanten ist eine optimale Verteidigung regelmäßig unmöglich.

b) Chancen und Reformbedarf aus der Sicht der Verteidigung

Neben der bereits erwähnten schnelleren und diskreten Verfahrenserledigung²⁰ ist das Strafbefehlsverfahren für den Beschuldigten auch mit weniger Kosten verbunden. Die Umgehung einer Hauptverhandlung erspart ihm zudem regelmäßig das Bekanntwerden seines Verfahrens in der Öffentlichkeit. Dies sind Gründe für die Verteidigung, (in geeigneten Fällen) auf einen Strafbefehl hinzuwirken.

Der Beschuldigte kann die Erledigung im Wege des Strafbefehlsverfahrens zwar nicht selbst beantragen, dennoch steht der Verteidigung die Möglichkeit offen, dies – womöglich auch im Wege einer Absprache – gegenüber der Staatsanwaltschaft anzuregen. Im Falle einer Absprache ist allerdings zu beachten, dass diese nicht das alleinige

Kriterium für die Entscheidungen zugunsten eines Strafbefehls sein darf. Das von der Verteidigung regelmäßig angebotene Geständnis sollte nicht völlig ungeprüft übernommen werden. Da die Verteidigung zudem regelmäßig eine möglichst geringe Strafe und ein für den Beschuldigten möglichst günstiges Verfahrensergebnis anstrebt, ist seitens der Staatsanwaltschaft insbesondere auf die Angemessenheit der Strafe und die Dokumentation der Absprache zu achten.²¹ Da sich das Strafbefehlsverfahren aufgrund seiner konsensualen Elemente für Absprachen anbietet, ist hier Vorsicht geboten, um nicht rechtsmissbräuchlich zu agieren.

Auch nach Erlass des Strafbefehls besteht für die Verteidigung die Möglichkeit, eine Korrektur des Strafbefehls ohne Hauptverhandlung zu erwirken, sofern lediglich die Höhe der Tagessätze streitig sind. Hierfür kann sie gem. § 411 Abs. 1 S. 3 StPO den Einspruch auf die Höhe der Tagessätze der festgesetzten Geldstrafe beschränken und die Zustimmung zur Entscheidung ohne Hauptverhandlung erteilen, sodass das Gericht durch Beschluss entscheidet. In dem Fall tritt auch der positive Aspekt ein, dass die Strafe gegenüber der im Strafbefehl festgesetzten nicht erhöht werden darf.

Sofern eine Hauptverhandlung nicht mehr vermieden werden kann, besteht für den Verteidiger nach § 411 Abs. 2 S. 1 StPO die Möglichkeit, den Angeklagten in jener zu vertreten und diesem ein persönliches Erscheinen zu ersparen. Dies gilt selbst dann, wenn ein solches gem. § 236 StPO durch den Richter angeordnet wurde.²² Von diesem Recht sollte der Verteidiger aber nur Gebrauch machen, wenn der Angeklagte ein persönliches Erscheinen so dringend verhindern will, dass er dafür eine mögliche Verärgerung des Richters über die fehlende Übernahme von Verantwortung hinnimmt.

Eine ganz andere Situation, die für die Verteidigung eine Chance darstellen kann, ist die Möglichkeit, nach § 408a StPO einen Strafbefehl auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens erlassen zu können, sofern die Voraussetzungen des § 407 Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO vorliegen und der Durchführung einer Hauptverhandlung das Ausbleiben oder die Abwesenheit des Angeklagten oder ein anderer wichtiger Grund entgegensteht. Da auch das Ausbleiben des Angeklagten ein Grund für einen Strafbefehl nach § 408a StPO sein kann, kann der Verteidiger sich dies zu Nutze machen und die Abwesenheit des Angeklagten inszenieren, indem er vor Beginn der Verhandlung bei Staatsanwalt und Richter ankündigt, nicht zu erscheinen und vorschlägt, nach § 408a StPO zu verfahren. Sofern der Verteidiger erst später zugezogen wurde und im Ermittlungsverfahren daher keine Gelegenheit hatte, auf das Strafbefehlsverfahren hinzuwirken, um die Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung zu vermeiden, kann er dies auf diese Weise „nachholen“. Auch wenn die

¹⁶ BT-Drs. 12/6853, S. 36.

¹⁷ AE-ASR, GA 2019, 1 (88).

¹⁸ Auch der BGH misst den Richtern die Kompetenz bei, in diesen Fällen neutral entscheiden zu können, vgl. BGH, NStZ-RR 2012, 350.

¹⁹ So z.B. Fezer, ZStW 1994, 1 (21 f., 41 f.); Weßlau/Degener, in: SK-StPO, Vor §§ 407 ff. Rn. 26; andere hingegen befürworten die Ausdehnung der Freiheitsstrafe, so z.B. Leipold/Wojtech, ZRP 2010, 243.

²⁰ Maur, in: KK-StPO, Vor § 407 Rn. 3.

²¹ Vgl. BGH, NJW 1998, 86 (88).

²² OLG Dresden, StraFo 2005, 299; Preuß, ZJS 2017, 176 (183).

Staatsanwaltschaft dies während einer bereits laufenden Verhandlung anregt und absehbar ist, dass es zu keinem Freispruch kommen wird, kann die Verteidigung auf diesen Vorschlag eingehen, indem sie ankündigt, gegen den Strafbefehl keinen Einspruch einzulegen und dem Angeklagten auf diese Weise weitere Verhandlungsstunden ersparen. Dennoch bleibt die Konstruktion des § 408a StPO mit seiner Anfälligkeit für Absprachen kritisch zu würdigen.²³

c) Aktuelle Reformüberlegungen

Ein aktuelles Reformvorhaben des deutschen Gesetzgebers gibt es nicht. In jüngerer Zeit wurde von verschiedener Seite gefordert, das Verfahren auf Freiheitsstrafen (ausgesetzt zur Bewährung) auszuweiten und auch vor den Land- und Oberlandesgerichten anwenden zu können. Diesen Vorschlägen ist aufgrund des Risikopotentials für Fehlentscheidungen nicht zuzustimmen. Immerhin heißt es im aktuellen Koalitionsvertrag (Dezember 2021): „Das Sanktionensystem einschließlich Ersatzfreiheitsstrafen, Maßregelvollzug und Bewährungsaufgaben überarbeiten wir mit dem Ziel von Prävention und Resozialisierung.“²⁴ Damit ist zu hoffen, dass die neue Regierung jedenfalls die angesichts der aufgezeigten Schwächen besonders problematische Freiheitsentziehung in der mittelbaren Sanktionsfolge von Strafbefehlen einzudämmen versuchen wird.

III. Strafbefehle in der Schweiz²⁵

1. Entwicklung, Rechtslage und Praxis

In der schweizerischen Strafrechtspraxis kommt dem Strafbefehlsverfahren noch erheblich größere Bedeutung zu als in Deutschland. Mehr als 90 % der Strafsachen werden in der Schweiz durch Strafbefehl erledigt.²⁶ Im Kanton Freiburg sind es sogar 95 % und im Kanton Basel-Stadt 98 %.²⁷

Als Hintergrund der Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens ist es erhellend, dass im Januar 1975 durch eine Änderung der Strafprozessordnung zunächst ein grundlegender Schutz für die Angeklagten geschaffen wurde: Freiheitsstrafen wurden aus dem Arsenal der Sanktionen im Rahmen von Strafbefehlen ausgeschlossen. Ein Richter, der den Angeklagten weder gesehen noch angehört hat und ausschließlich schriftliche Unterlagen zu einem Fall geprüft hat, konnte nur Geldstrafen bzw. sonstige nicht freiheitsentziehende Sanktionen verhängen. Zu einer gegenläufigen Entwicklung kam es dann im März 1993, als

für solche Verfahren Bewährungsstrafen von bis zu einem Jahr eingeführt wurden.²⁸ Weitere Veränderungen folgten:

In Zürich erlaubte eine Weisung aus dem Jahr 1992 den Staatsanwälten, Strafbefehle zu erlassen, ohne den Angeklagten anzuhören. Im Jahr 1995 wurde die Möglichkeit, vollstreckbare Freiheitsstrafe festzusetzen, erneut ausgeweitet, und zwar auf drei Monate (auch ohne Aussetzung zur Bewährung) und 2006 verdoppelte sie sich auf sechs Monate. Die Höhe der Geldstrafe blieb indessen unverändert. Im Jahr 2007 wurde ein Fall von fahrlässiger Tötung durch Strafbefehl entschieden, für den der Angeklagte eine Geldstrafe von 38.250 CHF auf Bewährung und eine Buße von 5.000 CHF erhielt. Der einstweilige Höhepunkt dieser Entwicklung wurde im Kanton Genf im Jahr 2010 erreicht, als die Staatsanwälte eine Geldstrafe von bis zu 10.000 CHF und eine Freiheitsstrafe von bis zu zwölf Monaten durch Strafbefehl verhängen konnten. Anders als in Frankreich oder Deutschland sind Strafbefehle lediglich durch die maximal Strafhöhe, die ausgesprochen werden kann, limitiert. Beschränkungen auf bestimmte Delikte oder Deliktskategorien existieren in der Schweiz nicht.

Wie erwähnt, werden 95 % der Straftaten insgesamt und 85 % der Verbrechen und Vergehen mit einem Strafbefehl erledigt.²⁹ Verfahren mit einer öffentlichen Verhandlung, die ein kontradiktorisches Verfahren vor einem Richter ermöglicht, wurden damit de facto zur Ausnahme.³⁰ Seit 2011 ersetzt die neue Strafprozessordnung (chStPO) die Prozessordnungen der einzelnen Kantone. Das Verfahren für Strafbefehle ist in fünf Artikeln geregelt – §§ 352 bis 356 chStPO. Strafbefehle ergehen in einem schriftlichen Verfahren ohne kontradiktorische Debatte. Der Höchstbetrag für eine Geldstrafe liegt bei 10.000 CHF, die Freiheitsstrafe ist auf sechs Monate begrenzt.³¹ Diese Sanktionen sind ausreichend, um sogar die Verurteilung von Tötungsdelikten durch Strafbefehl zu ermöglichen.³²

Wenn die Verantwortlichkeit des Beschuldigten hinreichend festgestellt wurde oder wenn der Beschuldigte seine Verantwortlichkeit durch ein Geständnis anerkannt hat, erlässt der Staatsanwalt einen Strafbefehl. Ein Polizeibericht reicht für den Erlass eines Strafbefehls aus, wenn die Verantwortlichkeit des Beschuldigten klar ist. Die Sanktion kann eine Geldstrafe, eine Geldbuße von höchstens 180 Tagessätzen oder eine Freiheitsstrafe von höchstens sechs Monaten sein. Die Höhe einer Tagessatzstrafe kann je nach Einkommen des Beschuldigten zwischen 30 CHF und 3.000 CHF pro Tagessatz liegen (§ 34

²³ Kritisch zur Vorschrift auch *Fezer*, in: FS Baumann, 1992, S. 395 (397).

²⁴ „Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“ – Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 106.

²⁵ Wir möchten uns ganz herzlich bei Fachanwalt *Philippe von Bredow*, Kanzlei Fontanet in Genf, für seine ausführliche und geduldige Aufklärung bedanken.

²⁶ *Gless*, Der Strafbefehl in der schweizerischen Strafprozessordnung. In Schweizerische Strafprozessordnung und schweizerische Jugendstrafprozessordnung – Tagung der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter vom 17. Juni 2010 in Luzern, S. 21.

²⁷ *Riklin*, Urteilseröffnung beim Strafbefehl. In P. Zen-Ruffinen (Ed.), *Du monde pénal – Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle*, 2006, S. 115.

²⁸ *Rieß*, ZIS 2009, S. 466 – 483.

²⁹ *Thommen*, Penal orders, prosecutorial discretion and trial penalty (Conference session) 2019, Hebrew University.

³⁰ *Wenger*, Horizons – Le magazine Suisse de la recherche scientifique, 2020, Nr. 124, S. 34–35.

³¹ *Riklin*, in: FS Jung, 2008, S. 761–779.

³² *Schubarth*, in: FS Riklin, 2007, S. 527 (529).

chStGB). Werden verschiedene Arten von Strafen kombiniert, ist ihre Gesamtsumme auf 180 Einheiten begrenzt, was sechs Monaten entspricht. Wie bei einer Stichprobe von Strafbefehlen im Kanton St. Gallen festgestellt wurde, schöpfen die Staatsanwälte bei der Strafzumessung häufig die Höchstgrenze für die Bemessungseinheiten aus.³³ Eine Geldstrafe kann immer mit jeder anderen Art von Strafe kombiniert werden und wird bei der Berechnung der 180 Einheiten nicht berücksichtigt (§ 352 chStPO). Jede Strafe kann mit den in §§ 66 und 67e-73 chStGB beschriebenen Maßnahmen verbunden werden: Mit einer Friedensbürgschaft³⁴[1], mit einem Verbot der Ausübung einer Tätigkeit, mit einem Entzug der Fahrerlaubnis für einen Zeitraum von einem Monat bis zu fünf Jahren, mit der Veröffentlichung des Urteils [2] oder mit der Einziehung gefährlicher Gegenstände oder Vermögenswerte bzw. einer gleichwertigen Forderung [3]. Schließlich kann die Staatsanwaltschaft eine Bewährungsfrist anordnen und Beistands- oder Verhaltensaufgaben erteilen (§ 44 Abs. 2 chZGB).

In einer vorläufigen Fassung sah der damalige § 356 chStGB-E eine Anhörung des Angeklagten vor, wenn der Strafbefehl ihn zu einer Freiheitsstrafe oder gemeinnütziger Arbeit verurteilt. Leider wurde dieses Element nicht beibehalten; im aktuellen Gesetzbuch ist der Staatsanwalt nicht verpflichtet, den Angeklagten zu hören, bevor er einen Strafbefehl erlässt. Er kann sich bei seiner Entscheidung allein auf den Polizeibericht stützen.³⁵ Wenn der Staatsanwalt zusätzliche Informationen einholen muss, kann er eine Anhörung des Beschuldigten beantragen. Die Anhörung bietet dem Beschuldigten die Möglichkeit, seine eigenen Argumente vorzubringen und nützliche Informationen zu seiner Person zu liefern.³⁶ Kommt der Beschuldigte dem Antrag der Staatsanwaltschaft nicht nach, kann dennoch ein Strafbefehl erlassen werden. In Deutschland erhalten Staatsanwälte durchschnittlich 120 neue Fälle pro Monat; die für jeden Fall aufwendbare Zeit hängt von dessen Komplexität ab. In ihren Interviews mit Staatsanwälten macht *Boyne* deutlich, dass sie sich von objektiven Tatsachenermittlern unterscheiden³⁷: „Wir führen nicht so viele Ermittlungen selbst durch. Die meisten Ermittlungen werden von der Polizei durchgeführt. In unserer Abteilung gibt es, wie Sie sehen, eine Menge Akten. Wenn man nur ein paar Akten hat, kann man vielleicht ein paar Ermittlungen auf eigene Faust durchführen. Ich mache so etwas immer nur in ganz besonderen Fällen [...]. Aber in normalen Fällen – da mache ich das nicht. Das ist zu viel Arbeit.“ Mit anderen Worten: Staatsanwälte können es sich de facto nicht leisten, nach der Wahrheit zu suchen und Zeit für Bagatelldfälle aufzuwenden.³⁸ Diese Überlegungen dürften sich auch auf die Situation in der Schweiz übertragen lassen.

Wenn der Beschuldigte nach Erhalt des Strafbefehls Einspruch erheben möchte, kann er innerhalb von zehn Tagen schriftlich und ohne Begründung Einspruch einlegen. Legt er keinen Einspruch ein, wird der Strafbefehl stillschweigend angenommen und die Anklage der Staatsanwaltschaft zum rechtskräftigen Urteil (§ 354 Abs. 3 chStPO). Der Einspruch muss für seine Gültigkeit unterschrieben sein; eine Einlegung per Fax ist unzulässig. Die Staatsanwaltschaft muss die Korrektur von Formfehlern zulassen. Das Einspruchsschreiben kann am zehnten Tag bei einer schweizerischen oder liechtensteinischen Post aufgegeben werden, nicht aber bei einem anderen ausländischen Postamt. In letzterem Fall muss das Schreiben früher aufgegeben werden, damit es am zehnten Tag bei der in der Strafverfügung angegebenen Schweizer Einspruchsadresse eintrifft. Allerdings ist ein Einspruch großzügig bzw. meistbegünstigend auszulegen: Verlangt eine Person beispielsweise einen Pflichtverteidiger, bedeutet dies, dass gegen den Strafbefehl Einspruch erhoben wurde, auch wenn dies nicht ausdrücklich formuliert ist. Wenn die Absichten der Person, die Einspruch erhebt, nicht klar sind, wendet sich der Staatsanwalt an sie, um sie aufzuklären. Wenn gegen den Strafbefehl (Sanktionsentscheidung) Einspruch erhoben wurde, muss der Staatsanwalt zusätzliche Beweise sammeln, um den Einspruch zu bewerten. Er kann die Polizei anweisen, weitere Ermittlungen durchzuführen und muss eine Anhörung des Beschuldigten anordnen. Wenn bereits eine Anhörung während der polizeilichen Ermittlungen stattgefunden hat, ist eine zweite Anhörung nicht zwingend erforderlich. Der Beschuldigte kann sich bei der Anhörung nicht durch eine andere Person vertreten lassen. Bleibt er unentschuldigt aus, gilt sein Einspruch als zurückgenommen. Wird die Anhörungsanordnung ins Ausland geschickt, kann der Staatsanwalt den Einspruch nicht zurücknehmen, wenn der Beschuldigte nicht zur Anhörung erscheint. Ist die Vernehmung des Beschuldigten zur Feststellung des Sachverhalts erforderlich, beantragt der Staatsanwalt Rechtshilfe, um den Beschuldigten zu vernehmen. Ist der Sachverhalt hinreichend geklärt, muss der Staatsanwalt die Aufhebung des Strafbefehls beantragen. Nach der Erhebung zusätzlicher Beweise entscheidet der Staatsanwalt, ob er den Strafbefehl aufrechterhalten will oder ob er eine der drei anderen Möglichkeiten, d.h. die Einstellung des Verfahrens, den Erlass eines neuen Strafbefehls oder eine Anklageerhebung vor dem Gericht erster Instanz, vorzieht (§ 355 chStPO).

Der Staatsanwalt kann nach einem Einspruch eine schwerere Strafe wählen, da er weder an sein erstes Urteil noch an ein Verbot der *reformatio in peius* gebunden ist. Dieses Element könnte die Angeklagten durchaus von der Einlegung des Rechtsbehelfs abhalten. Der Staatsanwalt lässt den Fall unüberprüft und hebt einen Strafbefehl auf, wenn

³³ *Thommen/Studer*, in: Genillod-Villard et al., Wiedereingliederung im Kontext der Null-Risiko-Gesellschaft, 2020, S. 43–65.

³⁴ § 66 chStGB: Besteht die Gefahr, dass jemand ein Verbrechen oder Vergehen ausführen wird, mit dem er gedroht hat, oder legt jemand, der wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens verurteilt wird, die bestimmte Absicht an den Tag, die Tat zu wiederholen, so kann ihm das Gericht auf Antrag des Bedrohten das Versprechen abnehmen, die Tat nicht auszuführen, und ihn anhalten, angemessene Sicherheit dafür zu leisten.

³⁵ Siehe *Gless* (Fn. 26), S. 18; *Gilliéron*, University of Cincinnati Law Review, 2013, 80(4), 1113 (1162).

³⁶ *Markwalder/Killias/Biberstein*, The impact of hearings on prosecutorial decision-making, University of St. Gallen, ESC Conference, 30.9.2018, Sarajevo.

³⁷ *Boyne*, in: Luna/Waade, The Prosecutor in Transnational Perspective, 2010, S. 37 (45).

³⁸ *Boyne*, in: Ross/Thaman, Comparative Criminal Procedure, 2018, S. 219 (236–237).

dieser Sachverhalte betrifft, die bereits zuvor von einem Gericht oder einer anderen Behörde in einem anderen Bereich geprüft wurden. Obwohl es auf der Hand liegt, dass der Grundsatz *ne bis in idem* für Strafbefehle gelten sollte, ist er in einer großen Zahl von Fehlurteilen zu finden.³⁹

Um den Beschuldigten zu helfen, einen Strafbefehl zu verstehen und Einspruch zu erheben, hat *Fabio Burgener*, ein junger Anwalt in Genf, 2017 eine kostenlose Online-Ressource entwickelt, die die wichtigsten Elemente des Verfahrens klar darstellt.⁴⁰ Darin wird zum Beispiel erklärt, dass die Staatsanwaltschaft nicht verpflichtet ist, den Fall vollständig zu untersuchen, bevor sie einen Strafbefehl erlässt. Einige Tatsachen, insbesondere solche, die für den Angeklagten sprechen, könnten unbekannt sein und daher bei einer Verurteilung durch Strafbefehl nicht berücksichtigt werden. Diese Annahme wird durch die Ergebnisse einer Studie zu Fehlurteilen in Hamburg zwischen 2003 und 2015 gestützt. Die Hauptursachen für Fehlentscheidungen waren fehlende Ermittlungen zur psychischen Gesundheit des Angeklagten, eine Vorverurteilung wegen derselben Straftat und eine unvollständige Beweisaufnahme zu Gunsten des Angeklagten.⁴¹ Wenn der Beschuldigte die Fehlerhaftigkeit des Strafbefehls bemerkt und sich dazu entscheidet, Einspruch zu erheben, kann nach Eingabe der im Strafbefehl übermittelten Daten online ein Einspruch generiert werden. Auf der Website werden weitere Fragen geklärt, wie z.B. die Einspruchsfrist, der Adressat des Einspruchs, die Folgen des Nichterscheidens bei der Anhörung bei der Staatsanwaltschaft, die mögliche Rücknahme des Einspruchs und die Folgen eines Einspruchs. Obwohl die Initiative von *Burgener* sehr nützlich ist, stößt sie auf widersprüchliche Reaktionen: Die Verteidiger befürworten die Konsultation der Online-Ressource und betonen, dass die Zustellung eines Strafbefehls keinen Unterschied zu einer Zahlungserinnerung darstellt, was natürlich zu vielen Fehlurteilen führt. Der Sprecher der Staatsanwaltschaft des Kantons Genf erklärt, dass jede Person, die einen Strafbefehl erhält, darin alle relevanten Informationen über den Einspruch finden kann.⁴² Leider vernachlässigt diese Aussage die Tatsache, dass viele Personen die formale juristische Sprache nicht verstehen können⁴³ oder dass manche eine der vier Verfahrenssprachen nicht gut beherrschen. Dies gilt insbesondere für die Schweiz, wo eine Person aus einem deutschsprachigen Kanton einen Strafbefehl aus einem italienisch- oder französischsprachigen Kanton erhalten kann und umgekehrt.⁴⁴ In 69 % der Fälle, in denen die Beschuldigten die Verfahrenssprache nicht verstehen, werden die Strafbefehle nicht übersetzt. Im Mai 2016 hat die Staatsanwaltschaft in Basel einen Strafbefehl mit 1,5 Monate Gefängnis ohne Bewährung aber auch ohne Einvernahme bzw. Anhörung des Beschuldigten und ohne Übersetzung

erlassen. Die Beschuldigte hatte einen gefälschten kamerunischen Pass und wurde von der Polizei festgenommen und vernommen. Ihr wurde lediglich ein Formular mit der Erläuterung zum Strafbefehlsverfahren ausgehändigt.⁴⁵

Eine laufende Studie von *Thommen* an der Universität Zürich untersucht die zwischen 2014 und 2016 beim Bundesamt für Statistik registrierten Strafbefehle für Vergehen und Verbrechen (Bagatelldelikte ausgeschlossen).⁴⁶ Deren Anzahl ist von 93.928 Strafbefehlen im Jahr 2014 auf 105.266 im Jahr 2015 und 105.730 im Jahr 2016 gestiegen. Eine vertiefte Analyse wird für eine Auswahl von Strafbefehlen in vier Kantonen durchgeführt: Untersucht wurden 40.461 Fälle in Bern, 17.924 in St. Gallen, 10.457 in Neuenburg und 37.687 in Zürich. Vorläufige Ergebnisse aus 7.000 Fällen zeigen, dass in 89 % der Fälle eine Geldstrafe verhängt wird, in 74 % eine Buße und in 8 % der Strafbefehle eine Freiheitsstrafe. Die Freiheitsstrafe beläuft sich meist 30, 60 oder 90 Tage. Strafbefehle müssen nur selten begründet werden⁴⁷ (Freiheitsentziehungen, § 353 Abs. 1 lit. f chStPO). Fast drei Viertel (70 %) der Strafbefehle ergehen ohne jede Begründung, 25 % enthalten eine überobligatorische Begründung und 5 % eine gesetzlich vorgesehene Begründung. In 36 % der Fälle fehlt sogar die gesetzlich vorgesehene Begründung.⁴⁸ Die Einspruchsquote beträgt in Zürich 6 %, in Bern 12 %, in St. Gallen 10 % und in Neuenburg 14 %. Ein Drittel der Einsprüche wird zurückgenommen, nachdem die Staatsanwaltschaft eine entsprechende Empfehlung ausgesprochen hat. Wesentliche Argumente sind die Verfahrenskosten und das Risiko der Verhängung einer härteren Strafe. Strafverteidiger werden nicht immer hinzugezogen. In St. Gallen suchten nur 7 % der Beschuldigten einen Rechtsbeistand auf, andere Kantone müssen noch analysiert werden. Diese geringen Prozentsätze bedeuten nicht, dass die Angeklagten ihre Verurteilung akzeptieren. Abgesehen von den oben genannten Gründen könnten auch unschuldige Personen aufgrund der Folgen eines öffentlichen Prozesses davon absehen, Einspruch einzulegen. So hat beispielsweise ein Lehrer, der zu Unrecht beschuldigt wurde, illegale pornografische Inhalte angesehen zu haben, keinen Einspruch eingelegt, weil er eine verheerende öffentliche Aufmerksamkeit und Schäden für sein berufliches und soziales Leben befürchtete.⁴⁹ Das Verfahren ist dennoch nicht völlig geheim: Interessierte Personen können Einsicht in den erlassenen Strafbefehl verlangen (§ 69 Abs. 2 chStPO). Die Folgen eines Einspruchs zeigen, dass im Kanton St. Gallen die Mehrheit der Einsprüche, nämlich 37 %, mit einer Rücknahme enden. Die vier aufgeführten Folgen in § 355 Abs. 3 chStPO finden sich in folgendem Verhältnis: In 24 % der Einsprüche erlässt der Staatsanwalt einen neuen Strafbefehl, in 15 % der Fälle hält er den Strafbefehl aufrecht, in 15 % stellt er das Verfahren ein und nur in 5 % der Einsprüche erhebt der

³⁹ Siehe *Dunkel* (Fn. 12).

⁴⁰ Siehe <https://www.ordonnance-penale.ch/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2022).

⁴¹ Siehe *Dunkel* (Fn. 12).

⁴² *Lafargue*, Il vous livre tous les secrets de l'ordonnance pénale, Tribune de Genève, 2017, abrufbar unter : <https://www.tdg.ch/geneve/actu-genevoise/livre-secrets-ordonnance-penale/story/16183579> (zuletzt abgerufen am 3.1.2022).

⁴³ Siehe *Gillieron* (Fn. 35), S. 1162.

⁴⁴ Siehe *Schubarth* (Fn. 32), S. 532.

⁴⁵ *Thommen*, Penal orders and abbreviated proceedings, Elgar Encyclopaedia of Criminal Law and Criminal Justice, preprint, 2021.

⁴⁶ Siehe *Thommen* (Fn. 29).

⁴⁷ So etwa bei einem kurz begründeten Widerruf einer bedingt ausgesprochenen Sanktion oder einer bedingten Entlassung.

⁴⁸ Siehe *Thommen* (Fn. 45).

⁴⁹ Siehe *Wenger* (Fn. 30).

Staatsanwalt beim erstinstanzlichen Gericht Anklage mit dem Ziel eines kontradiktorischen Verfahrens.⁵⁰ Diese Ergebnisse unterstreichen die Rolle der Staatsanwaltschaft bei der Bearbeitung von Bagatelldelikten und dem Erlass von Strafbefehlen: Selbst, wenn Einspruch eingelegt wurde, gelangt ein Fall nur sehr selten auf den Schreibtisch eines Richters und erfährt ein vollständiges Verfahren mit Gerichtsverhandlung.

2. Chancen und Risiken aus der Sicht der Verteidigung

Die Strafbefehle haben zwar die Überlastung der Gerichte reduziert, bringen aber eine lange Liste von Kollateralschäden mit sich: Das Recht des Angeklagten auf rechtliches Gehör wurde unterdrückt, das Recht auf einen Rechtsbeistand ist auf die wenigsten Fälle beschränkt, die Gewaltenteilung zwischen Staatsanwälten und Richtern ist nicht mehr vorhanden, das Recht auf Übersetzung nicht gewährleistet und die materielle Wahrheit wurde der Effizienz der Strafjustiz geopfert. Wenn die Unabhängigkeit des Entscheidungsträgers, des Richters, der Ermittlungsbehörden, d. h. der Staatsanwaltschaft und der Polizei, unterdrückt wird, besteht ein höheres Risiko für Fehlurteile. Studien haben umfassend gezeigt, dass Polizeibeamte und Staatsanwälte gegenüber dem Verdächtigen voreingenommen sind. Dabei muss es sich nicht um betrügerische Handlungen handeln, obwohl solche existieren, sondern lediglich um kognitive Wahrnehmungs- und Bewertungsverzerrungen wie Tunnelblicke oder eine Voreingenommenheit bei Bestätigungen.⁵¹

Die Verurteilung einer Person ohne Anhörung durch den Staatsanwalt vermeidet die Wiederholung eines polizeilichen Verhörs. Gleichzeitig verliert der Beschuldigte sein Recht, von demjenigen angehört zu werden, der ihn verurteilt und das Strafmaß bestimmt. Rechtliches Gehör ist eine „Bringschuld“ (*dette portable*) des Staates und keine „Holschuld“ (*dette quérable*) des Beschuldigten.⁵² Bei den zwischen 2014 und 2016 in Bern, Neuenburg, St. Gallen und Zürich erlassenen Strafbefehlen hat die Polizei in 67 % der Fälle den Beschuldigten angehört, die Staatsanwaltschaft nur in 8 % der Fälle (keine Anhörung in 25 % der Fälle). Angeschuldigte können einen Verteidiger bei der polizeilichen Vernehmung hinzuziehen. Sie können ebenfalls eine amtliche Verteidigung befragen, die gewährt werden muss, wenn der Fall rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten aufweist und eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten oder eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen zu erwarten ist (§ 132 chStGB). Eine deutliche Mehrheit von 93 % aller Angeschuldigten sind jedoch im Strafbefehlsverfahren nicht verteidigt. 6 % haben eine Wahlverteidigung und nur 1 % eine amtliche Verteidigung. Die Verteidigung nach Nationalität betrachtet zeigt, dass Schweizer öfter als Ausländer und eher

privat statt amtlich verteidigt sind. Die Bekanntgabe der Strafbefehle erfolgt zu 77 % per Postsendung, zu 11 % im Wege einer anderen persönlichen Aushändigung und in nur 2 % durch die Staatsanwaltschaft. In den verbleibenden 10 % erfolgt eine fiktive Zustellung, d. h. der Strafbefehl wird als zur Kenntnis genommen behandelt, obwohl er dem Angeschuldigten nicht persönlich zugestellt wurde. Man kann drei Erscheinungsformen differenzieren: Eine Abholscheinfiktion lag in 6 % der Fälle vor, wenn die eingeschriebene Sendung nicht innerhalb von sieben Tagen bei der Post abgeholt wurde. In 3 % erfolgt eine Zustellung an die Staatsanwaltschaft, wenn Personen mit Wohnsitz im Ausland eine Zustellungsadresse in der Schweiz vorlegen müssen (§ 87 Abs. 3 chStPO). Der Strafbefehl wird dann an die Staatsanwaltschaft fristauslösend zugestellt.⁵³ In 1 % existiert eine Publikationsfiktion⁵⁴, wenn keine zustellungsfähige Anschrift ermittelt werden kann und der Strafbefehl im Amtsblatt veröffentlicht wird oder eine Dossierfiktion, wenn der Staatsanwaltschaft entscheidet, auf eine Veröffentlichung des Strafbefehls im Amtsblatt zu verzichten. Die Zustellung wird fingiert und der Strafbefehl wird einfach in das Dossier geschoben (§ 88 Abs. 4 chStGB). Es bestehen hier erhebliche Unterschiede zwischen der Handhabung in den Kantonen, insbesondere bei der fiktiven Zustellung: In St. Gallen erfolgt dies bei 26 % der Strafbefehle, in Bern in 16 % und in Zürich nur in 2%.⁵⁵ Nach Ansicht von *Mattmann et al.* sind diese Urteile als Geheimurteile zu bewerten und verletzen Art. 6 EMRK.⁵⁶

Von 2.090 Freiheitsstrafen gehen 76 % auf Strafbefehle zurück und nur 24 % auf ein Gerichtsverfahren.⁵⁷ Staatsanwälte betonen, dass Angeklagte gegen den Strafbefehl problemlos Einspruch erheben können. Das können sie sicherlich, wenn sie den Brief verstehen, aber das Recht auf Anhörung sollte vom Staat gewährleistet werden. *Schubarth* schreibt, dass Strafbefehle auf der Annahme beruhen, dass die Angeklagten in der Lage sind, ihren Fall selbstverantwortlich zu bearbeiten, was oft nicht der Fall ist.⁵⁸ Das Recht auf Anhörung verdeutlicht für den Beschuldigten den Übergang vom Objekt der Inquisition zum Teilnehmer an seinem eigenen Verfahren.⁵⁹ Es ist auch ein Zeichen des Mindestrespekts, der dem Beschuldigten gewährt wird und stellt ein Gebot der Menschenwürde dar.⁶⁰ Die Anhörung sollte daher kein Recht darstellen, das der Beschuldigte lediglich wahrnehmen kann, wenn er das Verfahren richtig versteht, sondern ein im Verfahren verankertes Recht. In der Schweiz führt der Einspruch gegen einen Strafbefehl nicht automatisch dazu, dass ein Gericht über den Fall entscheidet. Vielmehr geht er an den Staatsanwalt zurück, der weitere Beweise einholt. Der Staatsanwalt entscheidet dann, ob er die Strafverfügung aufrechterhält, das Verfahren einstellt, eine neue Strafverfügung mit einer tendenziell härteren

⁵⁰ Siehe *Thommen* (Fn. 29).

⁵¹ Siehe z.B. *Jonas/Schulz-Hardt/Frey/Thelen*, *Journal of Personality and Social Psychology*, 2001, 80(4), S. 557–571; *Findley/Scott*, *Law Review*, 2006, 2, S. 291–307.

⁵² Siehe *Riklin* (Fn. 31).

⁵³ In gewissen Kantonen kann der Beschuldigte in einer Einvernahme die Staatsanwaltschaft als Zustellungsadresse auswählen.

⁵⁴ Aus den Akten ist nicht immer ersichtlich, ob eine Veröffentlichung stattfand oder nicht, deshalb wurden diese zwei Zustellfiktionen zusammen erfasst.

⁵⁵ Siehe *Thommen* (Fn. 45).

⁵⁶ *Mattmann/Eschle/Rader/Walser/Thommen*, *ZStrR* 2021, 253–278.

⁵⁷ Siehe *Thommen* (Fn. 29).

⁵⁸ Siehe *Schubarth* (Fn. 32), S. 531.

⁵⁹ *Vest*, in: *FS Trechsel*, 2002, S. 781–800.

⁶⁰ *Thommen*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 4, 373 (393).

Strafe erlässt oder eine Anklageschrift an das erstinstanzliche Gericht schickt. Wäre die Anhörung eines Angeklagten obligatorisch, könnten mögliche Fehler rechtzeitig erkannt werden. Im Rahmen einer Teilrevision der Strafprozessordnung will der Bundesrat das Gesetz in diesem Punkt ändern. Bei einer Annahme wäre die Staatsanwaltschaft verpflichtet, einen Beschuldigten anzuhören, wenn die Sanktion eine Freiheitsstrafe vorsieht. Für *Baschi Dürr*, den ehemaligen Direktor des Justiz- und Sicherheitsdepartements des Kantons Basel-Stadt und Vizepräsidenten der Konferenz der kantonalen Justiz- und Sicherheitsdirektoren, geht dieser Vorschlag zu weit. Er findet das derzeitige Verfahren ohne mündliche Verhandlung "nicht ungerecht", da die Beschuldigten Einspruch erheben können. Er befürchtet, dass die Kosten für solche Anhörungen zu hoch sein würden und wünscht sich einen Kompromiss zwischen "der Perfektion eines Rechtsstaates und einem kosteneffizienten Pragmatismus".⁶¹

In einer Studie über ungerechtfertigte Verurteilungen in der Schweiz wurde festgestellt, dass von 236 Revisionen zwischen 1995 und 2004 159 Strafbefehle betroffen waren. In 136 Fällen konnten neue Beweise zu Gunsten des Angeklagten vorgelegt werden, wobei in 54 Fällen eine falsche Identifizierung des Angeklagten vorlag. So wurde beispielsweise das Nummernschild eines Fahrzeugs falsch abgelesen und dem falschen Fahrer ein Strafbefehl zugestellt; in einem anderen Fall legte eine Person den Personalausweis einer anderen Person vor, die dann zu Unrecht verurteilt wurde. Diese Ergebnisse zeigen, dass es den Polizeiberichten und den von den Staatsanwälten geführten Ermittlungen an der nötigen Sorgfalt mangeln kann. Die Revisionen führten in 21 Fällen zu einer reduzierten Strafe, nur einmal zu einer härteren und in der überwiegenden Mehrheit der 109 Fälle zu einem Freispruch.⁶² In Deutschland zeigt eine aktuelle Studie über ungerechtfertigte Verurteilungen eine ähnliche Tendenz.⁶³ Zwischen 2003 und 2015 betraf in Hamburg die Mehrheit der ungerechtfertigten Verurteilungen – 27 von 48 – Strafbefehle. Die Ursachen für Fehlerurteile wurden in drei Kategorien eingeteilt: In zwölf Fällen wurde eine psychische Störung, die eine Verteidigung wegen Unzurechnungsfähigkeit und einen Freispruch hätte begründen müssen, in den früheren Urteilen nicht anerkannt; acht Fehlerurteile wurden durch fehlerhafte oder fehlende materielle Beweise verursacht; in zwei Fällen war der Angeklagte bereits wegen desselben Vorwurfs verurteilt worden und hätte nicht erneut verurteilt werden dürfen (*ne bis in idem*). Ähnlich wie die Ergebnisse in der Schweiz zeigen diese Kategorien, dass Polizei und Staatsanwaltschaft in der Ermittlungsphase manchmal entscheidende entlastende Beweise vernachlässigen. Auch wenn das Strafbefehlsverfahren die Polizei nicht dazu verpflichtet, die persönlichen Umstände des Verdächtigen eingehend zu untersuchen, sollte seine psychische Verfassung Teil der Er-

mittlungen sein. Die Daten aus beiden Ländern deuten darauf hin, dass die fehlende Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Judikative zu einem bekannten Ergebnis führt: Bei Schnellverfahren besteht ein höheres Risiko, dass es zu ungerechtfertigten Verurteilungen kommt. *Schubarth*, ehemaliger Schweizer Bundesrichter, nennt das Phänomen, dass Staatsanwälte – die, die ermitteln – Urteile fällen, die "Rückkehr der Inquisition".⁶⁴

In der Schweiz hat der Staatsanwalt eine sehr starke und günstige Position, in der er Strafbefehle gleichsam als „Versuchsballons“ erlassen kann, um zu testen, ob der Angeklagte das staatsanwaltliche Urteil ablehnt oder akzeptiert. Lehnt er ab, hat der Staatsanwalt immer noch die Möglichkeit, einen neuen Strafbefehl zu erlassen, nachdem er zusätzliche Beweise gesammelt hat, z. B. durch Anhörung des Beschuldigten. Er ist nicht verpflichtet, den Fall vor Gericht zu bringen, und kann durch den Erlass eines neuen Strafbefehls einen weiteren Versuchsballon in Gang setzen, möglicherweise mit einer härteren Strafe, die von einem erneuten Einspruch abschrecken könnte. Nur wenn der Staatsanwalt beschließt, dass der Fall vor Gericht gehen soll, leitet er seine Anklageschrift an einen Richter weiter. Das Risiko dieser Praxis besteht darin, dass Staatsanwälte Strafbefehle verschicken, auch wenn sie nicht von der Schuld des Angeklagten überzeugt sind. Diese Praxis wurde in Deutschland bereits als Bestätigung eines hinreichenden Tatverdachts oder, noch unverblümt, als *Verdachtsstrafe* bezeichnet und diskutiert.⁶⁵ Vorverfahren und Ermittlungen stellen keine solide Grundlage für die Ermittlung der materiellen Wahrheit dar. Sie sind lediglich der Anfang, auf dessen Basis der Fall vor einem Gericht, das eine kontradiktorische Debatte ermöglicht, verhandelt werden kann. Obwohl Strafbefehle die Belastung der Gerichte verringern, sind sie nicht so konzipiert, dass sie die Richtigkeit des Urteils garantieren. Der Kern einer Ermittlungsphase besteht aus einem inquisitorischen Verfahren, das dazu dient, Anklage gegen einen Beschuldigten zu erheben. Es dient nicht der Wahrheitsfindung, auf die sich ein Urteil stützen sollte.⁶⁶ Mit anderen Worten: Das Ermittlungsverfahren zielt darauf ab, ausreichende Beweise zu sammeln, um eine Anklage gegen einen Beschuldigten zu erheben, die dann von einem Gericht gewichtet wird. Der Umstand, dass Strafbefehle mangels erfolgreichen Einspruchs des Beschuldigten dieses Gegengewicht nicht bieten, führt dazu, dass ein inquisitorisches Verfahren gleichsam unmittelbar in ein Urteil umgewandelt wird.⁶⁷

Wie im vorigen Abschnitt erörtert, kann ein Angeklagter eine härtere Strafe erhalten, wenn er Einspruch gegen den Strafbefehl eingelegt und sein Fall vor Gericht verhandelt wird. Dieses Phänomen wird als Prozessstrafe bezeichnet⁶⁸ und verdeutlicht das Unschuldsdilemma. Um die Belastbarkeit der Prozessstrafenhypothese zu überprüfen,

⁶¹ Siehe *Wenger* (Fn. 30), S. 35.

