

# KriPoZ

## Kriminalpolitische Zeitschrift

### KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

### Herausgeber

Prof. Dr. Gunnar Duttge  
Prof. Dr. Bernd Heinrich  
Prof. Dr. Anja Schiemann

### Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn  
Stellv.: Wiss. Mit. Jule Fischer

### 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 | 145 – 190

#### 145 | Überlegungen zur Wissenschaftskommunikation im Strafrecht

von Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli

#### 148 | Autonomie durch Verfahren – Mittel zum Lebensschutz (?)

Zur Neuregelung der Suizidbeihilfe nach dem „Castellucci-Entwurf“

von Benedict Pietsch, M.A., M.Iur.

#### 160 | Plädoyer für eine alltagspsychologische Neubestimmung der Schuldfähigkeit (§ 20 StGB)

von Gunnar Spilgies

#### 168 | Skizze eines neuen § 64 StGB – Alternativen und Ergänzungen zum Reformvorschlag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe

von Dr. Jan Querengässer, Dr. Alexander Baur und Dörte Berthold

#### 175 | Catcalling – Eine phänomenologische und strafrechtliche Betrachtung

von Prof. Dr. Elisa Hoven, Anja Rubitzsch und Barbara Wiedmer

#### 186 | Diametrale Effekte bei der Bekämpfung von Steuerkriminalität am Beispiel der 25-Gramm-Regelung im Vertrieb von Wasserpfeifentabak

von Miguel Veljovic, LL.M.oec.

### ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 191 – 221

#### 191 | EuGH bestätigt Grenzen der Vorratsdatenspeicherung

EuGH, Urt. v. 5.4.2022 – C-140/20

#### 208 | OLG Celle erklärt neu eingeführten Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar

OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22

#### 218 | Das Absolute im Recht nach der Einführung des § 362 Nr. 5 StPO

von Jule Fischer, M.A.

## BUCHBESPRECHUNGEN | 222 – 226

- 222 | *Frank Wallenta: Deutsche Staatsanwaltschaften zwischen Verfassungsrecht und europäischem Leitbild – Eine Betrachtung des ministeriellen Einzelweisungsrechts im Lichte des unionsrechtlichen Anerkennungsprinzips*

*von Prof. Dr. Bernd Hecker*

- 224 | *Lucia Sommerer: Personenbezogenes Predictive Policing. Kriminalwissenschaftliche Untersuchung über die Automatisierung der Kriminalprognose*

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

## TAGUNGSBERICHT | 227 – 237

- 227 | *Erlanger Cyber<sup>2</sup> Crime Tag 2021: Internationale Strafverfolgung von Cybercrime Delikten*

*von Dr. Christian Rückert und Nicole Scheler*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Überlegungen zur Wissenschaftskommunikation im Strafrecht

von Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli\*

## Abstract

*Der Beitrag widmet sich den verschiedenen Formen, in denen strafrechtswissenschaftliche Erkenntnisse durch Experten verbreitet werden können. Dies betrifft Publikationen in wissenschaftlichen Fachzeitschriften ebenso wie Interviews und Podcasts. Der Beitrag beleuchtet die Fragen, welchem Nutzen der Transfer wissenschaftlicher Erkenntnisse dient und welche Herausforderungen sich hierbei stellen. Letzteres leitet über zu einigen Empfehlungen für eine gelungene Wissenschaftskommunikation.*

*The article deals with the various forms in which scientific knowledge in criminal law can be distributed. This concerns, for example, publications in scientific journals as well as interviews and podcasts. The article focuses on the questions which users could benefit from the distribution of scientific knowledge and what challenges arise. The latter leads on to some recommendations for successful science communication.*

## I. Einleitung

Zweifellos darf Forschung auch dann betrieben werden, wenn sie keinen absehbaren gesellschaftlichen Nutzen bringt. Eine anderslautende Auffassung würde zu einer Funktionalisierung wissenschaftlicher Erkenntniserlangung führen, die keinen Raum für solche Forschungsaktivitäten ließe, die entweder „einfach nur“ interessant erscheinen<sup>1</sup> oder deren später eintretender gesellschaftlicher Nutzen ursprünglich nicht absehbar ist.<sup>2</sup> Aus gutem Grund basiert demnach auch die grundrechtlich gewährleistete Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) in den Worten des *BVerfG* auf der Idee, dass „eine von gesellschaftlichen Nützlichkeits- und politischen Zweckmäßigkeitsvorstellungen freie Wissenschaft Staat und Gesellschaft

im Ergebnis am besten dient“.<sup>3</sup> Doch ändert das eben Gesagte nichts an der Bedeutung adäquater Wissenschaftskommunikation, die durch Experten betrieben wird – ein Bereich, der im vorliegenden Beitrag aus einer kriminalwissenschaftlichen Perspektive beleuchtet wird.<sup>4</sup> Dies beinhaltet erstens Überlegungen zur Klassifikation. Hieran anschließend widmet sich der Beitrag der Frage, welchen Herausforderungen die strafrechtliche Wissenschaftskommunikation unterliegt. Dies leitet schließlich über zu einigen Empfehlungen.

## II. Klassifikationen

Betrachtet man den Gegenstand der Wissenschaftskommunikation, so bieten sich verschiedene Formen der Klassifikation an. In jedem Fall können Äußerungen strafrechtlicher Experten über kriminalwissenschaftliche Inhalte<sup>5</sup> danach unterschieden werden, ob sie schriftlich oder mündlich erfolgen, live vorgenommen oder aufgezeichnet werden. Vor allem aber erscheinen die folgenden Unterscheidungen zentral:

## 1. Interne oder externe Äußerungen

So kann man zwischen einer internen und einer externen Wissenschaftskommunikation unterscheiden, wobei jedoch die Übergänge durchaus fließend sind. Unter der *internen Kommunikation* wird hier der Austausch innerhalb der jeweiligen Fachdisziplin verstanden – ein Austausch der nicht nur in der Fachliteratur<sup>6</sup> und auf Fachkongressen, sondern auch in allgemein zugänglichen Medien<sup>7</sup> vorgenommen werden kann. Demgegenüber richtet sich die *externe Kommunikation* an einen Adressatenkreis au-

\* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge an der Universität Hamburg. Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die schriftliche Fassung eines Impuls-Statements, das der Verfasser am 5.11.2021 im Rahmen der Diskussionsrunde „Medien und Strafrechtswissenschaft“ bei der Tagung „Medien und Kriminalpolitik“ des Kriminalpolitischen Kreises in Frankfurt am Main geben durfte. Der Autor dankt Wiss. Mit. Judith Papenfuß für die wertvolle Unterstützung bei der Literaturrecherche.

<sup>1</sup> Möglicherweise ließe sich dies sogar unter das Konzept des gesellschaftlichen Nutzens fassen.

<sup>2</sup> Vgl. in diesem Kontext auch Seethaler/Beaufort, in: Hagen/Lüthje/Ohser, Wissenschaftskommunikation. Die Rolle der Disziplinen, 2018, S. 55 (56).

<sup>3</sup> *BVerfG*, NVwZ 2011, 224 (227); vgl. hierzu auch Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 95. EL (2021), Art. 5 Abs. 3 Rn. 18.

<sup>4</sup> Vgl. auch allgemein zur Wissenschaftskommunikation ohne Beschränkung auf das Strafrecht Jamieson/Kahan/Scheufele, The Oxford Handbook of the Science of Science Communication, 2017; Weingart/Wormer/Wenniger u.a., Perspektiven der Wissenschaftskommunikation im digitalen Zeitalter, 2017.

<sup>5</sup> Es geht an dieser Stelle also weniger um die – zweifelsohne wichtige – Vermittlung juristischer Inhalte im Verhältnis zwischen Strafverteidigern und Mandanten etc.; vgl. hierzu und zur entsprechenden Juristenausbildung Harbarth, faz.net v. 26.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/wie-wir-unsere-juristenausbildung-verbessern-17753469.html?premium=0x6e5a43acc97576ed970625498f00a38b&GEP=s5&service=printPreview> (zuletzt abgerufen am 17.4.2022).

<sup>6</sup> Beispielsweise strafrechtliche, kriminologische und kriminalpolitische Zeitschriften.

<sup>7</sup> Man denke etwa an die in einer Tageszeitung veröffentlichte Rezension eines strafrechtlichen Buches.

ßerhalb der eigenen Fachdisziplin, etwa an Wissenschaftler aus anderen Disziplinen<sup>8</sup> oder die interessierte Öffentlichkeit.<sup>9</sup> Soweit sich Äußerungen an den zuletzt genannten Adressatenkreis richten sollen, wird dieser Wissenstransfer regelmäßig über allgemein zugängliche Medien erfolgen, etwa in Form von Zeitungsbeiträgen, TV-Interviews, Podcasts und in den Sozialen Medien.

Nach dem eben Gesagten sind die Grenzen zwischen interner und externer Kommunikation keineswegs strikt. So gibt es wissenschaftliche Publikationen, die sowohl innerhalb als auch außerhalb der eigenen Fachdisziplin wahrgenommen werden. Zu einer Herausforderung werden diese fließenden Übergänge deshalb, weil Wissenschaftler den Adressatenkreis ihrer Äußerungen reflektieren sollten – eine Herausforderung, auf die weiter unten noch zurückzukommen sein wird.

## 2. Mit oder ohne Anfrage

Darüber hinaus können wissenschaftliche Äußerungen auf Anfrage hin oder aus eigenem Antrieb erfolgen. Auch hier sind die Übergänge wiederum fließend. Dies zeigt sich etwa dann, wenn ein Wissenschaftler auf eigene Initiative in den Sozialen Medien eine Äußerung macht, die später von Lesern kommentiert wird, sodass sich der Wissenschaftler wiederum veranlasst sieht, hierauf mit weiteren Äußerungen zu reagieren.

## III. Nutzen und Herausforderungen

Die eingangs aufgezeigte Unabhängigkeit wissenschaftlichen Arbeitens von Erwägungen der Nützlichkeit ändert nichts daran, dass die Verbreitung wissenschaftlicher Erkenntnisse nützlich sein kann. Für den Adressatenkreis, der über wissenschaftliche Erkenntnisse informiert, mag dieser Nutzen augenscheinlich sein: In dem Maße, in dem das Strafrecht auf aktuelle Veränderungen reagieren muss, hat die interessierte Medienöffentlichkeit ein berechtigtes Interesse, von Experten über gegenwärtige Entwicklungen informiert zu werden. Der aufgezeigte Nutzen von Wissenschaftskommunikation dürfte sich aber auch aus einer wissenschaftsinternen Perspektive ergeben. Dies gilt nicht nur für die interne, sondern auch für die externe Wissenschaftskommunikation, also in Fällen des Wissenstransfers: Derartige Stellungnahmen verlangen eine allgemeinverständliche<sup>10</sup> Übersetzung, die keineswegs als

Verkürzung zu verstehen ist, sondern eine Reflexion über das eigene Feld, die mitunter die Einnahme eines neuen Blickwinkels erforderlich macht.

Wenn nach alledem nicht bezweifelt wird, dass Wissenschaftler ihre Erkenntnisse, Ergebnisse und Auffassungen kommunizieren sollen, stellt sich allerdings die Frage nach dem „Wie“ einer solchen Verbreitung. Allgemein lässt sich sagen, dass eine gelungene Wissenschaftskommunikation voraussetzt, dass wissenschaftliche Erkenntnisse in adäquater Weise vermittelt werden. Eine erste Herausforderung des Wissenstransfers zeigt sich dabei in dem eben aufgezeigten Übersetzungserfordernis. Dies gilt insbesondere dann, wenn zwischen dem Experten und der interessierten Öffentlichkeit kein dolmetschender Wissenschaftsjournalist steht (z.B. bei Äußerungen über Soziale Medien).<sup>11</sup> Aber auch bei der Wissenschaftskommunikation, die auf Anfrage hin erfolgt, können sich in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit Probleme aus einer zeitlichen Limitierung ergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn innerhalb des potenziellen Adressatenkreises unterschiedliche Vorstellungen über kriminalwissenschaftliche Inhalte bestehen.

## IV. Empfehlungen

Es stellt sich die Frage, wie den eben angedeuteten Herausforderungen zu begegnen ist. Dies leitet über zu einigen Empfehlungen für eine gelungene Wissenschaftskommunikation:<sup>12</sup>

### 1. Berücksichtigung des Adressatenkreises

Es ist wichtig, dass der sich äuernde Experte den Adressatenkreis seiner Stellungnahme identifiziert.<sup>13</sup> So dürften etwa die Anforderungen an die Konkretheit bzw. Abstraktheit wissenschaftlicher Äußerungen vom Vorverständnis und von Vorkenntnissen der mutmaßlichen Leser- oder Hörerschaft abhängen. Insbesondere bei der externen Wissenschaftskommunikation kann es dabei maßgeblich auf das Alter und den Hintergrund des potenziellen Adressatenkreises ankommen.