⁶² Siehe *Gilliéron* (Fn. 35), S. 160-161.

⁶³ Siehe *Dunkel* (Fn. 12).

⁶⁴ Siehe *Schubarth* (Fn. 32), S. 528.

⁶⁵ Siehe z.B. *Thaman*, *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007, vol. 11(3), 1 (18); *Thaman*, in: Luna/Waade, *The Prosecutor in Transnational Perspective*, 2012, S. 156 (171).

⁶⁶ *Schünemann*, in: GS Vogler, 2004, S. 81 (83).

⁶⁷ Siehe *Schubarth* (Fn. 32), S. 537.

⁶⁸ *Alschuler*, *A nearly perfect system for convicting the innocent*. *Albany Law Review*, 2016, 79(3), S. 919-940.

untersuchte *Thommen* 50 Strafverfahren mit per Strafbefehl angeordneten Freiheitsstrafen in St. Gallen, die alle nach einem erfolgreichen Einspruch vor Gericht kamen.⁶⁹ Die Ergebnisse zeigen, dass die Freiheitsstrafe in 23 Fällen bestätigt wurde, davon erhielten zwei Angeklagte allerdings 60 Tage weniger, zwei 40 Tage weniger, in 17 Fällen änderte sich die Dauer der Freiheitsstrafe nicht und in einem Fall wurden 40 Tage mehr verhängt. In 16 Fällen wurde eine Geldstrafe verhängt, die bei fünf Angeklagten ausgesetzt wurde, zwei erhielten gemeinnützige Arbeit und fünf wurden freigesprochen. Die Differenz bei der Dauer der Freiheitsstrafe reicht von 40 bis 180 Tagen weniger nach einem Prozess, nur in einem Fall wurden 40 Tage mehr als zuvor durch Strafbefehl angeordnet. Im Durchschnitt erhielten die Angeklagten 75 Tage weniger, was 63 % ihrer Strafe ausmacht. Obwohl die Stichprobe von eher geringer Größe ist, sind die Ergebnisse signifikant und zeigen einen erheblichen Strafnachlass. Es stellt sich also die Frage: Sollten Staatsanwälte eine Freiheitsstrafe verhängen dürfen? Der *EGMR* hat sich in keinem Grundsatzurteil mit Freiheitsstrafen in Strafbefehlen befasst. Diese Frage könnte auch in Deutschland anhand von Strafbefehlen, die eine Freiheitsstrafe auf Bewährung vorsehen, oder allgemein anhand der Ergebnisse von Einsprüchen untersucht werden.

3. Reformansätze

Wie von den Staatsanwaltschaften und *Dürr*⁷⁰ erneut bestätigt wurde, spielt die Effizienz der Strafverfolgung für die Justizbehörden eine wesentliche Rolle.⁷¹ Die Soziologin *Mirjam Stoll* zeigt, wie der Umgang mit Kriminalität neoliberalen Prinzipien folgt.⁷² Die Justizbehörden übertragen die Verantwortung auf die Angeklagten, die dann entscheiden müssen, ob sie gegen den Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Einspruch einlegen wollen.⁷³ Diese Übertragung entspricht einer verstärkten Zuweisung der Verantwortung an die Angeklagten anstelle der Verantwortung des Staates für das Strafverfahren. Dieser Ansatz führt zu Ungleichheiten, da Personen mit geringerer Bildung, die die Rechtssprache des Strafbefehls weniger gut verstehen oder über weniger finanzielle Mittel verfügen, keinen Einspruch gegen die Entscheidung des Staatsanwalts einlegen können, selbst wenn diese fehlerhaft ist, während begünstigte Personen dazu in der Lage sind und sogar einen Verteidiger engagieren können, der sie in ihrem Verfahren unterstützt. Die Grenze zwischen Effizienz und Ungerechtigkeit ist in der Tat dünn⁷⁴, wenn Staatsanwälte ungerechtfertigte Verurteilungen von benachteiligten Angeklagten herbeiführen können, um die Gerichte zu entlasten. Eine Lösung könnte darin bestehen, Strafbefehle in ein explizit konsensuales Verfahren umzuwandeln, bei dem die Beschuldigten ihr Einverständnis mit

dem Strafbefehl erklären müssen, sowie die Frist für einen Einspruch mit Begründung auf 20 oder 30 Tage zu verlängern.⁷⁵

Hinzu kommt, dass der Bedarf an Sanktionen in der Schweiz wie auch in anderen Ländern mit der Zunahme von Sicherheitsmaßnahmen und dem Übergang von einem Rechts- zu einem Sicherheitsstaat deutlich stärker ausgeprägt ist⁷⁶ und jede Änderung der Kriminalpolitik umfassende gesellschaftliche und politische Debatten erfordert. Eine vielversprechende Lösung bestünde darin, die wachsende Zahl von Bagatelldelicten und die bei den Gerichten anhängigen Verfahren zu reduzieren, und zwar nicht durch Steigerung der Effizienz der Justiz mit vereinfachten Verfahren, sondern durch die Entkriminalisierung der kleinsten Vergehen und die Einstellung von Bagatelldelicten. Diese Maßnahme wurde 1987 von den Justizministern der europäischen Mitgliedsstaaten in dem Dokument mit der Empfehlung zur Entwicklung von Strafverfügungen zur Vereinfachung der Strafrechtssysteme unter dem Titel Entkriminalisierung und Schnellverfahren für an sich geringfügige Vergehen vorgeschlagen⁷⁷: "Rechtssysteme, die zwischen Ordnungswidrigkeiten und Straftaten unterscheiden, sollten Schritte zur Entkriminalisierung von Straftaten, insbesondere von Massendelicten im Bereich des Straßenverkehrs-, Steuer- und Zollrechts, unter der Voraussetzung unternehmen, dass sie von Natur aus geringfügig sind.". Nach der jahrzehntelangen Entwicklung umfangreicher Strafverordnungen ist es an der Zeit, auf die Empfehlung zurückzukommen und die Entkriminalisierung der geringfügigsten Verstöße in Angriff zu nehmen.

IV. Strafbefehle in Frankreich

1. Entwicklung, Rechtslage und Praxis

a) Strafbefehle für Übertretungen, Vergehen und Verbrechen

Strafbefehle wurden 1972 in das französische Strafverfahren eingeführt, fast ein Jahrhundert nach Deutschland und der Schweiz. Ihre Anwendung war zunächst geringfügigen Straftaten vorbehalten, die in flagranti begangen wurden und bei denen kein Zweifel an der Schuld des Täters bestand.⁷⁸ Die schrittweise Ausweitung auf weitere Delikte im Laufe der Jahre zielte ursprünglich darauf ab, die Bearbeitung geringfügiger Straftaten zu erleichtern.⁷⁹ Bemerkenswert ist daher, dass im Jahr 2018, dem letzten Jahr, für das Statistiken vorliegen, Verurteilungen wegen Vergehen die Mehrheit der Strafverfahren ausmachten (606.937). Übertretungen der ersten vier Kategorien sind

⁶⁹ Siehe *Thommen* (Fn. 29).

⁷⁰ Siehe *Wenger* (Fn. 30), S. 35.

⁷¹ Siehe *Gless* (Fn. 26), S. 22.

⁷² *Stoll*, Beschleunigungsstrategien der Strafjustiz – Eine empirische Studie zum Strafbefehlsverfahren in der Schweiz, 2018.

⁷³ *Bernauer*, Strafbefehl: Nein danke? Von der fehlenden Einsprache zum Zustimmungsergebnis, Jusletter, 26 mars 2018, S. 8.

⁷⁴ Siehe *Gless* (Fn. 26).

⁷⁵ Siehe *Bernauer* (Fn. 73), S. 9.

⁷⁶ *Brunhöber*, in: Puschke/Singelstein, Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft. Staat – Souveränität – Nation, 2018, S. 193 (215).

⁷⁷ Council of Europe, Recommendation of the Committee of Ministers concerning the simplification of criminal justice, R(87), Strasbourg, September 18, 1987, S. 3.

⁷⁸ *Vivell*, Das Strafbefehlsverfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 408a StPO) – Eine kritische Untersuchung und Analyse, 2006.

⁷⁹ *Roussel*, L'essor de l'ordonnance pénale délictuelle. Droit et Société, 2014, 3(88), S. 607–620.

mit 318.467 Verurteilungen nur gut halb so häufig. Sowohl Verurteilungen wegen schwerer Verbrechen (2.279) als auch wegen Übertretungen der fünften Kategorie (5.747) sind dagegen selten.⁸⁰ Diese Zahlen zeigen, dass die Delikte, auf die Strafbefehle angewendet werden können – Übertretungen und Vergehen – die Mehrheit der Fälle im französischen Strafrechtssystem darstellen. Obwohl die offiziellen Daten keine Angaben darüber enthalten, wie viele Fälle in den einzelnen Kategorien durch Strafbefehl abgeurteilt wurden, wurden 174.020 Strafbefehle von den Gerichten erlassen - 0,7 % mehr als im Vorjahr. Eine Schätzung besagt, dass 15 % der Vergehen durch Strafbefehle abgeurteilt werden; der Prozentsatz der Übertretungen, die in einem vollständigen oder vereinfachten Verfahren abgeurteilt werden, ist nicht bekannt.⁸¹ Im französischen Strafrecht werden Straftaten in drei Kategorien eingeteilt, die sich durch die Schwere ihrer Strafe unterscheiden: Übertretungen, Vergehen und Verbrechen.⁸² Übertretungen werden von einer Verwaltungsbehörde, dem Staatsrat oder *Conseil d'Etat*, geschaffen, geändert oder aufgehoben, d.h. von der Regierung ein Dekret erlassen.⁸³ Gesetzliche Tatbestände für Vergehen und Verbrechen werden ausschließlich von der Legislative durch Parlamentsgesetz geschaffen. Übertretungen sind geringfügige Straftaten, die mit einer Geldstrafe von bis zu 1.500 Euro oder 3.000 Euro im Wiederholungsfall geahndet werden (§ 131-13, frStPO). Sie sind in der Strafprozessordnung (§§ R621-1 bis R-655-1 frStPO) in fünf Klassen entsprechend ihrer Schwere und der entsprechenden Geldstrafe aufgeführt: 38 Euro für die erste Klasse, 150 Euro für die zweite, 450 Euro für die dritte, 750 Euro für die vierte und 1.500 Euro für die fünfte Klasse.

Übertretungen werden von sog. „Polizeigerichten“ verhandelt, die aus einem Einzelrichter und einem Staatsanwalt bestehen (§ 521 frStPO). Für sie gibt es drei Verfahrensformen: eine Verhandlung vor dem Polizeigericht als Standardverfahren, ein vereinfachtes Verfahren durch Strafbefehl oder eine festgelegte Geldstrafe für die Klassen eins bis vier, wenn der Staatsanwalt dies für angemessen erachtet. Seit Januar 2020 können Übertretungen der ersten vier Klassen sowie Übertretungen der fünften Klasse, für die eine feste Geldstrafe verhängt werden kann, vor dem Polizeigericht durch einen Einzelrichter auf Zeit verhandelt werden⁸⁴ (§ 523 frStPO). Vergehen werden in der Regel vor einem Strafgerichtshof verhandelt, das mit einem Vorsitzenden und zwei Richtern besetzt ist. Sie können mit einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten bis zu zehn Jahren und einer Geldstrafe von mindestens 3.750 Euro geahndet werden. Wenn sie durch Strafbefehl verhandelt werden können und der Staatsanwalt dies nicht tut, sondern ein vollständiges Verfahren durchführt, besteht das Gericht aus einem Richter mit den Befugnissen

eines Vorsitzenden Richters (§ 398 Abs. 3 frStPO).

Der Erlass von Strafbefehlen wird durch sieben Artikel für Übertretungen (§§ 524 bis 528-2 frStPO) und zehn Artikel für Vergehen (§§ 495 bis 495-6 frStPO) geregelt. Zunächst wird das Verfahren für Übertretungen näher beleuchtet und anschließend das Verfahren für Vergehen beschrieben. Auch jede Übertretung kann per Strafbefehl abgeurteilt werden, selbst bei Wiederholungstätern (§ 524 Abs. 1 frStPO). Seit 2016 können auch arbeitsrechtliche Übertretungen durch Strafbefehl erledigt werden. Strafbefehle sind jedoch ausgeschlossen, wenn das Opfer den Angeklagten vor Erlass des Strafbefehls direkt vorgeladen hat (§ 524 Abs. 3 frStPO): Tatsächlich kann, wer durch eine Übertretung geschädigt wurde, den Angeschuldigten gerichtlich vorladen lassen, bevor der Strafbefehl selbst vom Gericht erlassen wird (§ 525 frStPO). Der Staatsanwalt übermittelt dem Richter die Akte mit den Anklagepunkten und dem Strafmaß, das er für den Fall vorschlägt. Der Richter entscheidet ohne vorherige Anhörung über den Fall und wählt zwischen den drei Möglichkeiten der Entlassung, der Verurteilung zu einer Geldstrafe entweder mit oder ohne einer Zusatzstrafe. Stellt er fest, dass eine kontradiktorische Verhandlung sinnvoll wäre, schickt er die Akte an die Staatsanwaltschaft zurück, damit sie nach den üblichen Verfahrensformalitäten weiterverfolgt werden kann (§ 525 frStPO). Der Staatsanwalt hat zehn Tage Zeit, um gegen die Entscheidung des Richters Einspruch zu erheben, indem er eine Erklärung bei der Geschäftsstelle des Gerichts einreicht. Wird kein Einspruch eingelegt, wird der Strafbefehl dem Angeklagten auf eine der drei gesetzlich vorgesehenen Arten (§ 495-3 Abs. 2 frStPO) zugestellt und das Urteil auf dieselbe Weise vollstreckt wie ein von einem Gericht gefälltes Urteil. Der Angeklagte hat demgegenüber deutlich länger, nämlich dreißig Tage Zeit, um Einspruch gegen den Strafbefehl einzulegen.

Diese Frist ist vom Gesetzgeber sehr genau festgelegt: Wenn aus der Empfangsbestätigung nicht hervorgeht, dass der Angeklagte das Benachrichtigungsschreiben erhalten hat, kann der Einspruch auch nach dreißig Tagen eingelegt werden. Die Frist beginnt an dem Tag zu laufen, an dem der Angeklagte von seiner Verurteilung auf irgendeine Weise erfährt und über die Frist und das Verfahren zum Einspruch gegen den Strafbefehl informiert wird (§ 527 frStPO). Legt der Staatsanwalt oder der Beschuldigte Einspruch ein, wird der Fall vor dem Polizeigericht in einem vollständigen Verfahren verhandelt. Bis zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens kann der Beschuldigte auf seinen Einspruch verzichten (§ 528 frStPO). Die älteste Norm des Strafbefehlsverfahrens, die

⁸⁰ *Brécard/Legargasson/Le Caignec*, Les chiffres-clés de la Justice 2020.

⁸¹ Kanzlei Gueguen-Carroll, Ordonnance pénale: procédure simplifiée en matière pénale, 2016, abrufbar unter: <https://avocat-gc.com/permis/ordonnance-penale-procedure/2011> (zuletzt abgerufen am 3.1.2022).

⁸² Französisches Strafgesetzbuch/Code pénal français – Zweisprachige synoptische Ausgabe, herausgegeben vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht – Freiburg, abrufbar unter: (<https://www.bijus.eu/?p=10720>) (zuletzt abgerufen am 3.1.2022).

⁸³ *Dupré de Boulois*, Pouvoir réglementaire et contraventions: à propos des circonvolutions du juge administratif autour du fondement du pouvoir réglementaire contraventionnel, 2012, abrufbar unter: <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/pouvoir-reglementaire-et-contraventions-article/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2022).

⁸⁴ Angehörige von Rechtsberufen können unter bestimmten Bedingungen für fünf Jahre zu Richtern auf Zeit gewählt werden, die per Strafbefehl über Ordnungswidrigkeiten entscheiden: www.metiers.justice.gouv.fr/magistrat-12581/magistrat-exercant-a-titre-temporaire-12884/ (zuletzt abgerufen am 3.1.2022).

seit Beginn des Verfahrens im Jahr 1972 unverändert geblieben ist, besagt, dass ein Strafbefehl die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat, ähnlich wie ein Gerichtsurteil, das nach einem vollständigen Verfahren ergeht. Der Strafbefehl hat jedoch keine Rechtskraftwirkung in Bezug auf eine zivilrechtliche Klage auf Ersatz eines durch die Straftat verursachten Schadens (§ 528-1 frStPO). Das Opfer kann den Täter auch nach Erlass eines Strafbefehls noch direkt beim Polizeigericht vorladen (§ 528-2 frStPO).

Im März 2020 wurden per Dekret zwei Übertretungen der Klasse vier im Zusammenhang mit der Gefährdung der Gesundheit im Rahmen der COVID-19-Pandemie eingeführt (Gesetz Nr. 2020-264 und 290). Ein Jahr später, im März 2021, veröffentlichte die Wochenzeitung *L'Express* einen Artikel mit dem Titel „*Amendes Covid: ...les ordonnances pénales, une justice expéditive ?*“, übersetzt etwa „Covid Geldstrafe: Strafbefehle, Express-Justiz“.⁸⁵ Der Autor stellt fest, dass die Richter Strafbefehle verwenden, um die Gerichte mithilfe dieses Verfahrens ohne Anhörung oder Prozess zu entlasten. Zutreffender wäre die Aussage, dass es die Staatsanwälte sind, die Strafbefehle zu diesem Zweck einsetzen, da die Richter den zu erlassenden Strafbefehl lediglich unterschreiben. Der Schwerpunkt des Artikels liegt auf der Verschlechterung des Verhältnisses zwischen den Bürgern und dem für sie geltenden Strafrechtssystem. Während des ersten und zweiten Lockdowns wurden nach Angaben des Innenministeriums mindestens 1,4 Millionen Geldstrafen verteilt, viele davon wegen fehlender oder falscher Dokumente, die zum Verlassen der Wohnung berechtigen oder im Zusammenhang mit dem Tragen von Masken. Im März 2020 beispielsweise ging eine Person in der Nähe ihrer Wohnung spazieren und wurde 400 Meter entfernt von Polizeibeamten zur Identitäts- und Dokumentenkontrolle angehalten. Sie teilten der Person mit, dass sie sich nicht draußen aufhalten dürfe, und ließen sie dann ohne Verwarnung gehen. Acht Monate später erhielt die Person einen Strafbefehl, in dem sie wegen unerlaubten Verlassens ihrer Wohnung zu einer Geldstrafe von 166 Euro verurteilt wurde, davon 31 Euro Verfahrensgebühr. Dementsprechend wird die Frage gestellt, ob es sich bei diesen Fällen um Fehler handelt, die leicht korrigiert werden können, oder eher um eine missbräuchliche Handhabung der Erledigungsform durch die Polizei. Die Verteidiger gaben an, dass dieses Verfahren bürokratisch sei, weil die Richter ihre Entscheidung auf den Polizeibericht stützten, ohne dem Angeklagten die Möglichkeit zu geben, seine Meinung zu äußern oder Widersprüche vorzubringen. Es sei quasi automatisch ein Verfahren mit Schuldgarantie, sagt *Rémy Jossaume*, ein Pariser Anwalt, im Artikel von *L'Express*. Wird nach Erhalt des Strafbefehls Einspruch eingelegt, findet die Anhörung vor Gericht im Durchschnitt 18 Monate

nach Tatbegehung statt und kann zu einer härteren Strafe führen. Nach Ansicht der Verteidigerin *Nathalie Tehio*, die sich mit Menschenrechtsfällen befasst, sind Strafbefehle darauf angewiesen, dass nur eine Minderheit der Angeklagten Einspruch gegen ihre Verurteilung einlegt.⁸⁶ Denn warum sollte man nach eineinhalb Jahren eine höhere Strafe riskieren, anstatt die ursprüngliche Geldstrafe zu zahlen? Das Verfahren zeigt dies sehr deutlich: Fälle, die durch Strafbefehle abgeurteilt werden, sollten eindeutig sein und keinen Zweifel an der Schuld einer Person lassen.

Seit 2002 gibt es eine begrenzte Anzahl von Vergehen, für die keine Freiheitsstrafe, auch nicht ausgesetzt zur Bewährung, verhängt werden kann.⁸⁷ Zunächst betraf dies nur Straftaten gegen die Straßenverkehrsordnung und die Straßenverkehrsordnung, die in § 495 frStPO aufgeführt waren.⁸⁸ Mit jeder Änderung wurden Straftaten aus anderen Gesetzbüchern (Handels-, Geistes-, Presse- und Medienrecht) hinzugefügt. Bis heute sind zudem noch die Besetzung von Gebäuden, Drogenmissbrauch und Fälschungen über das Internet in die Liste aufgenommen worden.⁸⁹ Auch Straftaten, die vom Gesetzgeber ausgeschlossen wurden, weil sie eine Gerichtsverhandlung erfordern würden, um den Sachverhalt angemessen zu behandeln, können nun per Strafbefehl verfolgt werden: So etwa das Verlassen der Familie, der einfache oder schwere Diebstahl, die Bedrohung, die Hehlerei, die Missachtung und Behinderung sowie Straftaten im Zusammenhang mit einer technischen Streitigkeit (Forstgesetzbuch, Landwirtschaftsgesetzbuch, Gesetzbuch der Seefischerei, Städtebaugesetzbuch). Seit dem 1. September 2019 befindet sich die vollständige Liste der Vergehen, die per Strafbefehl geahndet werden, in § 398-1 frStPO. Seitdem gelten Strafbefehle für alle in § 398-1 frStPO aufgeführten Straftaten, mit Ausnahme von Straftaten gegen die Person. Bis heute umfasst die Liste 27 Kategorien von Straftaten aus dem Strafgesetzbuch, sämtliche Straftaten aus dem Verkehrsgesetzbuch und verschiedene Straftaten aus zehn weiteren Gesetzbüchern (z.B. der Straßenverkehrsordnung, dem Handelsgesetzbuch, dem Gesetzbuch über das öffentliche Gesundheitswesen, dem Gesetzbuch über das Bau- und Wohnungswesen, dem Gesetzbuch über geistiges Eigentum, dem Gesetzbuch über Geld und Finanzen oder dem Gesetzbuch über innere Sicherheit). Der letzte Zusatz zu § 398-1 frStPO stammt von Mai und August 2021 mit Änderungen im Zusammenhang mit der Gesundheitskrise und dem Umweltschutz.

Strafbefehle können nur dann angewandt werden, wenn die polizeilichen Ermittlungen den Sachverhalt klar und eindeutig ergeben haben, sodass kein Zweifel an der Schuld des Beschuldigten besteht. Die Informationen über

⁸⁵ *Chahuneau*, „Amendes Covid“: les ordonnances pénales, une justice expéditive? *L'Express*, 9.3.2021, abrufbar unter: https://www.lexpress.fr/actualite/societe/amendes-covid-les-ordonnances-penales-une-justice-expeditive_2146341.html (zuletzt abgerufen am 3.1.2022).

⁸⁶ A.a.O.

⁸⁷ In Deutschland kann durch Strafbefehl eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr zur Bewährung verhängt werden, während in der Schweiz eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten verhängt werden kann.

⁸⁸ *Taleb*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2012, 83(1), 89 (91).

⁸⁹ Siehe Circulaire du 20 mars 2012 présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles étendant les procédures d'ordonnance pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice et des Libertés, 2012, S. 2.

die Persönlichkeit des Beschuldigten und seine finanzielle Situation sollten ebenfalls ausreichen, um seine Strafe zu bestimmen. Das Verfahren kann nicht gewählt werden, wenn die Rechte des Opfers/der Opfer verletzt werden. Wie bereits erwähnt, ist eine Freiheitsstrafe ausgeschlossen und die Geldstrafe darf 5.000 Euro nicht übersteigen. Ein starker Anreiz, den Strafbefehl zu akzeptieren, besteht darin, dass die Geldstrafe nur die Hälfte des Betrags erreicht, der in einem vollständigen Verfahren verhängt wird (§ 495 frStPO). Ergänzende Maßnahmen gemäß §§ 131-5 bis 131-8-1 frStPO können der Geldstrafe hinzugefügt oder als Hauptstrafe verhängt werden (§ 495-1 Abs. 2 StPO). Das Verfahren kann auch dann nicht angewendet werden, wenn der Angeklagte am Tag der Zuwiderhandlung jünger als 18 Jahre ist. Außerdem ist es, wie bei Übertretungen, nicht anwendbar, wenn das Opfer den Angeklagten vor der Unterzeichnung des Strafbefehls durch den Richter zu einer Anhörung vor Gericht geladen hat. Wenn die strafbefehlshfähige Straftat gleichzeitig mit einer anderen Straftat begangen wurde, für die der Strafbefehl nicht angewendet werden kann, ist das Strafbefehlsverfahren ausgeschlossen. Seit dem 1. September 2019 können Strafbefehle gegen Wiederholungstäter verhängt werden, was bis dahin eindeutig ausgeschlossen war (§ 495 Abs. 3 frStPO). Der Grund für den Ausschluss von Wiederholungstätern war, dass der schriftliche Charakter von Strafbefehlen es den Richtern nicht ermöglicht, pädagogisch auf die Betroffenen einzuwirken, indem sie dem Angeklagten ihr Urteil persönlich mitteilen.⁹⁰

Der Staatsanwalt übermittelt die Akte zusammen mit der Anklage und dem beantragten Strafmaß an den Vorsitzenden Richter des Gerichts. Dieser Richter entscheidet ohne mündliche Verhandlung durch einen Strafbefehl, der zu einer Entlassung oder einer Geldstrafe sowie zu ergänzenden Strafen führen kann. Gemeinnützige Arbeit kann nur dann verhängt werden, wenn der Angeklagte während der Ermittlungen kontaktiert wurde und sich bereit erklärt hat, eine solche Strafe zu verbüßen. Hält der Richter eine kontradiktorische Anhörung oder eine Haftstrafe für erforderlich, verweist er die Akte an den Staatsanwalt zurück (§ 495-1 frStPO). Im Gegensatz zu Übertretungen müssen Strafbefehle für Vergehen begründet werden, insbesondere im Hinblick auf die Feststellung des Sachverhalts und die Informationen über die Einkünfte und Ausgaben des Angeklagten (§ 495-2 frStPO). Seit 2011 befasst sich ein neuer Artikel mit zivilrechtlichen Ansprüchen, der es ermöglicht, weitere Fälle per Strafbefehl zu verhandeln: Wenn das Opfer während der polizeilichen Ermittlungen als zivilrechtliche Partei eine Entschädigung oder Rückerstattung beantragt hat, entscheidet der Präsident auch in diesem Punkt per Strafbefehl. Kann er dies nicht, schickt er die Akte an den Staatsanwalt zwecks Einleitung eines Verfahrens vor einem Zivilgericht zurück (§ 495-2-1 frStPO). Nach der Entscheidung des Richters wird der Strafbefehl an den Staatsanwalt geschickt, der innerhalb von zehn Tagen entweder durch eine Erklärung bei der Geschäftsstelle des Gerichts Einspruch erheben oder die Vollstreckung des Strafbefehls veranlassen kann. Der

Strafbefehl kann dem Angeklagten auf verschiedene Weise zugestellt werden: per Einschreiben mit Rückschein oder durch direkte Zustellung durch den Staatsanwalt oder eine ihn vertretende Person. Letzteres ist obligatorisch, wenn die Strafe entweder in einer Geldstrafe oder in gemeinnütziger Arbeit besteht. Zahlt der Angeklagte die Geldstrafe nicht, wird die Strafe in eine Freiheitsstrafe umgewandelt, d.h. es wird eine Ersatzfreiheitsstrafe verhängt.

Der Beschuldigte ist darüber zu informieren, dass er ab dem Datum der Zustellung 45 Tage Zeit hat, Einspruch gegen den Strafbefehl zu erheben. Sein Einspruch leitet ein komplettes Verfahren mit Anhörung der Parteien vor dem Strafgericht ein. Bei diesem Verfahren kann er sich von einem Verteidiger unterstützen lassen, der ihm auf Wunsch beigeordnet werden kann. Der Angeklagte wird auch darüber informiert, dass das Strafgericht, wenn es ihn für schuldig befindet, eine Freiheitsstrafe verhängen kann, wenn diese Art von Strafe auf die Straftat anwendbar ist. Dies soll den Angeklagten vor der Ablehnung des Strafbefehls abschrecken. Denn, anders als bei Übertretungen, bei denen lediglich die Geldstrafe nach einem Einspruch höher ausfallen kann, riskiert der Angeklagte hier eine Freiheitsstrafe. Liegt keine Empfangsbestätigung vor, die beweist, dass der Angeklagte das Benachrichtigungsschreiben erhalten hat, kann gegen den Strafbefehl bis zum Ablauf einer Frist von dreißig Tagen ab dem Datum, an dem der Angeklagte von seiner Verurteilung sowie von der Frist und den Einspruchsmöglichkeiten erfahren hat, Einspruch erhoben werden (§ 495-3 frStPO).

Wenn der Strafbefehl über einen zivilrechtlichen Anspruch entscheidet, wird die Entscheidung dem Opfer zugestellt, das ebenfalls 45 Tage Zeit hat, nur gegen diesen Punkt des Urteils Einspruch einzulegen (§ 495-3-1 frStPO). Wird von der Staatsanwaltschaft oder dem Angeklagten Einspruch gegen den Strafbefehl eingelegt, wird der Fall in einem vollständigen Verfahren mit einer Anhörung vor dem Strafgericht verhandelt. Bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung kann der Einspruch zurückgenommen werden. Die Vollstreckungswirkung des Beschlusses tritt dann erneut ein; ein weiterer Einspruch ist unzulässig (§ 495-4 frStPO). Wenn kein Einspruch eingelegt wird, hat das Urteil die gleiche Wirkung wie ein Urteil in einer Gerichtsverhandlung vor dem Strafgericht. Allerdings hat es diese Wirkung nicht in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche, die für einen durch die Straftat verursachten Schaden geltend gemacht werden. Das Opfer kann zu einem späteren Zeitpunkt zivilrechtliche Ansprüche geltend machen, wenn es dazu vorher nicht in der Lage war (§§ 495-5, 495-5-1 frStPO). Diese Bestimmungen heben nicht die Möglichkeit des Opfers auf, den Täter direkt vor dem Strafgericht zu verklagen. In diesem Fall entscheidet das Gericht nur über die zivilrechtlichen Belange, wenn die Strafverfügung rechtskräftig geworden ist. Bei dieser Verhandlung besteht das Gericht ebenfalls aus einem Vorsitzenden, der als Einzelrichter tagt

⁹⁰ Siehe Bulletin officiel du Ministère de la Justice, 2004, abrufbar unter: http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/3-dacg95a_fiche2.htm#fiche2 (zuletzt abgerufen am 3.1.2022).

(§ 495-6 frStPO). Seit 2011 lässt sich eindeutig feststellen, dass die Rechte des Opfers gestärkt wurden.

b) Vorteile und Risiken von Strafbefehlen

Das Hauptmerkmal des Strafbefehls ist der Verzicht auf eine Gerichtsverhandlung, bei der in der Regel sämtliche Verfahrensbeteiligte anwesend sind. Sowohl das Polizeigericht als auch das Strafgericht können ein Urteil per Strafbefehl erlassen, ohne den Angeklagten zu hören, wenn der Staatsanwalt sich für dieses vereinfachte Verfahren entscheidet. Dieses Verfahren kann zwar für Straftaten geeignet sein, die von Polizeibeamten an Ort und Stelle (in flagranti) aufgenommen wurden, ist aber in Fällen, in denen die ZeuGENaussage des Angeklagten von Vorteil wäre, aus der Sicht der Verteidigung riskanter. Französische Richter sind nicht verpflichtet, ein mit Gründen versehenes Urteil zu fällen, wenn es sich um eine Übertretung handelt, wohl aber bei einem Vergehen. Sobald das Urteil ergangen ist und nicht fristgerecht Einspruch erhoben wird, wird die Strafe vollstreckt. Ist dies nicht der Fall, können Vollzugsbeamte zur Vollstreckung entsandt werden. Es gibt keine weitere Möglichkeit, gegen die Entscheidung des Gerichts Berufung einzulegen und den Fall erneut vor ein Berufungsgericht zu bringen. Nur ein Opfer kann gegen die Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche Berufung einlegen.

Die französischen Staatsanwälte werden angehalten, ein vereinfachtes Strafbefehlsverfahren zu wählen, wenn sie der Ansicht sind, dass der Fall klar ist und keine öffentliche Debatte erfordert (§ 495 frStPO). Sie werden insbesondere ermutigt, ein Strafbefehlsverfahren einzuleiten anstatt auf verfügbare Alternativen zu einer Strafanzeige wie ein Vergleichsangebot (*composition pénale*) oder eine Verwarnung (*rappel à la loi*) zurückzugreifen. Dies ist vor allem bei Massendelikten der Fall, sofern der Sachverhalt eindeutig ist und nicht der Interpretation unterliegt, selbst wenn er mehrere Täter oder Opfer impliziert. Mit anderen Worten: Die Staatsanwälte werden dazu angehalten, hier eine schnelle Anklage zu erheben, anstatt alternative Angebote zu machen.⁹¹

Eine Folge dieser Praxis ist, dass immer mehr Menschen vorbestraft sind und daher Gefahr laufen, als Rückfalltäter behandelt zu werden, wenn sie erneut Straftaten begehen. Dies zieht höhere Geld- oder Freiheitsstrafen nach sich. Die Angeklagten werden auch dazu angehalten, einen Strafbefehl zu akzeptieren. Legen sie keinen Einspruch ein, erhalten sie eine Ermäßigung von 20 % auf die Geldstrafe, wenn sie diese Kosten innerhalb von 30 Tagen nach Zustellung des Strafbefehls begleichen. Hinzu kommen Verfahrenskosten im Sinne einer allgemeinen Verfahrensgebühr in Höhe von 31 Euro (Allgemeines Steuergesetzbuch, §1018 A).

Bis 2004 konnten Strafbefehle nur per Briefzustellung mit Empfangsbestätigung übermittelt werden. Damit sollte der Zugang des Strafbefehls beschleunigt werden, doch in Wirklichkeit wurde der Strafbefehl erst mehr als acht Mo-

nate nach der Begehung der Straftat zugestellt. Die Gerichtsbediensteten waren mit dieser Art der gerichtlichen Kommunikation überlastet und konnten die große Zahl der Strafbefehle nicht schneller bearbeiten. Außerdem wurden die Briefe oft an die falsche Adresse geschickt oder von den Angeklagten nicht abgeholt. Wurde der Brief nicht bei der Post abgeholt, mussten die Strafverfolgungsbeamten ihn dem Beschuldigten zustellen, was wiederum recht kostenintensiv war. Aus diesen Gründen hat der Staatsanwalt oder eine Person, die die Staatsanwaltschaft vertritt, seit 2004 die Möglichkeit, den Strafbefehl dem Beschuldigten zu überbringen. Diese Art der Übermittlung des Strafbefehls wird immer mehr bevorzugt, auch aufgrund des pädagogischen Werts eines solchen Verfahrens. Sie ersetzt zwar nicht die Anhörung, hat aber den Vorteil, dass sie von den Beschuldigten, die die Ernsthaftigkeit eines Schreibens vielleicht zunächst nicht verstehen, viel ernster genommen wird. Es gibt keine offiziellen Daten über die Zahl der persönlichen Zustellungen von Strafbefehlen. Man kann dies als kleinen Versuch interpretieren, einen persönlichen Kontakt zum Angeklagten herzustellen, insbesondere in eher schwerwiegenden Fällen, die per Strafbefehl erledigt werden. Die pädagogische Dimension einer öffentlichen Anhörung und ihr Fehlen haben den französischen Gesetzgeber dazu veranlasst, in einer Empfehlung die Zustellung von Strafbefehlen in sogenannten Gerichtsterminen vorzusehen.⁹² Die Staatsanwälte oder ihre Vertreter vereinbaren einen Termin mit dem Angeklagten, um ihm das Urteil und die Bedeutung des Strafbefehls zu erläutern. Dieser direkte Kontakt könnte wiederum die Vollstreckung von Urteilen verbessern und ein besseres Verständnis des Verfahrens fördern.

c) Die Rolle der Verteidigung im Vergleich zum deutschen und schweizerischen Verfahren

Obwohl sich das Ziel vereinfachter Verfahren zur Entlastung der Gerichte als erfolgreich erweist, ist zu betonen, dass im Strafbefehlsverfahren die Rechte der Verteidigung in Frankreich auf ein Mindestmaß reduziert sind. Die Rolle der Verteidigung beschränkt sich auf den Einspruch und die anschließende Verhandlung im Rahmen eines vollständigen Verfahrens vor dem Gericht. Insoweit unterscheiden sich die Handlungsmöglichkeiten nicht signifikant von denen der Verteidigung im deutschen Ermittlungsverfahren vor Erlass des Strafbefehls. Allerdings besteht ein wichtiger struktureller Unterschied: In Frankreich kommt eine Verteidigung vor Erhalt des Strafbefehls nicht in Betracht. Demgegenüber ist eine frühe Verteidigung in Deutschland zumindest in den (wenigen) Fällen denkbar, in denen es zu einer Vorladung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren kommt und er demzufolge Kenntnis von dem gegen ihn gerichteten Verfahren hat.

Dazu muss der Angeklagte den Strafbefehl zunächst natürlich verstehen und die Hilfe eines Anwalts in Anspruch nehmen können. Die Rechte der Verteidigung werden auch dadurch gewahrt, dass der Angeklagte gegen den Strafbefehl mit einem einfachen Schreiben Einspruch ein-

⁹¹ Siehe Roussel (Fn. 79).

⁹² Siehe Bulletin officiel du Ministère de la Justice (Fn. 91).

legen kann, ohne seine Entscheidung begründen zu müssen. Der Einspruch eröffnet den Weg zu einem vollständigen Verfahren, und diese Möglichkeit stellt die Mindestanforderung für die Rechte des Angeklagten dar. Die Einspruchsfrist ist in Frankreich länger als in Deutschland oder in der Schweiz: 45 Tage für Vergehen und 30 Tage für Übertretungen. Tatsächlich legen die Angeklagten in 2 bis 7 % der Fälle in den verschiedenen Gerichtsbarkeiten Einspruch gegen Strafbefehle ein. Bedeutet dies, dass Strafbefehle Angeklagte zu milderen Strafen verurteilen, als es Gerichte infolge einer mündlichen Verhandlung tun würden? Bei Vergehen wurden ähnliche Strafen verhängt, d.h. es gibt keine Strafmilderung für die Annahme eines Strafbefehls (also keine Bonifikation für den Verzicht auf einen Einspruch).⁹³ Dieser Punkt könnte darauf hindeuten, dass sich die Richter an den Akten der Staatsanwaltschaft, die ein Strafmaß enthalten, orientieren. In einem normalen Verfahren scheinen die Richter nicht von dem Antrag des Staatsanwalts abzuweichen und den Strafbefehl vielmehr zu bestätigen. Indem er sich der Individualisierung der Strafe entzieht, wird die Rolle des Richters zu der eines automatischen Verteilers von Strafen ("distributeur automatique de peines").⁹⁴ Diese Tendenz ist in der Schweiz nicht zu beobachten. Empirische Daten zeigen hier, dass Angeklagte, die Einspruch gegen ihren Strafbefehl erheben, im Ergebnis bei richterlicher Entscheidung in einem vollständigen Verfahren ein milderes Urteil erhalten.⁹⁵

d) Anknüpfungspunkte für Reformen

Strafbefehle umgehen Gerichtsverhandlungen, enthalten aber ein Urteil und eine strafrechtliche Sanktionsentscheidung, die derjenigen eines Gerichts gleichkommt. Die im einleitenden Artikel der Strafprozessordnung aufgeführten Punkte stellen eine Reihe von Verfahrensgrundsätzen auf, die auf Strafurteile Anwendung finden. Sie gelten für Verstöße aller Schweregrade, einschließlich derjenigen, die durch Strafbefehle geahndet werden. Sie gelten zudem für Verfahren vor allen Gerichten (Polizeigericht, Strafgericht, Landgericht) sowie für Verfahren, die in der Ermittlungsphase vor einer Verurteilung stattfinden.

Einer der Grundsätze betrifft die Verfahrenssprache: Wenn der Angeklagte kein Französisch versteht, hat er das Recht, während des gesamten Verfahrens einen Dolmetscher hinzuzuziehen, auch für Gespräche mit seinem Verteidiger, wenn diese direkt mit einer Anhörung oder einem Verhör zusammenhängen. Außerdem hat der Angeklagte das Recht, eine Übersetzung der wichtigsten Dokumente zu erhalten, die es ihm ermöglichen, seine Verteidigung aufzubauen, es sei denn, er verzichtet ausdrücklich auf dieses Recht, nachdem er erklärt hat, dass er verstanden hat, worum es geht.⁹⁶ Personen, die durch Strafbefehl verurteilt wurden, sind sich ihrer Rechte möglicherweise nicht bewusst; wenn sie zudem nichts von dem gegen sie geführten Verfahren wussten und nicht vom

Staatsanwalt angehört wurden, ist es durchaus anzunehmen, dass sie sich ihres Rechts auf Rechtsbeistand oder Dolmetscher/Übersetzer nicht bewusst waren.

Ein Verteidiger ist nur dann obligatorisch, wenn der Streitwert eines Verfahrens 10.000 Euro übersteigt. Bei Strafbefehlen ist kein Verteidiger erforderlich, die Höchststrafe beträgt 5.000 Euro. In Frankreich hört der Staatsanwalt den Angeklagten nicht an, und wenn der Sachverhalt klar genug ist, schreibt er einen Strafvorschlag und schickt die Akte zur Bestätigung an einen Richter. Wenn der Richter einen Strafbefehl erlässt, hatte der Angeklagte weder die Möglichkeit vom Staatsanwalt noch vom Richter angehört zu werden. Die einzige Möglichkeit, eine Anhörung zu erhalten, besteht darin, innerhalb von 30 oder 45 Tagen Einspruch gegen den Strafbefehl einzulegen.

Im Strafbefehlsverfahren besteht kein Zwang zur anwaltlichen Verteidigung. Wenn der Angeklagte einen Verteidiger wünscht aber keine eigene Wahl trifft, beauftragt der Richter einen Anwalt, dessen Vergütung von den finanziellen Möglichkeiten des Angeklagten abhängt und entsprechend festgesetzt wird. Die Kosten der Verteidigung können unter den Bedingungen der Rechtshilfe (*aide juridictionnelle*) bis zu 100 % übernommen werden.