### 2. Umgang mit Erwartungen

Die zweite Empfehlung betrifft den Umgang mit bestehenden Erwartungen: Insbesondere bei Äußerungen, die

<sup>8</sup> Da die Grenzen zwischen interner und externer Wissenschaftskommunikation ohnehin fließend sind, ist eine exakte Bestimmung der Reichweite der jeweiligen Fachdisziplin an dieser Stelle nicht notwendig.

<sup>9</sup> Demgegenüber bezieht sich das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) in einem 2019 veröffentlichten Grundsatzpapier (S. 2) auf ein engeres Verständnis der Wissenschaftskommunikation: Dieses „meint vor allem die allgemeinverständliche, dialogorientierte Kommunikation und Vermittlung von Forschung und wissenschaftlichen Inhalten an Zielgruppen außerhalb der Wissenschaft“ (im Original mit Hervorhebungen), online abrufbar unter: [https://www.bmbf.de/SharedDocs/Publikationen/de/bmbf/1/24784\\_Grundsatzpapier\\_zur\\_Wissenschaftskommunikation.pdf;jsessionid=B6C8318D70DC62588C28ADF45390973D.liv\\_e382?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmbf.de/SharedDocs/Publikationen/de/bmbf/1/24784_Grundsatzpapier_zur_Wissenschaftskommunikation.pdf;jsessionid=B6C8318D70DC62588C28ADF45390973D.liv_e382?__blob=publicationFile&v=4) (zuletzt abgerufen am 19.4.2022). Damit meint das BMBF der Sache nach diejenigen Formen der Kommunikation, die im vorliegenden Beitrag als externe Wissenschaftskommunikation verstanden werden.

<sup>10</sup> Das Erfordernis der Allgemeinverständlichkeit findet sich auch in dem – ansonsten engeren – Begriff der Wissenschaftskommunikation im Sinne des 2019 veröffentlichten Grundsatzpapiers (S. 2) des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (vgl. hierzu Fn. 10).

<sup>11</sup> Vgl. hierzu auch *Neuberger/Weingart/Fährnrich* u.a., Der digitale Wandel der Wissenschaftskommunikation, in: *Wissenschaftspolitik im Dialog* 16/2021, S. 26, online abrufbar unter: [https://www.bbaw.de/files-bbaw/user\\_upload/publikationen/Broschuere-WiD\\_16\\_PDFA-1b.pdf](https://www.bbaw.de/files-bbaw/user_upload/publikationen/Broschuere-WiD_16_PDFA-1b.pdf) (zuletzt abgerufen am 19.4.2022).

<sup>12</sup> Die folgende Aufzählung ist keineswegs als abschließend zu verstehen; vgl. zu den „Voraussetzungen gelungener Rechtswissenschaftskommunikation“ auch *Funk/Klatt/Potthast*, *RuZ* 2021, 142 (152 ff.).

<sup>13</sup> Vgl. *Funk/Klatt/Potthast*, *RuZ* 2021, 142 (156).

auf Anfrage hin erfolgen (Stichwort: „Eilige Interviewanfragen“), sollte stets vorab geklärt werden, ob innerhalb des vom Anfragenden erwarteten Zeitrahmens eine adäquate Aussage möglich ist. Sollte dies nicht der Fall sein, wird hier empfohlen, die Anfrage abzulehnen. Das zuletzt Gesagte lässt sich sogar dahingehend verallgemeinern, dass Anfragen immer dann abgelehnt werden sollten, soweit die Erwartungen des Anfragenden vermutlich nicht erfüllt werden können. Dies gilt nicht nur in zeitlicher, sondern auch in inhaltlicher Hinsicht. So sind beispielsweise journalistische Anfragen zur Angemessenheit der Strafhöhe in einem konkreten Strafverfahren<sup>14</sup> teilweise nicht zu beantworten, soweit der Adressat der Anfrage nicht persönlich an der jeweiligen Hauptverhandlung teilgenommen hat.<sup>15</sup> Als hilfreicher und besser zu beantworten erweisen sich offen gehaltene Fragen zur strafrechtlichen oder strafprozessualen Einordnung eines bestimmten Sachverhalts. Soweit die Beantwortung von Anfragen nicht möglich erscheint, kann aber auch erwogen werden, diese Unmöglichkeit dem Anfragenden zu vermitteln und auf eine Anpassung der Erwartungshaltung hinzuwirken (z.B. durch den Vorschlag einer allgemeineren Frage).

Wichtig ist auch die Reflexion hinsichtlich der Erwartungen, die die Leser- und Hörschaft an die Rolle des Wissenschaftlers hat. Die hier skizzierten Fälle strafrechtlicher Wissenschaftskommunikation haben die Gemeinsamkeit, dass Experten im Bereich der Kriminalwissenschaft über entsprechende Inhalte sprechen oder schreiben. Allerdings kann die Rolle des Referenten für den

Adressatenkreis dann unklar sein, wenn sich Experten in den Sozialen Medien (z.B. auf „Twitter“) über einen Account äußern, der auch für private Inhalte genutzt wird. Hier sollte eine klare Trennung erfolgen.

### 3. Regeln guter wissenschaftlicher Praxis

In diesem Zusammenhang sei wiederum an die Notwendigkeit der Einhaltung der Regeln guter wissenschaftlicher Praxis erinnert. Diese Notwendigkeit stellt sich nicht nur bei „klassischer“ Forschungsarbeit, sondern auch im Bereich des Wissenstransfers.<sup>16</sup> So sollte etwa in Fällen externer Wissenschaftskommunikation, die sich auf aktuelle gesellschaftliche Veränderungen bezieht, kenntlich gemacht werden, ob die strafrechtliche Diskussion noch im Fluss ist. Auch sollte verdeutlicht werden, ob es anderslautende Auffassungen zu dem betreffenden Thema gibt.<sup>17</sup>

## V. Fazit

Strafrechtliche Wissenschaftskommunikation hat durchaus vielfältige Erscheinungsformen. Sie alle eint aber das Erfordernis, kriminalwissenschaftliche Erkenntnisse gegenüber Dritten zu vermitteln. Es bleibt zu wünschen, dass das hier skizzierte Thema der strafrechtlichen Wissenschaftskommunikation in Zukunft eingehender erforscht wird – ein Wunsch, der nicht nur die normative, sondern auch die empirische Seite betrifft.

<sup>14</sup> Ein Beispiel bildet etwa eine (hier anonymisierte) E-Mail-Anfrage einer Tageszeitung gegenüber dem Autor zu Strafverfahren zu mutmaßlichen Ausschreitungen im Rahmen des G20-Gipfels 2017 in Hamburg. Gefragt wurde, ob die „[...] bislang ergangenen Urteile härter ausgefallen [sind] als die in der Vergangenheit in ähnlichen Zusammenhängen ergangenen [...]“.

<sup>15</sup> In diesen Fällen ist es durchaus möglich, dass für Außenstehende nicht alle strafzumessungsrelevanten Gesichtspunkte i.S.d. § 46 Abs. 2 S. 2 StGB ersichtlich sind.

<sup>16</sup> Funk/Klatt/Potthast, RuZ 2021, 142 (158).

<sup>17</sup> Vgl. Funk/Klatt/Potthast, RuZ 2021, 142 (158).



## Autonomie durch Verfahren – Mittel zum Lebensschutz (?) Zur Neuregelung der Suizidbeihilfe nach dem „Castellucci-Entwurf“

von Benedict Pietsch, M.A., M.Iur.\*

### Abstract

Der am 10.3.2022 in den Bundestag eingebrachte „Castellucci-Entwurf“ stellt den ersten Versuch in der 20. Legislaturperiode dar, zwei Jahre nach dem Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB a.F. eine Neuregelung der Suizidbeihilfe herbeizuführen. Ausgehend von den verfassungsgerichtlichen Anforderungen zum Schutz der Rechtsgüter von Leben und Autonomie Suizidwilliger sowie dritter Personen stellt der vorliegende Beitrag wesentliche Inhalte des Castellucci-Entwurfs dar und unterzieht diese einer kritisch-konstruktiven Bewertung. Hierbei finden auch andere kursierende (vor- oder nachparlamentarische) Regelungsentwürfe zur Suizidbeihilfe Berücksichtigung. Das prozedural ausgestaltete Sicherungskonzept (§ 217 Abs. 2 StGB-E) ist danach grundsätzlich geeignet, dem „Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben“ zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen, bedarf allerdings einiger klarstellender Nachbesserungen. Dies vorausgesetzt, ist die konzeptionelle Orientierung des „Castellucci-Entwurfs“ an § 217 StGB a.F. verfassungsrechtlich unbedenklich und überdies (kriminal-)politisch nachvollziehbar. Selbiges gilt für das in § 217a StGB-E enthaltene „Werbeverbot“ für die Hilfe zur Selbsttötung, das den generalpräventiven Ansatz des Sicherungskonzepts vervollständigt.

The „Castellucci Draft“ introduced into the Bundestag on March 10, 2022 represents the first attempt in the 20th legislative period to bring about a new regulation of assisted suicide two years after the BVerfG sentence on the unconstitutionality of § 217 StGB a. F. Based on the constitutional requirements for the protection of the legal interests of life and autonomy of those willing to commit suicide as well as third persons, this article presents the essential contents of the Castellucci Draft and subjects them to a critical-constructive evaluation. Other (pre- or post-parliamentary) concepts on assisted suicide are also taken into account. The procedurally designed security concept (§ 217 Abs. 2 StGB-E) is in principle suitable to help the „right to self-determined dying“ to practical effectiveness, but requires some clarifying improvements.

*Provided that this is the case, the conceptual orientation of the Castellucci Draft on § 217 StGB a.F. is constitutionally unobjectionable and, moreover, understandable in terms of (criminal) politics. The same applies to the „advertising ban“ for assisted suicide contained in § 217a StGB-E, which completes the general preventive approach of the security concept.*

### I. Einleitung

Für Camus gibt es mit dem „Selbstmord“<sup>1</sup> nur ein wirklich ernstes Problem.<sup>2</sup> Ausgerechnet hierfür eine unzulängliche Lösung gefunden zu haben, wurde dem Gesetzgeber unlängst durch das BVerfG bescheinigt:

Am 6.11.2015 hatte der Bundestag das „Gesetz zur Strafbarkeit der gesetzmäßigen Förderung der Selbsttötung“ beschlossen.<sup>3</sup> Durch das Gesetz<sup>4</sup> wurde § 217 a.F. in das StGB eingefügt, der erstmals seit der Einführung einer einheitlichen Strafrechtsordnung in Deutschland<sup>5</sup> die Teilnahme an der Selbsttötung einer eigenverantwortlich handelnden Person pönalisierte.<sup>6</sup>

Nach § 217 Abs. 1 StGB a.F. wurde mit Freiheitsstrafe mit bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft,

[w]er in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt (...).

Nach § 217 Abs. 2 StGB a.F. blieb als Teilnehmer straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelte und entweder Angehöriger des Suizidwilligen war oder diesem nahestand.

Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>7</sup> diene § 217 StGB a.F. einem doppelten Zweck.<sup>8</sup> Die Vorschrift sollte zum einen einer „gesellschaftlichen Normalisierung“<sup>9</sup> des (assistierten) Suizids wehren. Zweitens sollte der Gefahr „fremdbestimmter Einflussnahme in Situationen prekärer

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

<sup>1</sup> Im Folgenden wird wegen der pejorativen Konnotation, die üblicherweise mit dem Selbstmordbegriff verbunden wird, der Begriff „Selbsttötung“ verwendet. Die Begriffe „assistierter Suizid“ und „Suizidbeihilfe“ werden synonym gebraucht.

<sup>2</sup> Camus, Der Mythos des Sisyphos, 15. Aufl. (2013), S. 15.

<sup>3</sup> Siehe BT-Plenarprot. 18/134, S. 13101. Siehe ferner die erste Analyse von Hilgendorf auf: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gesetzgebung-sterbehilfe-tatbestandsmerkmale-analyse/> (zuletzt abgerufen am 3.5.2022).

<sup>4</sup> Gesetz zur Strafbarkeit der gesetzmäßigen Förderung der Selbsttötung v. 3.12.2015 (BGBl. I, S. 2177), in Kraft getreten am 10.12.2015.

<sup>5</sup> RStGB, verkündet am 15.5.1871 (RGBl. 1871 S. 127), in Kraft getreten am 1.1.1872.

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 153, 182 (196).

<sup>7</sup> Der Gesetzgeber macht sich im Moment des Beschlusses die im Entwurf enthaltene Begründung zu eigen, so auch Redeker/Karpentein, NJW 2001, 2825 (2826); vgl. auch BVerfGE 153, 182 (269); vorsichtiger Spitzlei, JuS 2022, 315 (316).

<sup>8</sup> Ebenso BVerfGE 153, 182 (269 f.).

<sup>9</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 2, 11, 13, 15, 17.

Selbstbestimmung“;<sup>10</sup> vornehmlich bei alten und kranken Personen,<sup>11</sup> vorgebeugt werden.