Schließlich äußern Verteidiger ihre Besorgnis über die zunehmende Anwendung dieses vereinfachten Verfahrens: die Rechte der Verteidigung werden auf ein Minimum reduziert.⁹⁷ Die Hinzuziehung eines Verteidigers kann nur dann erfolgen, wenn der Beschuldigte von dem Strafbefehl erfährt, Einspruch einlegen möchte und er sich zudem seines Rechts bewusst ist, bei der Beauftragung eines Anwalts finanzieller Unterstützung zu erhalten.

V. Ausblick

Heutzutage sind ordentliche Verfahren nicht mehr auf eine gerichtliche Hauptverhandlung ausgerichtet, sondern priorisieren von der Staatsanwaltschaft geführte Schnellverfahren, wobei Strafbefehle in Deutschland, Frankreich und der Schweiz die bei weitem häufigste Form sind. Dieser Wandel entspricht auch einem Wandel in der Rechtsprechung: Nicht mehr die in einem Prozess gewonnene Wahrheitsfindung, sondern mehr und mehr die Zustimmung des Angeklagten führt zu einer Verurteilung und stützt diese. Das summarische Verfahren wurde von *Potter* als „Känguru-Gericht“ bezeichnet, weil es der Justiz erlaubt, von Fakten zu Schlussfolgerungen zu springen.⁹⁸ Die schweizerische Ausgestaltung des Strafbefehlsverfahrens weist auch aus verteidigungsnaher Perspektive keinen Vorbildcharakter für eine Reformierung des deutschen Rechts auf. Für den Erlass von Strafbefehlen ist, anders als im deutschen Recht, in der Schweiz allein die Staatsanwaltschaft zuständig. Eine richterliche Kontrolle

⁹³ Siehe *Roussel* (Fn. 79).

⁹⁴ Siehe Kanzlei Gueguen-Carroll (Fn. 81).

⁹⁵ *Thommen/Eschle*, Penal orders, Prosecutorial Discretion, and Trial Penalty (Powerpoint slides), 2019, abrufbar unter: <https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/thommen/person/publikationen.html> (zuletzt abgerufen am 3.1.2022).

⁹⁶ Siehe Article préliminaire Abs. 3, abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006098229/> (zuletzt abgerufen am 3.1.2022).

⁹⁷ Siehe Kanzlei Guenguen-Carroll (Fn. 81).

⁹⁸ *Potter*, International Journal of Punishment and Sentencing (IJPS), 1(3), 2005, 118–151.

findet auch nach einem Einspruch nicht statt. Häufig werden Strafbefehle in der Schweiz ohne ausreichende Ermittlungen und in der Regel auch ohne vorherige Anhörung des Beschuldigten erlassen. In der berechtigten Erwartung, dass regelmäßig kein Einspruch eingelegt wird, räumt man der schnellstmöglichen Erledigung Vorrang ein. Auch im deutschen Verfahren ist die richterliche Kontrolle faktisch unzureichend. Aber gerade deshalb kann auf die Kontrollinstanz als Institution nicht verzichtet werden. Eine Verteidigung, die in nur wenigen Fällen vorhanden ist, hat zunächst die wichtige Aufgabe, den Strafbefehlsempfänger dabei zu unterstützen, den Strafbefehl zu verstehen, da sprachlich begründete Verständnisprobleme keine Ausnahme darstellen. Dies gilt für die Verfahren in Deutschland wie der Schweiz gleichermaßen. Die Einlegung eines Einspruchs ist aufgrund des Umstandes, dass die Staatsanwaltschaft in diesem Fall ergänzende Ermittlungen vornehmen und daraufhin erneut einen (abgeänderten und auch härteren) Strafbefehl erlassen kann, in der Schweiz allerdings in seiner Effektivität begrenzt. Zudem beträgt die Einspruchsfrist lediglich zehn Tage und ist damit kürzer als im deutschen Strafbefehlsverfahren, was eine eingehende Prüfung für die Verteidigung erschwert. Trotz dieser gravierenden Mängel kann in der Schweiz auch ohne Verteidigerkonsultation eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monate ohne Aussetzung zur Bewährung festgesetzt werden. Studien zeigen jedoch, dass das Verfahren nicht unerheblich fehleranfällig ist. Daher ist nicht absehbar, dass sich im Rahmen der Europäisierung des Strafverfahrens das schweizerische Modell durchsetzen wird.

Die Ausgestaltung des Strafbefehlsverfahrens in Frankreich hingegen weist einige positive Aspekte auf, die bei Reformierung europäischer Strafbefehlsverfahren berücksichtigt werden sollten. Hierzu gehören neben dem stärker eingeschränkten Anwendungsbereich durch die Begrenzung der Geldstrafe und der Ausnahme der Freiheitsstrafe auch eine Stärkung der Rechte des Opfers. Französische Staatsanwälte werden ermutigt, Strafbefehle zu verwenden, während sie in Deutschland und der Schweiz Strafbefehle beantragen müssen, so oft der Fall dies zulässt. Die Rechte der Verteidigung in Frankreich beschränken

sich auf den Einspruch und die anschließende Verhandlung – anders als im deutschen Recht, in dem auch eine – wenn auch rein faktische – Einflussnahme der Verteidigung (sofern vorhanden) bereits im Ermittlungsverfahren möglich ist. Die längere Einspruchsfrist (je nach Delikt 30 oder 45 Tage) ermöglicht der Verteidigung eine eingehendere Prüfung des Strafbefehls, ebenso wie die die Begründungspflicht jedenfalls im Falle der Vergehen. Auch das Einspruchsverfahren in Frankreich weist gegenüber der deutschen Regelung insofern Vorteile für die Verteidigung auf, als nach einem Einspruch ein Richter in einem vollständigen, im Beweisrecht nicht eingeschränkten Verfahren – anders als in §§ 411 Abs. 2 S. 2, 420 dStPO – vor dem Strafgericht verhandelt. Eine notwendige Verteidigung sieht allerdings auch das französische Recht beim Strafbefehlsverfahren grundsätzlich nicht vor. Betrachtet man das Strafbefehlsverfahren unter dem Gesichtspunkt einer durch die EMRK unbeschränkt zugesicherten effektiven Verteidigung, so ist auch die französische Regelung trotz gewisser Vorteile an vielen Stellen defizitär. Dabei zeigt sich, dass eine effektive Verteidigung nur möglich ist, wenn ein Minimum an Konfrontation der betroffenen Interessen gewährleistet wird. Ebenso zeigt sich, dass dies auch den Interessen der Verletzten dient. Effektivität lässt sich nicht nur an der Zeit bemessen, die bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens vergeht.

Ein Strafverfahren, das nicht mehr auf einem gerichtlich festgestellten Schuldnachweis, sondern auf einem stillschweigenden Schuldanerkenntnis des Beschuldigten beruht, würde dem Legalitätsprinzip (§ 7 EMRK) nicht mehr genügen. Der Gesetzgeber sollte Garantien vorsehen, die es dem Beschuldigten ermöglichen, eine autonome und informierte Entscheidung zu treffen: Dazu gehören namentlich eine Anhörung durch den Staatsanwalt oder einen Vertreter, bei der die Anklage und die Rechte erläutert werden und ein Verteidiger, um Waffengleichheit mit der Staatsanwaltschaft zu erreichen, zumindest aber eine effektive Verteidigung zu ermöglichen. Nur so kann das Strafbefehlsverfahren zu einem fairen Verfahren werden, das eine minimale Anzahl von Fehlurteilen und eine effiziente Erledigung gewährleistet.

Was lange währt, wird endlich gut (?) Zur Einführung des nordrhein-westfälischen Versammlungsgesetzes

von Benedict Pietsch, M.A., M. Jur.*

Abstract

Der Beitrag thematisiert das neue Versammlungsgesetz NRW (VersG NRW). Erläutert werden zunächst die verfassungsrechtlichen Hintergründe des Versammlungsrechts. Anschließend werden ausgewählte versammlungsrechtliche Vorschriften des VersG NRW dargestellt und einer (ersten) Bewertung unterzogen. Es zeigt sich, dass sämtliche Normen auf die Lösung konkreter versammlungsrechtlicher Herausforderungen hin ausgestaltet sind. Sie sind dabei, abgesehen von kleineren Korrekturvorschlägen, inhaltlich insgesamt überzeugend und werden den Anforderungen des Art. 8 GG gerecht. Es handelt sich daher durchweg um zeitgemäße, moderne versammlungsrechtliche Regelungen.

The article aims at illustrating the main features of the northrhine-westfalian law which establishes the preconditions for the peaceful exercise of the freedom of peaceful assembly (VersG NRW). Firstly, the constitutional background will be discussed. Afterwards, the article focusses on selected norms which will be short-term evaluated and discussed. With respect to the requirements established by Art. 8 GG, all discussed norms are formed in a convincing way and could be therefore qualified as part of an appropriate and modern legal framework for the freedom of assembly.

I. Einleitung

Am 15. Dezember 2021 hat der nordrhein-westfälische Landtag das Gesetz zur Einführung eines nordrhein-westfälischen Versammlungsgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften (VersGEinfG NRW) mit den Stimmen von CDU und FDP, gegen die Stimmen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen, bei Enthaltung der AfD, in der Fassung der Beschlüsse des Innenausschusses verabschiedet.¹ Das Gesetz trat am Tag nach der Verkündung in

Kraft² und ist damit seit dem 18. Dezember 2021 in Nordrhein-Westfalen geltendes Recht.

Mit dem VersG NRW erhält Nordrhein-Westfalen erstmals ein eigenes Versammlungsgesetz. Es löst das Versammlungsgesetz des Bundes (BVerfG) ab, welches seit dem 10. August 1953³ in Ausgestaltung von Art. 8 GG die rechtlichen Rahmenbedingungen für Aufzüge und Versammlungen darstellte, seit 2006 jedoch aufgrund des Entfalls des entsprechenden Kompetenztitels des Bundes bis zu seiner Ersetzung durch Landesrecht nur noch einstweilen fortgalt, um eine Regelungslücke zu vermeiden (Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG).⁴

Die Einführung des VersG NRW kann an sich nicht überraschen. Schon im Koalitionsvertrag von 2017 hatten sich die Regierungsparteien aus CDU und FDP darauf verständigt, „die Gesetzgebungskompetenz des Landes zur Schaffung eines modernen Versammlungsgesetzes (zu) nutzen.“⁵ Im Ergebnis hat die Landesregierung noch vor der Landtagswahl in Nordrhein-Westfalen (15.5.2022) eines ihrer Prestigeprojekte erfolgreich zu Ende geführt.

Die Verabschiedung des VersG NRW erfolgt gleichwohl zu einem Zeitpunkt, in dem die Versammlungsfreiheit im Zuge der COVID-19-Pandemie verstärkt im Fokus medialer und (rechts-)wissenschaftlicher Diskussion steht.⁶ Zur Verdeutlichung genannt seien hier lediglich die *Topoi* „Totalverbote“⁷ und „Digitale Versammlung“⁸. Auch die Exekutive und Judikative suchen nach einer „anfänglichen Schockstarre“⁹ nach wie vor tastend nach Wegen einer pandemiegerechten Gewährleistung der Versammlungsfreiheit.¹⁰ Jüngst halten sog. Corona-Spaziergänge, bei denen Personen unter vermeintlich unpolitischem Label zu tausenden auf der Straße gegen die staatliche Corona-Politik protestieren, Öffentlichkeit und zuständige Behörden in Atem.¹¹

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachgebiet III. 4 – Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Polizeirecht, bei Prof. Dr. Dr. Markus Thiel an der Deutschen Hochschule der Polizei (DHPol) in Münster sowie Leiter der Geschäftsstelle „Musterpolizeigesetz“ ebendort.

¹ NRW LT-Drs. 17/15915 (Neudruck).

² GV. NRW. 2022 Nr. 1 v. 6.1.2022, S. 2, Art. 4.

³ BGBl. I S. 684, zuletzt in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.11.1978 (BGBl. I S. 1789).

⁴ Vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 1129 (1131) zur Fortgeltung des BbesG für Landesbeamte.

⁵ https://www.cdu-nrw.de/sites/www.neu.cdu-nrw.de/files/download/s/nrwkoalition_koalitionsvertrag_fuer_nordrhein-westfalen_2017_-_2022.pdf, S. 58 (zuletzt abgerufen am 24.1.2022). Vgl. auch NRW LT-Drs. 17/12423, S. 1.

⁶ Vgl. Völzmann, DÖV 2020, 893.

⁷ Vgl. hierzu Hong, in: Peters/Janz, VersammlungsR-HdB, 2. Aufl. (2021), Kap. B, Rn. 78b-78h; Martini/Thiessen/Ganter, NJOZ 2020, 929 (934 f.); Eibenstein, NVwZ 2020, 1811.

⁸ Siehe hierzu Sinder, NVwZ 2021, 103 (108); Welzel, MMR 2021, 220.

⁹ Sinder, NVwZ 2021, 103 (108). Zur Rspr. des BVerfG zu Corona-Fällen Zuck/Zuck, NJW 2020, 2302.

¹⁰ Vgl. BVerfG, NVwZ 2020, 711.

¹¹ Vgl. hierzu das mit Prof. Dr. Dr. Markus Thiel geführte Interview von L. Langenau zum Thema „Corona und Versammlungsfreiheit: Warum sind ‚Spaziergänge‘ verboten?“, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/coronavirus-spaziergaenge-rechtlich-polizei-1.5500799?reduced=true> (zuletzt abgerufen am 24.1.2022).

Zu den pandemiebedingten Herausforderungen tritt die seit der Einführung des Regierungsentwurfs¹² hierzu breit und teilweise vehement geführte gesellschaftliche Diskussion.¹³ Selbst die zum Gesetzgebungsvorhaben eingeholten Stellungnahmen sind von Polemik nicht freigeblichen.¹⁴

Ohnehin gilt das Versammlungsrecht in Fachkreisen „als heißes Eisen“. Zu dominant erscheint die durch die sog. Brokdorf-Rechtsprechung¹⁵ des *BVerfG* geprägte,¹⁶ dogmatische Überformung des Art. 8 GG, als das landesspezifische Diskussionsbeiträge durchzudringen vermöchten. Angesichts detaillierter verfassungsgerichtlicher Vorgaben erscheint der Regelungsspielraum des einfachen Gesetzgebers gering.– Gerade auch in Anbetracht der Fortgeltung des *BVersG* drängt sich der Eindruck auf, der Erlass eigener landesrechtlicher Regelungen „lohne“ sich letztlich nicht.¹⁷

Bei der Schaffung des neuen *VersG NRW* hat der Gesetzgeber versucht, den spezifisch mit dem Versammlungsrecht verbundenen Schwierigkeiten gerecht zu werden.¹⁸ Erklärtes Ziel war es, ein „insgesamt rundum modernes Versammlungsrecht, mit dem die Herausforderungen unserer Zeit vollumfänglich gemeistert werden können“¹⁹ zu schaffen. Dies sollte erreicht werden, indem „Gestaltungsspielräume auf einfachgesetzlicher Grundlage für einen Ausgleich von Versammlungsfreiheit und öffentlicher Sicherheit unter Berücksichtigung der in den letzten Jahren in gesellschaftlicher wie technischer Hinsicht fortschreitenden Entwicklungen“²⁰ genutzt werden sollten. Dieser umfassende Regelungsanspruch schlägt sich zunächst rein äußerlich, im Umfang des Gesetzesentwurfs, namentlich der Gesetzesbegründung (ca. 50 Seiten) nieder. Ersichtlich ist das Gesetz von dem Bemühen getragen, nicht im Hauruckverfahren zu dekretieren. Stattdessen sollen angesichts des hohen Stellenwerts der Versammlungsfreiheit

langfristig überzeugende, von der (Verfassungs-)Rechtssmaterie informierte, zugleich aktuelle versammlungsrechtliche Entwicklungen aufgreifende – und in diesem Sinne insgesamt „moderne“ – Lösungen angeboten werden. Dies wird insbesondere im konzeptionellen Zugriff deutlich: Während die COVID-19-Pandemie nur am Rande thematisiert wird,²¹ erfolgt die Ausgestaltung des *VersG NRW* insgesamt in intensiver Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Hintergründen und den damit verbundenen (auch gesellschaftlichen) Problemstellungen.²²

II. Verfassungsrechtliche Hintergründe des *VersG NRW*

1. Das Versammlungsrecht im Kompetenzgefüge des GG

Bis zur sog. Föderalismusreform I²³ besaß der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Versammlungsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 3 GG a.F.). Dieser Titel ist 2006 ersatzlos entfallen. Nach dem Grundsatz des Art. 70 GG sind nunmehr die Länder für die Materie des Versammlungsrechts zuständig.

Mit dem neuen *VersG NRW* fügt sich Nordrhein-Westfalen in den bislang (noch) überschaubaren Kreis derjenigen ein, die nach gut 15 Jahren von der mittlerweile nicht mehr ganz so neuen Kompetenz im Versammlungsrecht auch Gebrauch gemacht haben.²⁴ Verpflichtet sind die Länder hierzu nicht.²⁵ Nach Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG, wonach das Versammlungsgesetz des Bundes ohnehin als Bundesrecht fortgilt, „können“ die Länder ein eigenes Versammlungsgesetz beschließen. Gründe gibt es hierfür jedoch reichlich. So ist streitig, inwieweit der Bund seit dem Übergang der Gesetzgebungskompetenz auf die Länder noch in den Normbestand seines Versammlungsgesetzes

¹² Der Gesetzesentwurf der Landesregierung (LT-Drs. 17/12423) wurde am 21.1.2021 in den nordrhein-westfälischen Landtag eingebracht. Der Entwurf wurde nach der 1. Lesung einstimmig an den Innenausschuss – federführend –, an den Hauptausschuss sowie an den Rechtsausschuss überwiesen.

¹³ Siehe nur den Artikel von *Rau*, „Restriktives Versammlungsgesetz steht kurz vor Verabschiedung“, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2021/nordrhein-westfalen-restriktives-versammlungsgesetz-steht-kurz-vor-verabschiedung/> (zuletzt abgerufen am 24.1.2022) sowie „Umstrittenes Versammlungsgesetz in NRW: Schwarz-Gelb zieht durch“ in der *TAZ*, abrufbar unter: <https://taz.de/Umstrittenes-Versammlungsgesetz-in-NRW/15822488/> (zuletzt abgerufen am 24.1.2022).

¹⁴ Siehe nur die Stellungnahme 17/3857 (VVN-BdA), wo vom Entwurf als einem „Versammlungsverhinderungsgesetz“, von einem „Schleifen“ der Grundrechte und „willkürliche Entscheidungen der Polizei“ die Rede ist.

¹⁵ *BVerfGE* 69, 315. Vgl. dazu den Band v. *Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius*, Der Brokdorf-Beschluss, 2015.

¹⁶ Vgl. *Dürig-Friedl*, in: *Dürig-Friedl/Enders*, *VersammlungsR* (2016), Einl. Rn. 18.

¹⁷ Bspw. hat das *BVerfG*, NVwZ, 2009, 441 Teile des *BayVersG* (Art. 21 Nr. 1, 2, 7, 13 und 14) vom 22.7.2008 (GVBl. S. 421) wegen Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 8 Abs. 1 GG im Wege einer vorläufigen Anordnung (§ 32 *BVerfGG*) außer Kraft gesetzt bzw. mit einschränkenden Maßgaben versehen (Art. 9 Abs. 2 S. 1, 2, Abs. 4 S. 1 Nr. 2 *BayVersG*). Der bayerische Gesetzgeber hat diesen Bedenken alsdann mit dem Gesetz zur Änderung des Bayerischen Versammlungsgesetzes vom 22.4.2010 (GVBl. 2010 S. 190) Rechnung getragen. Siehe hierzu insgesamt Schenke, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 11. Aufl. (2021), Rn. 430.

¹⁸ Deziert *NRW LT-Drs. 17/12423*, S. 44.

¹⁹ *NRW LT-Drs. 17/12423*, S. 44.

²⁰ *NRW LT-Drs. 17/12423*, S. 1.

²¹ *NRW LT-Drs. 17/12423*, S. 63 f., S. 65.

²² *NRW LT-Drs. 17/12423*, S. 63 f., S. 1 f., S. 41 ff.

²³ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c GG), ausgefertigt am 28.8.2006, verkündet am 31.8.2006 (BGBl. I 2006, Nr. 41, S. 2034). Zum Gesetzesentwurf siehe *BT-Drs. 16/813*. Zur Föderalismusreform I siehe allgemein *Nierhaus/Rademacher*, LKV 2006, 385, zur dadurch erfolgten Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen *De-genhart*, NVwZ 2006, 1209.

²⁴ Bislang von der „Ersetzungsbefugnis“ (so zutreffend *Uhle*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 95. EL (7/2021), Art. 125a Rn. 29) des Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG Gebrauch gemacht haben Bayern (*BayVersG*), Berlin (*VersFG BE*), Niedersachsen (*NVersG*), Sachsen (*SächsVersG*), Sachsen-Anhalt (*VersG S-A*) und Schleswig-Holstein (*VersFG S-H*). Vgl. auch *LT-Drs. 17/12423*, S. 41.

²⁵ Vgl. schon *Jarass*, NVwZ 1996, 1041 (1042).

eingreifen darf.²⁶ Art. 125a GG ist nach Wortlaut und Systematik (Stellung im XI. Abschnitt des GG – Übergangs- und Schlussbestimmungen) als Übergangsvorschrift einzustufen, die Folgen eines Kompetenzentfalls regelt und keine Kompetenz begründet. Hat das *BVerfG* dem Bund gleichwohl ein limitiertes Änderungsrecht zugebilligt,²⁷ um einer drohenden „Versteinering“ des Versammlungsrechts vorzubeugen, ist dies nichts weiter als ein verfassungsrechtlicher Notnagel, zumal die Defizite des *BVersG* schon seit langem offen zutage liegen.²⁸ So ist etwa die Anwendung des § 14 *BVersG* bei Spontanversammlungen überhaupt nicht und bei Eilversammlungen nur gegen den Wortlaut verfassungskonform möglich.²⁹ Bei § 3 *BVersG* liegt ein Tragen gleichartiger Kleidungsstücke als Ausdruck gemeinsamer politischer Gesinnung nur vor, wenn das Auftreten in derartigen Kleidungsstücken nach den Gesamtumständen geeignet ist, eine suggestivmilitante, einschüchternde Wirkung gegenüber anderen zu erzielen.³⁰ – Dieses Merkmal findet im Tatbestand des § 3 *BVersG* hingegen keinen Niederschlag.

„Ersetzt“ der Landesgesetzgeber, wie in Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG vorgesehen, das *BVersG* durch ein eigenes Gesetz,³¹ lässt sich hierfür aus der Übertragung der Gesetzgebungskompetenz zweierlei herleiten. Erstens liefert der Hintergrund der Kompetenzübertragung auf die Länder, der im Charakter des Versammlungsrechts als Recht der besonderen Gefahrenabwehr und die enge Verbindung mit dem Polizeirecht begründet war³² einen guten Grund dafür, ein Versammlungsgesetz als „klassisches“ Gesetz mit klar ordnenden Vorgaben und angemessenen Sanktionsmöglichkeiten auszugestalten.³³ Zweitens ist der Landesgesetzgeber bei der inhaltlichen Gestaltung des ersetzenden Landesrechts grundsätzlich frei,³⁴ eigene rechtspolitische Akzente zu setzen³⁵ und länderspezifische Besonderheiten, etwa die „regionale Lage“ oder die „Mentalität der Bewohner“ herauszustellen.³⁶ Eine damit potenziell verbundene, versammlungsrechtliche „Kleinstaaterei“³⁷ mag für Grundrechtsträger irritierend und für Behörden (insbesondere bei länderübergreifenden Versammlungslagen) unpraktisch sein. Bei der durch die Föderalismusreform beabsichtigten „Stärkung der Landesgesetzgeber“³⁸ ist dieser Umstand jedoch bewusst in Kauf

genommen worden. In Diskrepanzen des versammlungsrechtlichen Normbestands äußert sich ein Wesensmerkmal des (Sicherheits-)Föderalismus, wie es auch in anderen Materien des Gefahrenabwehrrechts, insbesondere im Polizeirecht, zutage tritt.

2. Verfassungsrechtlicher Stellenwert der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)

Der Brokdorf-Beschluss des *BVerfG* gilt weithin als „Magna Charta“ der Versammlungsfreiheit.³⁹ In ihm hat das Gericht die – bis heute maßgeblichen – Grundaussagen zu Bedeutung und Tragweite des Art. 8 GG getroffen.⁴⁰ Für das *BVerfG* handelt es sich bei der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) um eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt, dem für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung konstitutive Wirkung zukommt. Insbesondere zu berücksichtigen ist dabei der enge Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 1. HS GG. Art. 8 GG schützt die Freiheit, mit anderen Personen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen *Meinungsbildung* gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammenzukommen.⁴¹ Der Inhalt einer Meinungsäußerung, der im Rahmen des Art. 5 GG nicht unterbunden werden darf, darf daher auch nicht zur Rechtfertigung von Maßnahmen herangezogen werden, die das Grundrecht des Art. 8 GG beschränken.⁴²

Ihre besondere Relevanz gewinnt die Versammlungsfreiheit dabei vor allem als Ausdruck „ursprünglich-ungebändigter unmittelbarer Demokratie“.⁴³ Sie gestattet es in weitem Umfang Unmut und Kritik öffentlich vorzubringen und abzuarbeiten, und fungiert auf diese Weise als notwendige Bedingung eines „politischen Frühwarnsystems“,⁴⁴ das Störpotentiale anzeigt, Integrationsdefizite bestimmter Bevölkerungsgruppen sichtbar und damit auch Kurskorrekturen der offiziellen Politik möglich macht.⁴⁵ Dies ist insbesondere in parlamentarischen Demokratien wichtig, die sich grundsätzlich durch nur geringe plebiszitäre Mitwirkungsrechte auszeichnen.⁴⁶

Die Bedeutung des Art. 8 GG erschöpft sich für das *BVerfG* jedoch nicht in seiner „negativen“ Funktion als

²⁶ Krit. etwa *Poschmann*, NVwZ 2004, 1318 (1321 f.).

²⁷ BVerfGE 111, 10 (28 ff.); 111, 226 (268 f.); 112, 226 (250 ff.). Vgl. dazu *Seiler*, in: BeckOK-GG, 49. Ed. (Stand: 15.11.2021), Art. 125a Rn. 4.

²⁸ *Kniesel*, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, 18. Aufl. (2019), Teil I Rn. 13 („leidlich funktionsfähiger status quo“).

²⁹ Vgl. BVerfGE 85, 69 (74 f.).

³⁰ Vgl. nur *BVerfG*, NJW 1982 (1803); *BayObLG*, NJW 1987, 1778; BGHSt 63, 66.

³¹ Zum Begriff des „Ersetzens“ BVerfGE 111, 10 (29).

³² *Uhle*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 70 Rn. 123; zust. *Nierhaus/Rademacher*, LKV, 385 (390).

³³ Vgl. *Braun*, Stellungnahme 17/3815, S. 3.

³⁴ *Uhle*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 125a Rn. 29 m.w.N.; *Kniesel*, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, Teil I Rn. 6.

³⁵ Vgl. *Kniesel*, in: Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, Teil I Rn. 8 ff., zu den Akzentsetzungen der VersG der anderen Bundesländer.

³⁶ Vgl. *Frommel*, NK 2020, 123 (131).

³⁷ *Dürig-Friedl*, in: Dürig-Friedl/Enders, VersammlungsR, 2016, Einl. Rn. 16.

³⁸ BT-Drs. 16/813, S. 9.

³⁹ So klassisch *Hoffmann-Riem*, in: FS Simon, 1987, S. 379.

⁴⁰ Vgl. *Dürig-Friedl*, in: Dürig-Friedl/Enders, VersammlungsR, Einl. Rn. 18; *Gericke*, DÖV 2016, 948.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 111, 147 (154 f.).

⁴² Vgl. BVerfGE 111, 147 (155.); *Schneider*, in: BeckOK-GG, Art. 8 Rn. 38.

⁴³ BVerfGE 69, 315 (347).

⁴⁴ BVerfGE 69, 315 (347).

⁴⁵ BVerfGE 69, 315 (348).

⁴⁶ BVerfGE 69, 315 (347). Während sich im GG nur vereinzelt (und an entlegenen Stellen) Elemente direkter Demokratie finden lassen, vgl. Art. 28 Abs. 1, 29 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 4, 5, 6, 8 S. 3-5, 118 S. 2, 118a, 146 GG, zu letzterem vgl. BVerfGE 123, 267 (347 f.), sieht Art. 67 NRW Verf. die Möglichkeit von Volksinitiativen und Art. 68 NRW Verf. die Möglichkeit von Volksentscheiden vor. Gem. Art. 69 Abs. 3 NRW Verf. können sowohl der Landtag als auch die Regierung die Zustimmung zu einer Änderung der Verfassung durch Volksentscheid einholen, wenn eine Mehrheit von zwei Dritteln der gesetzlichen Mitgliederzahl des Landtags nicht zustanden kommt. Generell ist die NRW Verf. deutlich mehr auf eine (auch) „direktere“ demokratische Legitimation bedacht; so steht gem. Art. 3 Abs. 1 NRW Verf. die Gesetzgebung dem Volk und der Volksvertretung gleichberechtigt zu (vgl. dagegen Art. 20 Abs. 2 GG).

Abwehrrecht. Das Gericht betont vielmehr auch die grundrechtsermöglichende Rolle des Staates. Dabei sind vor allem zwei Aspekte entscheidend. Erstens soll der Staat gegenüber den Protestierenden nicht als der „große Andere“ auftreten, sondern ist i.S. einer friedlichen Durchführung von Versammlungen zu Dialog und Kooperation verpflichtet.⁴⁷ Zweitens begreift der Brokdorf-Beschluss demokratische Legitimation (Art. 20 Abs. 1, 3 GG) als partizipativ, aus der Perspektive einer grundrechtswahnehmenden Minderheit heraus.⁴⁸ Diese ist konsequent vor Störungen und Ausschreitungen Dritter zu schützen.⁴⁹ Auf der anderen Seite ist die Versammlungsfreiheit trotz ihres hohen Rangs nicht vorbehaltlos gewährleistet. Art. 8 GG garantiert lediglich das Recht, sich „friedlich und ohne Waffen zu versammeln“ und stellt dieses Recht für Veranstaltungen unter freiem Himmel unter Gesetzesvorbehalt (Art. 8 Abs. 2 GG). Damit, so das BVerfG, werde dem Umstand Rechnung getragen, dass für die Ausübung der Versammlungsfreiheit unter freiem Himmel wegen der Berührung mit der Außenwelt ein besonderer organisationsrechtlicher und verfahrensrechtlicher Regelungsbedarf besteht, um einerseits die realen Voraussetzungen für die Ausübung zu schaffen und andererseits kollidierende Interessen anderer hinreichend zu wahren.⁵⁰ Beim Erlass grundrechtsbeschränkender Vorschriften habe der Gesetzgeber jedoch die für die freiheitliche Demokratie grundlegende Bedeutung von Art. 8 GG im Allgemeinen zu beachten.⁵¹ Dies gilt auch für deren Auslegung und Anwendung durch Behörden und Gerichte.

III. Ausgewählte Einzelregelungen des VersG NRW

Allgemein zeichnet sich das VersG NRW durch eine hohe strukturelle und begriffliche Klarheit aus.⁵² Von seinem äußeren Erscheinungsbild ist es an die bisher in NRW gel-

tende Rechtslage angelehnt.⁵³ Inhaltlich schöpft das Gesetz vornehmlich aus drei Quellen. Als konzeptionelle Grundlage fungierte der im „Arbeitskreis Versammlungsrecht“ erstellte Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes (ME VersG),⁵⁴ der die grundsätzliche Eignung von Mustergesetzen als Vorlage im Gesetzgebungsverfahren nochmals⁵⁵ eindrücklich unter Beweis stellt. Normative Kongruenzen bestehen zweitens mit den Regelungen in anderen Landesversammlungsgesetzen. Beispielsweise besteht das NVersG seit Jahren und ist in dieser Zeit mehrfach geändert worden.⁵⁶ Dies diene dem nordrhein-westfälischen Gesetzgeber bei der Erstellung des VersG NRW als hinreichendes Anschauungsmaterial. Hieraus konnten insbesondere eigene Schlüsse aus legislativen Fehlentscheidungen gezogen werden.⁵⁷ Über normative „Referenzwerke“ hinaus setzt das VersG NRW – drittens – eigenständige und innovative Akzente.⁵⁸

Im Folgenden wird nicht versucht, den umfassenden Regelungsanspruch des VersG einer ebenso umfangreichen Analyse zu unterziehen. Stattdessen wird der Fokus auf bestimmte Gewährleistungs- und Eingriffstatbestände gelegt, die im Gesetzgebungsprozess besonders umstritten gewesen sind oder denen ein „innovativer“ Charakter zukommt. Auf weniger Streitiges wird hingegen verzichtet.⁵⁹ Dies gilt vor allem für die Regelungen, die an das ME VersG oder das BVerfG angelehnt sind.⁶⁰

1. „Versammlungsgesetz“ – oder „Versammlungsfreiheitsgesetz“ NRW?

Hinsichtlich der Bezeichnung tritt das neue Regelwerk bescheiden auf. Es ist schlicht mit „Versammlungsgesetz Nordrhein-Westfalen“ überschrieben und steht damit begrifflich in einer Kontinuitätslinie zum alten BVerfG. Damit wird zugleich einer jüngeren Entwicklung eine Absage erteilt, wonach Versammlungsgesetze dezidiert als

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 69, 315 (355, 357 ff.).

⁴⁸ Vgl. *Lepsius*, in: Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius, Der Brokdorf-Beschluss, 2015, S. 142 f. Vgl. dagegen zur sog. Legitimationsketten-Rspr., die auf den Willen eines kollektiven Subjekts abstellt BVerfGE 77, 1 (40); 83, 60 (72); 93, 37 (66); 107, 59 (87).

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 69, 315 (355); *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 8 Rn. 122 m.w.N.

⁵⁰ BVerfGE 69, 315 (348).

⁵¹ BVerfGE 69, 315 (348).

⁵² So auch *Braun* (Fn. 33), S. 2. Als Beispiel genannt sei das Bemühen, durchweg zwischen Vorschriften zur Verfahrensgestaltung und Eingriffstatbeständen zu unterscheiden, vgl. NRW LT-Drs. 17/12423, S. 64.

⁵³ An Teil 1, der „Allgemeine Regelungen“ enthält, schließen sich Regelungen zu Versammlungen unter freiem Himmel (Teil 2) und in geschlossenen Räumen (Teil 3) an. Teil 4 enthält versammlungsrechtsspezifische Straf- und Ordnungswidrigkeitsnormen, Teil 5 trifft Bestimmungen zur Entschädigung und Schadenersatz. Teil 6 enthält Zuständigkeits- und Schlussvorschriften. Vgl. zu geringfügigen Abweichungen zur Struktur des BVerfG NRW LT-Drs. 17/12423, S. 2.

⁵⁴ *Hong/Enders/Hoffmann-Riem/Kniesel/Poscher/Schulze-Fielitz*, Arbeitskreis Versammlungsrecht. Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes (ME VersG), 2011.

⁵⁵ Vgl. etwa zum Einfluss des MEVersG auf das VersFG BE *Schlüsselburg*, LKV 2021, 211. Krit. insoweit (noch) *Dürig-Friedl*, in: Dürig-Friedl/Enders, VersammlungsR, Einl. Rn. 17. Zur Bedeutung des Musterentwurfs für ein einheitliches Polizeigesetz (MEPolG) für die Entwicklung des PolR vgl. *Knemeyer*, LKV 1991, 321 sowie *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. (2021), Rn. 25.

⁵⁶ Bspw. ist das NVersG bislang einmal berichtigt (Nds. GVBl. 2010 S. 532) und zweimal (2017: Nds. GVBl. S. 106; 2019: Nds. GVBl. S. 88) geändert worden.

⁵⁷ Im NVersG ist 2017 der Verstoß gegen das Vermummungsverbot (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 NVersG) zur Ordnungswidrigkeit herabgestuft worden, um – mit Verweis auf das im Ordnungswidrigkeitenrecht bestehende Opportunitätsprinzip – den „Handlungsspielraum“ der Polizeikräfte zu erhöhen (vgl. LT-Drs. 17/6233, S. 7). Die erneute Hochstufung als Straftatbestand 2019 (§ 20 Abs. 2 Nr. 5 NVersG) erfolgte ohne Begründung. Vgl. hierauf bezugnehmend die Begründung zur Strafvorschrift des § 27 Abs. 7 VersG NRW (NRW LT-Drs. 17/12423, S. 86).

⁵⁸ Vgl. NRW LT-Drs. 17/12423, S. 44.

⁵⁹ Bspw. § 3 VersG NRW.

⁶⁰ Bspw. ist die Zulässigkeit des § 16 Abs. 2 VersG NRW, der die Anfertigung von Übersichtsaufnahmen bei großen und unübersichtlichen Versammlungslagen gestattet, mit Blick auf die hierzu ergangene verfassungsgerichtliche Rspr. (BVerfGE 122, 342 [373]) unstrittig, vgl. *Braun* (Fn. 33), S. 15; *Schwarz*, Stellungnahme 17/3815, S. 3. Nach Ansicht des *OVG Münster* (ZUM 2020, 646) stellen bloße Übersichtsaufnahmen, die erkennbar der Lenkung eines Polizeieinsatzes, namentlich von Großdemonstrationen dienen, sogar schon keinen Grundrechtseingriff dar. Krit. *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. (2020), § 21 Rn. 6.

„Versammlungsfreiheitsgesetze“ verabschiedet worden sind.⁶¹ Auch der von der SPD-Fraktion protegierte Entwurf eines Versammlungsgesetzes für Nordrhein-Westfalen wurde als „Versammlungsfreiheitsgesetz Nordrhein-Westfalen“ in den Landtag eingebracht.⁶² Indes erscheint diese Bezeichnung wenig überzeugend. Soweit damit ein Gesetz gemeint ist, welches auf der Ebene des einfachen Rechts das Grundrecht der Versammlungsfreiheit zum Gegenstand hat (Versammlungsfreiheits-Gesetz), ist dies, da zweifellos zutreffend, nicht zu beanstanden. Verkannt wird aber der Zweck, den ein Gesetz zu dieser Regelungsmaterie erfüllen sollte: Das Recht der Versammlungen dient in erster Linie einer rechtsförmigen Durchführung von Versammlungen sowie der Abwehr versammlungsspezifischer Gefahren.⁶³ Dem (einfachen) Gesetzgeber steht es nicht an, über Bedeutung der Grundrechte und ihrem Verhältnis zueinander zu urteilen – dazu ist er weder zuständig noch befugt.⁶⁴ Vielmehr hat der Gesetzgeber die effektive Wahrnehmung staatlicher Aufgaben zu gewährleisten, die mit der Versammlungsfreiheit in Verbindung stehen. In Ausprägung des Vorbehalts des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) hat er insbesondere normative Vorgaben in Gestalt von Ge- und Verboten sowie versammlungsrechtsspezifische Befugnisnormen zu schaffen.⁶⁵ Wird durch den Begriff ferner suggeriert, erst ein „Versammlungsfreiheitsgesetz“ ver helfe den sich Versammelnden zu ihrem Recht (Versammlungs-Freiheitsgesetz), so ist diese Vorstellung irreführend, da die Freiheitsgarantie des Art. 8 GG unabhängig von den Normierungen des einfachen Gesetzgebers gilt und eine einfachgesetzliche „Ertüchtigung“ der Grundrechtsträger folglich nicht erforderlich ist. Schief ist zuletzt die Vorstellung, ein Weniger an Staat komme einem Mehr an (Versammlungs-)Freiheit gleich. Angesichts eines teilweise hochpolarisierten Meinungsklimas erscheint kaum eine Stelle des Brokdorf-Beschlusses der *BVerfG* so aktuell wie jene, die dem Staat die Aufgabe zuweist, sich schützend vor Versammlungen zu stellen.

Kommt es auf den materiellen Gehalt eines Gesetzes an, ist dessen Name letzten Endes zweitrangig. Indes erscheint das Anliegen, weniger grundrechtliche Gewährleistungen zu deklarieren als vielmehr ein praktikables, „den Anforderungen der behördlichen Praxis“⁶⁶ genügendes Regelwerk zum Phänomenbereich „Versammlung“ zu schaffen,⁶⁷ vorzugswürdig. Die Bezeichnung „Versammlungsgesetz“ drückt dieses Anliegen überzeugend aus. Dass das VersG NRW nicht gänzlich ohne symbolische Gesten auskommt, verdeutlichen die Ausführungen zu § 1

VersG NRW, wo der Ausdruck „jedermann“ (vgl. § 1 BVerfG) durch „jede Person“ ersetzt wurde, „um die möglicherweise gesetzsprachlich altertümlich anmutende und Irritationen bzw. Abwehrreaktionen auslösende Formulierung ‚jedermann‘ zu vermeiden.“⁶⁸ Abgesehen davon, dass zwischen der Bedeutung beider Begriffe keine ernstzunehmenden Unterschiede bestehen, ist die Verwendung von „jedermann“ verfassungsrechtlich verbürgt (vgl. Art. 9 Abs. 3, 17, 56, 93 Abs. 1 Nr. 4a, Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 24 Abs. 1 S. 2, 53, 75 Nr. 5a, 80 NRW Verf.). Die Assoziation, mit jedermann seien nur männliche Versammlungsteilnehmer gemeint, ist materiell-verfassungsrechtlich⁶⁹ wie linguistisch fernliegend (mhd. *man*: irgendeiner, jeder beliebige Mensch, so auch engl. *mankind*, Menschheit, nicht: Männerheit). Das Recht des Gesetzgebers, trotzdem auf die Formulierung „jede Person“ abzustellen, bleibt davon unberührt. Dasselbe gilt für die Verdopplung des materiellen Gehalts⁷⁰ bei §§ 6 Abs. 2, 9 Abs. 1, Abs. 2, 16 Abs. 5 Nr. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 VersG NRW durch das Hinzufügen des grammatischen Femininums.

2. Bestimmung des Begriffs „Versammlung“ (§ 2 Abs. 3 VersG NRW)

Dem Beispiel anderer Versammlungsgesetze der Länder folgend⁷¹ ist nun auch in Nordrhein-Westfalen der Begriff der Versammlung im einfachen Recht legaldefiniert (§ 2 Abs. 3 VersG NRW). Danach ist unter „Versammlung“ eine örtliche Zusammenkunft von mindestens drei Personen zur gemeinschaftlichen, überwiegend auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten, Erörterung oder Kundgebung zu verstehen. Augenfällig ist erstens, dass die Definition in der Frage, ab wie vielen Teilnehmern von einer „Versammlung“ gesprochen werden kann, mit drei Personen eindeutig Stellung bezieht. In den Versammlungsgesetzen der Länder wird die Frage durchaus heterogen beantwortet. Während § 2 Abs. 1 VersFG S-H ebenfalls von drei Personen ausgeht, lassen Art. 2 Abs. 1 BayVersG und § 2 Abs. 1 NVerfG zwei Personen genügen;⁷² letzteres dürfte allerdings die (wohl) h.M.⁷³ abbilden. Grundsätzlich tragen Legaldefinitionen zur Normklarheit und zur Erleichterung der Rechtsanwendung bei. Bemühungen des Gesetzgebers in dieser Hinsicht sind daher grundsätzlich zu begrüßen. Abgesehen

⁶¹ Vgl. Fn. 24.

⁶² Vgl. NRW LT-Drs. 17/11673.

⁶³ Vgl. BVerfGE 69, 315 (348 ff.); *Dürig-Friedl*, in: *Dürig-Friedl/Enders, VersammlungsR*, Einl. Rn. 5.

⁶⁴ Vgl. *Thiel*, Stellungnahme 17/3858, S. 5. Vgl. i.d.S. ebenso NRW LT-Drs. 17/12423, S. 48.

⁶⁵ So zu Recht *Thiel* (Fn. 65), S. 5.

⁶⁶ NRW LT-Drs. 17/12423, S. 44.

⁶⁷ Vgl. NRW LT-Drs. 17/12423, S. 46.

⁶⁸ NRW LT-Drs. 17/12423, S. 45.

⁶⁹ Wenn BVerfGE 69, 315 (344) davon spricht, dass die Versammlungsfreiheit „unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit“ (Hervorh. durch Verfasser) gilt, sind Frauen von dieser Aussage schon begrifflich umfasst.

⁷⁰ Schon bei der „geschlechterdifferenzierten Betrachtung der Auswirkungen des Gesetzes“ weist der Entwurf darauf hin, dass das „Gesetz keine Auswirkungen auf die Gleichstellung von Frauen und Männern (hat). Die Wirkungen treten unabhängig vom Geschlecht der Betroffenen ein“, siehe NRW LT-Drs. 7/12423, S. 3.

⁷¹ Vgl. nur Art. 2 Abs. 1 BayVersG, § 2 Abs. 1 VersFG S-H, § 2 Abs. 1 NVerfG.

⁷² Auch im ursprünglichen Entwurf war, entsprechend § 2 Abs. 2 die Anzahl von zwei Personen vorgesehen, vgl. NRW LT-Drs. 17/12423, S. 47. Zust. insoweit *Thiel* (Fn. 65), S. 11, 6.

⁷³ *HessVGH*, Beschl. v. 31.5.2012 – 8 A 514/12 –, juris; *VGH BW*, Urt. v. 25.4.2007 – 1 S 2828/06 –, juris; *Kniesel*, NJW 2000, 2857 (2857), *Dürig-Friedl*, in: *Dürig-Friedl/Enders, VersammlungsR*, Einl. Rn. 26; *Weber*, Grundzüge des VersR, 2010, S. 12; *Depenheuer*, in: *Dürig/Herzog/Scholz, GG*, Art. 8 Rn. 45 m.w.N.

davon, dass die Diskussion über die genaue Teilnehmerzahl bisweilen etwas lebensfremd⁷⁴ (insbesondere die Bezeichnung von zwei oder drei Personen als „Versammlung“ und die daraus folgende Notwendigkeit, einen Versammlungsleiter bestimmen zu müssen, vgl. § 10 Abs. 2 S. 2 VersG NRW) oder willkürlich wirkt,⁷⁵ hat sich das BVerfG zu dieser Frage nur insoweit geäußert, dass jedenfalls eine Person nicht ausreicht, um eine Versammlung zu begründen.⁷⁶ Insgesamt wäre möglicherweise ein pragmatischer Ansatz, wie ihn auch das BVerfG vertritt, vorzugswürdig gewesen. Das Gericht spricht insoweit von der Entfaltung von Kommunikation „mehrerer Personen“⁷⁷, was eine „typologisch-wertende Betrachtungsweise“⁷⁸ ermöglicht.

Zweitens liegt eine Versammlung nach § 2 Abs. 3 VersG NRW nur vor, wenn diese „überwiegend“ auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinung gerichtet ist. Diese Formulierung ist nicht unproblematisch. Zwar geht aus der Rechtsprechung, insbesondere aus der des BVerfG⁷⁹, aber auch aus der des BVerwG⁸⁰ hervor, dass es für die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 8 GG wegen seines Bezugs auf den Prozess *öffentlicher Meinungsbildung* nicht ausreicht, dass die Teilnehmer bei ihrer gemeinschaftlichen kommunikativen Entfaltung durch einen beliebigen Zweck verbunden sind. Enthält eine Veranstaltung indes sowohl Elemente, die auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet sind, als auch solche, die diesem Zweck nicht zuzurechnen sind, ist entscheidend, ob eine derart gemischte Veranstaltung ihrem *Gesamtgepräge* nach eine Versammlung ist.⁸¹ Kann hierbei ein Übergewicht des einen oder des anderen Bereichs nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ist die Veranstaltung wie eine Versammlung zu behandeln.⁸² Ist also die Meinungskundgabe, wie bei einer auf Spaß und Unterhaltung ausgerichteten öffentlichen Massenparty,⁸³ nicht nur „beiläufiger Nebenakt“⁸⁴, sind gemischte Veranstaltungen *in dubio* der Versammlungsfreiheit zuzuordnen.

Indem Veranstaltungen, bei denen sich nicht eindeutig ein Überwiegen der dem öffentlichen Meinungsaustausch dienenden Elemente feststellen lässt, vom Anwendungsbereich des VersG NRW ausgenommen werden, droht das Merkmal „überwiegend“ den Schutzbereich des Art. 8 GG in unzulässiger Weise zu verkürzen. Um die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 2 Abs. 2 VersG NRW zu vermeiden,⁸⁵ wäre eine Harmonisierung mit dem verfassungsgerichtlichen Versammlungsbegriff sinnvoll.⁸⁶

Zwingend erfordert eine Versammlung die gleichzeitige physische Präsenz mehrerer Personen an einem Ort.⁸⁷ Virtuelle „Versammlungen“ sind somit keine i.S.d. Art. 8 GG.⁸⁸ Dem Gesetzgeber hätte es allerdings durchaus freigestanden, Phänomene wie Online-Demonstrationen dem Anwendungsbereich des VersG NRW unterfallen zu lassen. Zwar stellen „Online-Versammlungen“ aus grundrechtlicher Perspektive kein funktionales Äquivalent dar;⁸⁹ im Hinblick auf die, insbesondere im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, gewachsene Relevanz hätte eine Aufnahme jedenfalls – entsprechend zur Entwicklung in anderen Rechtsgebieten⁹⁰ – zu einer Erhöhung des normativen Stellenwerts „nur“ virtueller Zusammenkünfte beigetragen.⁹¹

Abschließend ist zu begrüßen, dass in § 10 Abs. 3 und 4 VersG NRW erstmals Bestimmungen zur sog. Eil- und Spontanversammlung getroffen werden (vgl. anders § 1 Abs. 1 BVerfG).⁹² Bei der Definition der Spontanversammlung ist bewusst der vom BVerfG als präzise erachtete Anknüpfungspunkt des „aktuellen Anlasses“ gewählt worden.⁹³ Gegenüber dem Entwurf der SPD-Fraktion, welcher den „spontanen Entschluss“ der sich Versammelnden als maßgebliches Kriterium vorsah,⁹⁴ ist der „aktuelle Anlass“ einer objektiven Prüfung zugänglich, was es deutlich erschwert, die in § 2 Abs. 3 S. 1 VersG NRW normierte Anzeigepflicht zu umgehen.

⁷⁴ Vgl. *Laubinger/Repkewitz*, VerwArch 92 (2001), 585 (615), die von einem „Streit um des Kaisers Bart“ sprechen.

⁷⁵ Der häufige Verweis auf § 56 BGB besitzt keine verfassungsrechtliche Grundlage.

⁷⁶ BVerfG, NJW 1987, 3245. Konkret ging es um das Anliegen des Bf., vor dem Elternhaus *Erichs Honeckers* eine Mahnwache abzuhalten. Indes kann sich eine „1-Mann-Demonstration“ auf andere Grundrechte, insbes. auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 I. Alt. GG berufen.

⁷⁷ BVerfGE 104, 92 (104); BVerfG, Beschl. v. 12.7.2001 – 1 BvQ 28, 30/01, Rn. 16; ebenso *OVG Weimar*, DÖV 1998, 123 (124).

⁷⁸ *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 8 Rn. 45.

⁷⁹ BVerfGE 104, 92 (104).

⁸⁰ BVerwG, NVwZ 2007, 1431 (1432); *Schwarz* (Fn. 61), S. 2.

⁸¹ BVerfGE 143, 161 (211); BVerfG, Beschl. v. 12.7.2001 – 1 BvQ 28, 30/01, Rn. 22 ff.; BVerwG, NVwZ 2007, 1431 (1432 f.); *Schwarz* (Fn. 61), S. 2.

⁸² Deziert BVerfGE 143, 161 (211); BVerwG, NVwZ 2007, 1431 (1433).

⁸³ BVerfG, NJW 2001, 2459 (2460).

⁸⁴ BVerfGE 143, 161 (213).

⁸⁵ Als Vorlage des § 2 Abs. 2 VersG NRW dient wohl § 2 Abs. 1 S. 1 ME VersG, der ebenfalls den Zusatz „überwiegend“ enthält. In der Begr. (siehe *Hong/Enders/Hoffmann-Riem/Kniesel/Poscher/Schulze-Fielitz*, Arbeitskreis Versammlungsrecht. Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, S. 17) wird dazu klargestellt, dass im Zweifel der hohe Rang der Versammlungsfreiheit bewirke, dass eine Veranstaltung als Versammlung zu behandeln sei: „Dies bedarf keiner ausdrücklichen Klarstellung im Gesetz.“ Einen solchen Passus weist die Begr. zu § 2 Abs. 2 VersG NRW indes nicht auf.

⁸⁶ So auch *Schwarz* (Fn. 61), S. 2; *Thiel* (Fn. 65), S. 11.

⁸⁷ H.M., siehe BVerfGE 69, 315 (345); *OVG Münster*, NVwZ 2017, 648 (649). Krit. etwa *Möhlen* MMR 2013, 221 (227 ff.) sowie *Wetzel*, MMR 2021, 220 (225), der eine „technikbegleitende Auslegung“ des Art. 8 GG für unabdingbar hält.

⁸⁸ *Depenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 8 Rn. 46.

⁸⁹ *Sinder*, NVwZ 2021, 103 (103).

⁹⁰ Bspw. sind seit dem 28.3.2020 die Durchführungen rein virtueller Mitglieder- und Hauptversammlungen sowie dezentrale Gremienbeschlüsse möglich (Art. 2 des § 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht [BGBl. I 2020, S. 569]); die Geltungsdauer der Regelungen wurde zunächst durch Verordnung vom 20.8.2020 bis Ende 2021 verlängert (BGBl. I 2020, S. 2258) und gilt nunmehr bis zum 31.8.2022 (BGBl. I 2021, S. 4147). § 37a GO BW sieht die Sitzungen des Gemeinderats und die Durchführung von Beschlussfassungen ohne persönliche Anwesenheit der Mitglieder bei zeitgleicher Übertragung von Bild und Ton vor, wenn „Gegenstände einfacher Art“ oder „schwerwiegende Gründe“ vorliegen. Zur Debatte um die Einführung des gleichgelagerten § 58a Abs. 1 GO NRW siehe das Gutachten des Parlamentarischen Beratungskomitees und Gutachtensdienstes NRW, Inf. 17/322, S. 25 ff.

⁹¹ Vgl. hierzu die Ausführungen von *Arzt*, Stellungnahme 17/3834, S. 5.

⁹² Dazu erstmals BVerfGE 69, 315 (350 f.).

⁹³ NRW LT-Drs. 17/12423, S. 63.

⁹⁴ Vgl. § 11 Abs. 6 SPD-E. Siehe hierzu die Begr. bei NRW LT-Drs. 17/11673, S. 29.

Dass überdies die im ursprünglichen Entwurf geplante Außerachtlassung von Samstagen, Sonn- und Feiertagen bei der Berechnung der 48-Stunden-Anmeldefrist für Eilversammlungen nach den Beratungen im Innen- und Rechtsausschuss wieder zurückgenommen wurde,⁹⁵ zeugt exemplarisch für die im politischen Wettbewerb grundsätzlich achtenswerte Bereitschaft, überzeugende Kritik⁹⁶ konstruktiv bei der Normgestaltung einzubringen.

3. Statuierung als allgemeines Störungsverbots (§ 7 VersG NRW)

Nach § 7 Abs. 1 VersG NRW ist es verboten, eine Versammlung mit dem Ziel zu stören, diese zu behindern oder zu vereiteln. Die Normierung eines Störungsverbots in § 7 Abs. 1 VersG NRW zielt, wie § 2 Abs. 2 BVersG und entsprechende Vorschriften in anderen Landesversammlungsgesetzen⁹⁷ darauf ab, die Durchführung von Versammlungen zu ermöglichen sowie die Grundrechtsausübung vor Störungen und Ausschreitungen Dritter zu schützen (vgl. § 3 Abs. 1 VersG NRW).⁹⁸ § 7 VersG NRW dient damit unmittelbar der Umsetzung des Brokdorf-Beschlusses.

§ 7 Abs. 1 VersG NRW verdient in mehrfacher Hinsicht besondere Aufmerksamkeit. Zunächst ist die Vorschrift, anders als § 7 Abs. 1 MEVersG, der (auch) für die nordrhein-westfälische Norm Pate gestanden hat,⁹⁹ nicht mit einem Erheblichkeitsvorbehalt ausgestattet.¹⁰⁰ Damit ist grundsätzlich jedwede Störung einer Versammlung untersagt, und sei sie noch so unerheblich.¹⁰¹ An der Ausgestaltung des Störungsverbots ist während des Gesetzgebungsprozesses massive Kritik geübt worden. Gegen die Regelung wurde insbesondere vorgebracht, sie verunmögliche den lautstarken Gegenprotest, der seinerseits vom Schutzbereich des Art. 8 GG erfasst ist.¹⁰² Eine gewisse Angriffsfläche bot dabei das Merkmal des „Behinderns“,¹⁰³ das, i.S. einer (bloßen) Behinderung interpretiert, sich als Anspruch auf weitestgehendes Fernhalten von unerwünschten Einflüssen (miss-)deuten ließe. Dagegen machen schon die qualifizierten Regelbeispiele („insbesondere“) in Abs. 2 deutlich, dass es sich bei beiden in Abs. 1 genannten Alternativen um abgestufte Erscheinungsformen einer „Störung“ der Versammlung handeln muss. „Destruktive“¹⁰⁴ Versammlungen, zielen darauf ab, die Gegenveranstaltung zu verhindern oder sind nach Art und

Aufmachung des Protests hierzu geeignet (z.B. durch das Erzeugen von ohrenbetäubendem Lärm). Hier muss der Staat zugunsten der beeinträchtigten Versammlung eingreifen, um eine andernfalls drohende Entleerung des materiellen Gehalts der Versammlungsfreiheit durch nichtstaatliche Akteure zu verhindern. Diese Pflicht kommt ihm grundsätzlich unabhängig vom Niveau der Versammlung und davon zu, ob deren Anliegen erstrebenswert erscheint oder nicht.¹⁰⁵ Umgekehrt gilt: Überschreiten Gegenproteste diese Grenze nicht, stellen sie keine „Behinderungen“, d.h. „Störungen“ im versammlungsrechtlichen Sinne dar und sind folglich auch nicht verboten. Trotz der Möglichkeit, § 7 Abs. 1 VersG NRW in dieser Weise auszulegen, hat sich der Gesetzgeber letzten Endes dazu entschlossen, in einem § 7 Abs. 3 VersG NRW explizit klarzustellen, dass nichtstörende, kommunikative Gegenproteste nicht dem Störungsverbot unterfallen.

Die bereits erwähnten Regelbeispiele in § 7 Abs. 2 VersG NRW dienen der Konkretisierung des Störungsbegriffs. Während das Regelbeispiel in Nr. 1 den Gehalt des Absatzes 1 unmittelbar konkretisiert, zielt Nr. 3 mit dem Schutz von Versammlungsleitern und Ordnern auf diejenigen, die bei der Versammlung in besonderer Verantwortung stehen und nach außen besonders exponiert sind (etwa durch das Tragen einer Warnweste).¹⁰⁶

Im Kreuzfeuer der öffentlichen Kritik stand indessen das im Hinblick auf die bisherige Rechtslage, aber auch hinsichtlich der versammlungsrechtlichen Regelungslandschaft „neuartige“¹⁰⁷ Regelbeispiel in Nr. 2. Unter Ergänzung von Nr. 1 verbietet es Handlungen, die auf die „Förderung“ der dort beschriebenen Handlungen gegen bevorstehende Versammlungen gerichtet sind. Die Vorschrift zielt auf die Durchführung sog. Blockadetrainings.¹⁰⁸ Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Schulungsveranstaltungen, bei denen den Teilnehmern einer Gegendemonstration notwendige Praktiken vermittelt werden, um eine später angesetzte bestimmte Versammlung möglichst effektiv stören bzw. vereiteln zu können. Durch die Schaffung der Nr. 2 reagiert der Gesetzgeber einerseits auf den Umstand, dass derartige Veranstaltungen durch die Rechtsprechung als eigenständige Versammlung anerkannt

⁹⁵ Vgl. NRW LT-Drs. 17/15915, S. 10.

⁹⁶ Siehe die Stellungnahme der Gewerkschaft ver.di, NRW LT-Drs. 17/3829, S. 10.

⁹⁷ Vgl. nur § 4 NVersG, § 7 VersFG S-H, § 2 Abs. 2 VersG S-A, Art. 8 BayVersG.

⁹⁸ Vgl. bereits BVerfGE 69, 315 (355).

⁹⁹ Vgl. NRW LT-Drs. 17/12423, S. 58.

¹⁰⁰ § 7 Abs. 1 MEVersG lautet: Es ist verboten, eine Versammlung mit dem Ziel zu stören, deren Durchführung erheblich zu behindern und zu vereiteln. Auch § 7 des VersG NRW-Entwurfs der SPD-Fraktion hatte einen Erheblichkeitsvorbehalt vorgesehen, um die „kommunikative Auseinandersetzung“ nicht zu gefährden, NRW LT-Drs. 17/11673, S. 24.

¹⁰¹ Zustimmung Schwarze (Fn. 61), S. 3; v. Coelln, Stellungnahme 17/3817, S. 6.

¹⁰² Siehe Stellungnahme der Gewerkschaft ver.di, NRW LT-Drs. 17/3829, S. 10. Zum Grundrechtsschutz derjenigen, die den in einer Versammlung verkündeten Meinungen kritisch oder ablehnend gegenüberstehen und dies in der Versammlung mit kommunikativen Mitteln zum Ausdruck bringen wollen s. BVerfGE 92, 191 (202 f.), ferner die Begr. zu § 7 ME VersG bei Hong/Enders/Hoffmann-Riem/Kniesel/Poscher/Schulze-Fielitz, Arbeitskreis Versammlungsrecht. Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, S. 27.

¹⁰³ Vgl. v. Coelln (Fn. 102), S. 6 f. mit entspr. Änderungsvorschlag.

¹⁰⁴ Thiel (Fn. 65), S. 14.

¹⁰⁵ Deziert BVerfG, NVwZ 2001, 3054 (3056): „Drohen Gewalttaten als Gegenreaktion auf Versammlungen, so ist es Aufgabe der zum Schutz der rechtsstaatlichen Ordnung berufenen Polizei, in unparteiischer Weise auf die Verwirklichung des Versammlungsrechts hinzuwirken.“

¹⁰⁶ Vgl. NRW LT-Drs. 17/12423, S. 59.

¹⁰⁷ So v. Coelln (Fn. 102), S. 7.

¹⁰⁸ NRW LT-Drs. 17/12423, S. 59. Vgl. zu § 4 NVersG Nds. LT-Drs. 16/2075, S. 27.

worden sind,¹⁰⁹ andererseits angenommen wurde, der Wortlaut des § 2 Abs. 2 BVersG („bei Versammlungen“) setze den Beginn der Versammlung voraus.¹¹⁰ In der Sache ist § 7 Abs. 2 Nr. 2 VersG NRW berechtigt. Soweit darauf abgestellt wird, allein das *Einüben* von Blockadepraktiken stelle als solches noch keine Gefahr dar bzw. ob eine Blockade in der Folge auch tatsächlich stattfindet, stünde „nicht sicher fest“,¹¹¹ erscheint dies wenig überzeugend: Ob im Falle des Falles „Blockadeprofit“ beteiligt sind oder nicht, macht in der konkreten Versammlungslage einen erheblichen Unterschied. Entsprechende Schulungen erhöhen die Blockadefähigkeiten potenzieller Blockierer und bestärkt diese zudem in ihrer Blockadeabsicht, was sich wiederum potenziell nachteilig für die blockierte Versammlung auswirkt.¹¹²

Das *BVerfG* hat in seinem Brokdorf-Beschluss explizit darauf hingewiesen, dass Art. 8 GG „auch und vor allem andersdenkenden Minderheiten zugute kommt“¹¹³. I.d.S. ist die Erweiterung der Möglichkeit, derartige Veranstaltungen zum adäquaten Schutz zwar umstrittener, aber rechtmäßiger Versammlungen zu erweitern, sehr gut nachvollziehbar¹¹⁴ und verfassungsrechtlich zulässig, zumal die Anliegen der Organisatoren entsprechender Trainings nur von der Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gedeckt sind. Für die Art von Blockade, die von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt ist – sog. symbolische oder kommunikative Blockade – bedarf es keines Trainings.¹¹⁵ Insoweit wird durch Nr. 2 gerade der hohe Stellenwert eines fairen, auf die „geistige Auseinandersetzung“¹¹⁶ gerichteten Versammlungsgeschehens betont.

4. Anwendbarkeit des Polizeirechts in Versammlungslagen (§ 9 VersG NRW)

Die Anwendbarkeit des Polizeirechts gehörte unter dem BVersG zu den umstrittensten Materien (Stichwort: „Polizeifestigkeit des Versammlungsrechts“¹¹⁷). § 15 Abs. 1 BVersG sieht vor, dass die Versammlungsbehörde die Versammlung verbietet oder von bestimmten Auflagen abhängig macht, wenn nach den Umständen die öffentliche Ordnung oder Sicherheit unmittelbar gefährdet ist; sie kann nach § 15 Abs. 2 BVersG eine Versammlung auflösen, wenn sie nicht angemeldet ist, wenn von den Anga-

ben der Anmeldung abgewichen oder den Auflagen zuwidergehandelt wird oder wenn die Voraussetzungen zu einem Verbot nach Abs. 1 gegeben sind. Andere Maßnahmen als die Auflösung der Versammlung nennt § 15 Abs. 2 BVersG nicht.

Regelte § 15 Abs. 1 BVersG mögliche Gefahrenabwehrmaßnahmen abschließend, behalf sich die Rechtsprechung traditionell mit dem Konstrukt sog. Minusmaßnahmen:¹¹⁸ Nach ihrer Ansicht hat die Regelung in § 15 BVersG nicht zur Folge, dass die Behörde den durch eine Versammlung verursachten Gefahren ausschließlich durch Auflösung der Veranstaltung begegnen könnte. Vielmehr verweise die Vorschrift mit der Wendung, dass die zuständige Behörde die Versammlung von „bestimmten Auflagen“ abhängig machen kann, auf den Katalog der zur Abwehr von Gefahren zustehenden – auch polizeirechtlicher – Befugnisse und lässt deren Anwendung als Mittel zur Abwehr unmittelbarer Gefahren i.S. von § 15 BVersG zu, wenn die Unterbindung oder Auflösung einer Versammlung unverhältnismäßig wäre. Bekommt die Polizei während einer Versammlung etwa den anonymen Hinweis, einige Versammlungsteilnehmer führten verbotene Betäubungsmittel mit sich, kann sie Teilnehmer auf Grundlage des allgemeinen Polizeirechts durchsuchen, um auf diese Weise eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzuwehren.¹¹⁹ Der „oft überstrapazierte“¹²⁰ Begriff der Polizeifestigkeit bedeutet mithin nicht, dass in die Versammlungsfreiheit nur aufgrund von versammlungsgesetzlichen Befugnissen eingegriffen werden könnte.¹²¹

Durch die Regelung in § 9 Abs. 1 S. 1 VersG NRW¹²² wird das ohnehin fragwürdige Konstrukt der Minusmaßnahmen obsolet.¹²³ Ein Rückgriff auf Normen des allgemeinen Polizeirechts ist danach, aber auch nur dann zulässig, soweit das VersG NRW die Abwehr von Gefahren gegenüber „einzelnen Teilnehmern nicht regelt“ und „nach den erkennbaren Umständen eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht“. Insbesondere in Bezug auf die Gesamtversammlung entfalten die Befugnisse des VersG NRW eine Sperrwirkung für das Polizeirecht (§§ 10, 12, 14 VersG NRW). Die Eingriffsschwelle der „unmittelbaren Gefahr“ greift auf die im Versammlungsrecht übliche Gefahrenkategorie zurück.¹²⁴

¹⁰⁹ *OVG Münster*, NVwZ-RR 2013, 38 (41); zust. *Enders*, in: *Dürig-Friedl/Enders*, VersammlungsR, § 2 Rn. 12; a.A. *OVG Lüneburg*, BeckRS 2011, 52931: „Bereits das öffentliche Üben der Verhinderung einer nicht verbotenen Versammlung stellt einen Verstoß gegen § 2 Abs. 2 VersG (heute: § 4 NVersG) dar, der die zuständige Behörde nach § 15 Abs. 1 VersG (heute: § 8 Abs. 1 NVersG) zum Erlass einer diese Übung untersagenden Auflage ermächtigt“ (amtlicher Leitsatz). Krit. zur Entscheidung des *OVG Münster* auch *VG Dresden*, Beschl. v. 1.2.2013 – 6 L 35/13, juris.

¹¹⁰ *Kniesel*, in: *Dietel/Gintzel/Kniesel*, VersG, Teil II § 2 Rn. 13, 30; *Braun* (Fn. 33), S. 6. A.A. *OVG Lüneburg*, BeckRS 2011, 52931; v. *Coelln* (Fn. 102), S. 7.

¹¹¹ So *Achelpöhler* in der Expertenanhörung des Innen- und des Rechtsausschusses, APr 17/1406, S. 39.

¹¹² So zu Recht NRW LT-Drs. 17/12423, S. 69.

¹¹³ BVerfGE 69, 315 (347). Vgl. ferner *BVerfG*, NJW 2001, 2069 (2071).

¹¹⁴ Sehr krit. hingegen *Arzt* (Fn. 92), S. 14.

¹¹⁵ So *Ullrich* in der Expertenanhörung des Innen- und des Rechtsausschusses, APr 17/1406, S. 33.

¹¹⁶ BVerfGE 69, 315 (345), Hervorh. durch Verfasser.

¹¹⁷ Vgl. zum Begriff der „Polizeifestigkeit“ v. *Coelln*, NVwZ 2001, 1234; *Dürig-Friedl*, in: *Dürig-Friedl/Enders*, VersammlungsR, Einl. Rn. 45; *Bünnigmann*, JuS 2016, 695; *Brenneisen*, DVBl 2021, 931.

¹¹⁸ Vgl. hierzu *Dürig-Friedl*, in: *Dürig-Friedl/Enders*, VersammlungsR, § 15 Rn. 157 ff.

¹¹⁹ Vgl. auch *Thiel* (Fn. 65), S. 16, der als Beispiel einen Versammlungsteilnehmer anführt, der während der Versammlung ein Messer zieht.

¹²⁰ *Kniesel*, in: *Dietel/Gintzel/Kniesel*, VersG, Teil I Rn. 392.

¹²¹ BVerwGE 129, 142; *BVerwG*, Beschl. v. 16.11.2010 – 6 B 58.10, BeckRS 2010, 56683 Rn. 6.

¹²² § 9 VersG NRW entspricht § 9 ME VersG. Im BVersG findet sich keine entsprechende Vorschrift.

¹²³ *Braun* (Fn. 33), S. 8; vgl. ferner die Kritik zu § 9 ME VersG bei *Hong/Enders/Hoffmann-Riem/Kniesel/Poscher/Schulze-Fielitz*, Arbeitskreis Versammlungsrecht. Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, S. 31 f. wo von einer dogmatisch unklaren „Notlösung“ die Rede ist.

¹²⁴ Vgl. BVerfGE 69, 315 (365, 368).

Etabliert § 9 VersG NRW durch Sondervorschriften für Versammlungen in geschlossenen Räumen (Abs. 2) und durch die Unterbindung der Teilnahme (Abs. 3) insgesamt ein ausgewogenes, differenziertes Regelungsregime, begegnet allerdings die Regelung in § 9 Abs. 4 VersG NRW Bedenken. Danach kommt das VersG NRW nicht mehr zur Anwendung, sobald die Versammlung beendet ist (S. 1); entsprechendes gilt für Personen, die den räumlichen Bereich der Versammlung bereits verlassen haben (S. 2). Ist anerkannt, dass von Art. 8 GG auch die „Beendigungsphase“ erfasst ist, d.h. das Recht, sich von einer Versammlung zu entfernen,¹²⁵ wäre § 9 Abs. 3 VersG NRW i.d.S. jedenfalls grundrechtsfreundlich auszulegen. Da die Vorschrift – richtig verstanden – ohnehin nur Grundrechtsgehalte abbildet, wäre zu erwägen, sie zu streichen. Auch, um der Gefahr einer Verkürzung des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit entgegenzuwirken.¹²⁶

5. Entfall des Schutzguts der öffentlichen Ordnung (vgl. § 15 VersG NRW)

Im Gegensatz zum BVerfG¹²⁷ ist im VersG NRW vom Schutzgut der öffentlichen Ordnung an keiner Stelle (mehr) die Rede. Dies verwundert nicht. Im Hinblick auf die Brokdorf-Rechtsprechung des *BVerfG* galt das Schutzgut im versammlungsrechtlichen Kontext als schwer angeschlagen. Darin hatte das Gericht festgestellt, dass „eine bloße Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Allgemeinen nicht genügen wird“¹²⁸, um Versammlungen aufzulösen oder zu verbieten. In weiteren Entscheidungen¹²⁹ hatte das Gericht diese Aussage weitergehend dahin konkretisiert, Beschränkungen des Inhalts und der Form einer Meinungsäußerung fänden ihre Rechtfertigung ausschließlich in den in Art. 5 Abs. 2 GG aufgeführten Schranken auch dann, wenn die Äußerung in einer oder durch eine Versammlung erfolge.¹³⁰ Soweit es sich um einen typischen Sachverhalt handelt, ist der Gesetzgeber – mit Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes¹³¹ – aufgerufen, sozial unerwünschtes Verhalten zu regeln.¹³² In des hatte noch der ursprüngliche Regierungsentwurf das

Schutzgut der öffentlichen Ordnung an verschiedenen Stellen¹³³ vorgesehen. In einer recht buchstäblichen Lesart des Brokdorf-Beschlusses sollten auf die öffentliche Ordnung gestützten Verfügungen jedoch nicht bei Auflösungen oder Verboten von Versammlungen (§ 3 Abs. 2 VersG NRW) Anwendung finden können. Vielmehr sollte dies lediglich bei Beschränkungen unterhalb eines Verbots (§ 13 Abs. 2 VersG NRW), nach der überkommenen Diktion des BVerfG: „Auflagen“ (§ 15 Abs. 1 BVerfG) und damit an solchen Stellen, an denen die öffentliche Ordnung „noch Relevanz besitzen kann“¹³⁴, zulässig sein.

Die öffentliche Ordnung kann rechtlich nur sinnvoll sein, wenn ihr ein von der „öffentlichen Sicherheit“ abgrenzbarer Inhalt zugesprochen wird, dieser Inhalt in verfassungskonformer Weise konkretisiert werden kann und ein praktisch relevantes Bedürfnis für seinen Schutz besteht.¹³⁵ Ob dies der Fall ist, ist letztlich eine Geschmacksfrage. Sicher ist, dass die öffentliche Ordnung keine Anwendung hätte finden dürfen, wenn der Verstoß lediglich in der Äußerung von Meinungen bestanden hätte.¹³⁶ Zur Abwehr von kommunikativen Angriffen sind die hierzu geschaffenen Strafrechtsnormen (vor allem §§ 86a, 126, 130 StGB) jedenfalls im Hinblick auf seit langem bekannte Gefahrensituationen abschließend.¹³⁷ Übrig blieben Versammlungen, bei denen der Verstoß gegen die öffentliche Ordnung sich aus besonderen, beispielsweise provokativen oder aggressiven, das Zusammenleben der Bürger konkret beeinträchtigenden Begleitumständen ergibt. Derartige Verstöße, die nicht die Meinungsäußerung selbst, sondern die *Art und Weise* des Auftretens der Versammlungsteilnehmer betreffen, sind allerdings explizit in §§ 17, 18 und 19 des VersG NRW geregelt. Gegenüber solchen expliziten Regelungen tritt die öffentliche Ordnung als die Gesamtheit der *ungeschriebenen* Regeln, welche für eines geordneten menschliches Zusammenlebens unerlässlich sind,¹³⁸ zurück. Weist ein Verhalten, das von einer dieser Vorschriften erfasst sein könnte, im konkreten Fall jedoch nicht die erforderliche Intensität auf, kann für versammlungsrechtliche Verfügungen nicht mehr an ungeschriebene Verhaltensnormen angeknüpft werden.¹³⁹

¹²⁵ Siehe nur *Schneider*, in: BeckOK-GG, Art. 8 Rn. 21; *Depenheuer*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 8 Rn. 81; *Dürig-Friedl*, in: *Dürig-Friedl/Enders*, *VersammlungsR*, Einl. Rn. 44. Krit. auch *Thiel* (Fn. 65), S. 17; *Brenneisen*, *Stellungnahme 17/3805*, S. 11.

¹²⁶ Vgl. *Arzt* (Fn. 92), S. 16.

¹²⁷ Vgl. §§ 12a Abs. 1 S. 1, 15 Abs. 1 S. 1 VersG NRW.

¹²⁸ BVerfGE 69, 315 (353).

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 111 147; *BVerfG*, NJW 2001, 2069 (2071).

¹³⁰ A.A. *OVG Münster*, NJW 2001, 2111 (2111): In Bezug auf Versammlungen, die erkennbar ein Bekenntnis zum Nationalsozialismus beinhalten, müsse der „auf die Abwehr nationalsozialistischer Bestrebungen gerichteten grundgesetzlichen Werteordnung“ bei der Auslegung und bei der Definition des Anwendungsbereichs der öffentlichen Ordnung i.S. des § 15 BVerfG die verfassungsrechtlich gebotene Geltung verschafft werden; dies beinhalte auch, dass derartige Versammlungen wegen eines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung gem. § 15 Abs. 1 VersG verboten werden könnten. I.d.S. sind wohl auch die Überlegungen in NRW LT-Drs. 17/12423, S. 66, zu werten, das Schutzgut der öffentlichen Ordnung in Bezug auf links- oder rechtsextremistische Plakate und Parolen besonders herauszustellen.

¹³¹ Vgl. BVerfGE 111, 147 (157 f.).

¹³² *Dürig-Friedl*, in: *Dürig-Friedl/Enders*, *VersammlungsR*, Einl. Rn. 99.

¹³³ Vgl. § 3 Abs. 1, sowie § 16 Abs. 1, 2 des Entwurfs zum VersG NRW.

¹³⁴ *Thiel* (Fn. 65), S. 12.

¹³⁵ *Denninger*, in: *Lisken/Denninger*, *PolR-HdB*, 7. Aufl. (2021), Kap. D Rn. 35.

¹³⁶ *BVerfG*, NJW 2001, 2069 (2071).

¹³⁷ *BVerfG*, NJW 2001, 2069 (2070 f.).

¹³⁸ Vgl. zum Begriff der „öffentlichen Ordnung“ BVerfGE 69, 315 (352); 111, 147 (156); *Götz/Geis*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 16. Aufl. (2017) § 5 Rn. 1; *Knemeyer*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 11. Aufl. (2007) Rn. 102, eingehend *Hill*, DVBl. 1985, 88 sowie die Legaldefinitionen in §§ 3 Nr. 2 SOG S-A, § 4 Nr. 2 SächsPolDVVG, § 54 Nr. 2 ThürOBG. Grundlegend *Drews*, *Preußisches Polizeirecht*, Allg. Teil, 1927, S. 12; *PrOVGE* 91, 139 (140). I.Ü. hat das *BVerfG* schon in seinem Brokdorf-Beschluss (BVerfGE 69, 315 (352)) klargestellt, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung durch das Polizeirecht einen hinreichend klaren Inhalt erlangt hat, sodass eine vermeintliche „Unschärfe des Begriffs“ und die Notwendigkeit hinreichend bestimmter Ermächtigungsgrundlagen im Eingriffsrecht nicht gegen das Schutzgut ins Feld geführt werden kann (so aber *Braun* (Fn. 33), S. 12).

¹³⁹ *Braun* (Fn. 33), S. 11.

Damit wäre die öffentliche Ordnung beschränkt¹⁴⁰ auf versammlungsrechtliche Skurrilitäten wie – gleichsam als Parallele zum Nacktjoggen im allgemeinen Ordnungsrecht¹⁴¹ – bei Nacktversammlungen.¹⁴² Allenfalls eine auch im Polizeirecht beschworene Reservefunktion¹⁴³ für zukünftige, völlig neuartige oder atypische störende Versammlungspraktiken kommt ihr eine gewisse Funktion zu, wobei es naturgemäß schwer fällt, solche Praktiken *ex ante* auf den Begriff zu bringen.

Letzten Endes hatte der Gesetzgeber eine Abwägung zwischen den Vorteilen, die eine Aufnahme der öffentlichen Ordnung bedeutet hätte, mit deren Risiken vorzunehmen – und er hat sich, zumindest im Versammlungsrecht¹⁴⁴ überzeugend,¹⁴⁵ letzten Endes gegen die öffentliche Ordnung entschieden.¹⁴⁶

6. Weiterentwicklung des Uniformierungs- zu einem allgemein Gewalt- und Einschüchterungsverbot (§ 18 VersG NRW)

Gegenüber dem in § 3 Abs. 1 BVersG enthaltenen Uniformverbot ist in § 18 Abs. 1 VersG NRW nunmehr ein Gewalt- und Einschüchterungsverbot enthalten. Bei näherer Betrachtung wird deutlich, dass sich der Gesetzgeber eins zu eins an verfassungsgerichtlichen Vorgaben orientiert. So ist nach Auffassung des *BVerfG* der Gesetzgeber nicht daran gehindert, „die Meinungsäußerungsform des öffentlichen Uniformtragens schon in den Ansätzen und auch in ihren Umgehungsformen zu unterbinden. Zu solchen Umgehungsformen gehört insbesondere das gemeinsame Tragen solcher (ziviler) Kleidungsstücke, die im Wesentlichen einheitlich aussehen und erkennbar Bezüge zur uniformen Bekleidung historisch bekannter militanter Gruppierungen aufweisen. Von ihrer Gleichartigkeit mit Uniformen kann dabei um so eher ausgegangen werden, wenn die Anlehnung durch zusätzliche Umstände (Abzeichen, Auftreten mit militärischem Gebaren) verstärkt wird.“¹⁴⁷ § 18 Abs. 1 VersG NRW ist diesen Aussagen des *BVerfG* nachgebildet und spiegelt deren Regelungsgehalt.

Als vermeintlich zu unbestimmt wurde § 18 Nr. 3 VersG NRW-E, welcher – neben einem Verbot infolge des Tragens einer Uniform oder uniformähnlicher Kleidung (Nr. 1) oder paramilitärischen Auftretens – einen Auffangtatbestand („in vergleichbarer Weise“) vorgesehen hatte, im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen.¹⁴⁸ Beibehalten wurde der Ansatz des § 3 Abs. 1

BVersG, neben Versammlungen unter freiem Himmel dezidiert auch sonstige öffentliche Veranstaltungen in den Geltungsbereich des Gewalt- und Einschüchterungsverbot einzubeziehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 VersG NRW).¹⁴⁹ Dies mag man als systemfremd bewerten. Die Regelung bleibt (vgl. § 17a BVersG) aber zweckmäßig, da die unerwünschte, einschüchternde Wirkung nicht auf Versammlungen unter freiem Himmel beschränkt ist, sondern diese auch aus anderen öffentlichen Veranstaltungen hervorgehen kann (etwa bei der Zusammenkunft von Fußball-Hooligans).¹⁵⁰ Indem § 18 Abs. 1 VersG NRW lediglich verfassungsrechtliche Rechtsprechung kodifiziert, wird keinen Deut von der geltenden Rechtslage abgewichen. Umgekehrt ist in der Debatte zum „Militanzverbot“¹⁵¹ völlig untergegangen, dass der Gesetzgeber dessen Reichweite sogar eingeschränkt hat: Es gilt ausweislich des Wortlauts (nur) noch bei öffentlichen Versammlungen und sonstigen öffentlichen Veranstaltungen (vgl. § 2 Abs. 4 VersG NRW). Dagegen hatte § 3 Abs. 1 BVersG über eine funktionale Beteiligung am Versammlungsgeschehen hinaus *jedermann* das uniformierte Auftreten in der Öffentlichkeit untersagt.¹⁵² Die (womöglich unbeabsichtigte¹⁵³) Folge der Neuregelung: Verhalten wie dasjenige einer Gruppierung radikaler Salafisten, die 2014 als „Scharia-Polizei“ Wuppertaler Passanten zum Verzicht auf Alkohol und Glücksspiel aufforderten, wäre nicht mehr strafbar (vgl. § 27 Abs. 8 VersG NRW).