In der (Straf-)Rechtswissenschaft wurde § 217 StGB a.F. von Beginn an weitgehend<sup>12</sup> als verfassungswidrig abgelehnt.<sup>13</sup> Beanstandet wurden insbesondere „dogmatische und kriminalpolitische Bruchstellen“<sup>14</sup> der Vorschrift, sowie ein unverhältnismäßiger Eingriff in das „Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben“.<sup>15</sup> Darüber hinaus blieb auch der Gesetzgeber von harscher Kritik nicht verschont.<sup>16</sup>

2020 wurde die Vorschrift durch das BVerfG<sup>17</sup> als mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig erklärt.<sup>18</sup> Seitdem ist die Suizidbeihilfe nicht nur straflos, sondern ungeregelt möglich.<sup>19</sup> Das Anliegen des (Straf-)Gesetzgebers, die Suizidbeihilfe als ein die Gegenwart prägendes, zunehmend problematisches Phänomen in einer nachhaltigen Weise zu regeln,<sup>20</sup> ist damit (bis heute) nicht erreicht worden.<sup>21</sup> Die mittlerweile seit über zwei Jahren bestehende Rechtslage steht überdies in offenem Widerspruch<sup>22</sup> zum verfassungsrechtlichen Regelungsauftrag<sup>23</sup> des einfachen Gesetzgebers, die Rechtsgüter des Einzelnen bei der Entscheidung über die Beendigung seines eigenen Lebens umfassend und effektiv zu schützen.

Am 19.4.2021 wurde erneut ein überfraktioneller Gesetzesentwurf zur Regelung der Suizidbeihilfe in den Bundestag

eingebraucht.<sup>24</sup> Nachdem das Anhörungsbegehren im zuständigen Fachausschuss abgelehnt wurde,<sup>25</sup> fiel der Entwurf allerdings dem Diskontinuitätsgrundsatz zum Opfer.<sup>26</sup>

Nach der Wahl zum 20. Deutschen Bundestag ist die Suizidbeihilfe-Thematik zum expliziten Gegenstand der Koalitionsverhandlungen zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP gemacht worden.<sup>27</sup> Im bestehenden Koalitionsvertrag der Ampel-Koalition wird es begrüßt, „wenn durch zeitnahe fraktionsübergreifende Anträge das Thema Sterbehilfe einer Entscheidung zugeführt wird.“<sup>28</sup> Am 10.3.2022 hat nunmehr eine Gruppe von 85 Abgeordneten aller Fraktionen – mit Ausnahme der AfD – einen neuen Anlauf zur Neuregelung der Suizidbeihilfe unternommen.<sup>29</sup> Dieser Entwurf firmiert unter dem Namen des Hauptinitiators als „Castellucci-Entwurf“<sup>30</sup>. Daneben kursieren eine von zwei Abgeordneten entworfene „Diskussionsgrundlage“<sup>31</sup> sowie ein „Diskussionsentwurf“<sup>32</sup> aus dem Bundesgesundheitsministerium.

Wiewohl angesichts verschiedener Regelungsbestrebungen dem Handlungsauftrag für ein legislatorisches Schutzkonzept alsbald (erneut) Rechnung getragen werden dürfte,<sup>33</sup> geht die Debatte über dessen inhaltliche Ausgestaltung, insbesondere über die Zulässigkeit von Einschränkungen bei der assistierten Selbsttötung in die nächste Runde. Dabei startet der Gesetzgeber allerdings nicht „bei null“.<sup>34</sup> Den Ausgangspunkt bilden vielmehr

<sup>10</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 11.

<sup>11</sup> Siehe BT-Drs. 18/5373, S. 2, 8 f., 16 f., 18 ff.

<sup>12</sup> Anders etwa Kubiciel, ZIS 2016, 396 (396, 402 f.: Grundgesetzkonformität infolge teleologischer Reduktion des Tatbestands); Augsberg, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu dem Antrag der FPD-Fraktion „Rechtssicherheit für schwer und unheilbar Erkrankte in einer extremen Notlage schaffen“ (BT-Drs. 19/4834) am 20.2.2019, Ausschuss-Drs. 19(14)0062(12), S. 9. Die verfassungsrechtliche Gebotenheit eines Verbots geschäftsmäßiger Suizidbeihilfe betonen Hillgruber, ZfL 2013, 70 (78); Lüttig, ZRP 2008, 57. Siehe etwa Hillenkamp, KriPoZ 2016, 3 (9); Roxin, NStZ 2016, 185 (188 f.); Hoven, ZIS 2016, 1 (1). Ebenso schon Schreiber, NStZ 2006, 473 (478). Weitere Nachweise bei Brunhöber, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 217 Rn. 52.

<sup>13</sup> So Hillenkamp, KriPoZ 2016, 3 (5); ähnlich Hoven/Weigend, ZIS 2016, 681 (691).

<sup>14</sup> Saliger, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 217 Rn. 6; Roxin, NStZ 2016, 185 (188 f.).

<sup>15</sup> Siehe nur Hillenkamp, KriPoZ 2016, 3 (4: „reaktiv-aktionistische[r] und in der Begründung populistische[r] Vorschlag“); Weigend/Hoven, ZIS 2016, 681 (689: „unehrliche“ und „kriminalpolitisch verfehlte“ Regelung).

<sup>16</sup> BVerfGE 153, 182. Siehe dazu insgesamt die Besprechung bei Siems, KriPoZ 2020, 131.

<sup>17</sup> BVerfGE 153, 182 (184, 308). Die Voraussetzungen einer bloßen Unvereinbarkeitsklärung mit befristeter Weitergeltung bis zu einer Neuregelung (vgl. dazu BVerfGE 121, 282 (321 f.; 61, 319 [356]) lagen nicht vor.

<sup>18</sup> Sehr kritisch dazu Bubrowski, DRiZ 2022, 188.

<sup>19</sup> Vgl. BT-Drs. 18/5373, S. 10, 2 f.

<sup>20</sup> Dies anerkennend BT-Drs. 20/904, S. 11.

<sup>21</sup> Vgl. Hillgruber, ZfL 2013, 70 (79).

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 153, 182 (308): „Er [der Gesetzgeber, B.P.] hat aus den ihm obliegenden Schutzpflichten für die Autonomie bei der Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise einen Handlungsauftrag abgeleitet.“ Skeptisch Rostalski, GA 2022, 209 (227), bejahend Brunhöber, in: MüKo-StGB, § 217 Rn. 52.

<sup>23</sup> BT-Drs. 19/28691. Der Entwurf, der vor allem mit dem Namen der Abgeordneten Helling-Plahr verbunden ist, wurde auch vom derzeitigen Bundesgesundheitsminister Lauterbach unterstützt.

<sup>24</sup> Siehe dazu auf: <https://www.helling-plahr.de/mitteilung/ausschuss-f%C3%BCr-gesundheit-verhindert-neuregelung-der-sterbehilfe-f%C3%BCr-diese-legislaturperiode> (zuletzt abgerufen am 3.5.2022).

<sup>25</sup> Zum Diskontinuitätsgrundsatz siehe Klein, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli (2021), Art. 39 Rn. 48.

<sup>26</sup> Vgl. dazu auf: [https://www.focus.de/politik/deutschland/bundestagswahl/analyse-von-ulrich-reitz-ehe-abtreibung-sterbehilfe-warum-uns-ampel-jetzt-die-grosse-freiheit-bringt\\_id\\_24335992.html](https://www.focus.de/politik/deutschland/bundestagswahl/analyse-von-ulrich-reitz-ehe-abtreibung-sterbehilfe-warum-uns-ampel-jetzt-die-grosse-freiheit-bringt_id_24335992.html) (zuletzt abgerufen am 5.5.2022).

<sup>27</sup> Siehe den Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“ zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP vom 24.11.2021, S. 90, online abrufbar unter: [https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2021-2025.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf) (zuletzt abgerufen am 5.5.2022).

<sup>28</sup> BT-Drs. 20/904. Dazu siehe insgesamt Strasser, DRiZ 2022, 165. Zur Fraktionszugehörigkeit der den Entwurf unterstützenden Abgeordneten: 31 Abgeordnete CDU/CSU-Fraktion, 20 Abgeordnete SPD-Fraktion, 12 Abgeordnete Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, 20 Abgeordnete FDP-Fraktion, 2 Abgeordnete Fraktion Die Linke. BT-Drs. 20/904 ist ein Entwurf zur Stärkung der Suizidprävention zur Seite gestellt (BT-Drs. 20/1121).

<sup>29</sup> Vgl. Gaede, ZRP 2022, 73; Rostalski, GA 2022, 209 (217).

<sup>30</sup> Der „Entwurf eines Gesetzes zum Schutz des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben“ für die die Abgeordneten Künast und Keul verantwortlich zeichnen, ist online abrufbar unter: [https://www.renatekuenast.de/images/Gesetzesentwurf\\_Sterbehilfe\\_Stand\\_28.01.2021\\_final\\_002.pdf](https://www.renatekuenast.de/images/Gesetzesentwurf_Sterbehilfe_Stand_28.01.2021_final_002.pdf) (zuletzt abgerufen am 3.5.2022).

<sup>31</sup> Der „Entwurf eines Gesetzes zur Neufassung der Strafbarkeit der Hilfe zur Selbsttötung und zur Sicherstellung der freiverantwortlichen Selbsttötungsentscheidung“ des Bundesgesundheitsministeriums ist online abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/S/Diskussionsentwurf\\_Suizidhilfe\\_Gesetz.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/S/Diskussionsentwurf_Suizidhilfe_Gesetz.pdf) (zuletzt abgerufen am 3.5.2022).

<sup>32</sup> Vgl. Bubrowski, DRiZ 2022, 188.

<sup>33</sup> Anders Rostalski, GA 2022, 209 (209): Die Debatte sei „auf Anfang gestellt“.

die (Grenz-)Vorgaben<sup>35</sup> des *BVerfG* zu § 217 StGB a.F., deren Beachtung die Voraussetzung einer validen kriminalpolitischen Option darstellt.<sup>36</sup>

## II. Die Suizidbeihilfe in verfassungsrechtlicher Perspektive

### 1. Urteil des *BVerfG* vom 26.2.2020

Dem Urteil des *BVerfG* vom 26.2.2020 lagen 19 Verfassungsbeschwerden zugrunde, die unmittelbar gegen § 217 StGB a.F. und somit gegen das absolute Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gerichtet waren. Soweit zulässig,<sup>37</sup> waren die Beschwerden in der Sache erfolgreich.<sup>38</sup> Wegen festgestellter Verfassungsverstöße erklärte das Gericht § 217 StGB a.F. für nichtig (§ 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG).

Das Urteil steht in einer Reihe anderer Entscheidungen, in denen das *BVerfG* grundrechtsschöpferisch tätig geworden ist. Wie bei dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>39</sup> und dem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme<sup>40</sup> wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) als „Rahmenrecht“<sup>41</sup> in Stellung gebracht, um neuartigen Bedrohungslagen durch die Ausformung weiterer, gefährdungsspezifischer Ausprägungen zu begegnen.<sup>42</sup>

Als Hauptargument für die Verfassungswidrigkeit von § 217 StGB a.F. fungiert insoweit das aus dem Persönlichkeitsrecht abgeleitete „Recht auf selbstbestimmtes Sterben“. Als Ausdruck persönlicher Autonomie ist es von Staat und Gesellschaft<sup>43</sup> umfassend zu respektieren.<sup>44</sup> Hilfs- und Unterstützungsangebote Dritter darf die (Straf-)Rechtsordnung danach nur soweit beschränken, als dies zum Grundrechtsschutz des Suizidwilligen bzw. dritter Personen erforderlich ist.<sup>45</sup>

Seine Argumentation entfaltet das *BVerfG* in drei Schritten. In einem ersten Schritt wird dargelegt, dass und weshalb die Entscheidung, sein Leben bewusst und gewollt zu

beenden und dabei auf die Hilfe Dritter zurückzugreifen, vom Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst ist. Im Anschluss an allgemein gehaltene Ausführungen zur Stellung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) als grundlegendes Verfassungsprinzip<sup>46</sup> sowie zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht als „unbenanntem“<sup>47</sup> Freiheitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) stellt das Gericht zunächst dar, wie die persönlichkeitsrechtlichen Gehalte „den in der Menschenwürde wurzelnden“<sup>48</sup> Gedanken autonomer Selbstbestimmung konkretisieren. Die rechtlich verfasste Gemeinschaft findet in Achtung und Schutz des Menschen als Person ihre letzte Rechtfertigung.<sup>49</sup> Das Persönlichkeitsrecht ist ein notwendiges Mittel, um den personalen Eigenschaften der Selbstbestimmungs- und Eigenverantwortungsfähigkeit praktische Wirksamkeit zu verleihen: „Es sichert die Grundbedingungen dafür, dass der Einzelne seine Identität und Individualität selbstbestimmt finden, entwickeln und wahren kann.“<sup>50</sup> Dabei richtet sich der klassisch mit dem Grundrecht verbundene Abwehranspruch nicht nur darauf, dass der Mensch nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden darf. Vielmehr setzt die eigenständige Wahrung der Persönlichkeit voraus, über sich nach eigenen Maßstäben zu verfügen und nicht in Lebensformen gedrängt zu werden, die in unauflösbaren Widerspruch zum eigenen Selbstbild und Selbstverständnis stehen.<sup>51</sup> Der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährte Schutz wird dabei umso intensiver – und der Handlungsspielraum des Individuums umso größer – je „würdespezifischer“ sich die Regelungsmaterie darstellt,<sup>52</sup> d.h. je bedeutsamer sie für die Persönlichkeitsentfaltung ist. Als „höchstpersönliche“<sup>53</sup> betrifft die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, wie keine andere die Identität und Individualität des Menschen.<sup>54</sup> Gehört die Selbstbestimmung über das eigene Lebensende zum „ureigensten Bereich der Persönlichkeit“,<sup>55</sup> stellt das Recht auf selbstbestimmtes Sterben sicher, dass der Einzelne über sich autonom verfügen und somit seine Persönlichkeit wahren könne.

Aus dieser Feststellung leitet das *BVerfG* zwei weitere Punkte ab. Erstens ist das Recht auf selbstbestimmtes

<sup>35</sup> Kritisch zur verfassungsrechtlich zulässigen Grenze als Orientierungsmaßstab *Gaede*, ZRP 2022, 73 (74).

<sup>36</sup> *Gaede*, ZRP 2022, 73 (74).

<sup>37</sup> Zwei Beschwerdeführer waren zwischenzeitlich verstorben, weswegen sich die Verfassungsbeschwerden erledigt hatten. Die Verfassungsbeschwerde eines schweizerischen Sterbehilfevereins wurde als unzulässig verworfen (BVerfGE 153, 182 [253]).

<sup>38</sup> BVerfGE 153, 182 (184).

<sup>39</sup> BVerfGE 65, 1.

<sup>40</sup> BVerfGE 120, 274.

<sup>41</sup> Siehe dazu erstmals BGHZ 13, 334; verfassungsgerichtlich (explizit) gebilligt in BVerfGE 34, 269.

<sup>42</sup> Vgl. *Rostalski*, GA 2022, 209 (209 f.).

<sup>43</sup> Der Sinn der Aussage, der Suizid sei als Akt autonomer Selbstbestimmung nicht nur vom Staat, sondern auch von „der Gesellschaft“ zu respektieren, erschließt sich indes nicht: Entscheidungen des *BVerfG* binden nur die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden (vgl. § 31 Abs. 1 BVerfGG). Hat die Aussage lediglich Appellcharakter, fragt sich, weshalb das Gericht, das den ethischen Standard der Verfassung nicht im Bestand bestimmter Prinzipien, sondern in der Offenheit gegenüber dem Pluralismus weltanschaulich-religiöser Anschauungen verortet (BVerfGE 41, 29 [50]), derart Einfluss auf den gesellschaftlichen Diskurs nimmt.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 153, 182 (263, 286).

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 153, 182 (267).

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 153, 182. Ebenso BVerfGE 32, 98 (106: „oberster Wert“); 138, 296 (339).

<sup>47</sup> BVerfGE 153, 182 (260).

<sup>48</sup> So BVerfGE 153, 182 (261 f.).

<sup>49</sup> *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL (7/2021), Art. 1 Abs. 1 Rn. 1.

<sup>50</sup> BVerfGE 153, 182 (261).

<sup>51</sup> BVerfGE 153, 182 (261 f., 288).

<sup>52</sup> Vgl. BVerfGE 153, 182 (260). Siehe auch BVerfGE 153, 182 (267): „Dabei reichen die Garantien [des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG] besonders weit, je mehr sich der Einzelne innerhalb seiner engsten Privatsphäre bewegt, und schwächen sich mit zunehmendem sozialem Kontakt nach außen ab (...).“

<sup>53</sup> Siehe BVerfGE 153, 182 (236).

<sup>54</sup> BVerfGE 153, 182 (262).

<sup>55</sup> BVerfGE 153, 182 (263).



Sterben nicht auf „fremddefinierte Situationen“<sup>56</sup> wie schwere oder unheilbare Krankheitsverläufe beschränkt. Die Verankerung des Selbsttötungsrechts in Art. 1 Abs. 1 GG impliziert gerade, „dass die eigenverantwortliche Entscheidung über das eigene Lebensende keiner weiteren Begründung oder Rechtfertigung bedarf.“<sup>57</sup> Demgegenüber allein maßgeblich soll der „Wille des Grundrechtsträgers“<sup>58</sup> sein, der sich insbesondere auch Überlegungen objektiver Vernünftigkeit<sup>59</sup> entziehe. Hiergegen greift zweitens eine Argumentation, nach der eine Person infolge ihres Suizids zugleich ihrer Würde verlustig wird,<sup>60</sup> nicht durch: Die selbstbestimmte Verfügung über das eigene Leben sei, so das Gericht, vielmehr selbst unmittelbarer Ausdruck der der Menschenwürde immanenten Idee autonomer Persönlichkeitsentfaltung: „sie ist, wenngleich letzter, Ausdruck von Würde“.<sup>61</sup>

In einem zweiten Schritt konkretisiert das *BVerfG* den Umfang des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben. Danach ist von dem Recht auf Selbsttötung auch erfasst, hierzu bei Dritten Hilfe zu suchen und in Anspruch zu nehmen, da die Ausbildung einer fundierten Entscheidungsgrundlage und die zumutbaren Umsetzungen eines Suizidentenschlusses nur durch das Hinzuziehen kompetenter und bereitwilliger Dritter möglich sei. Die Verwirklichung selbstbestimmten Sterbens hängt danach wesentlich von der Einbeziehung Dritter, die dem Suizidenten Unterstützung anbieten, ab. Das Grundrecht auf Selbsttötung schütze, so das Gericht, deshalb vor einem hierauf zielenden, strafrechtlichen Verbot.<sup>62</sup>

In einem dritten Schritt erläutert das Gericht, weshalb § 217 StGB in nicht gerechtfertigter Weise in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingreift. Es stellt zunächst klar, dass der Gesetzgeber im Bereich der Suizidbeihilfe zum Erlass staatlicher Schutzmaßnahmen berechtigt ist, um die erheblichen Missbrauchsgefahren und Gefährdungen für die Verfassungsgüter Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) und autonome Selbstbestimmung einzudämmen. Wegen der engen Verknüpfung mit der Menschenwürde misst das Gericht darauf zielende Maßnahmen allerdings „am Maßstab strikter Verhältnismäßigkeit“.<sup>63</sup>

Diesen Anforderungen hielt § 217 StGB a.F. nicht stand, weil die verbleibenden Optionen zur Selbsttötung nicht „nur eine theoretische, nicht aber die tatsächliche Aussicht auf Selbstbestimmung“<sup>64</sup> bieten muss. Der Suizidwillige muss sich danach weder auf eine straffrei bleibende Suizidhilfe im Einzelfall,<sup>65</sup> noch auf palliativmedizinische Behandlungen<sup>66</sup> oder Suizidhilfeangebote im Ausland<sup>67</sup> verweisen lassen.<sup>68</sup> Stattdessen muss jede regulatorische Einschränkung der Suizidbeihilfe sicherstellen, dass sie dem verfassungsrechtlich geschützten Recht des Einzelnen, aufgrund freier Entscheidung mit Unterstützung Dritter aus dem Leben zu scheiden, *faktisch* hinreichenden Raum zur Entfaltung und Umsetzung belässt. Nur eine solche Regelung wird nach Auffassung des *BVerfG* der „Vorstellung des Menschen als eines in Freiheit zu Selbstbestimmung und Selbstentfaltung fähigen Wesens“<sup>69</sup> gerecht.

## 2. Bewertung des Suizidbeihilfe-Urteils im Hinblick auf eine Neuregelung der Suizidbeihilfe

Inhaltlich bedeutete das Urteil des *BVerfG* zur Suizidhilfe das Gegenteil dessen, was der (demokratisch legitimierte<sup>70</sup>) Gesetzgeber mit § 217 StGB a.F. wollte.<sup>71</sup> Gewollt war, den Status des assistierten Suizids als rechtliche und gesellschaftliche Randkategorie festzuschreiben. Dem setzt das Gericht ein umfassendes Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben entgegen.

Für das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben bestimmt das *BVerfG* den Begriff der Menschenwürde nicht nur i.S.d. „Objektformel“<sup>72</sup> *Dürigs* negativ, sondern positiv. Danach umfasst die Garantie der Menschenwürde vor allem die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität.<sup>73</sup> Person sein bedeutet für das Gericht, selbstbestimmt (=autonom), d.h. nach Gründen<sup>74</sup> zu handeln. Diese Gründe müssen allerdings keine vernünftigen Gründe sein, sondern lediglich Gründe, die von der Person als Gründe für ihr Handeln angesehen werden.<sup>75</sup>

Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben ist für das Gericht notwendig, um die personale Autonomie in der Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens sicherzustellen. Da die Entscheidung über das eigene Leben von

<sup>56</sup> BVerfGE 153, 182 (262).

<sup>57</sup> BVerfGE 153, 182 (263).

<sup>58</sup> BVerfGE 153, 182 (263).

<sup>59</sup> BVerfGE 153, 182 (263).

<sup>60</sup> So aber *Kant*, Metaphysik der Sitten, 17. Aufl. (2014), S. 555: „Das Subjekt der Sittlichkeit in seiner eigenen Person zernichten, ist ebenso viel, als die Sittlichkeit selbst ihrer Existenz nach, so viel an ihm ist, aus der Welt vertilgen, welche doch Zweck an sich selbst ist; mithin über sich als bloßes Mittel zu ihm beliebigen Zweck zu disponieren, heißt die Menschheit in seiner Person (...) abwürdigen, der doch der Mensch (...) zur Erhaltung anvertraut war.“

<sup>61</sup> BVerfGE 153, 182 (264).

<sup>62</sup> BVerfGE 153, 182 (265).

<sup>63</sup> BVerfGE 153, 182 (268).

<sup>64</sup> BVerfGE 153, 182 (288). Ebenso BVerfGE 153, 182 (266) [„Ausübung des Grundrechts durch die Norm jedenfalls erheblich erschwert“], 290, 292, 294). Diese Aussage steht in einer gewissen Spannung zur Feststellung des Gerichts im Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, Rn. 16, wonach die Selbstbestimmung über das eigene Sterben durch § 217 StGB a.F. „nicht vollständig verhindert, sondern lediglich hinsichtlich des als Unterstützer in Betracht kommenden Personenkreises beschränkt wird.“

<sup>65</sup> Ausführlich BVerfGE 153, 182 (288-296). Ebenso *Hoven*, ZIS 2016, 1 (3).

<sup>66</sup> BVerfGE 153, 182 (295).

<sup>67</sup> BVerfGE 153, 182 (296).

<sup>68</sup> BVerfGE 153, 182 (288 f.) Anders hingegen BT-Drs. 18/5373, S. 2, 13 f.

<sup>69</sup> BVerfGE 153, 182 (288).

<sup>70</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG.

<sup>71</sup> So auch *Boehme-Neßler*, NVwZ 2020, 1012 (1012).

<sup>72</sup> Vgl. dazu BVerfGE 9, 89 (95); 27, 1 (6); 28, 386 (391); 45, 187 (228); 50, 166 (175); 87, 209 (228).

<sup>73</sup> BVerfGE 153, 182 (261).

<sup>74</sup> Siehe *Herman*, The Practice of Moral Judgment, 1993, S. 228: “[T]he capacity to act for reasons all the way down is defining rational agency. Kant calls it autonomy.”

<sup>75</sup> Vgl. *Schaber*, Instrumentalisierung und Würde, 2010, S. 44 f.

existentieller Bedeutung ist, gebietet die Würde der Person, sie durchgängig nach ihren Gründen handeln zu lassen, es sei denn, der Schutz einer autonomen Entscheidung selbst gebietet etwas anderes.