7. Durchführung von Versammlungen auf Privateigentum (§ 21 VersG NRW)

Nach § 21 VersG NRW können auf Grundstücken in Privateigentum öffentliche Versammlungen auch ohne die Zustimmung des Eigentümers durchgeführt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass diese Flächen zuvor „dem allgemeinen Publikum zum kommunikativen Verkehr“ geöffnet worden sind.

Hintergrund¹⁵⁴ dieser Regelung bildet eine jüngere Entwicklung in der Rechtsprechung des *BVerfG*, welche – insbesondere¹⁵⁵ im Geltungsbereich der Versammlungsfreiheit – zunehmend dazu übergeht, auch eine Grundrechtsbindung Privater anzunehmen.¹⁵⁶

Art. 8 GG verbürgt ein Selbstbestimmungsrecht der

¹⁴⁰ Vgl. *Gusy/Worms*, in: BeckOK-PolR NRW, 20. Ed. (Stand: 1.12.2021), PolG NRW § 1 Rn. 92.

¹⁴¹ *OVG Münster*, DÖV 1996, 1052.

¹⁴² *Ullrich*, Stellungnahme 17/3812, S. 7. Selbst dies aber kann mit Blick auf §§ 118, 119 OWiG, die Teile des Schutzguts der öffentlichen Sicherheit bilden, bezweifelt werden.

¹⁴³ Siehe nur *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl. (2021), Rn. 68 ff. mit Begründung u.w.N.

¹⁴⁴ In das PolG NRW hingegen ist die öffentliche Ordnung, nachdem sie 1989 gestrichen worden war, 2010 wieder aufgenommen worden (GV. NRW. 2010, S. 132).

¹⁴⁵ So auch *Braun* (Fn. 33), S. 12.

¹⁴⁶ Anders hingegen das NVersG, vgl. §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 3, 12 Abs. 2 S. 1. Die Argumente zusammenfassend, die für die Beibehaltung der öffentlichen Ordnung im VersR sprechen, s. *Baudewin*, Der Schutz der öffentlichen Ordnung, 2. Aufl. (2014), Rn. 724 ff.

¹⁴⁷ BVerfGE 111, 147 (160).

¹⁴⁸ Vgl. NRW LT-Drs. 17/15821, S. 3, 6 f.; NRW LT-Drs. 17/15915, S. 17.

¹⁴⁹ Anders § 18 Abs. 1 ME VersG.

¹⁵⁰ Abwägend *Ullrich* (Fn. 143), S. 10.

¹⁵¹ So die Bezeichnung des § 18 VersG NRW in der Entwurfsfassung des Gesetzes, NRW LT-Drs. 17/12423.

¹⁵² *Enders*, in: Dürig-Friedl/Enders, VersammlungsR, § 3 Rn. 6.

¹⁵³ So spekulierend *Braun* (Fn. 33), S. 8.

¹⁵⁴ Vgl. NRW LT-Drs. 17/12423, S. 78.

¹⁵⁵ Zur „Stadionverbot“-Entscheidung, in der das *BVerfG* eine mittelbare Drittwirkung aus Art. 3 Abs. 1 GG in spezifischen Konstellationen annimmt, in denen einzelne Personen mittels des privatrechtlichen Hausrechts von Veranstaltungen ausgeschlossen werden und der Ausschluss „für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet“ siehe BVerfGE 148, 267 = *BVerfG*, NJW 2018, 1667.

¹⁵⁶ Vgl. dazu insgesamt *Jobst*, NJW 2020, 11.

Grundrechtsträger über die Durchführung der Versammlungen.¹⁵⁷ Hiervon umfasst ist auch die Entscheidung über die *Modalitäten* der Versammlung, d.h. über Art, Zeitpunkt oder Ort der Versammlung zu entscheiden.¹⁵⁸ Grundsätzlich berechtigt das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nicht dazu, eine Versammlung gegen den Willen des Eigentümers auf einem Privatgrundstück durchzuführen. Art. 8 GG ist ein Abwehrrecht gegen den Staat¹⁵⁹ und gibt das Recht, im *Allgemeingebrauch* stehende Flächen oder Straßen mitzubenutzen.¹⁶⁰ Art. 8 GG verleiht aber keine Rechte gegenüber einem Eigentümer, der auf seinem Grundstück eine Versammlung nicht dulden will. Dieser kann vielmehr grundsätzlich andere von jeder Einwirkung auf sein Grundstück ausschließen (§ 903 BGB).¹⁶¹

In der sog. Fraport-Entscheidung¹⁶² hatte das *BVerfG* entschieden, dass Private ähnlich oder auch genauso weit durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden könnten, „wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantienstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat.“¹⁶³ Dabei konnte das Gericht (noch) offen lassen, ob auch *rein* privatwirtschaftliche Unternehmen bzw. natürliche Personen der mittelbaren Grundrechtsbindung unterfallen, sollten sie auf ihrem Eigentum kommunikativen Verkehr ermöglichen. Jedenfalls gemischtwirtschaftliche Unternehmen, die, wie die Fraport-AG, von der öffentlichen Hand beherrscht werden, unterlägen ebenso wie im Alleineigentum des Staates stehende, aber in Privatrechtsform organisierte Unternehmen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung.¹⁶⁴ Hingegen hatte in dem im sog. Bierdosen-Flashmob-Beschluss¹⁶⁵ zugrunde liegenden Sachverhalt eine private GmbH & Co. KG ohne jedwede staatliche Beteiligung dem Veranstalter einer stationären öffentlichen Versammlung Hausverbot erteilt; die Versammlung sollte auf einem zentral gelegenen Platz stattfinden, der allerdings im Eigentum des Unternehmens stand. Wiewohl sich das Unternehmen auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG berufen konnte, hinderte dies nach Ansicht des Gerichts den Veranstalter nicht daran, sich auf die Versammlungsfreiheit zu berufen: Der beabsichtigte Ort der Versammlung sei für den Publikumsverkehr offen und schaffe einen Raum des Flanierens, des Verweilens und der Begegnung, der dem Leitbild des öffentlichen Forums entspreche.¹⁶⁶ Als objektives Prinzip sei Art. 8 GG daher im Wege der mittelbaren Drittwirkung

zu beachten, wobei sich die Reichweite dieser Bindung dabei nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz in Ausgleich der sich gegenüberstehenden Grundrechte ergebe.¹⁶⁷

Ebenso wie die o.g. Entscheidung des *BVerfG* überzeugt, setzt § 21 VersG NRW in gelungener Weise den verfassungsrechtlichen Auftrag (vgl. Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG) um,¹⁶⁸ Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen und den Gegenstand der Eigentumsgarantie versammlungsfreundlich auszugestalten.¹⁶⁹ Indem der Eigentümer sein Grundstück für den Publikumsverkehr geöffnet und einen Raum des Flanierens, des Verweilens und der Begegnung, der dem Leitbild des öffentlichen Forums entspricht, erschaffen hat, hat er aus freien Stücken dessen Sozialbildung i.S. eines Ortes der allgemeinen Kommunikation realisiert. Dass auf derartigen Flächen die Durchführung von Versammlungen zulässig sein *kann*, ist folgerichtig.¹⁷⁰

Anders, als dies in § 18 VersFG S-H und § 20 VersFG BE der Fall ist, geraten durch die Ermessensvorschrift des § 21 VersG NRW die schützenswerten Belange des Eigentümers dabei nicht aus dem Blick: Nach § 21 Abs. 1 S. 2 VersG NRW ist, in Ansehung der konkreten Umstände (etwa Art und Ausmaß der Belastung auf der einen, die Bedeutung des Orts für das Anliegen der Versammlung auf der anderen Seite), ein Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen im Einzelfall herzustellen.¹⁷¹ Dieser Ansatz ist ganz auf einer Linie mit der Rechtsprechung des *BVerfG*, hatte das Gericht doch zur Auflösung der Grundrechtskollision von Art. 8 und 14 GG statt auf eine generelle und pauschale Lösung auf eine behutsame Prüfung der „spezifischen Bedingungen“¹⁷² des jeweils zu entscheidenden Falles verwiesen.¹⁷³ Letztlich handelt es sich in Satz 2 um eine auf die Tatbestandsebene vorgelagerte Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Dass die Rechte des Eigentümers hinreichende Berücksichtigung finden, ist auch aus einem weiteren Punkt wichtig: Hat der Eigentümer eine Fläche für den öffentlichen Verkehr geöffnet (etwa einen Schlosspark), steht es ihm frei, diese wieder zu „entwidmen“. Nehmen jedoch öffentliche Verkehrsflächen in Privatbesitz heute vielfach die Stellung ein, die früher Grundstücke in staatlicher

¹⁵⁷ *Deppenheuer*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 8 Rn. 75.

¹⁵⁸ BVerfGE 69, 315 (343); 128, 226 (250 f.).

¹⁵⁹ BVerfGE 69, 315 (343).

¹⁶⁰ BVerfGE 73, 206 (249).

¹⁶¹ *BayObLG*, NJW 1995, 269.

¹⁶² BVerfGE 128, 226 = NJW 2011, 1201.

¹⁶³ BVerfGE 128, 226 (248).

¹⁶⁴ BVerfGE 128, 226 (244 f.).

¹⁶⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15.

¹⁶⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15, Rn. 5.

¹⁶⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15, Rn. 6.

¹⁶⁸ So *Arzt* (Fn. 92), S. 38; v. *Coelln* (Fn. 102), S. 25.

¹⁶⁹ Vgl. hierzu *Prothmann*, Die Wahl des Versammlungsorts, 2013, S. 245.

¹⁷⁰ So auch *Thiel* (Fn. 65), S. 21; *Braun* (Fn. 33), S. 18 f. Krit. hingegen *Schwarz* (Fn. 61), S. 4: „Warum private Eigentümer (...) nur unter dem Aspekt der Eröffnung eines Raumes für kommunikativen Verkehr als grundrechtsverpflichtet anzusehen sind, erschließt sich nicht und dürfte (...) die Grundrechte in das Gegenteil ihrer Intention als Abwehrrechte verkehren.“ Das Recht, über Ort und Zeit der Versammlung zu entscheiden umfasse nicht das Recht auf „Usurpation anderer Grundrechte“.

¹⁷¹ Vgl. die Begr. zu § 21 in NRW LT-Drs. 17/12423, S. 79.

¹⁷² *BVerfG*, Beschl. v. 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15, Rn. 7.

¹⁷³ Zu berücksichtigen ist auch, nach § 1 Abs. 1 VersG NRW über Art. 8 Abs. 1 GG hinaus auch Nichtdeutschen das Recht zukommt, sich zu versammeln und Versammlungen zu veranstalten. Sofern es sich nicht um EU-Ausländer handelt, bei denen der Schutzgehalt der Grundrechtsbetätigung aus europarechtlichen Gründen „angehoben“ werden muss (vgl. Art. 16 Abs. 1 AEUV), können Drittstaatsangehörige für sich „nur“ die Allgemeine Handlungsfreiheit ins Feld führen. In diesen Fällen dürfte die Abwägung daher i.d.R. zugunsten des Eigentümers ausfallen.

Hand wahrgenommen haben, besteht ein allgemeines Interesse daran, durch einseitige („versammlungsfreiheitliche“) Gesetzgebung nicht die Zahl an kommunikativen Orten zu reduzieren. Versammlungsfreundlich i.S.d. Brokdorf-Rechtsprechung ist die Ausgestaltung des § 21 VersG NRW zuletzt auch deshalb, weil nach S. 3 die zuständige Behörde einen alternativen öffentlichen Versammlungsort anbieten soll, sofern die Interessen des Eigentümers überwiegen. Insoweit stellt Satz 3 eine das allgemeine Kooperationsgebot (vgl. § 3 VersG NRW) konkretisierende, versammlungsfreiheitsermöglichende Regelung dar.

IV. Fazit und Ausblick

Mit dem VersG NRW erhält Nordrhein-Westfalen erstmals ein eigenes Versammlungsgesetz. Hierzu, nach Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG (i.V.m. Art. 70 GG) ermächtigt, räumte die Verfassungsnorm dem nordrhein-westfälischen Landesgesetzgeber auf der einen Seite sehr weitgehende Spielräume bei der Auswahl landesspezifischer versammlungsrechtlicher Akzentuierungen ein. Dabei durften jedoch die Bedeutung und Tragweite der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 GG in ihrer durch die Brokdorf-Rechtsprechung des *BVerfG* verliehenen Gestalt nicht verkannt werden.

Im Kern handelt es sich bei Versammlungsecht um spezifisches, gleichwohl in besonderer Weise grundrechtssensibles Gefahrenabwehrrecht. Dieser Qualifikation der zu regelnden Rechtsmaterie und die hierbei zu beachtenden, verfassungsrechtlichen Anforderungen wird der Gesetzgeber bei den hier untersuchten exemplarischen Vorschriften in rechtspraktischer Weise gerecht:

- Die Legaldefinition der Versammlung in § 2 Abs. 3 VersG NRW befördert die Normklarheit und erleichtert die Gesetzesanwendung. Indem § 9 VersG NRW Bestimmungen zum Verhältnis von Polizei- und Versammlungsrecht trifft, tritt eine gesetzliche an die Stelle der von der Rechtsprechung entwickelten Richtschnur.
- § 7 und § 18 VersG NRW tragen dem „doppelten Schutzbedürfnis“ bei Versammlungslagen Rechnung: Während § 7 VersG NRW dem Schutz von Versammlungen dient, ist § 18 VersG NRW, der das überkommene Uniformverbot konsequent i.S. eines allgemeinen Gewalt- und Einschüchterungsverbots weiterentwickelt, auf den Schutz Dritter vor Versammlungen gerichtet. Beide Normen berücksichtigen damit die grundsätzliche Bedeutung der Versammlungsfreiheit ebenso wie die spezifischen Risiken des sich auf diese Weise vollziehenden Willensbildungsprozesses im demokratischen Gemeinwesen.
- Die Streichung des Schutzguts der öffentlichen Ordnung verdeutlicht das Bemühen um hinreichend bestimmte, der Anforderungen des Art. 8 GG genügende Eingriffsbefugnisse. Es zeigt zudem, dass der Gesetzgeber sich dabei nicht an traditionellen Begriffen und Kategorien „festgeklammert“ hat.
- § 21 VersG NRW regelt die Durchführung von Versammlungen auf sich in Privateigentum befindlichen Flächen in einer grundsätzlich versammlungsfreundlichen Weise, ohne dabei die Interessen der Eigentümer aus dem Blick zu verlieren.

In den vorgestellten Normen hat der Gesetzgeber die entsprechenden Regelungen im *BVersG* in inhaltlich grundsätzlich überzeugender und „rechtstechnisch reife[r]“¹⁷⁴ Weise abgelöst. Spezifischer Anpassungs- bzw. Überprüfungsbedarf (etwa eine Harmonisierung des Begriffs der „Versammlung“ in § 2 Abs. 2 VersG NRW mit dem verfassungsgerichtlichen Versammlungsbegriff in Art. 8 GG, eine [fakultative] Erhöhung des normativen Stellenwerts „nur“ virtueller Zusammenkünfte oder ggf. die Streichung des § 9 Abs. 4 VersG NRW) vermag hieran nichts zu ändern.

Indes wird sich das VersG NRW in der versammlungsrechtlichen Praxis und Rechtsprechung bewähren müssen. So wird sich beispielsweise zeigen, ob sich die „Scharniernorm“ des § 9 VersG NRW, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, tatsächlich zu einer Klärung des Verhältnisses von Versammlungs- und Polizeirecht führen wird – oder, wie teilweise befürchtet, sich als „eine weit offene Tür“¹⁷⁵ für unzulässige Rechtsanwendung entpuppt. Während sich die Politik *de lege lata* zur Evaluation des Gesetzes verpflichtet hat (vgl. § 34 VersG NRW), ist die Wissenschaft aufgerufen das VersG NRW weitergehend zu analysieren, Schwachstellen aufzudecken und Verbesserungsvorschläge zu erarbeiten. Dabei nicht nur normative, sondern auch empirische Untersuchungen anzustellen (etwa den Einfluss des neuen VersG NRW auf das Protestgeschehen zu untersuchen), wäre für eine phänomenzentrierte Bewertung und Weitentwicklung des Versammlungsrechts wünschenswert.

¹⁷⁴ Vgl. Gusy, Stellungnahme 17/3778, S. 6.

¹⁷⁵ So Arzt (Fn. 92), S. 15.

ENTSCHEIDUNGEN

BVerfG verpflichtet Gesetzgeber zur Regelung der Triage – Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung müssen verhindert werden

BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20

Leitsätze:

1. Aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergibt sich für den Staat das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung wegen Behinderung und ein Auftrag, Menschen wirksam vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung auch durch Dritte zu schützen.

2. Der Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG kann sich in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten. Dazu gehören die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung von Personen wegen einer Behinderung, eine mit der Benachteiligung wegen Behinderung einhergehende Gefahr für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie das Leben oder auch Situationen struktureller Ungleichheit.

Der Schutzauftrag verdichtet sich hier, weil das Risiko der Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapper, überlebens-wichtiger intensivmedizinischer Ressourcen besteht.

3. Dem Gesetzgeber steht auch bei der Erfüllung einer konkreten Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Entscheidend ist, dass er hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bewirkt.

[...]

Gründe:

A.

- ¹ Die Verfassungsbeschwerde zielt auf wirksamen Schutz vor Benachteiligung von Menschen mit einer Behinderung bei der Entscheidung über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen, die im Laufe der Coronavirus-Pandemie nicht für alle Behandlungsbedürftigen ausreichen können, also in einem Fall einer Triage.
- ² Die Verfassungsbeschwerde war mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbunden. Der Eilantrag wurde mit Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 16.7.2020 zurückgewiesen. Es war zu diesem Zeitpunkt nicht konkret absehbar, dass die Plätze für eine intensivmedizinische Behandlung in den Krankenhäusern nicht ausreichen würden, um notwendige Maßnahmen für alle Behandlungsbedürftigen zu ergreifen.

I.

- ³ 1. Menschen mit einer Behinderung sind in der Coronavirus-Pandemie spezifisch gefährdet. Sie unterliegen in Heimen und Einrichtungen und bei täglicher Unterstützung durch mehrere Dritte einem hohen Infektionsrisiko und tragen ein höheres Risiko, schwerer zu erkranken und an COVID-19 zu sterben (vgl. u.a. *Zander*, ZDS 1/2021; Shakespeare et al., *Lancet* 397 [2021] 1331; Deutsches Institut für Menschenrechte, *Das Recht auf gesundheitliche Versorgung von Menschen mit Behinderung in der Corona-Pandemie* [2020]; grundsätzlich zu den Risiken World Health Organization, *World Report on Disability*, 2011, S. 55 ff.; United Nations, *Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities*, 2018, A 73/161, §§ 22 ff.). Im Rahmen der Vereinten Nationen wurde im Zusammenhang mit der Pandemie auf die Gefahr hingewiesen, dass behinderte Menschen bei Anwendung von Behandlungsschemata im Fall der Triage keinen gleichwertigen Zugang zu medizinischer Versorgung erhalten könnten (United Nations Policy Brief: *A Disability-Inclusive Response to COVID-19* [May 2020], S. 5 f., 11, unter Verweis auf *Truog et al.*, *The New England Journal of Medicine* 2020, 382 [21]:1973; dazu auch *COVID-19 Disability Rights Monitor*, *Disability rights during the pandemic* [2020], S. 41 ff.). Daraufhin haben sich 138 Staaten und darunter auch Deutschland in einer Stellungnahme ausdrücklich für eine inklusive, also nicht wegen einer Behinderung benachteiligende Reaktion auf die Pandemie ausgesprochen (Joint Statement on the UN Secretary-General's call for a disability-inclusive response to COVID-19 – *Towards a better future for all*, 18 May 2020). Desgleichen haben der Fachausschuss zur Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen und die UN-Sonderberichterstatterin für die Rechte der Menschen mit Behinderungen (*Basharu/Reyes*, *Joint Statement: Persons with Disabilities and COVID-19 by the Chair of the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, on behalf of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities and the Special Envoy of the United Nations Secretary-General on Disability and Accessibility* [2020]) wie auch die Weltgesundheitsorganisation in ihren Erwägungen zum Thema Behinderung während des COVID-19 Ausbruchs (WHO, *Disability considerations during the COVID-19 outbreak*, WHO/2019- nCoV/Disability/2020.1 [2020]) auf die besondere diskriminierungsanfällige Situation von Menschen mit Behinderung in der Pandemie hingewiesen und an die Staatengemeinschaft appelliert, insofern Schutz zu gewährleisten.

- ⁴ In Deutschland haben die Behindertenbeauftragten von Bund und Ländern in ihrer Düsseldorfer Erklärung schon im Jahr 2019 – also noch unabhängig von der Coronavirus-Pandemie – darauf hingewiesen, der Zugang zur medizinischen Versorgung müsse ohne Diskriminierung erfolgen und dies müsse auch durch Ausbildung gewährleistet werden (vgl. Behindertenbeauftragte von Bund und Ländern, Düsseldorfer Erklärung [2019], S. 1 f. [4]). Eine von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes in Auftrag gegebene Studie zu Diskriminierungsrisiken und Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen hält im Ergebnis fest, die Forschung zeige derzeit, dass für Menschen mit Behinderungen weder ein chancengleicher Zugang zu Leistungen des Gesundheitssystems noch eine diskriminierungsfreie Diagnosestellung und Behandlung gewährleistet sei (*Bartig/Kalkum/Le/Lewicki* im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierungsrisiken und Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen [2021], S. 50).
- ⁵ 2. Im Rahmen der Coronavirus-Pandemie hat das Thema der begrenzten intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten in den Krankenhäusern besondere Aufmerksamkeit erlangt. Das Risiko einer Triage in der Intensivmedizin war mehrfach Gegenstand der öffentlichen Diskussion. So warnte die Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) im Jahr 2020, es könne im Falle hoher Infektionszahlen zu Kapazitätsengpässen in der intensivmedizinischen Versorgung kommen (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. *Ersten Senats* v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a., Rn. 181 – Bundesnotbremse I). Nach Berichten in den Medien, wonach es in Alten- und Pflegeheimen sowie in Einrichtungen für Menschen mit Behinderung zu einer „Triage vor der Triage“ komme, hat der Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages dazu in nicht-öffentlicher Sitzung am 3.3.2021 ein Fachgespräch geführt (Pressemitteilung v. 3.3.2021, heute im Bundestag Nr. 279). Auch zum Zeitpunkt dieser Entscheidung wird angesichts der hohen Zahl der Infektionen und vor allem wegen der Zunahme von intensivmedizinisch Behandlungsbedürftigen in Krankenhäusern und der konkreten Auslastung der intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten die verschärfte Gefahr gesehen, dass im Lauf der Coronavirus-Pandemie eine Entscheidung über die Verteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen notwendig wird.
- ⁶ 3. Um in der Pandemie auftretende Knappheitssituationen in der Intensivmedizin und damit eine Triage schon von vornherein zu verhindern, wurden zahlreiche Verordnungen und Gesetze in Kraft gesetzt oder geändert. Gesetzliche Vorgaben für die Entscheidung über die Zuteilung nicht für alle ausreichender intensivmedizinischer Kapazitäten gibt es bislang aber nicht.
- ⁷ Auch in der Praxis gibt es für die Triage kein international konsentiertes System und – ebenso nach den Stellungnahmen in diesem Verfahren – keine allgemein geltenden oder rechtlich verbindlichen Standards. Es finden jedoch standardisierte Entscheidungshilfen Anwendung. Für die Rettungsdienste gilt eine unter Federführung des Bundesministeriums des Innern erarbeitete Einigung der Konsensuskonferenz an der Akademie für Notfallplanung und Zivilschutz aus dem Jahr 2002 (dazu *Sefrin/Weidringer/Weiss*, DÄBl. 2003, A 2057). Zudem sind notärztliche „Leitplanken“ der Bundesvereinigung der Arbeitsgemeinschaften der Notärzte Deutschlands (BAND) und Hinweise des Deutschen Ethikrates (Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise – Ad-hoc-Empfehlung, 27.3.2020) von Bedeutung.
- ⁸ Weithin wird in der Praxis auf die klinisch-ethischen Empfehlungen zu „Entscheidungen über die Zuteilung von Ressourcen in der Notfall- und Intensivmedizin im Kontext der COVID-19-Pandemie“ der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) – die mit sieben weiteren Fachgesellschaften abgestimmt wurden – Bezug genommen (erste Version vom 25.3.2020, zweite Version vom 17.4.2020, dritte Version in der Vorabfassung vom 23.11.2021). Diese Empfehlungen haben den Status einer S1-Leitlinie der Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften, gelten also als Handlungsempfehlung einer Expertengruppe im informellen Konsens. Solche Leitlinien sind allerdings kein Synonym für den medizinischen Standard, können aber beidessen Präzisierung helfen (vgl. *BGH*, Urt. v. 15.4.2014 – VI ZR 382/12, Rn. 17; *Kern/Rehborn*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. [2019], § 96 Rn. 14; dazu auch *BT-Drs.* 17/10488, S. 19). Ausdrücklich heißt es in den Empfehlungen, sie könnten eine juristische Einschätzung nicht ersetzen.
- ⁹ Die Empfehlungen der DIVI behandeln allgemeine Grundsätze, Verfahren und Kriterien für die Priorisierungsentscheidungen. Ausgangspunkt ist (2.1.) der individuelle Bedarf der Behandlungsbedürftigen. Wenn die Ressourcen nicht ausreichen, müsse unausweichlich entschieden werden, welche kritisch kranken Patienten intensivmedizinisch behandelt werden und welche nicht, analog der Triage in der Katastrophenmedizin. Die Priorisierungen erfolgten (2.2.) nicht in der Absicht, Menschen oder Menschenleben zu bewerten, sondern mit dem Ziel, möglichst vielen Patienten eine Teilhabe an der Versorgung zu ermöglichen. Entscheidend sei deshalb das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht. Danach werden diejenigen nicht intensivmedizinisch behandelt, bei denen nur eine sehr geringe Aussicht besteht zu überleben. Vorrangig wird demgegenüber behandelt, wer durch diese Maßnahmen eine höhere Überlebenschance hat. Ausdrücklich stellt die zweite Version der Empfehlungen klar, dass aufgrund des Gleichheitsgebots eine Priorisierung aufgrund bestimmter Grunderkrankungen oder Behinderungen nicht zulässig sei. In der dritten Version wird betont, dass bei einer Entscheidung über knappe Ressourcen weder zwischen an COVID-19 und anderen Erkrankten noch nach dem Impfstatus zu unterscheiden sei, sondern alle kritisch Kranken einbezogen werden. In der Liste der Kriterien für Priorisierungsentscheidungen (3.2.) wird ausgeführt, dass (nach Nr. 3) Komorbiditäten und (nach Nr. 4) der Allgemeinzustand einschließlich Gebrechlichkeit, z.B. mit der „Clinical Frailty Scale“, einbezogen werden sollen (zur Diskussion *Heinemann*, in: *FS* *Plagemann*,

2020, S. 411 ff.). Diese dienen nach 3.2.1. der Empfehlungen zur Einschätzung der individuellen Erfolgsaussicht einer Behandlung und stellen – in Abhängigkeit von ihrer Ausprägung – Indikatoren für eine schlechte Erfolgsaussicht intensivmedizinischer Maßnahmen dar. Komorbiditäten sind dies nach den Empfehlungen nur, wenn sie in ihrer Schwere oder Kombination die Überlebenswahrscheinlichkeit bei einer Intensivtherapie erheblich verringern; die Gebrechlichkeit ist insoweit als allgemeiner (prämorbid) Gesundheitsstatus nicht weiter qualifiziert.

- ¹⁰ Daneben hat die Bundesärztekammer 2020 anlässlich der Coronavirus-Pandemie die Orientierungshilfe „zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels“ vom 5.5.2020 herausgegeben (DÄBl. 2020, A 1084). Danach handeln Ärzte und Ärztinnen rechtmäßig, sofern sie sich an ihre Berufsordnung halten und den aktuellen Stand der medizinischen Erkenntnisse beachten; an den ethischen Grundsätzen des ärztlichen Berufs sei auch in der Pandemie festzuhalten. Kein Menschenleben sei mehr wert als ein anderes; es gelte der Grundsatz der Gleichbehandlung. Daher sei einzelfallbezogen und nicht schematisiert zu entscheiden. Zentrale Kriterien seien die Indikation, der Patientenwille und die klinischen Erfolgsaussichten. Das dürfe zeitlich und inhaltlich nicht so weit über den unmittelbaren Behandlungskontext hinaus ausgeweitet werden, dass sich daraus ein pauschaler Ausschluss bestimmter Patientengruppen ergebe. Auch hier wird betont, dass sich die Erfolgsaussicht nicht aus dem Vorliegen einer bestimmten Erkrankung oder Behinderung, sondern aus dem Zusammenspiel verschiedener Faktoren ergebe. Auch nach der Orientierungshilfe der Bundesärztekammer sind Komorbiditäten und der allgemeine Gesundheitszustand/Gebrechlichkeit zu berücksichtigen (DÄBl. 2020, A 1084 [1086]). Dabei verweist die Orientierungshilfe auf aktuelle Stellungnahmen und Empfehlungen auch der DIVI. Keine von ihnen ist rechtlich verbindlich.

II.

- ¹¹ 1. Mit der Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführenden, dass der Gesetzgeber sie nicht vor einer Diskriminierung aufgrund ihrer Behinderung schütze, wenn es im Verlauf der Coronavirus-Pandemie zu einer Triage kommen sollte.

[...]

- ²¹ 2. Die Beschwerdeführenden rügen mit ihrer am 27.6.2020 eingereichten Verfassungsbeschwerde, dass der Gesetzgeber das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und auch die Anforderungen aus Art. 25 der Behindertenrechtskonvention verletze, weil er für den Fall einer Triage im Laufe der Coronavirus-Pandemie nichts unternommen habe, um sie wirksam vor einer Benachteiligung zu schützen. Handele der Gesetzgeber nicht, drohe ihnen zudem die Verletzung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und ihrer Rechte auf Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG).

- ²² Die Beschwerdeführenden zu 1) bis 8) tragen vor, sie seien aufgrund ihrer körperlichen Beeinträchtigungen und aufgrund ihres Assistenz- und Unterstützungsbedarfs durch die Coronavirus-Pandemie besonders stark gefährdet. Sie müssten befürchten, im Fall der Knappheit von medizinischen Ressourcen aufgrund ihrer Behinderung schlechtere Behandlungsmöglichkeiten zu haben oder gar von einer lebensrettenden medizinischen Behandlung ausgeschlossen zu werden. Sie wiesen spezifische Beeinträchtigungen auf, die in der medizinischen Wahrnehmung und insbesondere in den klinisch-ethischen Empfehlungen der wissenschaftlichen Fachgesellschaften als Komorbiditäten oder Gebrechlichkeit gesehen würden, was statistisch belegt die Erfolgsaussicht, auf die bei einer intensivmedizinischen Behandlung meist abgestellt werde, verschlechtere. Damit sei ihr Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verletzt, denn diese Benachteiligung sei nicht zu rechtfertigen.

- ²³ Der Gesetzgeber müsse die Triage regeln. Die Regierungen in Bund und Ländern hätten zwar Maßnahmen ergriffen, um eine Ressourcenknappheit in der Medizin zu verhindern. Ob dies gelinge, sei jedoch ungewiss. Für Priorisierungsentscheidungen und zum Schutz vor Diskriminierung gebe es keine Rechtsgrundlage. Nur im Gesetzgebungsverfahren könnten Betroffene Einfluss nehmen und nur eine gesetzliche Regelung könne sicherstellen, dass nach überprüfbaren Kriterien entschieden werde, sie nicht benachteiligt würden und schlimmstenfalls wenigstens Rechtsschutz eröffnet sei.

III.

[...]

B.

- ⁶⁶ Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführenden zu 1) bis 8) ist zulässig. Sie richtet sich gegen gesetzgeberisches Unterlassen, was zulässiger Gegenstand eines solchen Verfahrens ist (I). Die besonderen Anforderungen an die Beschwerdebefugnis sind erfüllt (II). Auch der Grundsatz der Subsidiarität ist gewahrt, da jedenfalls keine zumutbare Möglichkeit bestand, vorrangig regulären Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen (III).

[...]

C.

- ⁸⁶ Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführenden zu 1) bis 8) ist begründet.

- ⁸⁷ Nach der Verfassungsbeschwerde ist hier allein zu entscheiden, ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, wirksame Vorkehrungen zu treffen, dass niemand bei einer Entscheidung über die Verteilung von pandemiebedingt knappen intensivmedizinischen Behandlungsressourcen, also in einem Fall einer Triage, aufgrund einer Behinderung benachteiligt wird. Der Gesetzgeber hat solche Vorkehrungen bislang nicht getroffen. Damit hat er die hier aus dem Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG folgende

Handlungspflicht verletzt.

I.

- ⁸⁸ Aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergibt sich für den Staat ein Auftrag, Menschen wirksam davor zu schützen, wegen einer Behinderung benachteiligt zu werden (1). Aus diesem Schutzauftrag kann unter bestimmten Bedingungen eine Handlungspflicht des Gesetzgebers folgen (2). Deren Verletzung ist aufgrund des weiten Spielraums zur Ausgestaltung des Schutzes vom Bundesverfassungsgericht nur begrenzt überprüfbar (3). Diese grundrechtlichen Maßstäbe tragen den gemäß Art. 1 Abs. 2 GG in der Auslegung des Grundgesetzes zu berücksichtigenden völkerrechtlichen Normen insbesondere der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen Rechnung (4).
- ⁸⁹ 1. Aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergibt sich ein Auftrag, Menschen wirksam vor einer Benachteiligung wegen ihrer Behinderung zu schützen.
- ⁹⁰ a) Eine Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG liegt vor, wenn eine Person in der Fähigkeit zur individuellen und selbstständigen Lebensführung längerfristig beeinträchtigt ist. Gemeint sind nicht geringfügige Beeinträchtigungen, sondern längerfristige Einschränkungen von Gewicht. Auf den Grund der Behinderung kommt es nicht an (BVerfGE 151, 1 [23 f. Rn. 54] m.w.N.). Nach diesen Maßgaben schützt das Grundrecht auch chronisch Kranke, die entsprechend längerfristig und entsprechend gewichtig beeinträchtigt sind (vgl. *Eckertz-Höfer*, in: AK-GG, 3. Aufl. [2001], Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 135; *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, GG, 16. Aufl. [2020], Art. 3 Rn. 164; *Langenfeld*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 112, 88. EL [08/2019]; vgl. auch Art. 1 S. 2 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Behindertenrechtskonvention, BRK).
- ⁹¹ b) Eine Benachteiligung wegen einer Behinderung liegt vor, wenn einem Menschen wegen einer Behinderung Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten werden, die anderen offenstehen, soweit dies nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Fördermaßnahme hinlänglich kompensiert wird (vgl. BVerfGE 96, 288 [302 f.]; 99, 341 [357]; 128, 138 [156]; 151, 1 [24 Rn. 55]).
- ⁹² Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG schützt abwehrrechtlich gegen staatliche Benachteiligung (aa). Das Grundrecht enthält zugleich einen Förderauftrag (bb). Zudem ist es als objektive Wertentscheidung in allen Rechtsgebieten zu beachten (cc). Schließlich ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ein Schutzauftrag für den Gesetzgeber (dd), der ihn in bestimmten Konstellationen zum Handeln verpflichtet (dazu 2).
- ⁹³ aa) Als subjektives Abwehrrecht umfasst Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung (vgl. BVerfGE 151, 1 [24 Rn. 55] m.w.N.), also von Unterscheidungen mit benachteiligender Wirkung. Diese liegt nicht nur bei Regelungen und Maßnahmen vor, die die Situation von Behinderten verschlechtern, sondern auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt, der nicht hinlänglich kompensiert wird (vgl. BVerfGE 96, 288 [303]). Eine rechtliche Schlechterstellung von behinderten Menschen ist nur dann zu rechtfertigen, wenn sie unerlässlich ist, um behindertenbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 99, 341 [357]; dazu auch BVerfGE 151, 1 [25 Rn. 57]).
- ⁹⁴ bb) Als verfassungsrechtliche Wertentscheidung bindet Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG alle staatliche Gewalt. Auch der Gesetzgeber ist aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verpflichtet, Vorkehrungen gegen Benachteiligungen behinderter Menschen zu treffen. Das Grundrecht zielt darauf, rechtliche und gesellschaftliche Ausgrenzung zu verhindern und zu überwinden (vgl. BVerfGE 96, 288 [302]; so auch BT-Drs. 12/8165, S. 28). Insoweit ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ein Schutzauftrag. Dieser ließe sich nicht erfüllen, wenn Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nur in Konstellationen griffe, die dem Staat unmittelbar kausal zurechenbar sind, denn der Ausschluss von behinderten Menschen ist nicht allein auf staatliches Handeln zurückzuführen. Um behinderte Menschen vor Ausgrenzung zu bewahren, begründet Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auch einen Auftrag an den Gesetzgeber, sie vor einer Benachteiligung wegen Behinderung durch Dritte zu schützen (dazu *Jarass/Piero*, GG, 16. Aufl. [2020], Art. 3 Rn. 160; *Kingreen*, in: *Bonner Kommentar*, 207. EL [02/2020], Art. 3 Rn. 310 ff., 698; *Krieger*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 14. Aufl. [2018], Art. 3 Rn. 13 f.; *Peters/König*, in: *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG, 2. Aufl. [2013], Kap. 21 Rn. 91; *Sachs*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR VIII, 3. Aufl. [2010], § 182 Rn. 144; siehe auch *Langenfeld*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 125 f.; *Kischel*, in: *BeckOK-GG*, [Stand: 08/2021], Art. 3 Rn. 237; *Nußberger*, in: *Sachs*, GG, 9. Aufl. [2021], Art. 3 Rn. 312; zum Landesverfassungsrecht *Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen*, Urt. v. 13.8.2020 – St 2/19, Rn. 45).
- ⁹⁷ 2. Der grundrechtliche Schutzauftrag aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG kann sich unter bestimmten Bedingungen zu einer Handlungspflicht des Staates verdichten. Aus dem Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG folgt keine umfassende, auf die gesamte Lebenswirklichkeit behinderter Menschen und ihres Umfelds bezogene Handlungspflicht des Gesetzgebers. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass Private nicht wie der Staat unmittelbar an das grundrechtliche Benachteiligungsverbot gebunden sind (Art. 1 Abs. 3 GG). Der Schutzauftrag kann sich aber in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten (vgl. BVerfGE 142, 313 [338 Rn. 71]; *BVerfG*, Beschl. d. *Ersten Senats* v. 8.6.2021 – 1 BvR 2771/18, Rn. 35). Zu solchen Konstellationen gehört die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung von Personen wegen einer Behinderung (zur Verankerung des Benachteiligungsverbots in der Menschenwürde BT-Drs. 12/6323, S. 12; dazu auch BVerfGE 144, 20 [207 f. Rn. 541]). Zudem kann eine Handlungspflicht bestehen, wenn mit einer Benachteiligung wegen Behinderung Gefahren für hoch-

rangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter einhergehen (vgl. BVerfGE 49, 89 [142]; 88, 203 [252]). Das ist insbesondere der Fall, wenn der Schutz des Lebens in Rede steht (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Darüber hinaus kann sich eine konkrete Handlungspflicht auch in Situationen struktureller Ungleichheit ergeben. Die Schutzbedürftigkeit ist gemindert, wenn die Betroffenen die zumutbare Möglichkeit haben, sich vor einer Schädigung selbst zu schützen oder ihr auszuweichen (vgl. BVerfGE 142, 313 [338 f. Rn. 73]; *BVerfG*, Beschl. d. *Ersten Senats* v. 8.6.2021 – 1 BvR 2771/18, Rn. 40). Sie hängt zudem von Art, Nähe und Ausmaß der in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorfindlichen oder drohenden Benachteiligungen ab.

⁹⁸ Besteht eine konkrete Schutzpflicht, kann das *BVerfG* deren Verletzung nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben (zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG BVerfGE 142, 313 [337 f. Rn. 70]).

⁹⁹ Dem Gesetzgeber steht bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten grundsätzlich ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 96, 56 [64]; 121, 317 [356]; 133, 59 [76 Rn. 45]; 153, 182 [268 Rn. 224]). Dessen Umfang hängt von verschiedenen Faktoren ab, im Besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter (vgl. BVerfGE 76, 1 [51 f.]; 77, 170 [214 f.]; 88, 203 [262]; 153, 182 [268 Rn. 224]). Aus einer grundrechtlichen Schutzpflicht folgt in der Regel keine bestimmte Handlungsvorgabe (vgl. BVerfGE 125, 39 [78]). Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers kann sich nur unter besonderen Umständen so verengen, dass allein durch eine bestimmte Maßnahme dem Schutzgebot Genüge getan werden kann (vgl. BVerfGE 56, 54 [73 ff.]; 77, 170 [214 f.]; 79, 174 [202]; 88, 203 [254 ff., 257]). Innerhalb seines Spielraums kann sich der Gesetzgeber für Regelungen des materiellen Rechts ebenso entscheiden wie für solche des Verfahrensrechts, soweit dies für einen effektiven Grundrechtsschutz erforderlich ist (vgl. BVerfGE 53, 30 [65 ff.]; 84, 34 [45 f.]; 113, 29 [57]; 147, 253 [311 Rn. 120]).

¹⁰⁰ 4. Diese Maßstäbe tragen den in der Auslegung des Grundgesetzes zu beachtenden völkerrechtlichen Verpflichtungen Rechnung.

¹⁰¹ a) Insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) entfaltet in der Auslegung durch den *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR) Wirkung auf die Grundrechte des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 74, 358 [370]; 82, 106 [114]; 111, 307 [317]; 151, 1 [28 Rn. 64]; stRspr). Art. 14 EMRK untersagt die Diskriminierung aufgrund eines sonstigen Status. Der Gerichtshof geht davon aus, dass es einen europäischen und weltweiten Konsens gibt, dass Menschen mit Behinderungen

vor diskriminierender Behandlung geschützt werden müssen; das verdeutlicht die von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates am 29.1.2003 angenommene Empfehlung 1592 (2003) über die volle soziale Inklusion von Menschen mit Behinderungen (vgl. EGMR, Glor v. Switzerland, Ur. v. 30.4.2009, Nr. 13444/04, § 53). Danach müssen auch staatliche Leistungen diskriminierungsfrei gewährt werden (vgl. EGMR [GK], *Stec et al. v. the United Kingdom*, Ur. v. 12.4.2006, Nr. 65731/01 und 65900/01, § 53). Grundsätzlich berücksichtigt die Rechtsprechung auch staatliche positive Verpflichtungen, effektiven und klaren Schutz gegen Diskriminierung im Erwerbsleben bereitzustellen (vgl. EGMR, *Danilenkov et al. v. Russia*, Ur. v. 30.7.2009, Nr. 67336/01, § 136).