Bei Würde und Persönlichkeit handelt es sich grundsätzlich um zwei Begriffe,<sup>76</sup> deren Bedeutung und Verhältnis zueinander im rechts-<sup>77</sup> sowie moralphilosophischen Diskurs<sup>78</sup> umstritten sind. Deshalb lässt sich die Frage, welches Verständnis von Autonomie den Gehalt des Art. 1 Abs. 1 GG (mit-)zubestimmen geeignet ist, jedenfalls nicht ohne Weiteres beantworten. Neben der subjektivistisch-voluntaristischen Komponente hätten die Entscheidungen, aus denen sich das *BVerfG* umfangreich selbst zitiert, auch die Betonung anderer Facetten menschlicher Würde zugelassen.<sup>79</sup>

Da das *BVerfG* jedoch absehbar keinen Kurswechsel vornehmen wird,<sup>80</sup> bleibt es dabei: Vorschriften mit „autonomiefeindliche[r] Wirkung“<sup>81</sup> sind mit der existentiellen Bedeutung des Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben unvereinbar. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist für eine Neuregelung der Suizidbeihilfe auf vier sich aus dem verfassungsgerichtlichen Judikat ergebende Punkte hinzuweisen:

Erstens hat das *BVerfG* die Grundaussage seines Beschlusses aus 2015 bestätigt,<sup>82</sup> wonach dem Gesetzgeber bei Ausgestaltung eines Schutzkonzepts ein großer Einschätzungsspielraum zukommt.<sup>83</sup> Die Schutzpflicht des Staates bezieht sich mit dem Lebens- und Autonomieschutz auf im Rang gleichstehende verfassungsrechtliche Rechtsgüter; insbesondere bei fehlenden wissenschaftlichen Erkenntnissen reicht es dem Gericht daher aus, wenn sich der Gesetzgeber an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert.<sup>84</sup>

Zweitens legitimiert der verfassungsrechtliche Rang der Rechtsgüter Autonomie und Leben den Einsatz des Strafrechts auch und gerade in Form abstrakter Gefährdungsdelikte. Durch die Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes werden zwar auch solche Verhaltensweisen pönalisiert, die im konkreten Einzelfall zwar nicht zu einer Gefährdung führen. Dem Gesetzgeber ist es nach Auffassung des *BVerfG* aber anheimgestellt, Handlungen, die lediglich generell geeignet sind, Rechtsgüter zu gefährden, schon in einem frühen Stadium zu unterbinden.<sup>85</sup> Bei der konkreten Ausgestaltung der (Straf-)Tatbestände genießt der Gesetzgeber sehr weitgehende Freiheiten,<sup>86</sup> auf genuin strafrechtswissenschaftliche Argumente zu § 217 StGB a.F. ist das *BVerfG* naturgemäß nicht eingegangen.

Drittens ist mit dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben zwar unvereinbar, die Zulässigkeit suizidaler Beihilfehandlungen inhaltlichen Kriterien zu unterwerfen. Gleichwohl steht es dem Gesetzgeber frei, ein prozedurales Sicherungskonzept zu entwickeln.<sup>87</sup> Für ein solches Konzept bedarf das „Bewertungsverbot“ des Gerichts – freilich auf Basis seiner eigenen Prämissen – einer weitergehenden Präzisierung. So gibt es durchaus eine Person, die befugt ist, die Motive des Suizidwilligen rational zu bewerten und ggf. einer Korrektur zu unterziehen: seine eigene. *Margalit* hat überzeugend dargelegt, dass die autonomiebasierte Lesart der Menschenwürde ebenso die Möglichkeit umfassen muss, Entscheidungen selbstbestimmt zu fällen wie sie radikal wieder in Frage zu stellen.<sup>88</sup> Dieser Gedanke korrespondiert dem Umstand, dass Entscheidungen einer Person niemals souverän sind; sie sind ist der Fallibilität menschlicher Urteilskraft ebenso unterworfen wie epistemischen Begrenzungen und Erweiterungen, d.h. sie können zum Zeitpunkt  $t_1$  mit dem Kenntnisstand  $K_1$  so, zum Zeitpunkt  $t_2$  mit dem Kenntnisstand  $K_2$  auf eine ganz andere Weise ausfallen. Besonders kritische Entscheidungen bleiben im Übrigen nicht abstrakt, sondern wirken sich konkret auf die Persönlichkeit des Entscheiders aus.<sup>89</sup> Sie fordern dazu heraus, sich mit ihnen

<sup>76</sup> Vgl. BVerfGE 45, 187 (227).

<sup>77</sup> Vgl. BVerfGE 153, 182 (263 f.).

<sup>78</sup> Siehe überblickartig *Horn*, InfPhil 2011, 30; *Pollmann*, DZPhil 2005, 611.

<sup>79</sup> Im sog. KPD-Urteil ist der mit Würde ausgestattete Mensch eine mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher *Lebensgestaltung* begabte Persönlichkeit (BVerfGE 5, 85 [204]). Wenn das Suizidbeihilfe-Urteil ferner betont, ein legislatives Schutzkonzept habe sich an Vorstellung vom Menschen als einem „geistig-sittlichen Wesen auszurichten, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten“ (BVerfGE 153, 182 [308]) fehlt der etwa im Urteil zur lebenslangen Freiheitsstrafe enthaltene Hinweis, das Grundgesetz verstehe diese Freiheit „nicht als diejenige eines isolierten und selbstherrlichen, sondern als die eines gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Individuums“ die im Hinblick auf diese Gemeinschaftsgebundenheit „nicht prinzipiell unbegrenzt“ sei (BVerfGE 45, 187 [227]). Ohnehin gehören viele der vom *BVerfG* verwandte Begriffe (geistig-sittlich, Autonomie, vernünftig, personale Freiheit, etc.) zum Vokabular einer Denkrichtung, die traditionell im Leben eine Aufgabe sieht, die sich Personen nicht selbst gestellt haben und der sie sich nicht eigenmächtig entziehen dürfen, so *Spaemann*, AuK 2006, 80 (82); vgl. auch *Kant*, Metaphysik der Sitten, 17. Aufl. (2014), S. 555, ferner die Stellungnahme des Kommissariats der deutschen Bischöfe, S. 1 ff., online abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/Stellungnahmen\\_WP19/Suizidassistentz/Kommissariat\\_der\\_Dt.\\_Bischoefe\\_bf.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP19/Suizidassistentz/Kommissariat_der_Dt._Bischoefe_bf.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.5.2022).

<sup>80</sup> Vgl. *Gaede*, ZRP 2022, 73 (74).

<sup>81</sup> BVerfGE 153, 182 (288).

<sup>82</sup> Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 21.12.2015 – 2 BvR 2347/15, Rn. 18.

<sup>83</sup> Vgl. BVerfGE 153, 182 (268). Ebenso BVerfGE 96, 56 (64); 121, 317 (356); 133, 59 (76).

<sup>84</sup> BVerfGE 153, 182 (273).

<sup>85</sup> So insgesamt BVerfGE 153, 182 (285).

<sup>86</sup> Vgl. die Ausführungen des Generalbundesanwalts zu § 217 StGB a.F. bei BVerfGE 153, 182 (236 ff.).

<sup>87</sup> BVerfGE 153, 182 (309).

<sup>88</sup> *Margalit*, Politik der Würde, 1997, S. 79 ff.

<sup>89</sup> Vgl. *Habermas*, Begriff der Krise, in: *ders.*, Legitimationsprobleme, 1973, S. 9 f.

zu identifizieren oder innerlich von ihnen abzurücken.

Es liegt daher auf Grundlage der vom *BVerfG* zugrunde gelegten, autonomiebasierten Interpretation der Menschenwürde<sup>90</sup> nahe, die grundrechtlich abgesicherte Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens nicht als statischen Zustand zu betrachten. Sie ist vielmehr gerade wegen der Funktionsbedingungen personaler Autonomie dynamisch, im Kontext ständig neuer Freiheitshandlungen zu berücksichtigen.<sup>91</sup>

Sofern also der Gesetzgeber ein prozedurales Schutzkonzept verabschiedet, sollte dieses jedenfalls die Voraussetzungen für die Entscheidung ob der Suizidwillige in Betracht seiner Entscheidung weiterhin (oder eben doch) eine Person sein will, die sich für oder gegen die Beendigung ihres eigenen Lebens entschieden hat.<sup>92</sup> Sie sollte weiterhin eine Substantiierung des Entschlusses institutionell gewährleisten, d.h. im Verfahren hinreichende epistemische und wertbezogene Impulse (insbesondere: psychosoziale und fachmedizinische Aufklärung und Beratung) bereitstellen. Ein informierter, durch rechtliche Rahmenbedingungen formalisierter Dialog kommt dabei nicht nur der Idee objektiver Rationalität am nächsten. Indem er davon ausgeht, dass Personen zu jeder Zeit ihrem Leben eine völlig neue Deutung geben und in diesem Sinne „den Rest ihres Lebens auf würdige Weise verbringen können“,<sup>93</sup> nimmt er die im Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben verankerte Autonomie und die ihr innewohnende Dramatik ernst.

Viertens darf der hohe Stellenwert suizidpräventiver Maßnahmen nicht verkannt werden.<sup>94</sup> Die Passagen zu deren Zulässigkeit bilden neben jenen zum Grundrecht zur Selbsttötung einen zweiten inhaltlichen Schwerpunkt des Urteils. Individuelle Selbstbestimmung bedingt staatlichen Schutz der Möglichkeit ihrer Realisierung: Zwar liegt nach Auffassung des *BVerfG* die Zulässigkeit der Selbsttötung ausschließlich im aufgeklärten individuellen Willen des Suizidwilligen begründet. Aber selbst die bestmöglich informierte Person entscheidet in gesellschaftlichen Zusammenhängen,<sup>95</sup> in denen sie sich bei der Entscheidung über Leben und Tod nicht nur mit selbstbestimmungskonformen, sondern auch mit Nützlichkeitsabwägungen und Erwartungsdruck konfrontiert sieht:

„Wo das Gesetz es erlaubt und die Sitte es billigt, sich zu

töten oder sich töten zu lassen, da hat plötzlich der Alte, der Kranke, da hat der Pflegebedürftige alle Mühen, Kosten und Entbehrungen zu verantworten, die seine Angehörigen, Pfleger und Mitbürger für ihn aufbringen müssen. Nicht Schicksal, Sitte und selbstverständliche Solidarität sind es mehr, die ihnen dieses Opfer abverlangen, sondern der Pflegebedürftige selbst ist es, der sie ihnen auferlegt, da er sie ja leicht davon befreien könnte. Er läßt andere dafür zahlen, daß er zu egoistisch und zu feige ist, den Platz zu räumen.“<sup>96</sup>

Angesichts des vom Gericht attestierten steigenden Kostendrucks in den Pflege- und Gesundheitssystemen<sup>97</sup> darf der Gesetzgeber nicht nur, er muss<sup>98</sup> gesellschaftlichen Entwicklungen entgegenwirken, die geeignet sind, autonomiegefährdende soziale Pressionen auszuüben und das Ausschlagen von Suizidangeboten rechtfertigungsbedürftig erscheinen lassen.<sup>99</sup> Er muss insbesondere Vorkehrungen treffen, dass Personen in schweren Lebenssituationen sich mit solchen Angeboten weder beschäftigen noch hierzu verhalten müssen.<sup>100</sup> Wenn der selbstbestimmte, assistierte Suizid letztlich keinen (staatlichen) Bewertungskriterien mehr zugänglich sein soll, so kann der Gesetzgeber wenigstens Sorge dafür tragen, dass er sich nicht als normale Form der Lebensbeendigung durchsetzt.<sup>101</sup>

### III. Zur Neuregelung der Suizidbeihilfe nach dem Castellucci-Entwurf

#### 1. Wesentliche Inhalte des Entwurfs

Vom ersten Satz an prägt das Judikat des *BVerfG* den Castellucci-Entwurf in doppelter Weise. Es bildet einerseits den Ausgangspunkt der Problemanalyse, wonach nunmehr Suizidbeihilfe „grundsätzlich wieder straffrei und ohne Regelungen zum Schutz der Freiverantwortlichkeit möglich“ sei. Ist es vor diesem Hintergrund erklärtes Ziel des Entwurfs, „zur Ausfüllung der staatlichen Schutzpflicht, die Selbstbestimmung und das Leben zu schützen und sicherzustellen, dass die zur Selbsttötung entschlossene Person, ihren Entschluss aufgrund einer und selbstbestimmten Entscheidung getroffen hat“<sup>102</sup>, wirkt das Urteil andererseits handlungsleitend, als die Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht die „Wahrung dieser Rechtsprechung“<sup>103</sup> voraussetzt.

<sup>90</sup> Hierzu insgesamt sehr kritisch *Hillgruber*, ZfL 2015, 86.

<sup>91</sup> Beispielhaft können Ehepartner an der Aufgabe, die lebenslange personale Gemeinschaft (§ 1353 I BGB) zu verwirklichen, durch schicksalhafte oder auch zu verantwortende Ursachen scheitern. Daher gehört es zum verfassungsrechtlichen Bild der Ehe, dass die Ehegatten unter den vom Gesetz normierten Voraussetzungen geschieden werden können und damit ihre „Eheschließungsfreiheit wiedererlangen“, *BVerfG*, NJW 1980, 689 (689).

<sup>92</sup> Vgl. auch *Siems*, KriPoZ 2020, 131 (134).

<sup>93</sup> *Margalit*, Politik der Würde, S. 79.

<sup>94</sup> Vgl. auch insgesamt BT-Drs. 20/1121.

<sup>95</sup> Siehe die Stellungnahme Deutschen Gesellschaft für Palliativmedizin zu einer möglichen Neuregulierung der Suizidassistenten und Stärkung der Suizidprävention, S. 1, online abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/Stellungnahmen\\_WP19/Suizidassistenten/Deutsche\\_Gesellschaft\\_fuer\\_Palliativmedizin\\_e.V.\\_bf.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Stellungnahmen_WP19/Suizidassistenten/Deutsche_Gesellschaft_fuer_Palliativmedizin_e.V._bf.pdf) (zuletzt abgerufen am 10.5.2022).

<sup>96</sup> So überspitzt *Spaemann*, AuK 2006, 80 (82). Vgl. auch *Schliemann*, ZRP 2006, 193 (194); *Strasser*, DRiZ 2022, 165.