¹⁰² b) Auch das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, BRK) ist bei der Auslegung des Grundgesetzes zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 128, 282 [306]; 142, 313 [345 Rn. 88]; 149, 293 [329 Rn. 90]; 151, 1 [26 ff. Rn. 61 ff.]). Die Konvention behandelt den Anspruch auf Gleichbehandlung und das Schutzgebot gegen die Benachteiligung wegen einer Behinderung, die auch in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG enthalten sind. Das Grundgesetz lässt sich ohne weiteres entsprechend auslegen. In der Sache geht auch die Konvention über den deutschen Grundrechtsschutz nicht hinaus.

¹⁰³ Nach Art. 1 Abs. 1 BRK zielt die Konvention darauf, „den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen zu fördern, zu schützen und zu gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde zu fördern.“ Die Vertragsstaaten sind nach Art. 25 BRK insbesondere verpflichtet, Menschen mit Behinderung einen in jeder Hinsicht diskriminierungsfreien Zugang zu der für sie notwendigen Gesundheitsversorgung zu verschaffen (vgl. Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Allgemeine Bemerkung Nr. 6 zu Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung, UN Doc. CRPD/C/GC/6 vom 26.4.2018, Rn. 66). Das entspricht im Wesentlichen dem Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (vgl. *BSG*, Ur. v. 15.10.2014 – B 12 KR 17/12 R, Rn. 30 f., *BSG* 117, 117 [125 f. Rn. 30 f.]; *BSG*, Ur. v. 8.3.2016 – B 1 KR 26/15 R, Rn. 24, unter Verweis auf die Rechtsprechung des *BVerfG*).

¹⁰⁴ Die Vertragsstaaten sind nach Art. 4 Abs. 1 BRK verpflichtet, die Verwirklichung aller Menschenrechte für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu gewährleisten und zu fördern. Zu diesem Zweck sind nach Art. 4 Abs. 1 S. 2e BRK alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung aufgrund von Behinderung durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen zu ergreifen.

¹⁰⁵ Nach Art. 10 BRK sind alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den wirksamen und gleichberechtigten Genuss des angeborenen Rechts auf Leben durch Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten. Das gilt nach Art. 11 BRK ausdrücklich auch in Gefahrensituationen,

bei Naturkatastrophen und humanitären Notlagen; gerade dann ist dem erhöhten Risiko der Diskriminierung entgegenzutreten (dazu Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, UN Doc. CRPD/C/GC/6, 26.4.2018, § 43). Das verdeutlicht die Geltung des Benachteiligungsverbots auch im Laufe einer Pandemie.

¹⁰⁶ In Art. 25 BRK anerkennen die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit ohne Diskriminierung aufgrund von Behinderung. Gesundheitsversorgung ist nach Art. 25 S. 3a BRK in derselben Bandbreite, von derselben Qualität und auf demselben Standard wie anderen Menschen zu gewährleisten. Nach Art. 25 S. 3d BRK erlegen die Vertragsstaaten den Angehörigen der Gesundheitsberufe die Verpflichtung auf, Menschen mit Behinderungen eine Versorgung von gleicher Qualität wie anderen Menschen angedeihen zu lassen, namentlich auf der Grundlage der freien Einwilligung nach vorheriger Aufklärung, indem sie unter anderem durch Schulungen und den Erlass ethischer Normen für die staatliche und private Gesundheitsversorgung das Bewusstsein für die Menschenrechte, die Würde, die Autonomie und die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen schärfen. Nach Art. 25 S. 3f BRK ist dafür zu sorgen, dass Gesundheitsleistungen nicht aufgrund von Behinderung vorenthalten werden (vgl. Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, UN Doc. CRPD/C/GC/6, 26.4.2018, § 66; dazu auch Ausschuss für bürgerliche und politische Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 36, UN Doc. CCPR/C/GC/36, 3.9.2019, §§ 24, 61).

¹⁰⁷ c) Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR, Zivilpakt) und der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR, Sozialpakt) zu beachten (vgl. BVerfGE 151, 1 [29 ff. Rn. 66 ff.] m.w.N.; stRspr.). Insbesondere Art. 2 Abs. 1 und 2 IPwskR und IPbpR verpflichten die Vertragsstaaten, unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln und vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen die volle Verwirklichung der in den Pakten anerkannten Rechte diskriminierungsfrei zu erreichen. Dazu gehört das Recht auf Leben (Art. 6 IPbpR) und auf Gesundheit (Art. 12 IPwskR). Zu Leistungen sind die Staaten nur je nach ihren Ressourcen verpflichtet, müssen aber das Diskriminierungsverbot stets beachten (vgl. Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, UN Doc. E/C.12/2000/4, 11.8.2000, § 30; dazu auch Allgemeine Bemerkung Nr. 5, UN Doc. E/1995/22, 9. Dezember 1994, § 34). Dabei betont der Ausschuss das Bedürfnis, sicherzustellen, dass nicht nur der öffentliche Gesundheitssektor, sondern auch private Anbieter von Gesundheitsleistungen das Prinzip der Nicht-Diskriminierung in Bezug auf Personen mit Behinderung beachten (a.a.O., § 26). Vulnerable Gruppen, zu denen Menschen mit einer Behinderung gehören, müssen zudem auch bei schwerwiegender Ressourcenknappheit

geschützt werden (vgl. Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Allgemeine Bemerkung Nr. 3, UN Doc. E/1991/23, 14. Dezember 1990, § 12).

II.

¹⁰⁸ Danach erweist sich die Verfassungsbeschwerde als begründet. Der allgemeine Schutzauftrag des Staates aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verdichtet sich angesichts des Risikos der Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapperintensivmedizinischer Behandlungsressourcen zu einer konkreten Handlungspflicht (1). Der Gesetzgeber hat bislang keine hinreichenden Vorkehrungen getroffen, um die Beschwerdeführenden wirksam vor einer solchen Benachteiligung zu schützen (2). Es liegt im Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wie er das Schutzgebot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG hier konkret erfüllt, ob er also selbst materielle Maßstäbe für die intensivmedizinische Verteilungsentcheidung vorgibt oder andere Vorkehrungen trifft, um wirksam vor Benachteiligung zu schützen (3).

¹⁰⁹ 1. a) Besteht das Risiko, dass Menschen in einer Triage-Situation bei der Zuteilung intensivmedizinischer Behandlungsressourcen wegen einer Behinderung benachteiligt werden, verdichtet sich der Schutzauftrag aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu einer konkreten Pflicht des Staates, hiergegen wirksame Vorkehrungen zu treffen. In einer Rechtsordnung, die auf eine gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen an der Gesellschaft ausgerichtet ist (vgl. BVerfGE 151, 1 [23 f. Rn. 54]), kann eine Benachteiligung wegen einer Behinderung nicht hingenommen werden, der die Betroffenen nicht ausweichen können und die unmittelbar zu einer Gefährdung der nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG als überragend bedeutsam geschützten Rechtsgüter Gesundheit und Leben (vgl. BVerfGE 126, 112 [140]; stRspr.) führt. Die Betroffenen können sich in einer solchen Situation zudem nicht selbst schützen.

¹¹⁰ b) Es liegen auch Anhaltspunkte dafür vor, dass für die Beschwerdeführenden ein Risiko besteht, bei Entscheidungen über die Verteilung pandemiebedingt nicht ausreichender überlebenswichtiger Ressourcen in der Intensivmedizin und damit bei einer Entscheidung über Leben und Tod aufgrund ihrer Behinderung benachteiligt zu werden. Aus der Gesamtschau der sachkundigen Einschätzungen und Stellungnahmen wie auch aus den fachlichen Handlungsempfehlungen ergibt sich, dass die Betroffenen vor erkennbaren Risiken für höchstrangige Rechtsgüter in einer Situation, in der sie sich selbst nicht schützen können, derzeit nicht wirksam geschützt sind.

¹¹¹ aa) Die Bundesärztekammer betont zwar bereits 2007, auch unter Knappheitsbedingungen seien in der Basisversorgung „die Probleme vulnerabler und benachteiligter Bevölkerungsgruppen zu berücksichtigen“ und verweist ausdrücklich darauf, dass Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG jede Differenzierung auch aufgrund der Behinderung auf allen Stufen ausschließe (DÄBl. 2007, A 2750, 2752). Die „Orientierungshilfe der Bundesärztekammer zur Allokation medizinischer Ressourcen am Beispiel der SARS-CoV-2-Pandemie im Falle eines Kapazitätsmangels“ von

2020 wendet sich zudem ausdrücklich gegen schematische Entscheidungen (DÄBl. 2020, A 1085; oben Rn. 10). Für die Situation pandemiebedingt knapper Behandlungsressourcen geht die Bundesärztekammer in der Stellungnahme zu diesem Verfahren (oben Rn. 34) jedoch davon aus, dass sich in der komplexen Entscheidung über eine intensivmedizinische Therapie subjektive Momente ergeben könnten, die Diskriminierungsrisiken beinhalteten.

¹¹² In diesem Verfahren haben zudem als sachkundige Dritte befragte Facheinrichtungen und Sozialverbände im Einklang mit wissenschaftlichen Studien dargelegt, dass ein Risiko besteht, in einer Situation knapper medizinischer Ressourcen aufgrund einer Behinderung benachteiligt zu werden. Das wissenschaftliche Zentrum BODYs (oben Rn. 47), dessen Stellungnahme auch der Deutsche Bundestag vorgelegt hat, führt ebenso wie der Bundesverband evangelische Behindertenhilfe (oben Rn. 56) und die Caritas Behindertenhilfe (oben Rn. 52) aus, dass behinderte Menschen in der Pandemie besonders gefährdet sind.

¹¹³ Mehrere sachkundige Dritte haben zudem ausgeführt, dass die Lebenssituation und -qualität von Menschen mit Behinderungen oft sachlich falsch beurteilt werde (oben Rn. 52, 56, 61, 64). Die Caritas Behindertenhilfe (oben Rn. 52) legt dar, in Krankenhäusern tätiges Personal stehe meist unter hohem zeitlichen und ökonomischen Druck und sei im Umgang mit Menschen mit spezifischen Behinderungen in der Regel nicht geschult. Eine Studie zum Stand der Forschung bis 2020 fasst zusammen, dass Hinweise auf Diskriminierungsrisiken bei der Inanspruchnahme der ambulanten sowie stationären Gesundheitsversorgung vorliegen, die weiterer systematischer Forschung bedürften (*Bartig/Kalkum/Le/Lewicki* im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierungsrisiken und Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen, 2021, S. 44 ff.). Das Diskriminierungsrisiko resultiere aus mangelndem Fachwissen und einer unzureichenden Sensibilisierung des medizinischen und pflegenden Gesundheitspersonals für behinderungsspezifische Besonderheiten (a.a.O., S. 65). Desgleichen haben sachkundige Dritte dargelegt, dass eine unbewusste Stereotypisierung von behinderten Menschen diese bei medizinischen Entscheidungen benachteilige (vgl. Netzwerk Artikel 3 oben Rn. 51; dazu auch Caritas Behindertenhilfe Rn. 52; Bundesverband evangelische Behindertenhilfe Rn. 56 f.; ISL Rn. 61). Der medizinische Blick auf Behinderung sei häufig defizitorientiert (vgl. Forum im Paritätischen oben Rn. 42; DIMR Rn. 64), was in der Ausbildung bislang kaum bearbeitet werde (zur Aus-, Fort- und Weiterbildung bereits 112. Deutscher Ärztetag 2009, Beschlussprotokoll S. 33; 119. Deutscher Ärztetag 2016, Beschlussprotokoll S. 99; Düsseldorfer Erklärung der Behindertenbeauftragten von Bund und Ländern 2019, oben Rn. 4).

¹¹⁴ bb) Die fachlichen Empfehlungen der DIVI für intensivmedizinische Entscheidungen bei pandemiebedingter Knappheit, auf die in diesem Zusammenhang vielfach verwiesen wird, beseitigen das Risiko einer Benachteiligung nicht.

¹¹⁵ (1) Die Empfehlungen sind als S1-Leitlinie rechtlich nicht

verbindlich, sondern eine Handlungsempfehlung einer Expertengruppe im informellen Konsens. Damit sind sie auch kein Synonym für den medizinischen Standard im Fachrecht, sondern nur ein Indiz für diesen (oben Rn. 8).

¹¹⁶ (2) Nach den Empfehlungen ist bei der Verteilung nicht ausreichender Ressourcen in der Intensivmedizin das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht der Behandlung entscheidend (2.2.). Die Erfolgsaussicht wird in den Empfehlungen definiert als die „Wahrscheinlichkeit, die aktuelle Erkrankung durch Intensivtherapie zu überleben“ (3.2.1.). Die Aussicht, die akute Erkrankung zu überleben, ist ein als solches zulässiges Auswahlkriterium für die Verteilung knapper Behandlungsressourcen. Dieses Kriterium stellt nicht auf eine Bewertung menschlichen Lebens ab, sondern allein auf die Erfolgsaussichten der nach der aktuellen Erkrankung angezeigten Intensivtherapie.

¹¹⁷ Würde hingegen auf eine längerfristig erwartbare Überlebensdauer abgestellt, würden Menschen, die aufgrund von Behinderungen tatsächlich oder vermeintlich eine kürzere Lebenserwartung haben, regelmäßig nicht oder nachrangig behandelt, zumal die stereotype Wahrnehmung von Behinderungen zu vorschnellen Schlüssen auf eine kürzere Lebensdauer verleiten kann. Dann wäre die weitere Lebensperspektive ausschlaggebend, nicht aber die Aussicht, die aktuelle Erkrankung zu überleben. Es ginge dann gerade nicht um das Überleben der akuten Erkrankung, sondern um die Maximierung von Lebenszeit.

¹¹⁸ (3) Trotz der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit des Kriteriums der klinischen Erfolgsaussicht im Sinne des Überlebens der aktuellen Erkrankung ist nicht ausgeschlossen, dass die Empfehlungen in ihrer derzeitigen Fassung zu einem Einfallstor für eine Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen werden können. Zwar stellen sie seit der zweiten Version unter 2.2. ausdrücklich klar, dass eine Priorisierung aufgrund von Grunderkrankungen oder Behinderungen nicht zulässig ist. Ein Risiko birgt gleichwohl, dass in den Empfehlungen schwere andere Erkrankungen im Sinne von Komorbiditäten und die Gebrechlichkeit als negative Indikatoren für schlechte Erfolgsaussichten der intensivmedizinischen Behandlung bezeichnet werden (3.2.1.). Zwar sollen vorhandene „Komorbiditäten“ ausdrücklich nur dann Eingang in die Auswahlentscheidung finden, wenn sie „in ihrer Schwere oder Kombination die Überlebenswahrscheinlichkeit bei einer Intensivtherapie erheblich verringern“ (3.2.1.). Das begegnet für sich genommen ebenfalls keinen Bedenken. Doch besteht auch hier das Risiko, dass die Überlebenswahrscheinlichkeit nicht eindeutig nur auf die aktuelle Krankheit bezogen wird. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass eine Behinderung pauschal mit Komorbiditäten in Verbindung gebracht oder stereotyp mit schlechten Genesungsaussichten verbunden wird (vgl. Stellungnahmen der Caritas Behindertenhilfe oben Rn. 55; des Bundesverbands evangelische Behindertenhilfe Rn. 57; der ISL Rn. 61 und des DIMR Rn. 63). Außerdem fehlt beim Kriterium der „Gebrechlichkeit“ eine Klarstellung wie zu den Komorbiditäten. Für die Bewertung der Gebrechlichkeit wird unter anderem auf eine Skala verwiesen, die Behinderungen nicht berücksichtigt, sondern für andere

Zwecke entwickelt und evaluiert worden ist (vgl. *Jung u.a.*, DÄBl. 2020, S. 668 [672]; dazu auch *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2020, S. 78 f.). Auch hier gilt, dass die Verwendung einer Skala nicht von vornherein unzulässig ist, auch weil sie gerade eilige Entscheidungen erleichtern und die Konsistenz von Entscheidungen sowie die Gleichbehandlung aller Betroffenen fördern kann. Doch birgt eine skalengeleitete Berücksichtigung von Gebrechlichkeit ein Risiko einer Benachteiligung, weil aus dem Umstand, dass viele behinderte Menschen im Alltag auf Assistenz angewiesen sind, vorschnell auf Gebrechlichkeit geschlossen werden kann (dazu die Caritas Behindertenhilfe oben Rn. 55; ISL Rn. 61). Damit können auch Vorstellungen von einer schlechteren Lebensqualität behinderter und assistenzbedürftiger Menschen einhergehen, was ebenfalls zu einer Benachteiligung führen kann (zur QALYS – „quality adjusted life years scale“ – oben Rn. 49; dazu *Hoven*, in: Hörnle/Huster/Poscher, Triage in der Pandemie, 2021, S. 356 ff.).

¹¹⁹ (4) Auf Risiken einer Benachteiligung wegen einer Behinderung in einer Triage-Situation deutet auch die Pressemitteilung der DIVI vom 23.4.2020 anlässlich der zweiten Version der Empfehlungen hin. Darin wird zwar zunächst klargestellt, dass die in den Empfehlungen genannten Krankheitszustände keine Ausschlusskriterien darstellten, sondern im Einzelfall nach Maßgabe der Erfolgsaussicht der Therapie entschieden werden soll. Doch wird auch ausgeführt, neben dem Schweregrad der aktuellen Erkrankung spielten relevante Begleiterkrankungen mit prognostisch eingeschränkter Lebenserwartung eine wesentliche Rolle. Das kann zu der Annahme verleiten, dass nicht nur das aktuelle Überleben, sondern auch die weitere Lebenserwartung für die Zuteilung medizinischer Ressourcen relevant sei.

¹²⁰ Eine weitere Pressemitteilung der DIVI vom 30.7.2020 stellt zwar klar, dass die in der Empfehlung genannten Kriterien „immer nur dann entscheidungsrelevant“ sind „wenn sie eine Verschlechterung der Prognoseeinschätzung – also der Wahrscheinlichkeit, DIESE Erkrankung zu überleben – darstellten“; die entscheidende Frage der Triage sei: „Welcher Patient wird jetzt und hier eher überleben?“. Damit wird nochmals betont, dass sich die Empfehlungen ausdrücklich auf die Erfolgsaussicht beziehen, im Sinne einer Wahrscheinlichkeit, die aktuelle Erkrankung zu überleben (3.2.1.). Die DIVI verweist in ihrer Stellungnahme in diesem Verfahren (oben Rn. 36) jedoch selbst darauf, dass im klinischen Alltag bei Kapazitätsengpässen ohne klare Kriterien vielfach ad hoc entschieden werde, und beschreibt die damit einhergehende Unsicherheit. Ausweislich der Pressemitteilung sei die „bestehende Rechtsunsicherheit, welche Kriterien im Fall einer Pandemie bei der Verteilung knapper medizinischer Ressourcen maßgeblich sein sollen“, für die Ärzte „unerträglich“. Desgleichen hat die Bundesärztekammer erläutert, es gebe hier subjektive Momente und damit auch Diskriminierungsrisiken (oben Rn. 34). Insofern erscheint nicht hinreichend gewährleistet, dass die Betroffenen in einer solchen Situation wirksam vor einer Benachteiligung wegen ihrer Behinderung geschützt sind.

¹²¹ c) In der Gesamtschau liegen somit belastbare Anhaltspunkte dafür vor, dass für die Betroffenen ein konkretes Risiko besteht, wegen einer Behinderung bei der Verteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt zu werden. Vor diesen Risiken können sich die Beschwerdeführenden in der akuten Situation der Behandlungsbedürftigkeit nicht selbst wirksam schützen, und sie können dem auch nicht ausweichen.

¹²² Der Gesetzgeber hat bislang keine Vorkehrungen getroffen, die dem Risiko einer Benachteiligung von Menschen aufgrund einer Behinderung bei der Verteilung von knappen intensivmedizinischen Behandlungsressourcen wirksam begegnen. Zwar hat sich der Gesetzgeber mehrfach mit dem Schutzgebot befasst. Insbesondere hat er mit dem Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen, dem Bundesteilhabegesetz vom 23.12.2016 (BGBl. I S. 3234, mit Wirkung vom 1.1.2018), deutsches Recht an die Behindertenrechtskonvention angepasst und mit dem Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz – BGG – vom 27.4.2002, BGBl. I S. 1467, zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 2.6.2021, BGBl. I S. 1387) die Barrierefreiheit zu fördern gesucht. Jedoch fehlen hinreichend wirksame, auch nach Art. 25 BRK geforderte Vorgaben zum Diskriminierungsschutz im Gesundheitswesen, die in der Situation der pandemiebedingten Triage vor Benachteiligung wegen der Behinderung schützen könnten. Zwar hat der Gesetzgeber Menschen mit Behinderungen im pandemiebezogenen Impfrecht berücksichtigt (vgl. § 3 Nr. 2, § 4 Nr. 2 sowie § 2 Nr. 2 Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 [CoronaImpfV] vom 18.12.2020, BAnz AT 21.12.2020 V3 sowie nachfolgende Fassungen für Beschäftigte und Betreute in stationären oder teilstationären Einrichtungen oder ambulant betreuten Wohngruppen) oder in Regelungen für Tests (vgl. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 Verordnung zum Anspruch auf Testung in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 vom 21.9.2021). Doch sind dies keine Vorkehrungen für die Verteilungsentscheidung über knappe intensivmedizinische Ressourcen.

¹²³ Die behandelnden Ärztinnen und Ärzte befinden sich im Fall einer pandemiebedingten Triage in einer extremen Entscheidungssituation. Sie müssen entscheiden, wem die nicht ausreichend zur Verfügung stehenden intensivmedizinischen Ressourcen zukommen sollen und wem nicht. In dieser Situation kann es besonders fordernd sein, auch Menschen mit einer Behinderung die notwendige medizinische Versorgung zukommen zu lassen. Das gelingt nur, wenn sichergestellt ist, dass allein nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit entschieden wird.

¹²⁴ Dafür genügt das allgemeine zivilrechtliche Benachteiligungsverbot in § 1 AGG nicht; insofern ist bereits nicht klar geregelt, ob es auf die Situation der Triage überhaupt Anwendung findet. Ebenso wenig finden sich hinreichende Vorgaben zum Benachteiligungsschutz im öffent-

lichen Recht. Zwar adressiert das Landesantidiskriminierungsgesetz von Berlin (LADG, vom 11.6.2020, GVBl 2020, S. 532), wo mehrere Beschwerdeführende leben, in § 2 LADG ausdrücklich auch chronische Erkrankungen und soll unmittelbare, mittelbare, strukturelle und institutionelle Benachteiligung erfassen (vgl. LT-Drs. 18/1996, S. 18), gilt aber von vornherein nicht für die konkrete ärztliche Behandlungsentscheidung. Desgleichen vermitteln die Vorgaben im auf eine Benachteiligung wegen der Behinderung bezogenen Gleichstellungs-, Inklusions- und Teilhaberecht der Länder hier keinen wirksamen Schutz. Das gilt auch für das Sozialrecht mit dem Querschnittsgebot zur Teilhabe behinderter Menschen in § 33c S. 1 SGB I, der allgemeinen Norm in § 10 SGB I oder der Regelung des § 2a SGB V, oder auch für das Beihilferecht. Sie alle bieten keinen Schutz vor dem Risiko einer Benachteiligung in der Triage-Situation. Auch im Landeskrankenhausrecht finden sich zwar teilweise Regelungen zugunsten der besonderen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen, aber keine Vorgaben, die den hier gefragten Schutz hinreichend wirksam gewährleisten. Die derzeit geltenden Regelungen erschöpfen sich entweder in einer Wiederholung des Benachteiligungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG oder beschränken sich darauf, dass besonderen Bedürfnissen Rechnung zu tragen sei, was zur Erfüllung der aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG resultierenden staatlichen Handlungspflicht nicht genügt.

¹²⁵ Desgleichen gewährleistet das aktuelle ärztliche Berufsrecht den Schutz vor Benachteiligung nicht hinreichend wirksam. Insofern genügt es nicht, auf das sogenannte Genfer Gelöbnis zu verweisen, wonach eine Behinderung nicht zwischen die ärztlichen Pflichten und ihre Patienten treten darf. Das gilt auch, wenn es von den Ärztekammern in ihre Satzung aufgenommen worden ist. Es bleibt ganz allgemein. Für einen wirksamen Schutz vor Diskriminierungsrisiken bei Entscheidungen über Leben und Tod reicht es auch nicht, dass die Musterweiterbildungsverordnung 2018 der Bundesärztekammer den Erwerb von behandlungsbezogenen Kenntnissen zu den „Besonderheiten bei der Betreuung von Menschen mit Behinderung“ einbezieht.

¹²⁶ 3. Dem Gesetzgeber steht bei der Entscheidung, wie die konkrete Pflicht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG im Einzelnen erfüllt werden soll, Menschen vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bei einer Entscheidung über die Zuteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen wirksam zu schützen, ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das Risiko behinderter Menschen, bei der Zuteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Ressourcen benachteiligt zu werden, ergibt sich nach den Feststellungen des Senats aus einer Gesamtschau verschiedener, teils ineinandergreifender Umstände (dazu oben Rn. 110 ff.). Dem Gesetzgeber stehen daher mehrere Möglichkeiten offen, diesem Risiko wirkungsvoll zu begegnen. Dass allein durch eine bestimmte Maßnahme dem Schutzgebot Genüge getan werden könnte, ist auf der Grundlage der im Verfassungsbeschwerdeverfahren gewonnenen Erkenntnisse nicht ersichtlich.

¹²⁷ Geleitet und begrenzt wird der Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum durch die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs und die zu beachtenden Grundrechte aller Betroffenen. Dabei hat der Gesetzgeber auch zu berücksichtigen, dass die für die Behandlung zur Verfügung stehenden begrenzten personellen und sachlichen Kapazitäten des Gesundheitswesens nicht zusätzlich in einer Weise belastet werden, dass das letztendlich angestrebte Ziel, Leben und Gesundheit von Patientinnen und Patienten mit Behinderungen wirkungsvoll zu schützen, in sein Gegenteil verkehrt würde. Gleiches gilt im Hinblick auf die durch den Gesetzgeber zu beachtenden Schutzpflichten für das Leben und die Gesundheit der anderen Patientinnen und Patienten. Hierbei hat der Gesetzgeber die Sachgesetzlichkeiten der klinischen Praxis, etwa die aus medizinischen Gründen gebotene Geschwindigkeit von Entscheidungsprozessen, ebenso zu achten wie die Letztverantwortung des ärztlichen Personals für die Beurteilung medizinischer Sachverhalte im konkreten Einzelfall, die in deren besonderer Fachkompetenz und klinischer Erfahrung begründet liegt.

¹²⁸ Innerhalb dieses Rahmens hat der Gesetzgeber selbst zu entscheiden, ob er Vorgaben zu den Kriterien von Verteilungsentscheidungen macht (vgl. zu Kriterien des Zugangs zu staatlichen Leistungen BVerfGE 134, 1 [15 f. Rn. 42]). Dass aufgrund der Achtung vor der Unantastbarkeit der Menschenwürde Leben nicht gegen Leben abgewogen werden darf (vgl. BVerfGE 115, 118 [153 ff., 158]), steht einer Regelung von Kriterien, nach denen zu entscheiden ist, wie knappe Ressourcen zur Lebensrettung verteilt werden, nicht von vornherein entgegen; ein Kriterium, das den inhaltlichen Anforderungen der Verfassung genügt, kann vom Gesetzgeber vorgegeben werden (zur Diskussion vgl. *Brade/Müller*, NVwZ 2020, 1792 [1796]; *Gaede* u.a., *medstra* 2020, 129 [130 f.]; *Hristova*, DVBl 2021, 224 [230]; *Huster*, in: *Huster/Kingreen*, Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 8 Rn. 45 ff.; *Taupitz*, *MedR* 2020, 440 [442 f.]; kritisch *Merkel/Augsberg*, *JZ* 2020, 704 [713 f.]). Der Gesetzgeber kann auch Vorgaben zum Verfahren machen (vgl. zu staatlichen Entscheidungen BVerfGE 147, 253 [311 Rn. 120]). Sofern dies nach Einschätzung des Gesetzgebers wirksamen Grundrechtsschutz verspricht, kann er sich für ein Mehraugen-Prinzip bei Auswahlentscheidungen (so die DIVI-Empfehlungen 3.1. und 3.3.2.) oder für Vorgaben zur Dokumentation (so die Stellungnahme BAND oben Rn. 38 f.) entscheiden. Denkbar sind auch Regelungen zur Unterstützung vor Ort. Dazu kommt die Möglichkeit spezifischer Vorgaben für die Aus- und Weiterbildung in der Medizin und Pflege und insbesondere des intensivmedizinischen Personals, um auf die Vermeidung von Benachteiligungen wegen Behinderung in einer Triage-Situation hinzuwirken (vgl. Art. 4 Abs. 1 S. 2i BRK und oben Rn. 113). Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, welche Maßnahmen zweckdienlich sind (vgl. BVerfGE 142, 313 [342 Rn. 81] m.w.N.).

¹²⁹ 4. Inwiefern die Handelnden in öffentlichen Krankenhäusern in der hier zu beurteilenden Verteilungssituation anders als Private unmittelbar an Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gebunden sind, kann dahinstehen, weil sich daraus im Ergebnis keine weiterreichenden Folgen ergäben.

D.

¹³⁰ Der Gesetzgeber muss zur Umsetzung der aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG hier auch wegen der Bedeutung des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgenden konkreten Schutzpflicht und im Lichte der Behindertenrechtskonvention dafür Sorge tragen, dass jede Benachteiligung wegen einer Behinderung

bei der Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen hinreichend wirksam verhindert wird. Der Gesetzgeber ist gehalten, seiner Handlungspflicht unverzüglich durch geeignete Vorkehrungen nachzukommen.

[...]

BUCHBESPRECHUNGEN

**Jan Christoph Bublitz/Jochen Bung/Anette Grünewald/Dorothea Magnus/Holm
Putzke/Jörg Scheinfeld (Hrsg.): Recht – Philosophie – Literatur.
Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2020, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-15566-8, zwei Teilbände, insg. S. 1672, Euro 299,90.

Die monumentale, in zwei Teilbänden erschienene Festschrift für den Jubilar *Merkel* deckt vielfältigste Facetten ab, die Recht, Philosophie und Literatur zu bieten haben. Im Vorwort wird die Vita *Merkels* kurz nachgezeichnet, bevor, wen würde es wundern, „Literarisches“ den Auftakt der Festschrift macht. Gleich zwei der sechs Beiträge dieses Kapitels, nämlich die von *Bung* und *Scheichl* widmen sich *Karl Kraus* und tragen somit der Tatsache Rechnung, dass sich *Merkel* in seiner sehr umfangreichen Dissertation ebenfalls mit „Strafrecht und Satire im Werk von Karl Kraus“ auseinandergesetzt hat. *Bung* legt den Schwerpunkt seiner Ausarbeitung nicht nur auf *Kraus*, sondern auch seinen Interpreten *Adorno*, um hier zudem „das spannungsvolle Verhältnis Sexualität und Strafrecht“ zu vermitteln (S. 4). *Scheichl* spürt den Prozessakten als Quellen des Wirkens von *Karl Kraus* am Beispiel des Prozesses *Pisk* gegen *Kraus* nach.

Das zweite Kapitel ist der politischen Philosophie und Rechtsphilosophie gewidmet und vereint Beiträge mit sehr unterschiedlichen Blickrichtungen. *Zabel* bspw. wirft in seinem Aufsatz „Handeln, Entscheiden, Zurechnen. Wie der Einsatz intelligenter Technik die deontologische Deutung des Rechts verändert“ (S. 271) durchaus auch einen Blick auf kriminalpolitische Implikationen. (Rechts-)Probleme identifiziert er, soweit entweder aufgrund der komplexen Technik des Fahrzeugs die Verantwortungsbereiche nicht mehr präzise abgrenzbar sind oder Kausalitäts- und Verantwortungsbeiträge durch die Selbstlernfähigkeit autonomer Systeme neutralisiert werden. Denkbar sei hier eine neue Ausgestaltung der Produkt- oder Produzentenhaftung, eine Halter-Gefährdungshaftung oder an den Stand der Technik angepasste Versicherungslösungen. Darüber hinaus käme die Konstruktion einer elektronischen Person mit eingeschränkten Rechten und Pflichten in Betracht. Das Konstrukt eines solchen Zurechnungsadressaten hätte den Effekt, dass Haftungssummen durch die beteiligten Akteure gebündelt und Ansprüche direkt gegenüber der ePerson geltend gemacht werden könnten (S. 284).

Es ist kein Zufall, dass im Kapitel zu den Grundlagen des Strafrechts gleich 8 Beiträge der Willensfreiheit und Schuld gewidmet sind. Denn auch *Merkel* hat sich inten-

siv mit diesen Fragen beschäftigt – seine Schrift „Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung“ wurde 2008 sogar als eines der „Juristischen Bücher des Jahres“ ausgezeichnet. Im ersten Aufsatz dieses Kapitels geht *Walde* dem normativen Charakter menschlicher Freiheit und der Frage nach dem objektiven Fundament des Schuldprinzips nach (S. 317 ff.). Es folgt ein Beitrag von *Fahl* zum schlechten Gewissen des Strafrechtlers und der Willensfreiheit (S. 335 ff.). Hier wird der Disput zwischen *Merkel* und *Herzberg* aufgegriffen, um anschließend den eigenen Standpunkt des Verfassers zu verdeutlichen. *Fahl* hält weder eine Uminterpretation im Hinblick auf ein deterministisches Weltbild für geboten, noch sieht er Anlass, § 20 StGB umzuformulieren. Allerdings gibt er *Merkel* insofern recht, dass das derzeitige Model strafrechtlicher Verantwortlichkeit bedeutet, einen Menschen für etwas verantwortlich zu machen und zu bestrafen, zu dem er im strikten Sinne (vielleicht) nichts konnte (S. 350).

Der Frage, ob Unrecht Schuld voraussetzt, spürt *Kindhäuser* in seinem Aufsatz nach, während *Herzberg* das Anderskönnen in der strafrechtlichen Schuldlehre betrachtet. Letzterer grenzt seine Auffassung von derjenigen von *Merkel* und *Burkhardt* ab, um „zu guter Letzt“ mit folgender „These zu provozieren“: „Im Sinne indeterministischer Freiheit verstanden, ist die Freiheit der Willensbildung gerade nicht Voraussetzung des Schuldvorwurfs, sondern das, was ihn verböte. Nicht das indeterministische – das deterministische Menschenbild ist die allein tragfähige Grundlage unseres Strafrechts“ (S. 393).

Fischer geht in seinem Beitrag der Frage nach, wieviel Selbstreferentialität die Schuld trägt und untersucht hierzu das Schuldmerkmal der schweren seelischen Abartigkeit, das mittlerweile in schwere seelische Störung umbenannt wurde, ohne dass damit eine inhaltliche Korrektur erfolgt wäre (BT-Dr. 19/19859, S. 47). Der Verfasser identifiziert am Beispiel sexueller Devianz unter dem Gesichtspunkt der Erheblichkeit „vielfach, wenn nicht überwiegend“ selbstreferentielle Formeln (S. 406). Er kommt zu dem Ergebnis, dass es keine genuin rechtliche Dimension von Persönlichkeitsstörung in Abgrenzung zur „Ungestörtheit“ gibt, sondern viel eher ein soziales Bedürfnis, eine solche Grenze zu bestimmen. Die Fragen, die sich am Übergang zum Sein zum Sollen, von der Krankheit zur Unschuld stellen, seien mit den üblichen Postulaten nicht zufriedenstellend zu beantworten (S. 412).

In seinem Aufsatz zur „Schuldfähigkeit als Fertigkeit“ nimmt *Haas* zunächst das Jugendstrafrecht in den Blick, um daraus Erkenntnisse auch für das Erwachsenenstrafrecht zu gewinnen. Während in der jugendstrafrechtlichen Literatur das soziale Normenlernen durchaus Beachtung findet und Sozialisationsmängel Indikatoren für eine nicht hinreichend entwickelte Schuldfähigkeit sein könnten, werde eine Diskussion im Erwachsenenstrafrecht darüber, ob auch Sozialisationsstörungen oder -defizite unter das Eingangsmerkmal der schweren seelischen Störung fallen, nicht geführt (S. 416 f.). *Haas* regt an, weitere Forschung – auch unter Einbeziehung der Neurowissenschaften – zu initiieren, um die Bedeutung des sozialen Normenlernens für die Schuldfähigkeit besser zu erfassen (S. 421).

Wohlens geht in seinem Beitrag der Frage nach, ob es sich beim tradierten Schuldstrafrecht um ein Auslaufmodell handelt (S. 423 ff.). Er benennt zunächst die Herausforderungen des Schuldstrafrechts durch die Erkenntnisse der modernen Hirnforschung, um dann über die Reformulierung des Schuldbegriffs nachzudenken und den Schuldbegriff im Spannungsfeld von Ontologie und Normativität zu verorten. Die Herausforderungen des Schuldstrafrechts sieht er weniger in der kaum geführten Grundlegendiskussion im Zusammenhang mit der Einführung der Unternehmensstrafbarkeit, sondern viel eher in der Frage nach der Strafbarkeit von mit künstlicher Intelligenz ausgestatteten Robotern und Softwareprogrammen (S. 439). Einen gangbaren Weg für eine strafrechtliche Lösung sieht der Autor in einem funktionsanalogen Pendant zu dem, was bei Menschen die als Schuld etikettierte und für die Legitimität des Tadels unverzichtbare Vorwerfbarkeit ausmacht. Während man im Bereich des Unternehmensstrafrechts über eine Betriebs- oder Organisationsschuld nachdenken könne, greife dies bei künstlicher Intelligenz nicht. Hier werde man verlangen müssen, dass intelligente Agenten das Ansinnen, das in der Strafe liegt, nachvollziehen können, da anderenfalls der mit der Institution der Strafe verbundene Tadel ins Leere gehe (S. 441).

In seinem Aufsatz „Das Strafrecht einer fragmentierten Gesellschaft“ (S. 528 ff.) widmet sich *Kubiciel* auch der Kriminalpolitik. Zunächst stellt er die Frage, ob der Gesetzgeber weiterhin der Erwartung gerecht werden kann, dass seine Gesetze in Form und Inhalt rational und vernünftig sind (S. 537). Lobend erwähnt er die Reform des Korruptionsstrafrechts und die Neuordnung des Vermögensabschöpfungsrechts, bevor er eine „unsystematische, sprunghafte Rechtspolitik“ kritisiert, die zu „kleinräumigen Änderungen des Strafrechts“ führe (S. 538). Beispielhaft werden hier u.a. die *Böhmermann-Affäre* oder die *Kölner Silvesternacht* benannt. Als wesentlichen Grund für diese Tendenz zur Einzelfallgesetzgebung nennt der Verfasser, dass diese mehr Aufmerksamkeit bei potenziellen Wählern generieren würde und sich so leichter parlamentarische Mehrheiten finden ließen als für größere Reformvorhaben. Allerdings sieht *Kubiciel* in dieser „Zerfaserung des Strafrechts“ auch den gespiegelten Zustand der Gesellschaft (S. 538). Des Weiteren wird angenommen, dass die Strafrechtspolitik der Stabilisierung von In-

stitutionen diene, um Institutionen die notwendige gesellschaftliche Anerkennung nach außen und innen zu vermitteln. Zudem sei eine Tendenz zur Stabilisierung tradierter oder neu entstandener Sittlichkeitsvorstellungen zu erkennen. Der Autor prognostiziert, dass die Bedeutung von Wirtschaftsethik, Sexual- und Sozialmoral für die Kriminalpolitik weiter zunehmen werde. Die Kriminalpolitik der kommenden Jahre werde sich vermutlich durch ein Nebeneinander von systematisch angeleiteter und einfallorientierter Gesetzgebung auszeichnen. Daher werde die Wissenschaft lernen müssen, mit Fragmenten zu arbeiten.

Das vierte Kapitel widmet sich dem allgemeinen Teil des Strafrechts und bildet das letzte Kapitel im ersten Teilband der Festschrift. *Kudlich* geht in seinem Aufsatz „Die Expansion des Strafrechts durch § 9 II 2 StGB“ den „Problem-Dimensionen“ und Lösungsbedarfen nach (S. 634). Er stellt die Frage, warum akzessorischer Rechtsgüterschutz gewährt werden muss, wenn ein Verhalten am Tatort nicht unter Strafe steht. Diese kriminalpolitische Grundsatzentscheidung sei aber zumindest dann hinnehmbar, soweit es „nur“ um eine Strafbarkeit inländischer Teilnahmehandlungen nach Maßgabe von § 9 Abs. 2 S. 1, 2 StGB gehe. Anders könne dies zu beurteilen sein, wenn es sich um eine kriminalpolitisch ohnehin fragwürdige Strafdrohung handle. Zwar hat sich das von *Kudlich* gewählte Beispiel des § 217 StGB durch die vom *BVerfG* festgestellte Verfassungswidrigkeit inzwischen aufgelöst, die Grundaussage ist geblieben. Denn für fragwürdige Strafdrohungen könne es zum einen legitime, zumindest aber nachvollziehbare Gründe dafür geben, warum das Ausland aufgesucht werde. Zum anderen könnte sich der Haupttäter im Ausland bei einer als Anstiftung oder Beihilfe in Betracht kommenden vorhergehenden Teilnahmehandlung in Deutschland zumindest mittelbar zum Schutz im Interesse des potenziellen Teilnehmers gedrängt sehen, sein Verhalten zu unterlassen, obwohl dieses nach seiner Heimatrechtsordnung erlaubt sei.

Der Beitrag von *Seelmann* wirft die Frage nach der „Zurechnung zu künstlicher Intelligenz?“ auf und ist inhaltlich eng verknüpft mit dem Beitrag von *Wohlens*, zumal er auch zu einem ähnlichen Ergebnis kommt. Nach Benennung der gewöhnlichen Zurechnungserfordernisse wird herausgestellt, dass eine Reihe von Voraussetzungen, die für die Zurechnung zum menschlichen Handeln vorliegen müssen, im Fall von künstlicher Intelligenz nicht gegeben sind (S. 701). Zwar stehe es dem Recht frei, für die Zurechnung andere, weniger weitgehende Anforderungen fruchtbar zu machen, wie dies bei der juristischen Person bereits geschehen und für die ePerson, insbesondere die künstliche Intelligenz, auch teilweise gefordert werde. Sinnvoll wäre eine solche Ausweitung des Zurechnungsadressaten aber nicht. Eine künstliche Intelligenz müsse vielmehr die bei Menschen üblichen Zurechnungsvoraussetzungen aufweisen, wenn man sie zu einem Zurechnungsadressaten machen wollte (S. 706).