<sup>97</sup> *BVerfGE* 153, 182 (279) weist darauf hin, dass im US-Bundesstaat Oregon bereits ein Wirtschaftlichkeitsgebot greift, wonach bei terminalen Erkrankungen die Kostenübernahme für bestimmte medizinische Therapien ausgeschlossen, die Kostenübernahme für einen assistierten Suizid hingegen vorgesehen ist.

<sup>98</sup> *BVerfGE* 153, 182 (286 f.).

<sup>99</sup> *BVerfGE* 153, 182 (271 f.).

<sup>100</sup> *BVerfGE* 153, 182 (272).

<sup>101</sup> Deziert *BVerfGE* 153, 182 (271).

<sup>102</sup> BT-Drs. 20/904, S. 9.

<sup>103</sup> BT-Drs. 20/904, S. 11.

Soweit jedoch die Schutzpflicht einer Ausgestaltung und Konkretisierung bedarf, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, ein konsistentes Regelungskonzept zur Suizidbeihilfe zu entwickeln.<sup>104</sup> Demokratische und rechtsstaatliche Rationalität greifen nach der Vorstellung der Entwurfsverfasser bei der Neuregelung der Suizidbeihilfe gleichberechtigt ineinander.<sup>105</sup>

Kern des Entwurfs bildet ein „abgestuftes und ausgewogenes Schutzkonzept“<sup>106</sup>, das die bei der Neuregelung der Suizidbeihilfe betroffenen verfassungsrechtlichen Rechtsgüter wahren soll. Es soll zum Schutz der Autonomie und des Lebens notwendige Einschränkungen enthalten und zugleich die Ausübung des Rechts der oder des Einzelnen, darüber zu entscheiden, wann und wie sie oder er sein Leben beenden möchte, sicherstellen.<sup>107</sup>

Für das Konzept setzen die Entwurfsverfasser nicht neu an. Angeknüpft wird an § 217 StGB a.F., der nunmehr als § 217 Abs. 1 StGB-E (erneut) die konzeptionelle Grundlage bildet, dabei allerdings um § 217 Abs. 2 StGB-E ergänzt wird. Während § 217 Abs. 1 StGB-E die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung grundsätzlich unter Strafe stellt, sieht die Vorschrift in Abs. 2 „in den klaren Grenzen eines konkreten Schutzkonzepts“<sup>108</sup> Ausnahmeregelungen vor. Insoweit etabliert der Entwurf eine Art normative Arbeitsteilung: Während § 217 Abs. 1 StGB-E die kategorial-leitende (nach dem Urteil des *BVerfG* gleichwohl problematische) Grundaussage des Verbots der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe transportiert, soll § 217 Abs. 2 StGB-E den vom Gericht geforderten verhältnismäßigen Ausgleich konfligierender Rechtsgüter sicherstellen. Detailliert wird daher aufgezeigt,<sup>109</sup> weshalb diese Ausnahmenvorschrift dem Suizidwilligen hinreichend Raum für ein selbstbestimmtes Sterben unter Zuhilfenahme Dritter belässt.

In Satz 1 enthält § 217 Abs. 2 StGB-E einen Katalog mit vier Voraussetzungen (Nummer 1 bis 4), die zur Rechtfertigung<sup>110</sup> einer Förderungshandlung „kumulativ und iterativ“<sup>111</sup> vorliegen müssen. Vorgesehen ist zunächst, dass die suizidwillige Person einwilligungsfähig und volljährig ist (Nr. 1).<sup>112</sup> Die bereichsspezifischen Anforderungen an die „Einsichts-, Steuerungs- und Kommunikationsfähigkeit“<sup>113</sup> einer Person werden im Hinblick auf § 8 Abs. 1 Nr. 1 lit. a TPG und §§ 106 ff. BGB mit der Einheit der

Rechtsordnung ebenso begründet wie mit den demgegenüber gesteigerten, irreversiblen Konsequenzen einer Selbsttötung. Gegen die Einbeziehung Minderjähriger wird nicht nur auf Schwierigkeiten bei der Feststellung der „Entscheidungsreife“, sondern auch auf die Problematik der in Gestalt einer Entscheidung des Familiengerichts erfolgende „staatliche Beteiligung an der Selbsttötung“<sup>114</sup> hingewiesen.

Um zu entscheiden, ob der Suizidwillige seinen Willen frei und unbeeinflusst von einer akuten psychischen Störung zu bilden und danach handeln imstande ist, ist so dann eine Untersuchung durch einen nicht an der Selbsttötung beteiligten Psychiater vorgesehen (Nr. 2). Damit der empirisch feststellbaren Volatilität von Suizident-schlüssen begegnet wird,<sup>115</sup> sollen dabei „in der Regel“ mindestens zwei Untersuchungstermine in einem Abstand von drei Monaten stattfinden. Ist die Durchführung von zwei Terminen für die Person „nicht zumutbar“ und nach der fachlichen Überzeugung des untersuchenden Facharztes von einer weiteren Untersuchung „offensichtlich keine weitere Erkenntnis zum Sterbeverlangens zu erwarten“, kann die Feststellung bereits nach einem Untersuchungstermin erfolgen (§ 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E). Nach der (ersten) psychiatrischen Untersuchung hat mindestens ein individuell angepasstes, umfassendes und ergebnisoffenes Beratungsgespräch nach Maßgabe des untersuchenden Facharztes stattzufinden (Nr. 3). Dieses Gespräch soll den Suizidwilligen in die Lage versetzen, „eine realitätsbezogene, rationale Einschätzung der eigenen Situation vorzunehmen.“<sup>116</sup> Um die Unabhängigkeit der Beratung sicherzustellen, muss dieses Gespräch bei einem anderen Arzt oder Psychiater oder einer spezifischen Beratungsstelle (beispielsweise einer Sucht- oder Schuldnerberatungsstelle) erfolgen.<sup>117</sup> Die Regelung in Nr. 4 enthält abschließend zwei Fristenregelungen. Danach darf die Selbsttötung erst zwei Wochen nach der letzten psychiatrischen Untersuchung und nur binnen eines Zeitraums von zwei Monaten erfolgen. Während die erste Frist verhindern soll, dass vorgehende Verfahrensschritte „auf Vorrat“<sup>118</sup> durchlaufen werden (sog. Cooling Off-Period), soll die zweite die Aktualität des Suizidwillens gewährleisten.

Der anschließende § 217 Abs. 3 StGB-E entspricht wortgleich § 217 Abs. 2 StGB a.F., die einen persönlichen Strafausschließungsgrund für Angehörige und andere nahestehende Personen darstellt.

<sup>104</sup> BT-Drs. 20/904, S. 2.

<sup>105</sup> Vgl. Strasser, DRiZ 2022, 165.

<sup>106</sup> BT-Drs. 20/904, S. 2.

<sup>107</sup> BT-Drs. 20/904, S. 11.

<sup>108</sup> BT-Drs. 20/904, S. 2.

<sup>109</sup> Siehe dazu im Folgenden insgesamt BT-Drs. 20/904, S. 13-17. In der Begründung zu § 217 Abs. 1 StGB-E werden lediglich wesentliche Passagen des Suizidhilfe-Urteils paraphrasiert.

<sup>110</sup> BT-Drs. 20/904, S. 13. Dass der Unrechtsgehalt der Handlung entfällt, ist konsequent, da Förderungshandlungen nach BVerfGE 153, 182 (271) nicht „missbilligt“ werden dürfen, sofern sie nicht gegen staatliche Schutzmechanismen verstoßen (=die Autonomie des Suizidwilligen wahren).

<sup>111</sup> BT-Drs. 20/904, S. 14.

<sup>112</sup> Anders der Entwurf nach *Helling-Plahr* (BT-Drs. 19/28691, S. 5), der keine Beschränkung auf Volljährige vorsieht. Grundsätzlich hat jeder, der aus autonom gebildetem, freiem Willen sein Leben beenden möchte, hat das Recht, hierzu Hilfe in Anspruch zu nehmen (vgl. §§ 1 Abs. 1; 3 Abs. 1 S. 2 SHG-E). Uneinheitlich dagegen der Entwurf nach *Künast-Keul* (S. 3, 6), wonach gem. § 2 Abs. 1 SelbstG-E unter „Sterbewilligen“ i.S.d. Gesetzes nur volljährige Personen verstanden werden, nach § 7 Abs. 1 S. 2 SelbstG-E Minderjährige hiervon abweichend gleichwohl wirksame Erklärungen abgegeben können sollen. Der Entwurf des BMG sieht in seinem § 217 Abs. 2 Nr. 1 lit. a StGB-E neben der Volljährigkeit auch die Möglichkeit der Genehmigung durch das Familiengericht vor.

<sup>113</sup> BT-Drs. 20/904, S. 13.

<sup>114</sup> BT-Drs. 20/904, S. 14.

<sup>115</sup> Vgl. BVerfGE 153, 182 (274).

<sup>116</sup> BT-Drs. 20/904, S. 16.

<sup>117</sup> BT-Drs. 20/904, S. 16.

<sup>118</sup> BT-Drs. 20/904, S. 16.



Darüber hinaus wird § 217 StGB-E in § 217a StGB-E durch ein strafbewehrtes Verbot der Werbung zu Selbsttötung flankiert.<sup>119</sup> Die Ausgestaltung des § 217a StGB-E erfolgt nach dem bewährten Schema des § 219a StGB.<sup>120</sup> Abs. 1 verbietet das öffentliche Anbieten, Ankündigen, Anpreisen oder Bekanntgeben von eigener oder fremder Hilfe zur Selbsttötung (Nr. 1) oder von zur Selbsttötung geeigneter Mittel, Gegenstände oder Verfahren (Nr. 2) „wegen eines Vermögensvorteils oder in grob anstößiger Weise“. Die Absätze 2 bis 4 sehen hiervon Ausnahmen vor. Nach § 217a Abs. 2 StGB-E greift das Verbot nach Abs. 1 Nr. 1 nicht im Falle einer Unterrichtung durch Ärzte oder Beratungsstellen darüber, welche Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen zur Suizidbeihilfe bereit sind. § 217a Abs. 3 StGB-E sieht eine Ausnahme von Abs. 1 Nr. 2 bei Personen vor, die zum Handeln mit den dort erwähnten Mitteln oder Gegenständen befugt sind oder die Tat durch eine Veröffentlichung in Fachzeitschriften erfolgt. Abs. 4 ermöglicht Ärzten sowie Krankenhäusern und Einrichtungen, die Hilfe zur Selbsttötung nach § 217 Abs. 2 StGB-E anbieten, darauf hinzuweisen, dass sie Hilfe zur Selbsttötung leisten. Zulässig ist hierbei nur die öffentliche Information über „Tatsachen“. Werbende Handlungen sind verboten.

Abschließend sieht der Entwurf eine regulierte Möglichkeit des Zugangs zu Betäubungsmitteln zur Lebensbeendigung vor. Eine Änderung des § 13 Abs. 1 BtMG ermöglicht es Ärzten zukünftig, eine tödlich wirksame Dosis eines Betäubungsmittels zu verschreiben. Danach ist die Anwendung des Betäubungsmittels „begründet“ und darf verschrieben werden, wenn die rechtfertigenden Voraussetzungen des § 217 Abs. 2 StGB-E vorliegen.<sup>121</sup>

## 2. Bewertung des Entwurfs

Das neue Regelungsregime zur Suizidbeihilfe hat das Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung und Lebensschutz unter Beachtung des verfassungsgerichtlichen Rahmens aufzulösen. Diesem Anspruch wird der Castellucci-Entwurf grosso modo gerecht. Er nimmt in § 217 StGB-E insbesondere den Schutz Suizidwilliger ernst, indem er die autonome Entscheidung über die Beendigung des eigenen Lebens aus einem gestuften Untersuchungs- und Beratungsprozess hervorgehen lässt. Auch die Ausgestaltung eines flankierenden „Werbeverbots“ in § 217a StGB-E überzeugt (a). Bei der Ausgestaltung der prozeduralen Sicherungsmechanismen in § 217 Abs. 2 StGB-E bedarf es allerdings einiger klarstellender, „autonomiebegünstigender“ Modifikationen (b). Empfehlenswert ist ferner, das in den §§ 217, 217a StGB etablierte strafrechtliche Gerüst alsbald durch weitere gesetzliche Vorgaben i.S.e. Suizidhilfeberatungsgesetzes zu

ergänzen (c).

a) Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den Vorgaben des *BVerfG* verdienen vier Grundkonstituenten des Castellucci-Entwurfs besondere Beachtung.