Schlehofer widmet sich in seinem Aufsatz strafbarkeits einschränkenden Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht. Die Rechtsprechung habe

hier auf vielfältigste Fragen keine klaren Antworten gegeben, so dass der Autor verschiedenen Alternativen nachspürt, bevor er sich im Fazit für eine als systemkonform identifizierte Strafbarkeitsalternative zum Konstrukt der hypothetischen Einwilligung entscheidet: „die Beschränkung der einwilligungshindernden Irrtümer auf Irrtümer über entscheidungsrelevante rechtsgutsbezogene Umstände und die Ergänzung des Strafunrechtsausschlusses bei Irrtümern über entscheidungsirrelevante rechtsgutsbezogene Umstände durch ein erlaubtes Risiko“ (S. 760).

Auch *Beck* geht in ihrem Aufsatz „Fiktion vs. Realität“ der hypothetischen Einwilligung auf den Grund. Nachdem die Debatte nachgezeichnet und analysiert wird, werden verschiedene Fallgruppen unterschieden. Die Verfasserin differenziert nach drei Fallgruppen: „1) Die nachträgliche Klarstellung der tatsächlich abgegebenen Einwilligungserklärung, 2) Die nachträgliche, explizite Genehmigung des Rechtsgutseingriffs und 3) Die Fiktion einer nie erklärten Einwilligung“ (S. 777). Das vermeintlich „Hypothetische“ der hypothetischen Einwilligung nach Fallgruppe 3 könne sich im Strafrecht nicht wiederfinden, denn relevant seien nur tatsächliche Erklärungen, nicht aber Hypothesen und Fiktionen.

In seinem Beitrag „Nothilfe für Tiere als Anthropozentrik“ geht *Keller* neben einer Auslegung des § 32 StGB zumindest überblicksartig Grundlagenproblemen wie der Bedeutung der Unterscheidung Mensch/Tier, ihrer ethischen Legitimität und sozialen Implikationen und Konsequenzen nach. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Menschenähnlichkeit von Tieren nicht so weit gegeben ist, dass sich daraus im Kontext des § 32 StGB ein subjektives Recht, von Quälerei verschont zu bleiben, ergäbe. Denn den Tieren fehle die Fähigkeit, Recht zu verstehen und sich entsprechend verantwortlich zu verhalten. Insoweit würde mit der Nothilfe für Tiere ein menschliches Allgemeininteresse in unangemessener Weise geschützt und die Eigenart der Tiere ignoriert. Die Abwendung von Tierleid durch Private sei durch § 34 StGB angemessener möglich als durch § 32 StGB (S. 790).

Hoven stellt in ihrem Aufsatz „Tötung im Notstand?“ Überlegungen zur Reichweite des Notstandsrechts und hier insbesondere im Völkerstrafrecht an. Sie kritisiert die in Art. 31 Abs. 1 lit. d ICC-Statut normierte Notstandsregelung aufgrund ihrer Unbestimmtheit und der fehlenden Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Schuld. Die Verfasserin macht deutlich, dass nicht nur das Völkerstrafrecht auf die Frage nach dem Umgang mit Notstandstötungen keine überzeugende Antwort gefunden hat, sondern auch das deutsche Recht keine klaren Vorgaben hierfür bereithält. Stattdessen werde hier die Entscheidung über die Grenzen des Notstandsrechts einer kaum mehr überschaubaren wissenschaftlichen Diskussion überantwortet. Es sei daher Aufgabe des Normsetzers, sowohl im Völkerstrafrecht als auch im nationalen Recht durch ausdrückliche Regelungen für Klarheit zu sorgen (S. 884). Erste Vorschläge für eine solche Normgestaltung des Notstandsrechts macht die Verfasserin in ihrem Beitrag.

„Roboterprogrammierung im Dilemma“ lautet der Aufsatz von *Kuhli*, der nach einer Begriffsbestimmung und einem Blick auf rechtsgutsrelevante Entscheidungen die Frage aufwirft, ob es neuer Verhaltensnormen für tödliche Notstandssituationen mit Unbeteiligten bedarf. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Kontexte, in denen ein Roboterprogrammierer und ein Weichensteller – insofern Bezug nehmend auf das Konstrukt von *Engisch* und den präzisierenden Sachverhalt von *Welzel* – im Hinblick auf Notstandssituationen nicht signifikant voneinander abweichen. Die Unterschiede lägen in der zeitlichen Vorverlagerung der Programmierung sowie dem Umstand, dass der Weichenstellerfall eine Panikreaktion implizieren könne, was beim Programmierer in der Regel nicht der Fall sei. Die Verhaltensnormen seien aber die gleichen. Neue Herausforderung für Straf- und Strafprozessrecht begründe das Programmieren von Robotern gleichwohl. Die erste Herausforderung gelte den normativen Anforderungen an die Sorgfaltspflichten bei der Programmierung, die zweite betreffe die Frage der Beweisbarkeit von Roboterprogrammierungen. Die dritte Herausforderung läge in Aspekten der Internationalisierung und Globalisierung, da der grenzüberschreitende Einsatz von Robotern es notwendig mache, die Rechtmäßigkeit einer Programmierentscheidung in jedem betroffenen Land sicherzustellen (S. 907).

Im letzten Aufsatz dieses 4. Kapitels stellt *Rönau* die Frage, ob es sich bei der Haftungsfreistellung des Whistleblowers nach § 5 Nr. 2 GeschGehG um eine gelungene Regelung handelt. Er verneint dies, nachdem er zunächst den Geschäftsgeheimnisschutz „im neuen Gewande“ (S. 911) vorgestellt und die Voraussetzungen des § 2 Nr. 1 GeschGehG umrissen hat. Die eingehende Analyse des § 5 Nr. 2 GeschGehG macht deutlich, dass dieser Ausnahmetatbestand mit vielen Unsicherheiten behaftet ist, so dass die Sorge begründet ist, diese Regelung werde Hinweisgeber eher davon abhalten, Missstände aufzudecken.

Teilband 2 beginnt mit dem fünften Kapitel zum Strafrecht Besonderer Teil; auch hier finden sich wieder sehr unterschiedliche Beiträge, wobei ein leichter Schwerpunkt beim Thema Sterbehilfe zu verzeichnen ist.

Stuckenberg geht in seinem Beitrag der Frage nach, ob der im Juni 2016 von Hessen eingebrachte Gesetzentwurf zum digitalen Hausfriedensbruch in Form eines neuen § 202e StGB-E Gesetz werden sollte. Bislang konnte sich ein solcher Vorschlag nicht durchsetzen und auch der Verfasser lehnt eine Neuregelung ab. Es sei kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf zu erkennen. Zudem sei der vorgeschlagene Tatbestand „unbestimmt, überbreit und unstimmig“ (S. 949).

Der Aufsatz von *Wolters* nimmt das gesetzliche Merkmal „gegen den erkennbaren Willen“ in der Neufassung des § 177 Abs. 1 StGB in den Blick. Der Beitrag möchte „einen forensisch greifbaren Beitrag zur rechten Auslegung eines Tatbestandsmerkmals“ leisten (S. 971). Nach ausführlicher Analyse kommt er zu dem ernüchternden Ergebnis, dass die praktische Bedeutung eher gering ist, da Fälle reiner Passivität seitens des Täters eine sehr seltene

Ausnahme bleiben werden.

Roxin spürt dann einer weiteren Modifizierung durch das 50. Strafrechtsänderungsgesetz nach, nämlich der Neueinführung des § 184j StGB. Er zeichnet die sich mit der Vorschrift befassenden widerstreitenden Positionen nach, bevor er selbst feststellt, dass er einen realen Strafwürdigkeitsgehalt einer ohne eigene Deliktsbegehung vollzogenen Mitwirkung an einer bedrängenden Gruppe kaum erkennen kann (S. 978). Daher hält er die Vorschrift für dogmatisch und kriminalpolitisch verfehlt und wegen Verstoßes gegen das Schuldprinzip sogar für verfassungswidrig (S. 981).

Den Auftakt zu der Reihe von Aufsätzen zu Sterbehilfe und Selbsttötung bildet der Beitrag „Menschenwürde und Sterbehilfe“ von *von der Pfordten*. Nach einem Blick auf die verschiedenen Teilbegriffe der Menschenwürde, geht der Verfasser der Frage nach, ob dies Folgerungen für die Beurteilung der Tötung auf Verlangen und der Beihilfe zum Suizid impliziert. Er kommt zu dem Ergebnis, dass der Schutz der Menschenwürde in ihren typischen Konstellationen weder eine Begründung noch eine Kritik der Tötung auf Verlangen des Sterbenden oder der Beihilfe zum Suizid rechtfertigen kann (S. 1042).

Ethischen Fragen der Selbsttötung angesichts der aktuellen deutschen Situation um ärztliche Sterbehilfe und um Sterbehilfevereine geht *Gethmann* in seinem Aufsatz nach. Er identifiziert Grenzen der Selbstbestimmung, bevor er sich Strebehilfevereinen und ärztlich assistierten Selbsttötungen zuwendet. *Saliger* beschäftigt sich mit der prozeduralen Regelung der Freitodhilfe. Auch wenn § 217 StGB mittlerweile aufgehoben wurde, so hat der Aufsatz des Verfassers nichts an Aktualität verloren, da er sich mit der Frage beschäftigt, was der Gesetzgeber im Falle der Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB veranlassen sollte (S. 1063). Er lehnt eine strafgesetzliche Verfahrenslösung ab. Bei einer einheitlichen Regelung für alle Freitodhelfer plädiert er für ein eigenständiges Freitodhilfegesetz, seien nur Teilregelungen politisch durchsetzbar, so sei eine Verortung im BGB vorzugswürdig (S. 1077).

Hillenkamp fragt in seinem Beitrag nach abgestuften Anforderungen an selbstbestimmtes Sterben und identifiziert drei Stufen. Das dreistufige Gefälle reiche von einer nur ohne Exkulpationsgründe, Einwilligungs- und Ernstlichkeitsmängeln begründbaren Freiverantwortlichkeit des Suizidenten oder seine Tötung Verlangenden über eine durch Nachfragen und bei ärztlicher Beteiligung durch Aufklärung stabilisierbare Entscheidung eines aktuell entscheidungsfähigen Verweigerers bis hin zu einem tödlichen Veto in einer Patientenverfügung. Zu bevorzugen sei aber, die Abstufungen zugunsten einer Wirksamkeit aller lebensbeendenden Entscheidungen nach einer einem einheitlichen Maßstab entsprechenden Vorgabe aufzugeben (S. 1105).

Während *Sowada* die Tatherrschaft als Zurechnungsinstrument im Spannungsfeld von Selbst- und Fremdtötung beleuchtet, geht *Weigend* der Frage nach, ob man die

Teilnahme am Suizid in Fällen eingeschränkter oder fehlender Entscheidungsfreiheit nicht in ein Strafgesetz gießen sollte. Er unterbreitet hierzu auch einen konkreten Gesetzesvorschlag, der wie folgt lautet:

„(1) Wer eine Person, deren Entscheidungsfreiheit aufgrund ihres jugendlichen Alters, einer psychischen Erkrankung, eines Irrtums über die für den Entschluss zur Selbsttötung relevanten Sachlage oder aus einem anderen Grund erheblich beeinträchtigt ist, dazu bestimmt, sich selbst zu töten, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft. Der Versuch ist strafbar.

(2) Wer einer im Sinne von Abs. 1 in ihrer Entscheidungsfreiheit erheblich eingeschränkten Person bei dem Vorhaben, sich selbst zu töten, Hilfe leistet, wird, wenn sich die Person getötet hat, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(3) Wer rechtlich für die Erhaltung des Lebens einer anderen Person einzustehen hat, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er es unterlässt, die Selbsttötung einer solchen Person, deren Entscheidungsfreiheit im Sinne von Abs. 1 erheblich eingeschränkt ist, abzuwenden. Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden. (S. 1139 f.).

Rogall betrachtet in seinem Beitrag § 219a StGB in neuer Gestalt und zeichnet zunächst die Entstehung des § 219a StGB nach, um sich dann dem Umfang der Strafbarkeit nach neuem Recht zu widmen. Er sieht verfassungsrechtliche Einwände bezüglich der alten Fassung als nicht zutreffen an und kritisiert seine Neufassung (S. 1198 ff.). Vorgeworfen wird dem Gesetzgeber, er habe einen Einzelfall (*Hänel*) zum Gesetzgebungsmotiv erhoben. § 219a StGB a.F. sei nicht nur mit dem GG vereinbar gewesen, im Gegenteil wäre seine vollständige Streichung aus dem StGB verfassungsrechtlich problematisch gewesen (S. 1201). Genau eine solche Streichung wird im neuen Koalitionsvertrag der derzeitigen Bundesregierung gefordert (Koalitionsvertrag 2021, S. 116) und ist durch einen entsprechenden Referentenentwurf umgesetzt worden. Insofern darf die weitere rechtswissenschaftliche und kriminalpolitische Diskussion mit Spannung erwartet werden.

Das sechste Kapitel der Festschrift trägt die Überschrift „Strafverfahrensrecht“ und enthält lediglich 4 Beiträge. Davon beschäftigen sich 2 Aufsätze mit der DNA-Analyse. So stellt *Gaede* das Konzept des § 81g StGB vor und beschreibt die materiellen und formellen Anordnungsvoraussetzungen. Der Verfasser lobt die Norm auf der einen Seite dafür, dass sie den expliziten Regelungs- und Einschränkungbedarf erkennt und anstrebt, die Eingriffe im Wege eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren zu begrenzen. Kritisiert wird die Vorschrift auf der anderen Seite dafür, dass die als verfehlt bewertete Praxis aktuell „ohne Not kein rechtliches Gehör gewährt“ (S. 1296). Außerdem existiere zwar formal eine Zweckbindung, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch verlange. Allerdings erscheine der Sinn dieser Grenze ad absurdum geführt, weil die Daten für jedes spätere Verfahren und für jede Gefahrenabwehr einschließlich der internationalen Rechtshilfe verfügbar seien (S. 1297). Insofern weise § 81g StPO einen überdehnten Anwendungsbereich auf und taue nur sehr eingeschränkt als Vorbild für eine freiheitsrechtlich angemessene Strafverfolgungsvorsorge (S. 1299).

Auch *Rosenau/Dorneck* widmen sich in ihrem Beitrag der Rolle der forensischen Molekulargenetik im Strafprozess.

Nach einem kurzen Blick auf die geltenden Rechtsvorschriften werden die Grenzen molekulargenetischer Untersuchung im Strafverfahren aufgezeigt. Sie sprechen sich gegen eine Ausdehnung der molekulargenetischen Untersuchung auf die biogeographische Herkunft aus und melden hier verfassungsrechtliche Bedenken an (S. 1317 ff.).

Kapitel 7 der Festschrift befasst sich mit dem Völkerrecht und wird durch einen Aufsatz von *Kreß* zu den Anfängen des Völkerstrafrechts im Spiegel von *Reinhard Merkels* Völkerstrafverständnis eingeleitet. „Von den trüben Quellen und seichten Mündungen des Völkerstrafrechts“ (1361) schreibt *Schünemann*. Die trüben Quellen verortet er in der Siegerjustiz des Versailler Vertrags. Die heutige Rechtswirklichkeit sei sowohl von einer gleichmäßigen als auch von einer residual effektiven Rechtsanwendung noch weit entfernt (S. 1374).

Bock geht der Frage individueller Verantwortlichkeit für staatliche Angriffshandlungen nach und stellt Überlegungen zum Verbrechen der Aggression an, dessen Straftatbestand erst mit Wirkung zum 17.7.2018 als Art. 8bis IStGH-Statut in Kraft getreten ist. Sie stellt fest, dass das Verbrechen der Aggression durch eine besonders enge Verzahnung von staatlicher und individueller Verantwortlichkeit geprägt sei, die die Erfassung und Bewertung einzelner Tatbeiträge erschwere. Zu Recht beschränke das IStGH-Statut die Strafbarkeit auf die Führungsebene. Dass sich die „leadership clause“ auf alle Beteiligungsformen erstreckt, sei allerdings dogmatisch nicht zwingend und führe zu bedenklichen Strafbarkeitslücken (S. 1451).

„Recht und Ethik der Medizin und Biowissenschaften“ lautet die Überschrift des achten Kapitels. Hier finden sich u.a. auch vier englischsprachige Aufsätze von *Harris* „Gene Editing in Humans“, *Persson/Savulecu* „No Matter, Never Mind: The Bodily Basis of Mental Integrity“, *Levy* „Nudge, Nudge, Wink, Wink: Nudging is Giving Reasons“ und *Glover* „Privacy, Neuroscience and the Inner Life“. *Duttge* setzt sich in seinem Beitrag kritisch mit der modernen Pränataldiagnostik auseinander. Er sieht es als durchaus legitim an, hinsichtlich der Optionen moderner Pränataldiagnostik von Diskriminierung oder gar Selektion zu sprechen (S. 1485).

Die Diskussion um die Widerspruchsregelung bei der Leichenorganspende greifen *Putzke/Scheinfeld* in ihrem Auf-

satz auf. Auch wenn sich in Deutschland die Widerspruchsregelung im Gegensatz zu anderen Ländern wie Österreich oder Spanien bislang nicht durchgesetzt hat, wäre sie doch ein wirksamer Weg, um die Steigerung von Organspenden zu verbessern (S. 1580). Die Verfasser halten nach eingehender Analyse die Widerspruchsregelung für verfassungsrechtlich unbedenklich. Sie sei auch ethisch vorzugswürdig, weil auf Seiten der Organspender niemand ein Interesse von Gewicht aufopfern müsse und weil auf der anderen Seite der organbedürftigen Schwerkranken existenzielle Interessen geschützt werden (S. 1601).

Der Aufsatz von *Knoepffer*, der sich ebenfalls mit der Widerspruchsregelung bei der Organspende befasst, kommt zu einem im Wesentlichen gleichen Ergebnis. Allerdings differenziert er danach, ob man das Hirntodkriterium als Todeskriterium anerkenne oder nicht. Wer dies nämlich nicht tue, stehe vor einer neuen Entscheidungssituation. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass das Hirntodkriterium nach medizinischer Ansicht aller großen Ärzteorganisationen greife. Dann gäbe es gute Gründe, sich für eine Widerspruchsregelung zu entscheiden (S. 1615).

Kapitel 9 bildet mit der Überschrift „Varia“ und zwei Aufsätzen von *Höfling* zur Zensur und Filmkontrolle in der frühen Bundesrepublik Deutschland und dem Aufsatz von *Neumann* „Von der Formung des Rechts auf Weltanschauungsfreiheit“ den Abschluss der fulminanten Fülle an Beiträgen.

95 Aufsätze können im Rahmen einer Rezension nicht besprochen werden. Die hier getroffene Auswahl ist rein den Interessen der Rezensentin geschuldet und mit keiner inhaltlichen Wertung verbunden. Dass die in der Festschrift behandelten Themen vielschichtig sind und auf zahlreiches Interesse stoßen, lässt sich schon der Tatsache entnehmen, dass für Februar 2022 eine kostengünstigere Zweitauflage angekündigt ist. Die inhaltliche Bandbreite aller Beiträge kann dem auf der Homepage des Verlages veröffentlichten Inhaltsverzeichnis entnommen werden (https://www.duncker-humboldt.de/buch/recht-philosophie-literatur-9783428155668/?page_id=1). Nicht nur inhaltlich, auch haptisch besticht die in der gewohnten Güte des Hauses Duncker & Humblot erschienene zweibändige Festschrift. Sie lädt immer wieder dazu ein, in die Hand genommen zu werden und sich vertieft mit den vielfältigsten Facetten des Rechts, der Philosophie und Literatur auseinanderzusetzen.

**Rita Haverkamp/ Michael Kilchling/Jörg Kinzig/ Dietrich Oberwittler/
Gunda Wössner (Hrsg.): Unterwegs in Kriminologie und Strafrecht –
Exploring the World of Crime and Criminology.
Festschrift für Hans-Jörg Albrecht zum 70. Geburtstag**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2020, Duncker & Humblot GmbH, ISBN: 978-3-428-18251-0, S. 1278, Euro 219,90.

Die umfangreiche Festschrift zu Ehren von *Albrecht* führt in 6 Kapiteln 64 Aufsätze zusammen. Dabei wird dem Titel der Festschrift durchaus Rechnung getragen, kommen doch nicht nur deutsche Strafrechtswissenschaftler und Kriminologen zu Wort, sondern auch Kollegen aus Spanien, Kroatien, Griechenland, den Niederlanden, Uruguay, Georgien, dem Vereinigten Königreich, Ungarn, der Schweiz, China, Italien, Südafrika, der Tschechischen Republik und der Türkei.

Vorangestellt wird ein als „persönlicher Rückblick (in drei Teilen)“ geführtes Interview mit dem Jubilar. Neben einem Einblick in den wissenschaftlichen Werdegang und Fragen zur Person, nimmt *Albrecht* auch zur Entwicklung der Kriminologie Stellung.

64 Aufsätze können nicht in Gänze im Rahmen einer Rezension wiedergegeben werden, so dass sich auf einige ausgewählte Beiträge beschränkt wird. Diese Auswahl ist subjektiv und führt ggf. dazu, dass andere Interessenschwerpunkte der Leser nicht bedient werden. Daher kann man unter dem Link <https://elibrary.duncker-humblot.com/publikation/b/id/55394/> das Inhaltsverzeichnis auf der Homepage des Verlages einsehen.

Das erste Kapitel „Sicherheit und Prävention“ beginnt mit einem Aufsatz von *Sieber* zur Auslandsübermittlung von Daten aus der strafprozessualen Telekommunikationsüberwachung. Primär wird hier die Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen in den Blick genommen, aber auch deren Verhältnis zum Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und dem IRG erörtert. Probleme, die sich aus den rechtlichen Unterschieden der verschiedenen nationalen Rechtsordnungen für die internationale Rechtshilfe zur Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) ergäben, können laut Autor mit den beiden auch in Art. 30 Abs. 5 der Richtlinie genannten zentralen Beschränkungen der TKÜ gelöst werden. Für Deutschland heißt das, dass eine TKÜ-Ermächtigung nach deutschem Recht und die Stellung von Bedingungen durch die deutschen Gerichte erforderlich seien. Wichtig sei, diese Bedingungen im Interesse der betroffenen Bürger in der Praxis auch tatsächlich zu stellen.

Daher fordert der Autor die Aufnahme einer weiteren Bedingung in Nr. 77a RiVAST, nämlich dass Erkenntnisse

aus dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung nicht verwertet werden dürfen und Aufzeichnungen über solche Erkenntnisse unverzüglich und in dokumentierter Form zu löschen sind. Weiterhin wird eine Ergänzung dahingehend gefordert, dass zumindest Aufzeichnungen über die Telekommunikation von Geistlichen und Verteidigern unverwertbar und zu löschen sind, soweit gegen sie nicht aufgrund von Tatsachen der Verdacht der Tatbeteiligung oder einer Anschlussstraftat besteht.

Zwei weitere Aufsätze in diesem Kapitel beschäftigen sich mit aktueller kriminologischer Forschung. *Görge/Sevenig/Wittenberg* stellen unter dem Titel „Lokale (Un-)Sicherheiten in der Migrationsgesellschaft“ ausgewählte Fallstudiengebiete sowie Ergebnisse der qualitativen und quantitativen Befragungen ihrer SiQua-Studie vor (Sicherheitsanalysen und -vernetzung für Stadtquartiere im Wandel). Es wurde festgestellt, dass das Sicherheitsempfinden in der Bevölkerung in den untersuchten Stadtteilen beeinträchtigt und insbesondere bei Dunkelheit das eigene Wohnquartier als ein wenig sicherer Ort wahrgenommen wird. Die erlebte Unsicherheit weise den qualitativen und quantitativen Daten zufolge deutliche Bezüge zu wahrgenommenen Störungen der sozialen Ordnung und „Verfallserscheinungen“ der sozialen und physischen Umwelt auf. Dabei gingen kritische Einstellungen zu Zuwanderung mit der Wahrnehmung und dem Erleben beeinträchtigter Sicherheit einher. Projektergebnisse im Einzelnen können aktuell auf der Projekthomepage <http://si-qua.de/> eingesehen werden.

Der zweite Aufsatz von *Geissler-Frank/Krebs* stellt eine qualitative Studie zum Selbstverständnis von Sozialarbeitern vor. Die empirische Untersuchung ging im Wesentlichen drei Forschungsfragen nach: Wie wird Sicherheit von Fachkräften der Sozialen Arbeit verstanden und erfahren? Wie ist der Sicherheitsauftrag in das professionelle Selbstverständnis integriert? Und wie wird der Sicherheitsauftrag praktisch ausgestaltet? Differenziert wird nach objektiver Sicherheitslage und subjektivem Sicherheitserleben. Hilfe wird dabei als konstitutiver Akt für Sicherheit identifiziert und das Sicherheitshandeln im beruflichen Alltag sowie dessen Grenzen beschrieben. In ihren professionellen Handlungsfeldern fühlen sich die Sozialarbeiter „erstaunlich sicher“ (S. 209).

Das zweite Kapitel trägt den Titel „Kriminologie und Kriminalpolitik“, beschäftigt sich jedoch primär mit kriminologischen Themen. Eingeleitet wird das Kapitel mit dem Ruf nach einer weltweiten Kriminologie von *Winterdyk*.

Die Globalisierung der Kriminalität mache die Globalisierung der Kriminologie notwendig. In einem weiteren Aufsatz wird dem Zusammenhang zwischen straffälligem Verhalten von Eltern bzw. Erziehungsberechtigten vor allem in Bezug auf aggressive Taten und abweichenden Verhalten ihrer Nachkommen nachgespürt. Die empirisch-kriminologische Forschung könne in Längsschnittstudien Zusammenhänge deutlich machen. Gerade die Inhaftierung eines Elternteils habe eine höhere Kriminalitätsrate der Nachkommen zur Folge. Dennoch sei die Entwicklung der Kriminalpolitik immer noch auf Sanktionen und Einschränkungen der betroffenen Erziehungsberechtigten gerichtet. Bei einer punitiveren Politik werden mehr Kinder mit der Inhaftierung eines Elternteils konfrontiert. Dennoch sei es sehr unwahrscheinlich, dass es zu entsprechenden Veränderungen in Politik und Praxis in Bezug auf Sanktionen oder Präventionsprogrammen komme. Denn eine Veränderung dürfe nur dann zu erreichen sein, wenn es gelänge, die Öffentlichkeit vom Nutzen einer besseren Kriminalpolitik zu überzeugen.

Dölling/Hustus stellen in ihrem Aufsatz zur Korruption in der Wirtschaft ein interdisziplinäres Forschungsprojekt vor, das der Frage nachging, inwieweit in Fällen aktiver Korruption in der Wirtschaft individuelle oder organisationale Devianz gegeben ist. Es wurden hierzu 20 Verfahrensakte analysiert, die den Schluss zuließen, dass die Korruptionsdelikte von den Firmeninhabern veranlasst wurden, so dass von einer „organisationalen Devianz“ von oben gesprochen werden könne. Allerdings könne nicht ausgeschlossen werden, dass auch das individuelle Interesse der verurteilten Angeklagten eine Rolle gespielt habe.

Ein weiterer Beitrag stellt Studienergebnisse zur Akzeptanz und Wirksamkeit des Einsatzes von Bodycams der bayerischen Polizei vor. *Sutterer* bescheinigt dem Pilotversuch eine hohe Akzeptanz bei den beteiligten Polizisten. Die Erwartungen an die präventive und repressive Wirksamkeit der Bodycam seien eingangs hoch gewesen. Die Befragungen ergaben, dass aus Sicht der Beamten unbeteiligte Bürger den Einsatz der Bodycam akzeptierten. Die beteiligten Dienststellen gaben darüber hinaus an, dass durch die Bodycam die Bürgerbeschwerden zurückgegangen wären. Statistisch signifikant belegbar war dies aber nicht. Die Polizisten fühlten sich durch die Kamera selbst stärker geschützt. Die präventive Wirkung in Bezug auf Gewalt gegen Vollstreckungsbeamte wurde zwar von erfahrenen Bodycam-Beamten bejaht, allerdings nicht mehrheitlich. Eskalation würde durch die Bodycam aber nicht provoziert. Die Wirksamkeit der Bodycam hänge auch von den Rahmenbedingungen der jeweiligen Einsatzsituation ab. Auch die repressiven Möglichkeiten wurden von den befragten Bodycam-Beamten regelmäßig betont, da sich ein strittiger Sachverhalt leichter klären lasse.

Das dritte Kapitel enthält facettenreiche Beiträge zum großen Thema „Strafe und Strafzumessung“. Nach einem grundlegenden Beitrag zu den Straftheorien von *Eser* reflektiert aus der Sicht des Jubilars, folgen Ausführungen zur Todesstrafe im Gesamtüberblick von *Schabas* und be-

zogen auf *China* von *Yue*. *Weigend* geht der Frage schuldangemessener Strafzumessung im Völkerstrafrecht nach. Die Aufgabe, bei der Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen für eine relative Gerechtigkeit zu sorgen, stelle die Richter internationaler Strafgerichtshöfe vor fast unüberwindbare Schwierigkeiten, da in den maßgeblichen Rechtsvorschriften keine brauchbaren Maßstäbe für die Strafzumessung im Einzelfall zu finden seien. Denn die Fälle lassen sich kaum miteinander vergleichen. Dennoch seien die Richter bemüht, die Schuld jedes einzelnen Angeklagten in ein Strafmaß umzusetzen. Daher sollte die internationale Strafrechtswissenschaft versuchen, durch fortlaufende kritische Beobachtung der Rechtsprechung die faktisch maßgeblichen Faktoren herauszuarbeiten, um so für eine größere Gleichmäßigkeit der Strafmaßentscheidungen beizutragen.

Frisch macht in seinem Aufsatz Optimierungsvorschläge für einen Weg zu einer einheitlicheren Strafzumessung. So könne eine ausführliche Information über Strafzumessungsentscheidungen durch eine Dokumentation in einer Datenbank so wie in Japan zu einer Erleichterung und Vereinheitlichung der Strafzumessung beitragen. Zudem werden Optimierungsmöglichkeiten revisionsgerichtlicher Bemühungen um Rechtseinheit in der Strafzumessung aufgezeigt. Die BGH-Rechtsprechung im Bereich der Revision in Steuerstrafsachen leiste hier einen wichtigen Beitrag und es sei wünschenswert, wenn diese Bemühungen um eine Vereinheitlichung der Strafzumessung nicht auf den Bereich der Steuerstraftaten beschränkt blieben.

Der Frage um eine einheitlichere und transparentere Strafzumessung durch Strafzumessungsrichtlinien geht *Ambos* nach. Zunächst werden die Hauptkritikpunkte der gegenwärtigen Strafzumessungspraxis zusammengetragen und dann die englischen Strafzumessungsrichtlinien (Sentencing Guidelines) vorgestellt. Am Beispiel der vollendeten Körperverletzung wird die grundsätzliche Überlegenheit des englischen Ansatzes im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit bzw. Bestimmbarkeit der konkreten Strafe und Nachvollziehbarkeit des Strafzumessungsaktes verdeutlicht. So ermögliche das englische Modell eine systematische und logische Subsumtion unter einen bestimmten Strafzumessungssachverhalt anhand der einschlägigen Deliktsrichtlinie schon vor Aburteilung über eine leicht zugängliche Webseite des Sentencing Council.

„Strafrechtliche Sozialkontrolle und Sanktionen“ heißt das 4. Kapitel und vereint sehr unterschiedliche Beiträge. *Dünkel* stellt in seinem Aufsatz kriminologische und kriminalpolitische Überlegungen zur elektronischen Überwachung in Europa an. Hierzu wird zunächst die Ausweitung der elektronischen Überwachung von Beschuldigten und Verurteilten in den europäischen Kriminaljustizsystemen sowie die unterschiedlichen Orientierungen nach Zielen und Zielgruppen im europäischen Kontext beschrieben. In Studien bezogen auf 17 Europäische Länder konnten sich nur sehr wenige Fälle bzw. Indizien dafür finden, dass die elektronische Überwachung auch zu einer Reduktion der Gefangeneneraten beigetragen hat. Insgesamt

samt sei die elektronische Überwachung weder ein Allheilmittel zur Reduzierung von Gefängnisraten noch zur Reduzierung der Rückfälligkeit bzw. Förderung der sozialen Integration von Straftätern. Insofern sei es Aufgabe kritischer empirischer Begleitforschung herauszufinden, unter welchen Bedingungen und bei wem die elektronische Überwachung eine konstruktive Rolle bei der Erreichung der von seinen Befürwortern propagierten Ziele spielen kann. Es wird dafür plädiert, die elektronische Überwachung nur in den Fällen gesetzlich einzusetzen, bei denen anderenfalls eine unbedingte Freiheitsstrafe unvermeidlich wäre und andere, weniger eingriffsintensive Alternativen zur Freiheitsstrafe nicht geeignet erscheinen. Außerdem müsse der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ernst genommen werden, so dass die elektronische Überwachung nur in wenigen Fällen Anwendung finden könne. Bei einem richtigen verfassungsrechtlichen Verständnis der elektronischen Überwachung könne diese nicht über ein Nischendasein hinausgelangen. Daher tue die Politik gut daran, eine Kriminalpolitik mit Augenmaß zu betreiben und gewissenhaft abzuwägen anstatt populistische „Schnellschüsse“ zu treffen.

Heinz geht in seinem Beitrag der Staatsanwaltschaft als „der“ kriminalpolitischen Akteurin im System strafrechtlicher Sozialkontrolle nach. Er stellt hierfür die Erledigungsstrukturen und deren Entwicklungen vor und kommt zu dem Schluss, dass die Staatsanwaltschaft empirisch betrachtet keine Anklage- sondern eine Einstellungsbehörde ist. Dabei gehe eine konstante Erledigungspraxis im jeweiligen Landesdurchschnitt einher mit erheblichen Unterschieden zwischen den Ländern. Diese Unterschiede seien Ausdruck regional unterschiedlicher Justizkulturen. Eine solche systematisch kriminalpolitische Akzentsetzung im Bereich der den Betroffenen besonders belastenden Strafverfolgung sei aber durch die grundgesetzliche Kompetenzerteilung nicht gedeckt. Der Anschein einer grundgesetzwidrigen Handhabung könne laut *Heinz* nur durch eine nach Tat- und Tätermerkmalen differenzierende Beschuldigtenstatistik der Staatsanwaltschaft widerlegt werden. Diese wurde schon wiederholt gefordert und sei auch in der beim BMJV eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Strafrechtspflegestatistikgesetz“ diskutiert worden. Insofern ist es auch nach Ansicht der Rezensentin an der Zeit, eine solche Statistik einzuführen.

In seinem Aufsatz zu Einstellungen gegen Geldauflage, Verwarnungen mit Strafvorbehalt und Geldstrafe im Vergleich gibt *Kinzig* zunächst einen empirischen Überblick, um dann die Kriterien für die Auswahl vorzustellen. Zusammenfassend werden verschiedene Thesen aufgestellt. Eine davon beinhaltet einen de lege ferenda Vorschlag, nach dem das Verhältnis zwischen § 153a StPO und § 59 StGB (mindestens) neu zu justieren besser aber noch § 153 a StPO zu präzisieren oder sogar ganz abzuschaffen sei.

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB analysiert *Tetal* in ihrem Beitrag. Nach einem kurzen Blick auf die aktuelle Rechtslage wird die Datenlage ausgewertet. Während die Zahl der Anordnun-

gen der Unterbringung gem. § 63 StGB im Zeitraum zwischen 2007 bis 2016 abnahm, nahmen die Bestandszahlen der im Maßregelvollzug Untergebrachten bis zum Jahr 2013 zu. Dies weist auf eine deutliche Zunahme der Unterbringungsdauer hin. Insbesondere zeige sich seit 2004 keine Veränderung im Anteil der Personen mit langen Unterbringungszeiten. Leider trifft der Aufsatz noch keine Aussagen für den Zeitraum seit der Gesetzesänderung 2016. Hier wird nur darauf verwiesen, dass die Unterbringungsdauer im Maßregelvollzug weiter mit Längsschnittdaten untersucht werden solle, um zu überprüfen, ob die Gesetzesänderung zu Veränderungen der Unterbringungsdauer geführt hat.

Im Aufsatz zu der Sanktionierung von Vergewaltigungsdelikten stellt *Grundies* u.a. regionale Differenzen in der Sanktionspraxis fest. Bei minder schweren Fällen sei aber bspw. der Differenzierungsgrad der Strafen geringer, als dies nach der Gesetzeslage möglich wäre.

Vor dem Hintergrund der sich – auch durch die Erklärungen im Koalitionsvertrag der neuen Regierungsparteien – abzeichnenden Legalisierung von Cannabis für Erwachsene in Deutschland sind die Beiträge von *Derenčinovič/Kalac* zur kroatischen Drogenpolitik, von *Palermo* zu regulierten Cannabismärkten in den USA und in Uruguay sowie der Aufsatz von *Glonti* zur Entkriminalisierung der Drogendelikte in Georgien interessant und lesenswert.

Das fünfte Kapitel beschäftigt sich mit Jugendkriminalität und Jugendkriminalrecht. Auch dieses enthält neben einem Blick auf die Lage in Deutschland Aufsätze zur Jugenddelinquenz und dem Jugendstrafrecht in Griechenland (*Lambropoulou* sowie *Pitsela*), in China (*Lin*) und der Tschechischen Republik (*Válková*). Für Deutschland geht *Naplava* auf den Rückgang der Kriminalität junger Menschen im Kontext des Wandels der Jugendphase ein. Der Rückgang der Jugendkriminalität gehe einher mit äußeren und strukturellen Veränderungen der Jugendphase in Bezug auf Familie, Bildung und Freizeit, aber auch innerer Haltungen wie Leistung, Qualifikation und Eigenverantwortung. Insofern könne der Rückgang der Jugendkriminalität in den Kontext gesellschaftlicher Veränderungen hin zu einer Ökonomisierung des gesellschaftlichen Lebens gestellt werden. Daraus folge eine ausgeprägte Optimierung der eigenen Biographie bei gestiegenen Anforderungen an die individuelle Selbstkontrolle. Dieses Ergebnis spräche für eine stärkere Verzahnung von allgemeiner Jugendforschung im Kontext gesellschaftlichen Wandels und der kriminologischen Forschung zur Jugenddelinquenz.

In dem Beitrag von *Oberwittler/Gerstner* wird die Entwicklung der Jugenddelinquenz nach den MPI-Schulbefragungen 1999 und 2011 vorgestellt. Datengrundlage war eine zweimalige Befragung in Köln und Freiburg sowie Gemeinden des Landkreises Breisgau-Hochschwarzwald bzw. Köln und Mannheim. Es zeigte sich ein starker Rückgang der selbstberichteten Delinquenz. So verzeichnete Köln einen rechnerischen Rückgang der von Jugendlichen begangenen Gewaltdelikte um ca. 60% und bei den schweren Eigentumsdelikten um ca. 70%. Die Studie

legte einen Fokus auf die sozialräumliche Dimension des Kriminalitätsrückgangs bei Jugendlichen. Die Schulbefragung zeigte, dass die Dynamik der zeitlichen Veränderungen im straffälligen Verhalten von Jugendlichen räumlich sehr stark auf die sozial benachteiligten Stadtviertel der Großstädte konzentriert war. Die Autoren resümieren, dass es sich für die weitere Forschung lohne zu untersuchen, welche spezifischen sozialen Bedingungen an diesen sozialen Orten dazu beigetragen haben, dass Jugenddelinquenz seltener geworden ist.

Spieß beschäftigt sich in seinem Aufsatz mit der Rechtswirklichkeit jugendstrafrechtlicher Sanktionspraxis und stellt im Titel die provokante Frage: Jugend als Strafschärfungsgrund? Die Befunde scheinen diesen Verdacht zu bestätigen. So wird trotz des überwiegenden Bagatelldcharakters jugendtypischer Rechtsbrüche nach dem JGG seltener als in Verfahren gegen Erwachsene folgenlos eingestellt. Als zweites Fazit stellt der Verfasser fest, dass nicht die Anwendung des JGG die Heranwachsenden begünstige, sondern allenfalls die Nicht-mehr-Anwendbarkeit des JGG und damit des Jugendarrests nach Vollendung des 21. Lebensjahres. Konstatiert wird drittens, dass die erzieherischen Reaktionsmöglichkeiten des JGG kaum ausgeschöpft werden, so dass der Erziehungsgedanke zu einem Rechtfertigungsinstrument unangemessener Ahndung verkommen sei. Kriminalpolitisch wird – meines Erachtens zu Recht – die Abschaffung des Jugendarrests gefordert.

Das letzte Kapitel ist den Folgewirkungen von Strafe und Strafvollzug gewidmet. In dem einleitenden Aufsatz von *Kilchling* werden die strafrechtlichen und nichtstrafrechtlichen Zusatzsanktionen in Deutschland überblicksartig vorgestellt. Vor dem Hintergrund, dass nach dem aktuellen Koalitionsvertrag das Sanktionensystem mit dem Ziel von Prävention und Resozialisierung überarbeitet werden soll (S. 106), sicher ein lesenswerter Beitrag, der ausblickend zu dem Schluss kommt, dass Deutschland über einen komplexen Mix deliktsbezogener Zusatzsanktionen verfügt, die einen kohärenten konzeptionellen Rahmen vermissen ließen.

Ein weiterer Aufsatz von *Dessecker* verdeutlicht die rechtlichen und sozialen Folgen von Strafen. Gerade das unübersichtliche Feld der Kollateralfolgen von Strafen lasse erahnen, dass schon die rechtlichen Auswirkungen strafrechtlicher Verurteilungen weit über den Regelungsgehalt des Strafgesetzbuches hinausreichen können. Zudem sei über die sozialen Folgen von Strafen wenig bekannt. Es fehle an systematischen Erhebungen über die Lebenslagen ehemaliger Strafgefangener in Deutschland, obwohl soziale Integration als Ziel strafrechtlicher Interventionen Verfassungsrang besitze. Insofern identifiziert hier *Dessecker* zu Recht Forschungsbedarf.