Erstens erscheint das Anliegen, materiell-rechtlich wie konzeptionell eine Kontinuitätslinie zwischen § 217 StGB a.F. und den §§ 217, 217a StGB-E zu ziehen, verfassungsrechtlich grundsätzlich unbedenklich. Sauber ist zwischen den verschiedenen Argumentationsebenen zu differenzieren: Das Hauptdefizit des § 217 StGB a.F. bestand nach der Auffassung des *BVerfG* darin, dass die Vorschrift eine lediglich theoretische Aussicht auf selbstbestimmtes Sterben bietet. Die Prüfung am Maßstab des Übermaßverbots führte dazu, dass der in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen musste, weil das eingesetzte Mittel der Rechte des Suizidwilligen unangemessen benachteiligte. Der Entwurf zielt nun darauf ab die dem § 217 a.F. StGB attestierten Mängeln – punktgenau – abzustellen, sodass die vom *BVerfG* geforderte praktische Wirksamkeit des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben nunmehr gewährleistet ist.<sup>122</sup> Die Verfasser des Castellucci-Entwurfs als renitent<sup>123</sup> oder fantasielos zu bezeichnen, greift mithin zu kurz.

Wird gegen § 217 Abs. 1 StGB-E eingewandt, es sollten statt auf die Geschäftsmäßigkeit bezogene spezifisch auf den Schutz individueller Selbstbestimmung zugeschnittene Regelungen erlassen werden,<sup>124</sup> so ist dies ein wohl-durchdachter kriminalpolitischer Vorschlag. Verfassungsrechtlich zwingend ist er nicht. So hat das *BVerfG* die Gefahr, die durch die Einbeziehung geschäftsmäßig handelnder Suizidhelfer für die freie Willensbildung und die Entscheidungsfindung nicht nur als plausibel eingeschätzt, sondern auch dabei die Eignung strafrechtlicher Sanktionierung zur Wahrung der Selbstbestimmungsfreiheit explizit hervorgehoben.<sup>125</sup> Dass diese „besonders gefährträchige Erscheinungsform“<sup>126</sup> der Suizidbeihilfe mit § 217 Abs. 1 StGB-E besonders herausgestellt wird, ist vom verfassungsgerichtlich bestätigten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers ebenso gedeckt<sup>127</sup> wie die Entscheidung, hierfür das Instrument des abstrakten Gefährdungsdelikts zu implementieren.<sup>128</sup>

Die Vorgehensweise der Entwurfsverfasser ist überdies aus politischen Gründen nachvollziehbar. Für den Gesetzgeber war das Urteil des *BVerfG* schmerzhaft, nicht zuletzt wegen des inhaltlich und verfahrenstechnisch gehaltvollen „inneren“ Gesetzgebungsverfahrens.<sup>129</sup> Indem an den vorgängigen Diskurs zu § 217 StGB a.F. angeknüpft wird, werden politische Kosten minimiert und Redundanz in den Debatten vermieden. Der Diskussionsentwurf des

<sup>119</sup> Ebenso § 217a StGB-E im Entwurf des BMG (Fn. 32), S. 19 f.

<sup>120</sup> Dazu siehe Pietsch, KriPoZ 2022, 74 (77 f.) m.w.N.

<sup>121</sup> BT-Drs. 20/904, S. 6, 10, 17.

<sup>122</sup> Vgl. Strasser, DRiZ 2022, 165.

<sup>123</sup> Gut ein Drittel der 85 Abgeordneten (vgl. Fn. 28) waren bereits an der Erstellung von BT-Drs. 18/5373 beteiligt. Vgl. dazu auch Bubrowski, DRiZ 2022, 188.

<sup>124</sup> So Rostalski, GA 2022, 209 (218).

<sup>125</sup> So auch Strasser, DRiZ 2022, 165.

<sup>126</sup> BVerfGE 153, 182 (309); vgl. dazu auch Strasser, DRiZ 2022, 165.

<sup>127</sup> BVerfGE 153, 182 (309). Kritisch Gaede ZRP 2022, 73 (74), der aber gleichwohl den Regelungsvorschlag des § 217 Abs. 1 StGB-E als „einstweilen als Option in Betracht“ zieht.

<sup>128</sup> Gaede, ZRP 2022, 73 (74).

<sup>129</sup> Zum „inneren Gesetzgebungsverfahren“ siehe Karpen, JuS 2016, 577 (579 f.); Meßerschmidt, ZJS 2008, 224 (225 f.). Die hohe Qualität des Verfahrens wurde nicht zuletzt an vier konkurrierenden Gesetzesentwürfen, der gehaltvollen Gesetzesbegründung sowie der Aufhebung des sog. Fraktionszwangs deutlich, siehe: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/sterbehilfe-529962> (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).



Bundesgesundheitsministeriums verdeutlicht im Übrigen, dass neu nicht immer besser sein muss: Indem dieser nicht nur gewerbsmäßige, sondern sämtliche Formen der Suizidbeihilfe verbietet,<sup>130</sup> schießt der Entwurf deutlich über § 217 StGB a.F. hinaus. Soweit die verfassungsgerichtlichen Grenzen beachtet werden, greift im Übrigen der Paternalismusvorwurf<sup>131</sup> nicht durch: Der freiheitlich-demokratische Verfassungsstaat lebt von der Idee, dass die Bürger die allgemeinen Gesetze respektieren, weil sie sich diese selbst gegeben haben.<sup>132</sup> Dies gilt auch für (potenziell) suizidwillige Personen.

Zweitens sind die in § 217 Abs. 2 S. 1 StGB-E festgeschriebenen prozeduralen Sicherungsmechanismen in Gestalt gesetzlich festgeschriebener Untersuchungs-, Aufklärungs- und Wartepflichten zulässig. Dass diese für den Suizidwilligen aufwendig und belastend ausfallen können, ist im Hinblick auf die staatliche Schutzpflicht und angesichts der Unumkehrbarkeit des Entschlusses grundsätzlich gerechtfertigt.<sup>133</sup>

Die konkreten Vorzüge der Regelung erschließen sich insbesondere auch vor dem Hintergrund alternativ kursierender Regelungsvorschläge. Im Entwurf *Helling-Plahr* ist die Verschreibung eines Arzneimittels für Selbsttötung lediglich an die Durchführung eines Beratungsgesprächs geknüpft (§ 6 Abs. 1, Abs. 3 SHG-E).<sup>134</sup> Die Beratungsstelle soll nach Abschluss der Beratung eine Bescheinigung darüber ausstellen, dass eine Beratung stattgefunden hat (§ 4 Abs. 7 SHG-E); diese Bescheinigung ist sodann einem Arzt vorgelegt werden, der den Suizidwillen nur noch über die wesentlichen medizinischen Umstände aufklären musste (§ 6 Abs. 2 SHG-E). Der Verzicht auf weitere Verfahrensschritte führt indes nicht nur dazu, dass am Suizidwillen zweifelnde Stellen unter erheblichen Rechtfertigungsdruck geraten.<sup>135</sup> Es besteht auch die Gefahr, dass das Verfahren vom Suizidwilligen eher als singulär platziertes Hindernis denn als begleitender Prozess aufgefasst wird, aus dem die Entscheidung kritisch-konstruktiv hervorgehen soll (siehe oben II.2). Die Diskussionsgrundlage nach *Künast/Keul* setzt hingegen voraus, dass Ursache, Dauerhaftigkeit, Freisein der Erklärenden von Druck und Zwang sowie die Frage, warum staatliche oder private Hilfsangebote nicht geeignet sind, den Sterbewunsch zu

beseitigen, in schriftlicher Form „schlüssig erörtert“ werden (§ 4 Abs. 2 a.E. SelbstG-E).<sup>136</sup> Gerade die vorgesehene Prüfung der Schlüssigkeit steht aber in einem erheblichen Spannungsverhältnis zu Aussagen des *BVerfG*, wonach gerade keine inhaltliche Prüfung stattzufinden hat.

Obgleich der Staat nicht zur Bewertung von Suizident-schlüssen berechtigt ist, kann er sicherstellen, dass das Für und Wider einen Selbsttötungsentschlusses nicht übereilt, in Vollbesitz geistiger Kräfte und „in Kenntnis aller relevante[n] Umstände“<sup>137</sup> abgewogen wird. Dazu aber erscheint ein mehrstufiges Prüfverfahren i.S.d. § 217 Abs. 2 S. 1 StGB-E unumgänglich: Es will nicht vorschreiben, sondern die suizidwillige Person in den Stand versetzen, wohlverständiger Richter in eigener Sache zu sein.<sup>138</sup>

Die Härtefallklausel in § 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E weist zwei positive Aspekte auf. Erstens ist die Klausel lediglich als Ausnahme zum Verfahren nach § 217 Abs. 1 S. 1 StGB-E ausgestaltet; anders als im Entwurf *Künast/Keul* wird kein eigenständiges Härtefallverfahren etabliert, welches in bestimmten Konstellationen in Konkurrenz zu einem „allgemeinen Verfahren“ (vgl. § 4 SelbstG-E) tritt.<sup>139</sup> Zur Vermeidung einer „Zwei-Klassen-Suizidhilfe“, bei der es für den Suizidwilligen vor allem auf eine anfänglich vorteilhafte Einstufung ankommt, ist ein integriertes Verfahren erforderlich, das bei schweren, unheilbaren Krankheitszuständen prozedurale „Erleichterungen“ vorsieht. Zweitens ist der Begriff der „Zumutbarkeit“ gegenüber dem einer „medizinischen Notlage“ vorzugswürdig. Er macht eher deutlich, dass es nicht allein um die objektive Beschaffenheit des Organismus geht, sondern die Bewertung im Einzelfall nicht von der Psyche des Suizidwilligen gelöst werden kann. Das Regelbeispiel einer „nicht heilbaren, fortschreitenden und weit fortgeschrittenen Erkrankung“ ist dabei offensichtlich an die Formulierung des *BVerfG* angelehnt.<sup>140</sup>

Drittens ist es überzeugend, dass der Entwurf mit seinen Regelungsvorschlägen insgesamt behutsam vorgeht, eine „kopernikanischen Wende“ mithin ausbleibt.<sup>141</sup> Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die Forderung einer umfassenden Normalisierung suizidaler (Beihilfe-)Handlungen.<sup>142</sup> Überdies wird gut daran getan, die sensible Debatte über die Suizidbeihilfe nicht vorschnell mit dem Tatbestand

<sup>130</sup> Entwurf des BMG (Fn. 32), S. 16 f.

<sup>131</sup> Vgl. *Rostalski*, GA 2022, 209 (218, 220, 223).

<sup>132</sup> Vgl. *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag, 2011, S. 23.

<sup>133</sup> So dezidiert auch *Gaede*, ZRP 2022, 73 (74 f.).

<sup>134</sup> BT-Drs. 19/28691, S. 16 f.

<sup>135</sup> Vgl. auch *Rostalski*, GA 2022, 209 (210 f.).

<sup>136</sup> So der Entwurf *Künast/Keul* (Fn. 31), S. 13.

<sup>137</sup> BT-Drs. 20/904, S. 16.

<sup>138</sup> Vgl. *Strasser*, DRiZ 2022, 165. Hierzu scheinen im Übrigen auch die Fristenregelungen in § 217 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StGB-E angemessen. Zum Vergleich: Der Entwurf *Helling-Plahr* (Fn. 31) sieht in § 6 Abs. 4 SHG-E als Voraussetzung zur Verschreibung von zur Selbsttötung geeigneten Arzneimitteln die Wahrung einer Frist von *zehn Tagen* nach der Beratung vor; umgekehrt hat der verschreibende Arzt sich durch Vorlage der Beratungsbescheinigung nachweisen zu lassen, dass sich die suizidwillige Person höchstens *8 Wochen* zuvor in einer Beratungsstelle hat beraten lassen (§ 6 Abs. 3 SHG-E). Der Entwurf *Künast/Keul* (Fn. 31) sieht vor, dass Sterbewillige innerhalb eines Zeitraums von mindestens *einem Jahr* sich mindestens zwei Mal beraten lassen (§ 4 Abs. 3 S. 1 SelbstG-E). Die daraufhin erstellte Bescheinigung verliert ihre Gültigkeit *ein Jahr* nach der Ausstellung.

<sup>139</sup> Vgl. den Entwurf *Künast/Keul* (Fn. 31), S. 12 f.

<sup>140</sup> Vgl. oben den Nachweis unter Fn. 56.

<sup>141</sup> Vgl. *Bubrowski*, DRiZ 2022, 188.

<sup>142</sup> Programmatisch BT-Drs. 20/904, S. 2: „Im Übrigen soll einer gesellschaftlichen Normalisierung der Selbsttötung entgegengewirkt werden.“

des § 216 StGB zu verquicken, der wegen des engen und dogmatisch nicht unproblematischen Konnex zu §§ 212, 211 StGB<sup>143</sup> eine zusätzliche Problemebene eingebracht hätte.