Nedopil beschreibt in seinem Beitrag das Risikomanagement bei Straftätern als interdisziplinäre Aufgabe. Rück-

fallprävention und soziale Reintegration gelänge dort am besten, wenn sie speziell auf die Risikomerkmale ausgerichtet sei, die sich als deliktsrelevant erwiesen hätten. Es sei eine multidisziplinäre Herangehensweise erforderlich, um gemeinsam die Aufgaben zu erfüllen, nämlich für die Sicherheit der Allgemeinheit und das Wohlbefinden und die Wahrung individueller Rechte der Betroffenen zu sorgen. Eine interdisziplinäre Zusammenarbeit gelänge aber nur, wenn ein gemeinsames Grundverständnis zwischen den Akteuren gefunden wird und diese die Sichtweisen, Aufgaben und Grenzen der unterschiedlichen Akteure in den Grundzügen verstehen. Zwar erkennt der Autor hier eine mittlerweile funktionierende interdisziplinäre Zusammenarbeit bei den Juristen. Interdisziplinäre Aus- und Weiterbildung gäbe es hier kaum. Dies ist sicher richtig. So sind nach Auffassung der Rezensentin nicht nur im Bereich des Risikomanagements, sondern auch zuvor bei der Entscheidung über bestehende Gefährlichkeit des Täters oder noch weiter im Vorfeld bei Fragen der Schuldfähigkeit Schulungen von Juristen und eine Weitung des Blicks auf andere Disziplinen dringend geboten.

Sehr dezidiert gibt der Aufsatz von *Obergfell-Fuchs* die Entwicklung des Strafvollzugs in Deutschland seit der Jahrtausendwende wieder. Auch wenn die Entwicklung hin zu sinkenden Gefangenzahlen sehr erfreulich ist, so verschärft sich die Situation doch im Hinblick auf die deutlich steigenden Zahlen nichtdeutscher Gefangener. Hier stünden die Vollzugsanstalten vor der Herausforderung, sprachlichen Limitierungen, aber auch kulturellen und religiösen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Hinzu komme, dass es einen Trend hin zu einem älter werdenden, schwierigeren und in Freiheit vielfach gescheiterten Klientel gäbe. Hier sei es Aufgabe, eine wirksame Vollzugspolitik umzusetzen. Der Verfasser fordert kriminologische Analysen langer Zeitreihen und eine Beobachtung von Entwicklungen mit Augenmaß.

Diese Auswahl an Aufsätzen ist, wie schon eingangs betont, lediglich dem Interesse der Rezensentin und vor allem dem Schwerpunkt der KriPoZ geschuldet. Der Fokus lag also auf Beiträgen mit einem – eventuell auch nur leichten – kriminalpolitischen Einschlag und zudem auf empirischen Studien ganz im Sinne der immer wieder geforderten evidenzbasierten Kriminalpolitik.

Zu resümieren bleibt, dass es nicht nur ein haptisches Vergnügen ist, die voluminöse Festschrift aus dem Hause Duncker & Humblot in der Hand zu nehmen, sondern auch ein inhaltliches. Durch den nicht nur nationalen, sondern auch internationalen Blick auf die 6 Themenschwerpunkte wird die Festschrift ihrem im Titel gestellten Anspruch „Exploring the World of Crime und Criminology“ in jeder Hinsicht gerecht.

TAGUNGSBERICHTE

„Medizinrecht aktuell: COVID-19 – letzter Ausweg Impfpflicht?“

von Erik Scheiter und
Tom Hendrik Becker*

Am 21.12.2021 fand im Rahmen der Veranstaltungsreihe „Medizinrecht aktuell“ des Göttinger Zentrums für Medizinrecht aufs Neue ein virtueller Diskussionsabend statt. Die Thematik hätte angesichts der jüngeren und aktuellen Entwicklung sowohl in Bezug auf das epidemiologische Geschehen als auch hinsichtlich der politischen und gesamtgesellschaftlichen Debatte nicht aktueller sein können. Solche Themen werden unter dem institutionellen Dach des Göttinger Zentrums für Medizinrecht in der Veranstaltungsreihe „Medizinrecht aktuell“ seit mehreren Jahren regelmäßig behandelt. Das Göttinger Zentrum ist ein interfakultativer Zusammenschluss an der Georg-August-Universität, der sich eine vertiefte interdisziplinäre Erforschung von Fragestellungen im Querschnittsbereich des Medizinrechts und der Medizin- und Bioethik zum Ziel gesetzt hat.

Thema der jüngsten Veranstaltung war die momentan kontrovers diskutierte – nicht bloß einrichtungsbezogene, sondern allgemeine – Impfpflicht. Unter dem Titel „COVID-19 – letzter Ausweg Impfpflicht?“ konnten mehrere hochkarätige Referenten aus unterschiedlichen fachlichen Bereichen gewonnen werden. Diese Diskussionsrunde wurde in Kooperation mit der studentischen Vereinigung ELSA – European Law Students Association – durchgeführt.

Fast auf den Tag genau vor einem Jahr lief in Deutschland die Impfkampagne gegen den SARS-Cov-2-Erreger an. Noch im Februar 2021 wurde in dem gleichen Veranstaltungsformat über „die Welt nach der Impfung“ und die Frage einer Rückgewinnung von Freiheiten diskutiert. Nachdem allerdings in Teilen von Deutschland die Quote der vollständig geimpften Personen gegen Ende des Jahres lediglich die 60 %-Marke und im gesamtdeutschen Durchschnitt nur mehr 70 % erreichen konnte, verwundert es nicht, dass in Politik und Gesellschaft die Forderung nach einer allgemeinen Impfpflicht lauter wurde. Viele Mediziner sehen dies inzwischen als letzten Ausweg aus der Pandemie. Insbesondere im Hinblick auf die neu aufgetauchte und sich mittlerweile vorrangig ausbreitende Omikron-Variante müsse die Politik nun handeln. Diese zeigte sich neuerdings der Idee einer Impfpflicht nicht mehr abgeneigt und hat noch im Dezember 2021 eine einrichtungsbezogene Impfpflicht gesetzlich verabschiedet.

Vorher wurde eine solche Maßnahme noch in weiten Teilen der Politik kategorisch ausgeschlossen. Doch ist eine allgemeine Impfpflicht überhaupt ethisch und verfassungsrechtlich vertretbar? Und liegt hierin auch tatsächlich ein zielführender, womöglich sogar der einzige Ausweg aus immer neuen Corona-Wellen?

Aufgrund der Aktualität der Thematik überraschte es nicht, dass die Veranstaltung auf ein breites Interesse im Publikum sowie der regionalen Presse stieß. Als Gäste und Referenten eingeladen waren Frau *Prof. Dr. med. Christiane Hartog*, Fachärztin für Allgemeinmedizin an der Charité Berlin, Klinik für Anästhesiologie mit dem Schwerpunkt operative Intensivmedizin und Mitglied der Sektion Ethik der DIVI, Herr *Prof. Dr. Alfred Simon*, Geschäftsführer der Akademie für Ethik in der Medizin (AEM) und Vorsitzender des Klinischen Ethikkomitees der Universitätsmedizin Göttingen, Frau *PD Dr. Andrea Kießling*, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie an der Ruhr-Universität Bochum, sowie Herr *Konstantin Kuhle* (MdB), Bundestagsabgeordneter für den Wahlkreis Göttingen und stellvertretender Fraktionsvorsitzender der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag. Moderiert wurde die Veranstaltung von Herrn *Prof. Dr. Gunnar Duttge*, Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität sowie zugleich Vorstandsmitglied des Göttinger Zentrums für Medizinrecht.

In ihrem einleitenden Beitrag illustrierte *Prof. Dr. med. Hartog* die inzwischen ausgedehnte Unzufriedenheit des medizinischen Personals über das gehäufte Antreffen von Ungeimpften auf den Intensivstationen. Die jüngst eingeführte Impfpflicht für einzelne Berufsgruppen verstärkte die Gefahr, dass die Stimmung innerhalb des medizinischen Personals vollständig kippen könnte. Vielfach fragten sich die Beschäftigten dabei, wer sie selbst eigentlich vor den Ungeimpften schütze. Zudem würde es als Ungeerechtigkeit aufgefasst werden, nun auch noch die alleinige Last der Impfpflicht tragen zu müssen. Dass sich Teile der Gesellschaft gegen Impfungen wehrten, sei dabei kein neues Phänomen, wie *Hartog* unter Verweis auf Gegner der Pockenimpfung bereits im Jahr 1879 anführte. Die

* Die Verfasser sind Mitarbeiter des Zentrums für Medizinrecht der Georg-August-Universität Göttingen. Für die Anregungen und konstruktive Kritik gilt unser Dank *Prof. Dr. Gunnar Duttge* (Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität).

Impfpflicht für bestimmte Berufsgruppen und Institutionen sei daher ein fataler „Schnellschuss“ der Politik, die es bisher versäumt habe, strukturelle Verbesserungen im Gesundheitssystem voranzubringen. Ab März 2022, mit dem Inkrafttreten der berufsbezogenen Impfpflicht, müsse man daher mit noch größeren Ausfällen beim ohnehin schon zu knappen Personal rechnen. Auch wenn die Debatte um eine allgemeine Impfpflicht erforderlich sei, dürfe man andere Maßnahmen keinesfalls aus dem Blick verlieren. Man solle schließlich nicht vergessen, auch „Mut zu machen“.

Die Frage des Moderators aufgreifend, was jetzt zu tun sei, stellte *Prof. Dr. Simon* klar, dass die am Anfang der Pandemie noch angestrebte Herdenimmunität wohl nicht mehr zu erreichen sei. Zur Erfüllung dieses Ziels sei eine Immunisierungsrate von über 90 Prozent erforderlich. Diese Rate könne jedoch nicht mithilfe der Impfpflicht erreicht werden, da schon aus medizinischer Sicht die Impfung bei annähernd 10 Prozent der Bevölkerung nicht indiziert sei. Überdies dürfe man die Möglichkeit sogenannter Escape-Mutationen (= Veränderungen des ursprünglichen Virus in einem Ausmaß, dass die Immunantwort von genesenen und geimpften Menschen deutlich abnimmt) nicht ignorieren, die schlimmstenfalls nicht mehr von Impfungen adressiert werden könnten. Einig sei man sich darüber, dass eine Zwangsimpfung (d.h. mittels körperlichen Zwangs) keinesfalls in Frage komme. Die Pflicht zum Impfen könne also höchstens durch straf- oder bußgeldrechtliche Sanktionen durchgesetzt werden. Jedoch bestünde laut *Simon* zwecks Bewirkung einer geringeren Belastung des Personals, einer Verringerung der Zahl von Intensivpatienten sowie einer Reduktion des Risikos von weiteren Mutationen eine „moralische Verpflichtung, sich impfen zu lassen.“ Bei der Impfung handele es sich folglich um einen „Akt der geschuldeten Solidarität“. Allerdings dürfe man dabei auch nicht vergessen, dass die Pandemiebekämpfung insgesamt nur über ein Maßnahmenbündel erfolgversprechend sei.

Die verfassungsrechtliche Sicht übernahm Frau *PD Dr. Andrea Kießling* und stellte dazu drei Punkte, die aus ihrer Sicht besonders notwendig wären, heraus – erstens: Was ist das legitime Ziel einer allgemeinen Impfpflicht? Gerade das Argument des Selbstschutzes der Ungeimpften sei aus ihrer Sicht hierfür nicht ausreichend. Vielmehr sei allein der resultierende Effekt auf den übrigen Teil der Bevölkerung ausschlaggebend. Dieser Schutz der Bevölkerung müsse wiederum nach Unterzielen weiter differenziert werden. Eine Impfpflicht für besonders gefährdete Gruppen als milderes Mittel gegenüber einer allgemeinen Impfpflicht müsse damit im Lichte der Möglichkeit betrachtet werden, dass jene Gruppen intensivpflichtig werden. Als zweiten Punkt nannte *Kießling* die Abwägung mit anderen Rechten. Konkret stünden sich hier der Bevölkerungsschutz sowie die körperliche Unversehrtheit

des Individuums gegenüber. Zu letzterer dürfte man allerdings den Blick nicht auf den „Einstich der Impfung als solchen“ verengen, sondern müsse auch das Risiko möglicher Neben- und Folgewirkungen, die aus einer Impfung resultieren können, mit einbeziehen. Große Probleme sah die Juristin jedoch beim dritten Aspekt, dem Thema der konkreten Umsetzung. So gebe es in Deutschland kein Impfreister, wie es beispielsweise in Österreich der Fall sei. Mithin haben die staatlichen Behörden nur wenig Übersicht darüber, wer bereits geimpft ist.

Als Bundestagsabgeordneter für den Wahlkreis Göttingen forderte *Konstantin Kuhle* ein erhöhtes Maß an Pragmatismus beim Impfen. Bei einer weiter eskalierenden Situation sei ein behäbiges und langsames Handeln der Entscheidungsträger der falsche Weg, auch wenn es der Politik zugestanden werden müsse, ihre Entscheidungen im Laufe der Pandemie anzupassen. Bezüglich der Impfpflicht stellte der Politiker und Jurist heraus, dass das Ziel der momentanen Bemühungen nicht die Impfpflicht als Selbstzweck sei, sondern es ausschließlich um die Erhöhung der Impfquote aus den bereits bekannten Gründen gehe. Dass dies auch mit den bestehenden staatlichen Strukturen möglich sei, zeige das mit Blick auf die Impfquote vorbildliche Beispiel Bremens.¹ Noch immer gebe es jedoch zu viele Menschen, die meinen, dass die Frage der Impfung an ihnen vorbeigehen werde und damit ein „Aussitzen“ möglich sei. Gerade diese Menschen müsse man im öffentlichen Raum mit der Frage nach einer Impfung konfrontieren. Dazu stünden noch zahlreiche, bislang wenig genutzte Wege offen, wie beispielsweise bei der Briefwahl ein Informationsblatt zur Impfung mitzusenden. Als milderes Mittel zu einer Impfpflicht sei zunächst auch ein verpflichtender Beratungstermin diskutabel. Die aktuelle Debatte bewege sich zu sehr in der binären Alternativenstellung „Impfpflicht ja oder nein“ und müsse differenzierter werden. *Kuhle* könnte sich in der momentanen Situation (Stand: 21.12.2021) eine abgestufte Impfpflicht besser vorstellen als eine allgemeine. So ließe sich etwa neben der bereits eingeführten einrichtungsbezogenen auch an eine altersbezogene Impfpflicht denken, um ähnlich positive Effekte wie beispielsweise eine spürbare Entlastung auf den Intensivstationen zu erhalten. Ein Impfreister sei in Deutschland jedoch realistischlicherweise nicht machbar.

Der Moderator merkte daraufhin an, dass man schon bei der „Ansprache“ der Bevölkerung stärker solche Gruppen, die in ihrer Impfquote auffällig zurückliegen (wie Familien mit Migrationshintergrund, Flüchtlinge etc.), auf besonderen Wegen ansprechen müsse. Auch sei zu bemängeln, dass einzelne mit diesem Ziel entwickelte Startup-Projekte – etwa zur Etablierung einer „Impf-App mit Fremdsprachenmodi“² – vom Bundesgesundheitsministerium offenbar nur zurückhaltend oder gar nicht gefördert wurden. Insgesamt stimmten die Gäste dem Vorwurf zu,

¹ Die Impfquote der Freien Hansestadt Bremen belief sich laut RKI im wöchentlichen Lagebericht zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vom 16.12.2021 am 15.12.2021 auf 81,5% (Erstimpfungen) bzw. auf 85,3% (Zweitimpfungen). Dies war zu diesem Zeitpunkt deutschlandweit die höchste Quote verabreichter Impfungen.

² Vgl. <https://www.aidminutes.com/impfen>.

dass es ersichtlich erhebliche organisatorische und logistische Probleme bei der Umsetzung der Impfungen gebe, was *Simon* durch die vielfach gemachten Erfahrungen langer Warteschlangen vor den Impfzentren trotz Termin zu illustrieren wusste.

Im Anschluss richtete der Moderator an *Hartog* die Frage, was ihr zu den Debatten und Vorschlägen der Juristen und Juristinnen in den Sinn komme. Mit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht bohre die Politik – so *Hartog* – ein „dünnes Brett“. Wenn sich die Beschäftigten dort nicht schon Mitte Januar impfen ließen, läge der „schwarze Peter“ wieder bei den Kliniken, deren Personal dann sukzessive abzuwandern drohe. Es sei außerdem unfair, diejenigen Gruppen heranzuziehen, die ohnehin schon sehr unter der Epidemie zu leiden hätten. *Simon* wandte ergänzend ein, dass der Effekt einer einrichtungsbezogenen Impfpflicht wohl ohnehin nur begrenzt sein werde.

Kießling stimmte sodann mit der Überlegung des Moderators überein, dass man das Freiheitsverständnis im Kontext der Impfproblematik nicht nur von der abwehrrechtlichen Seite, sondern ebenso im Rahmen der Schutzpflichtdimension betrachten müsse. So lasse sich doch auch der Verzicht auf eine Impfpflicht als – womöglich noch größeres – Freiheitsproblem begreifen, wenn es infolgedessen – bei weiter zu gering bleibender Impfquote der Bevölkerung – erneut zu gravierenden Einschränkungen des sozialen Lebens, beispielsweise in Form eines weiteren Lockdowns, mit massiven Beeinträchtigungen für Schule, Familien, wirtschaftliche Unternehmen usw. kommen würde. Mit Blick auf die hiermit einhergehenden drastischen Freiheitseinschränkungen sei es unverzichtbar, auch diese Folgeprobleme in die Abwägung mit einzubeziehen. So merkte der Moderator weiterführend an, dass man nicht außer Acht lassen dürfe, welchen Folgen etwa Schulschließungen für die Entwicklung von Kindern und den familiären Frieden haben. Man dürfe sich also nicht auf die abwehrrechtliche Blickrichtung fixieren,

sondern müsse die Mehrdimensionalität der „Freiheit“ in den Blick nehmen.

Zum Abschluss lud der Moderator die Referenten ein, aus aktuellem Anlass einen „Wunsch zum Fest“ zu äußern. In der Folge wurde daraufhin mehrfach die Hoffnung nach mehr Verantwortungsbewusstsein der Bevölkerung geäußert, was die Diskussion über eine rechtliche Impfpflichtnahme überflüssig machen würde. Ebenso wurde noch einmal der Wunsch nach pragmatischen Lösungen der Politik geäußert.

In welcher Form und Geschwindigkeit kann nun eine Antwort auf die Problemlage seitens der Politik erwartet werden? Im Interview mit der „Welt“ vom 4.1.2022³ erwartete Justizminister *Buschmann* demnächst mehrere Anträge im Deutschen Bundestag zu diesem Thema. Für die bereits grassierende Omikron-Welle wird eine Impfpflicht aufgrund ihrer verzögerten Wirkung ohnehin keine Lösungen bieten können. Während einerseits auf die Chancen verwiesen wird, durch diese Virusvariante eine „Hybridimmunität“ aus Impfung und Infektion zu erreichen, ist die Warnung der WHO vor neuen Virus-Varianten nicht zu vernachlässigen. Die bisherigen Erfahrungen mit der Pandemie sollten jedenfalls gezeigt haben, dass übersteigter Optimismus nicht zielführend sein dürfte.

Einigkeit der demokratischen Parteien besteht in dem Anliegen, die Impfquote der Bevölkerung zu steigern. Dass dafür ein ambitionierteres und koordinierteres Vorgehen als mit den bislang ergriffenen Steuerungsinstrumente erforderlich ist, dürfte allgemeiner Konsens sein. Ob jedoch eine – wie auch immer näher ausgestaltete – Impfpflicht dafür ein gangbarer Weg ist, wird der weitere Verlauf der Debatte zeigen. Passend zur aktuellen Lage ist dabei der einem bekannten Physiker zugeschriebene Ausspruch, der uns Mahnung und Ansporn zugleich sein sollte: „Die Definition von Wahnsinn ist, immer wieder das Gleiche zu tun und andere Ergebnisse zu erwarten.“ (*Albert Einstein*)

³ Welt online v. 4.1.2022: „Dann spricht das eher gegen eine Impfpflicht“ – Interview mit *Marco Buschmann*, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article236023294/DFD-Dann-spricht-das-eh-gegen-eine-Impfpflicht.html> (zuletzt abgerufen am 5.1.2022).

Versicherungsschutz im Unternehmensstrafrecht – Diskussionsbericht zur WisteV-Veranstaltung vom 25. Januar 2022

von *Oliver Michaelis, LL.M., LL.M.**

Am 25. Januar 2022 erfolgte eine durch die WisteV initiierte Fortbildung zu dem Thema „Versicherungsschutz im Unternehmensstrafrecht“ in der Zeit von 16.00 Uhr bis 18.15 Uhr inklusive einer umfassenden Fragerunde. Glücklicherweise wurde die Veranstaltung (der Entwicklung durch Corona geschuldet sowie mittlerweile auch dem Zeitgeist des Jahres 2022 entsprechend) online mittels eines Zoom-Meetings durchgeführt, so dass die zeitintensiven (und häufig ja auch unnötigen) Reisezeiten entfielen und man dem interessanten und sehr praxisrelevanten Thema entspannt in der gewohnten Arbeitsumgebung folgen konnte.

Der Versicherungsschutz im Strafrecht ist eher kein Kernthema und es wurde bisher auch eher „stiefmütterlich“ behandelt, da es doch eher ein Spezial- und Nischenthema darstellt und somit häufig nicht im Focus der Betrachtung steht. Daraus entstand die Notwendigkeit für den vorliegenden Vortrag mit den beiden Referentinnen, denn die D&O-Versicherungen spielen eine immer größere Rolle in der täglichen Praxis.

Aus der Information zur Veranstaltung ist zu entnehmen, dass der Versicherungsschutz für die Tätigkeit des Verteidigers bzw. Unternehmensvertreters für die Betroffenen in der Regel ein zentraler Punkt ist. Aufgrund der immer umfangreicher werdenden Ermittlungsverfahren können hohe Kosten für die Verteidigung entstehen, die Unternehmen oder Beschuldigte ohne Versicherungsschutz selbst tragen müssten. Doch auch wenn grundsätzlich ein Versicherungsschutz besteht, ist der Umfang der versicherten Tätigkeiten häufig streitig. Diese und angrenzende aktuelle Fragen sowie aktuelle Probleme aus Sicht des Versicherungsrechts sowie der Verteidigung wurden von den Referentinnen in dieser Veranstaltung dargestellt. Die nachfolgende Reflektion gibt dazu die Vortragsinhalte zusammengefasst wieder.

I. Begrüßung und Moderation

Pünktlich um 16.00 Uhr erfolgte die Begrüßung zu der Vortragsveranstaltung durch RA *Dr. Eren Basar*, Partner bei *Wessing & Partner*, Düsseldorf. Er stellte jeweils die Referentinnen ausführlich vor und führte auch souverän als Moderator durch die gesamte Veranstaltung.

II. Überblick über Möglichkeiten und Grenzen verschiedener Versicherungslösungen

Der erste Vortrag startete zu dem Thema „Überblick über Möglichkeiten und Grenzen verschiedener Versicherungslösungen“ von der Versicherungsrechtlerin RAin *Dr. Mirjam Boche*, Partnerin bei *ARQIS Rechtsanwälte*, Düsseldorf.

1. Einleitung

Dr. Boche leitete in das Thema mit der Darstellung über die grundsätzlichen Haftungsrisiken ein, welche sowohl für Manager und Führungskräfte aber auch für private Personen nachweislich und konstant angestiegen sind. An dieser Stelle sei nur an den Dieselskandal erinnert, wo die Strafverfolgungsbehörden ihr Augenmerk auf Manager und Führungskräfte gerichtet hatten und haben. Auch hat die neue Bundesregierung vor, die Compliance zu verbessern – so lässt sich auf Seite 111 des Koalitionsvertrags dazu eine entsprechende Regelung finden, die das Entstehen bzw. die Veränderung bestehender Gesetze dazu erwarten lässt. Unternehmen sollen zukünftig auch stärker in die Haftung genommen werden und ferner sollen die Abläufe von Compliance-Prozessen stärker reglementiert werden.

Für *natürliche Personen* entstehen dabei Risiken durch Abwehrkosten für Vermögensschäden, die auf Grund der Komplexität der Sachverhalte im Wirtschaftsrecht und der Notwendigkeit qualifizierter Verteidigung nicht unerheblich sein können. Denn gerade auch in dem hochspezialisierten Bereich der Wirtschaftsstrafverteidigung können die Stundensätze höher als im Durchschnitt ausfallen. Überdies können auch durch die mitunter häufig vorkommenden mehrjährigen Verfahren unkalkulierbar hohe Kosten-Belastungen entstehen.

Für *Unternehmen* gilt ähnliches, dort besteht dagegen allerdings ein steigendes Kostenrisiko durch Internal Investigations, Vermögens- und Reputationsschäden sowie einer möglichen Geldbuße nach §§ 130, 30 OWiG. Aktuell besteht schon für den Vorstand bzw. den Geschäftsführer die Verpflichtung, bei Hinweisen auf non-complianced cases oder auch bei strafrechtlich relevantem Verhalten die Verpflichtung, diese internen Untersuchungen anzugehen. Auch kann der Vorstand die Geschäftsführung für die Kosten externer Berater für interne Untersuchungen in

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

Anspruch genommen werden, wenn diese einen Pflichtverstoß zu vertreten haben.

Die Frage ist nun, wie können diese anfallenden zivilrechtlichen als auch strafrechtlichen Kosten für die Verteidigung und Abwehr durch eine Versicherung ersetzt werden. Auch die z.T. erheblichen Kosten für die interne Aufarbeitung der in Rede stehenden Fälle sollen möglichst durch eine Versicherung übernommen werden. Eine zweite Frage zielt darauf ab, wie die Unternehmen die drohenden Vermögensschäden über Versicherungslösungen im besten Fall gedeckt bekommen. Dazu existieren die nachfolgenden unterschiedlichen Möglichkeiten.

2. Unternehmensstrafrechtsschutzversicherung

Leitende Angestellte oder Manager können durch ihre betriebliche Tätigkeit recht schnell das Ziel strafrechtlicher Ermittlungsverfahren werden. Sogenannte „Industrie- oder Spezial-Strafrechtsschutzversicherungen“ als besondere Ausprägungen einer Rechtsschutzversicherung für Unternehmen sollen vor diesen Risiken möglichst schützen.

Die Unternehmensstrafrechtsschutzversicherung ist eine Versicherung für fremde Rechnungen. Das jeweilige Unternehmen (bspw. die X AG) schließt dabei einen Versicherungs-Vertrag mit einem Versicherer (bspw. die A Versicherung) für das eigene Unternehmen (X AG) ab und ist damit der Versicherungsnehmer. Das hat zur Folge, dass die Strafrechtspolice auch auf das Unternehmen der X AG ausgestellt ist. Begünstigt sind aber alle leitenden Angestellten (bspw. die Manager M und O), als die versicherten Personen – diese haben aber im Regelfall gerade keine Versicherungspolice. Dazu sei auf die Regelungen in §§ 44, 45 VVG in Bezug auf die Rechte des Versicherten und des Versicherungsnehmers hingewiesen. Der Versicherungsnehmer ist zur Geltendmachung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag befugt – aber welcher konkrete Versicherungsschutz besteht nun und auch für den leitenden Angestellten?

Das Auskunftsrecht nach dem konkreten Leistungsumfang der Versicherung hat grundsätzlich nur der Versicherungsnehmer als der Vertragspartner der Versicherung. Er erfährt den Umfang der Deckung, sowie auch seine allgemeinen Rechte und Pflichten. Leider zeigt es die Praxis, dass bei dem konkret Begünstigten (Manager M) häufig keine Transparenz über die konkreten Konditionen besteht. Daher gibt es in einigen Versicherungen mittlerweile die Regelung, dass auch die konkret versicherte Person ein solches Auskunftsrecht über das Vertragswerk und somit über die konkreten Leistungen und Verpflichtungen gegenüber der Versicherung geltend machen kann. Denn für Manager M, als die versicherte Person, ist der jeweilige Leistungsumfang und die notwendigen Verpflichtungen (auch zur Einhaltung der richtigen Schrittabfolge bzw. seine Verpflichtungen bspw. in Bezug auf die Offenlegungspflicht gegenüber der Versicherung) wichtig zu wissen.

Zwar ist der Deckungsumfang häufig sehr ähnlich, aber das konkrete Wording kann sich zwischen den jeweiligen Versicherungen (Beschreibung des konkreten Versicherungsfalls sowie die Ausschlussstatbestände) mitunter auch sehr unterscheiden. Das führt dazu, dass der Deckungsumfang zwar häufig ähnlich ist, aber die einzelnen Rechte und Pflichten können mitunter sehr heterogen für den konkreten Versicherungsfall sein. Somit bietet sich stets eine konkrete Einzelfallprüfung an.

Interessant ist auch der Beginn des Versicherungsschutzes. Ist für das Vorliegen des Versicherungsschutzes erst der Beginn des Ermittlungsverfahrens notwendig oder reichen bereits Anhaltspunkte für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens aus? Die Tendenz geht dahin, dass bereits im Vorermittlungsverfahren ein Versicherungsschutz besteht. Denn es kann auch sinnvoll sein, sich im Vorfeld bereits eines Rechtsbeistandes zu bedienen, um sich auf den Tatvorwurf des begonnenen Ermittlungsverfahrens bereits vorbereiten zu können. Aber auch hier ist jeweils das konkrete Regelwerk der Versicherung zu prüfen – die Tendenz geht aber dahin, dass bereits ab der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ein vorbeugender Rechtsschutz besteht.

Ebenfalls kann der Umfang der Leistung variieren. Grundsätzlich hat jede Person einen Anspruch darauf, sowohl einen eigenen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Kollegen mit der Durchsetzung der eigenen Rechts zu betrauen. Vor den dadurch explodierenden Kosten haben regelmäßig aber die Versicherer förmlich Angst, was zur Folge hat, dass die Versicherungen häufig die Deckungshöchstsumme nicht direkt mitteilen und die Anwälte am Anfang häufig erst einmal mit einer summarischen Prüfung beginnen. Ersetzt werden dabei die Anwaltshonorare auf Stundenbasis – jedoch begrenzt auf eine Höchstgrenze.

Werden aber auch die Kosten für private Gutachter, die im Zusammenhang mit der Verteidigung erforderlich sind oder die Kosten für Internal Investigations übernommen? Nach Dr. Boche werden auch häufig vom Versicherungsschutz diese Kosten für sog. Firmenstellungnahmen (d.h. die Stellungnahme gegenüber Behörden, die nach Untersuchungen von RAe erstellt werden) mit übernommen. Allerdings gibt es auch Ausschlüsse: Zu denken sei hier an den Kartellrechtsausschluss, so dass keine Deckung für Vorwürfe hinsichtlich wettbewerbsbeschränkender Absprachen erfolgt. Häufig sind hier aber auch kleine Deckelbeträge (Sub-Limit) als kleinen Teilbetrag möglich für den Ersatz der Verteidigungskosten.

Hinzuweisen sei in diesem Zusammenhang auf das Urteil des *BGH* v. 20.5.2021 – IV ZR 324/19, wo die Frage geklärt wurde, ob ein Leistungsausschluss bei einer durch den Versicherungsnehmer oder Versicherten vorsätzlich herbeigeführten Straftat erfolgt. Denn grundsätzlich entfällt der Versicherungsschutz beim Vorliegen einer Vorsatzstraftat. Darf der Versicherer aber einen Kostenersatz bereits verweigern, wenn diese lediglich davon ausgeht, dass der Versicherte eine Vorsatzstraftat begangen hat oder muss die Versicherung erstmal leisten und kann dann

im Nachhinein die Aufwendungen zurückverlangen? Damit würde das Insolvenzrisiko erkennbar auf den Versicherer übergehen. Darf die Versicherung ferner später auch die Kosten von ihrem Versicherungsnehmer, also dem Unternehmen zurückverlangen? Die Kosten hat aber der Begünstigte, also die natürliche Person verursacht, die die Verteidigung auch real in Anspruch genommen hat. Der *BGH* geht dabei in Bezug des vorläufigen Deckungsschutz und beim eventuellen Vorliegen einer Vorsatzstrafat der Frage nach, wie der durchschnittliche Versicherungsnehmer diese Regelungen verstehen muss. Konkret: Was konnte der Versicherungsnehmer bzw. der Begünstigte wissen, wenn er das Regelwerk liest. Nach Ansicht des *BGH* sei der Versicherer aber nicht zum vorläufigen Deckungsschutz verpflichtet, sofern eine Vorsatzstrafat im Raum steht. Wenn jedoch keine Vorsatzstrafat vorliegt, dann müsste nach Ansicht des *BGH* ein Kostenersatz erfolgen.

3. Managerhaftpflicht- / D&O-Versicherung

Eine D&O-Versicherung (*Directors-and-Officers-Versicherung*, auch *Organ- oder Manager-Haftpflichtversicherung*) ist eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung. Diese wird von einem Unternehmen für seine leitenden Angestellten oder Organe abgeschlossen. Zwar bietet eine D&O-Versicherung nur Schutz für die Organe und Manager des Unternehmens, nicht aber für das Unternehmen selbst, welches die D&O-Versicherung für seine Organe und Manager abgeschlossen hat, aber dieser Schutz dient mittelbar dann doch auch dem Vermögensschutz des jeweiligen Unternehmens. Die Verteidigerkosten stehen hier eher nicht im Vordergrund, sondern dass das Unternehmen durch das Handeln ihrer Vorstände und Geschäftsführer (leitende Angestellte) gerade keinen Vermögensschaden erleiden soll. Daher werden vom Leistungsumfang die gerichtliche und außergerichtliche Abwehr von Schadensersatzansprüchen sowie die Freistellung von Vermögensschäden auch mit übernommen.

Konkret: Bei einem berechtigten Anspruch ersetzt die Versicherung den Vermögensschaden für das Unternehmen. Bei einem ungerechtfertigten Anspruch werden die Abwehrkosten der Organmitglieder und der leitenden Angestellten übernommen (Übernahme der Verteidigungskosten im Zivilverfahren).

Grundsätzlich erfolgt keine Kostenübernahme für Strafverfahren, aber mittlerweile werden dann doch in vielen D&O-Versicherungen auch strafrechtliche Kosten (zumindest teilweise) mit übernommen – das ist aber eine Erweiterung der bestehenden D&O-Versicherung und noch kein allgemeiner Standard. Die Übernahme der Verteidigerkosten ist somit abhängig davon, ob die verfolgte Pflichtverletzung einen unter den Versicherungsschutz fallenden Haftpflichtanspruch zu Folge haben kann. Hinzuweisen sei an dieser Stelle auch auf das Urteil des *BGH* v. 13.4.2016 – IV ZR 304/13 sowie die (sich am Markt leider noch nicht durchgesetzten) unverbindlichen Musterbedingungen.

Bei der D&O-Versicherung ist einer der häufigsten Ausschlüsse der Vorsatzausschluss. Dafür sei auf das Urteil des *OLG Frankfurt a.M.* v. 7.7.2021 – 7 U 19/21 – verwiesen, wonach es dem Versicherer untersagt ist, sich auf einen Ausschluss wegen arglistiger Täuschung zu berufen, wenn er vorläufige Abwehrkosten bei wissentlicher oder vorsätzlicher Pflichtverletzung bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung zugesagt hat.

4. Vertrauensschadensversicherung

Eine weitere Möglichkeit stellt die Vertrauensschadensversicherung dar. Bei ihr geht es auch vorrangig um die Übernahme von Schäden für ein Unternehmen – weniger um die Übernahme von Verteidigerkosten – bspw. wenn das Unternehmen Opfer einer Mitarbeiterstrafat wurde oder durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlungen durch die sog. Vertrauenspersonen. Denn das Unternehmen haftet gegenüber Dritten für solche Handlungen die von ihren Vertrauenspersonen begangen wurden.

5. Cyber-Versicherung

Bei einer Cyber-Versicherung steht der datenschutzrechtliche Versicherungsfall primär im Vordergrund – bspw. wenn durch datenschutzrechtliche Verstöße, durch Hacking oder auch Phishing ein Schaden entstanden ist. Der Deckungsumfang dieser Vertrauensschadensversicherung ist aber leider nicht ganz so hoch, wie bei den anderen Optionen.

6. Compliance-Versicherung

Die Compliance-Versicherung will die hohe Deckungslücke für die Kosten bei Internal Investigations schließen. Ausreichend ist hier schon ein Verdachtsmoment, also die Beschlussfassung zur Einleitung von Ermittlungen.

Umfasst sind bei ihr bspw. die Aufarbeitung aller forensischen Dienstleistungen, die Kosten für die Datenaufbereitung, die Mitarbeiterbefragung, das e-mail-Screening sowie die Kosten für die Durchsicht von Dokumenten wie Gremienprotokolle oder interne Berichte. Beachtenswert ist hierbei der Umstand, dass die Kostenübernahme auf 500.000 EUR pro Jahr und pro Versicherungsfall begrenzt ist. Gerade in Bereichen mit internationalem Kontext kann diese Begrenzung leider recht schnell erreicht werden.

Die Praxis wird zeigen, ob und wie sich die Compliance-Versicherung am Markt durchsetzt oder ob diese ggfs. noch partiell angepasst werden muss.

III. Der Umgang mit den Versicherern – Tipps aus der Praxis der Strafverteidigung

Im Anschluss referierte RAin Dr. Astrid Lilie, Partnerin von Schiller & Kollegen, Frankfurt am Main zu dem Thema „Der Umgang mit den Versicherern – Tipps aus der Praxis der Strafverteidigung“.

Sie wies praxisrelevant ebenfalls darauf hin, dass am Anfang des Umgangs mit den Versicherern stets die konkrete Versicherungspolice erfragt und beachtet werden sollte bzw. muss. Denn aus ihr ergibt sich der konkrete Versicherungszeitraum – wichtig auch für Rückwärtsversicherungen oder auch mögliche Nachhaftungen – sowie die Abrechnungsmodalitäten oder eine Strafprozessvollmacht, konkrete Vergütungsvereinbarungen, ein Selbstbehalt bzw. eine Selbstbeteiligung oder auch die Deckungsgrenzen. In der Praxis werden diese Deckungsgrenzen oft nicht direkt mitgeteilt – wohl auch damit die Anwälte diese Summen nicht „mit Vorsatz“ ausschöpfen sollen.

Wichtig ist nach § 30 VVG ferner immer die fristgerechte Anzeige des Versicherungsfalls, sowie die Anfrage der Deckungszusage (im Idealfall in Kenntnis der Police), ggfs. mit der Anpassung und Übersendung einer Honorarvereinbarung sowie die Bearbeitung weiterer notwendiger Unterlagen. Denn würde der Versicherer nicht rechtzeitig über einen Versicherungsfall informiert werden, so kann im schlimmsten Fall ein Leistungsausschluss oder eine Leistungskürzung erfolgen. Als regelmäßige Ausschlusskriterien sind das Vorliegen von Verbrechen oder eine Verletzung von Vorschriften im Bereich des Kartellrechts zu nennen.

Hingewiesen wird an dieser Stelle auf das Urteil des *BGH* v. 13.2.2020 – IX ZR 90/19, wonach eine Entbindung der Schweigepflicht durch ausdrückliches oder schlüssiges Handeln des Verteidigers für den Mandanten erfolgen kann.

Für die Praxis ist das Urteil des *BGH* v. 21.10.2020 – IX ZR 37/10 ebenfalls wichtig, muss nach ihm ein deutliches Augenmerk auf die konkreten Zeit- und Arbeitsnachweise gelegt werden. Überdies sollte auch stets angegeben werden, welche konkreten Schriftstücke vom Anwalt gelesen und bearbeitet wurden; zu welcher Rechtsfrage genau recherchiert wurde; zu welchem Thema mit welchem konkreten Gesprächspartner konkret korrespondiert wurde, usw.

Nach dem Urteil des *LG Karlsruhe* v. 19.1.2021 – 6 O 213/18 sei auch eine 5-Minuten-Zeittaktklausel zulässig (eine 15-Minuten-Zeitklausel sei nach dem Urteil des *BGH* v. 13.2.2020 – IX ZR 141/19 dagegen unzulässig). Am besten wäre hier stets eine minutengenaue, also eine tatsächliche, Zeiterfassung.

Abgerechnet werden kann: die Einarbeitung in den Sachverhalt, eine Besprechung und Korrespondenz mit dem Mandanten bspw. eine Aktenversendungspauschale usw. Dokumentiert werden muss stets die Durchsicht von Akten oder Unterlagen, welche Art der Vorbereitung und Verfassung eigens für den Schriftsatz erfolgte, die jeweils konkreten Literaturrecherchen, Telefonate und email-Korrespondenzen zu welchem konkreten Thema sowie die Teilnahme an konkreten gerichtlichen Terminen oder Vernehmungen.

Nicht abrechenbar sind dabei die Arbeiten des Sekretariats (bspw. für die Erstellung eines Datenraums) sowie technische Arbeiten und das Auseinandersetzen mit der eigenen Technik.

Rechnungen sollten auch immer durch den Mandanten freigegeben werden – daher sind diese immer an den Mandanten übersenden. Einige Versicherer lassen sich auch die Rechnungen direkt vom Mandanten übermitteln, da dadurch davon ausgegangen werden kann, dass der Mandant Kenntnis vom Rechnungsinhalt genommen hat.

Ebenfalls sehr praxisrelevant ist auch die Frage, welche Unterlagen überhaupt der Versicherer herausverlangen darf? Gem. § 31 VVG darf der Versicherer nur jene Unterlagen verlangen, die er für notwendig und erforderlich hält, sofern sie nur möglicherweise – unmittelbar oder mittelbar – für den Grund oder den Umfang der Leistung nach bedeutsam sein können.

Schließlich sei für die Abrechnung von Reisezeiten stets auch eine notwendige und eindeutige Regelung essentiell, aber mittlerweile werden hier auch nur noch geringe Kosten ersetzt, siehe dazu auch das Urteil des *LG Karlsruhe* v. 19.1.2021 – 6 O 213/18.

IV. Fazit

Auch mit dieser Vortrags- und Diskussionsveranstaltung ist es dem WisteV wieder gelungen, ein sehr praxisrelevantes Thema kurz, knapp und überblicksartig darzustellen und so ein mögliches Informationsdefizit bei den Kollegen zu schließen.