Inhaltlich führt nach dem *BVerfG*-Urteil allerdings kein Weg an der Klärung der Frage vorbei, inwieweit die aktive Sterbehilfe („Euthanasie“) kategorisch oder graduell von der Suizidbeihilfe abweicht,<sup>144</sup> und welche Erwägungen die Vorschrift des § 216 StGB noch zu rechtfertigen vermögen.<sup>145</sup> Die Anknüpfung an das rein äußerliche Merkmal der Tatherrschaft kann jedenfalls für sich eine unterschiedliche Bewertung des Verhaltensunrechts (Suizidbeihilfe straflos, Tötung des Suizidwilligen auf dessen Verlangen strafbewehrt) normativ nicht erklären.<sup>146</sup>

Viertens ist die Regelung des § 217a StGB-E aus mehreren Gründen konsequent. Soweit die geschäftsmäßige Bereitstellung der Suizidbeihilfe unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, muss eine sachliche Information über angebotene Leistungen zulässig sein. Gleichzeitig ist der Gesetzgeber verpflichtet, die vom *BVerfG* skizzierten, autonomiegefährdenden Phänomene durch geeignete Maßnahmen einzudämmen. Indem nicht jede geschäftsmäßige, sondern nur auf einen Vermögensvorteil bedachte oder grob anstößige Werbung untersagt ist, wird einerseits der werbende „Besuch“ im Alters- oder Pflegeheim unmöglich. Andererseits ist mit § 217a StGB-E Abs. 2 bis 4 ein hinreichender, durch fachliche Expertise kanalisierter Informationsfluss sichergestellt.<sup>147</sup> Die Verfassungsmäßigkeit des § 217a StGB-E ergibt sich weiter aus dem engen konzeptionellen Konnex zu § 219a StGB.

Beide Vorschriften stellen spezifische strafrechtliche Ausprägungen der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht für das Leben dar. Wenn Einschränkungen in der Werbetätigkeit im Hinblick auf das vorläufig nur potenziell vorhandene Selbstbestimmungsrecht des Nasciturus nicht nur zulässig, sondern erforderlich sind, muss dies erst recht für die Autonomie des Suizidwilligen in actu gelten.

Umgekehrt trägt das Anliegen des § 217a StGB-E, besonders vulnerable Personengruppen vor anstößiger Einflussnahme zu schützen, auch zur Plausibilisierung und Stabilisierung des § 219a StGB bei (beispielsweise beim Schutz von minderjährigen Schwangeren oder Schwangeren aus ökonomisch schwachen Verhältnissen). Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich die Frage, inwieweit gesellschaftliche Bedingungen und Einflüsse unterhalb der Schwelle von Zwang, Täuschung und Drohung auf eine Suizidentscheidung handlungsleitend wirken können, bislang wissenschaftlicher und empirischer Erfassung entzieht.<sup>148</sup>

b) Einwänden begegnet im Castellucci-Entwurf zunächst die konkrete Ausgestaltung der Verfahrensschritte in § 217 Abs. 2 S. 1 StGB-E.

Der Versuch, in Kompensation zu einer materiellen Prüfung „legitimer“ Suizidanliegen ein Höchstmaß an Verfahrensschritten in die Vorschrift aufzunehmen, geht zunächst zulasten der Übersichtlichkeit des § 217 Abs. 2 S. 1 StGB-E.<sup>149</sup> Unglücklich wirkt überdies, die psychische Untersuchung des Suizidwilligen (Nr. 2) vor dem Beratungsgespräch (Nr. 3) vorzusehen.<sup>150</sup> Es entsteht unwillkürlich der Eindruck, dass derjenige, der um Suizidbeihilfe ersucht, ob seines Anliegens auf bestehende Geisteskrankheiten untersucht werden soll. Dies wird dem Umstand nicht gerecht, dass Menschen, die mit dem Gedanken spielen, ihr Leben zu beenden, besonders verletzlich sind.<sup>151</sup> Es ist konzeptionell durchaus damit vereinbar, die Gefährlichkeit geschäftsmäßiger Suizidbeihilfe auf der einen Seite anzuerkennen, auf der anderen Seite aber den aus dem Persönlichkeitskern fließenden, individuellen Suizidwunsch einer Person „im Ausgangspunkt“<sup>152</sup> ernst zu nehmen. Das bedeutet auch, ihre Zurechnungsfähigkeit grundsätzlich nicht in Abrede zu stellen.

Ferner wird nicht hinreichend deutlich, wie sich die in den Voraussetzungen des § 217 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 4 StGB-E normierten Tatbestandsmerkmale der „Einsichtsfähigkeit“, der „autonomen Entscheidungsfindung“ sowie der „Freiwilligkeit“ und „Ernsthaftigkeit“ zueinander verhalten. Der Entwurf weist darauf hin, von einem freien Willen sei nur dann auszugehen, wenn der Entschluss, aus dem Leben zu scheiden, von Dauerhaftigkeit und innerer Festigkeit getragen sei.<sup>153</sup> Zugleich wird der freie Wille aber auch als bloße Abwesenheit von akuten psychischen Störungen verstanden.<sup>154</sup> Das Kriterium der Dauerhaftigkeit ist den Entwurfsfassern zufolge geeignet, die Ernsthaftigkeit des Entschlusses nachzuvollziehen.<sup>155</sup> Ob, und wenn ja, welchen eigenständigen Gehalt dem Ernsthaftigkeitskriterium überhaupt zukommen soll, bleibt unklar. Der Hinweis, eine gemeinsame Prüfung sämtlicher Kriterien im Rahmen der Prüfung nach Nr. 2 erscheine „verfahrensökonomisch und expertisebezogen sinnvoll“<sup>156</sup> schadet dabei mehr als er nützt. Wegen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) sollte an diesen Stellen unbedingt nachjustiert werden.

Einwänden sieht sich auch die Härtefallklausel in § 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E ausgesetzt. Die sprachliche Fassung der Vorschrift ist grenzwertig. Sie enthält allein 94 Worte, der hypotaktische Satzbau ist unübersichtlich, und die enthaltenen Verweise erschweren die Normarbeit zusätzlich. Inhaltlich schwierig ist die Regelung, in Härtefällen auf eine zweite psychiatrische Untersuchung zu verzichten,

<sup>143</sup> Vgl. dazu Rengier, Strafrecht BT II, 21. Aufl. (2020), § 6 Rn. 3.

<sup>144</sup> Einen nur graduellen Unterschied bejahen Rostalski, GA 2022, 209 (228); Schreiber, NStZ 2006, 473 (474).

<sup>145</sup> Siehe dazu ausführlich Schneider, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021) § 216 Rn. 2. Krit. zu einer Rechtfertigungsmöglichkeit schon Hoven, ZIS 2016, 1 (3). Dagegen Lorenz, JZ 2009 57 (64 ff.).

<sup>146</sup> So zu Recht Hoven, ZIS 2016, 1 (3). Ebenso Rostalski, GA 2022, 209 (228).

<sup>147</sup> So auch Gaede, ZRP 2022, 73 (75). Für § 219a StGB Pietsch, KriPoZ 2022, 74 (79 f.).

<sup>148</sup> BVerfGE 153, 182 (281).

<sup>149</sup> Ebenso Gaede, ZRP 2022, 73 (74).

<sup>150</sup> Ebenso Rostalski, GA 2022, 209 (219).

<sup>151</sup> Vgl. den Entwurf nach Helling-Plahr, BT-Drs. 19/28691, S. 1 f., 10.

<sup>152</sup> BVerfGE 153, 182 (263).

<sup>153</sup> BT-Drs. 20/904, S. 14.

<sup>154</sup> BT-Drs. 20/904, S. 14.

<sup>155</sup> BT-Drs. 20/904, S. 14 f.

<sup>156</sup> BT-Drs. 20/904, S. 14.

gleichwohl an dem Erfordernis eines Beratungsgesprächs und der zweiwöchigen Frist zur Umsetzung des Suizidbehrens festzuhalten.

Die Regelung erscheint bei der – doch gerade vom Entwurf anvisierten – Gruppe von Suizidwilligen in der Terminalphase unverhältnismäßig. Wo die Entscheidung über ein selbstbestimmtes Lebensende ein Wettlauf gegen die Zeit wird, darf der Gesetzgeber im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene faktische Realisierbarkeit des Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben nicht darauf hoffen, dass rechtzeitig „Erledigung“ eintritt.<sup>157</sup> Um die Autonomie des Betroffenen zu effektuieren, wäre es sinnvoll, in § 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E zwar weiterhin ein Beratungsgespräch vorzusehen, die Frist hingegen ganz erheblich zu verkürzen oder gänzlich zu streichen.

c) Abschließend ist zu empfehlen, die Suizidbeihilfe im Anschluss an den Castellucci-Entwurf weitergehend gesetzlich auszugestalten.<sup>158</sup> Ein solches Suizidberatungsgesetz sollte insbesondere Aussagen zu folgenden drei Punkten treffen.

Erstens sollte eine Konkretisierung des in § 217 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StGB-E enthaltenen multiprofessionellen und interdisziplinären Ansatzes erfolgen. Indem Richtlinien für fachärztliche Untersuchungen und psychosoziale Beratungen definiert werden, wird nicht nur die Rechtssicherheit für die Beratenden gestärkt, sondern zugleich der Vorwurf wohlklingender, aber inhaltsleerer Begrifflichkeiten ausgeräumt.<sup>159</sup> Festgeschrieben werden sollten auch Kriterien, nach denen ein Facharzt gemäß § 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E in Härtefällen von einem zweiten Untersuchungstermin absehen kann.

Ein zweiter Regelungsgegenstand betrifft die Ausgestaltung des Beratungsgebots. Erforderlich ist, dass sich eine hinreichende Anzahl an Stellen finden wird, die sowohl sachlich als auch personell in der Lage sind, die anspruchsvollen Beratungsleistungen zu erbringen.<sup>160</sup> In der Schwangerenkonfliktberatung werden Beratungsstellen sowohl von öffentlichen als auch von freien Trägern unterhalten, darüber hinaus in manchen Kommunen von örtlichen Gesundheitsämtern sowie verschiedenen Ärzten (vgl. § 8 SchKG). Jedenfalls sollte auch in der Suizidberatung ein ausreichendes plurales und wohnortnahes Angebot gewährleistet sein.

Drittens sollte i.S.e. weitergehenden Vorfeldprävention der Markt der Sterbehilfeorganisationen reguliert werden.

Einer unkontrollierten Ausbreitung steht der Staat nicht hilflos gegenüber. Er kann und sollte strenge Anforderungen formulieren, die geschäftsmäßig organisierte Sterbehilfevereine zu erfüllen haben (vgl. § 9 SchKG).<sup>161</sup> Vorzugswürdig wäre insgesamt ein dem SchKG (sechs Abschnitte, 36 Einzelvorschriften) entsprechend ausdifferenziertes, klares und sorgfältig ausgearbeitetes Gesetzeswerk. Nicht erforderlich ist indes, ein derartiges „Suizidberatungsgesetz“ zeitgleich mit den im Castellucci-Entwurf vorgesehenen Änderungen des StGB und BtMG auf den Weg zu bringen.

In der Schweiz, einem Staat mit einer die Suizidbeihilfe betreffend liberaler Regelungslage,<sup>162</sup> gibt es bis heute keine bundesrechtlichen Vorgaben, die die Durchführung einer organisierten Sterbehilfe durch eine Vereinigung, den sorgfältigen Umgang mit lebensgefährlichen Wirkstoffen oder die medizinische Überprüfung suizidwilliger Personen einheitlich regeln.<sup>163</sup> Grundlage für die gängige Suizidhilfepraxis ist nach wie vor § 115 schwStGB (der die Strafbarkeit der Beihilfe zur Selbsttötung regelt), eine Entscheidung des *Schweizerischen Bundesgerichts* aus 2006<sup>164</sup> sowie spezifisches ärztliches Berufs- und Standesrecht. Erfolgt im Anschluss an die Änderungen in StGB und BtMG (gehaltvolle) Anpassungen in der MBO-Ä und würden diese in den Landesberufsordnungen übernommen, bestünde zusammen mit dem Urteil des *BVerfG* danach ein jedenfalls vorerst ausreichendes Rechtsregime zur Suizidbeihilfe.

#### IV. Fazit

Der Castellucci-Entwurf ist grundsätzlich geeignet, die gegenwärtig unregelte Suizidbeihilfe in verfassungskonformer Weise auf eine neue gesetzliche Grundlage zu stellen – so die Grundaussage des vorliegenden Beitrags.

Für dieses Ergebnis ist entscheidend, dass die im Entwurf vorgesehenen §§ 217, 217a StGB-E dem Einzelnen in diesem Bereich der Selbstbestimmung faktischen Raum zur Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlichen Freiheit belassen. Eben dies hatte das *BVerfG* bei § 217 StGB a.F. moniert und die Vorschrift deshalb als verfassungswidrig verworfen: Mit den Zielen des Autonomie- und des Lebensschutzes Suizidwilliger und dritter Personen diene das Verbot des § 217 StGB a.F. zwar der Erfüllung einer im Grundgesetz begründeten staatlichen Schutzpflicht und damit einem legitimen Zweck.

Die Strafvorschrift griff jedoch in unangemessener Weise

<sup>157</sup> Vgl. Rostalski, GA 2022, 209 (220).

<sup>158</sup> Von den anderen in der Diskussion befindlichen Entwürfen (siehe oben Fn. 31 und 32) sticht der „Diskussionsentwurf“ des BMG zu einem „Selbsttötungshilfegesetz“ (StHG) heraus. Es finden sich – auf die im Entwurf ebenfalls vorgeschlagenen strafrechtlichen Vorschriften abgestimmte – Regelungen zur Feststellung der Freiverantwortlichkeit, zu Beratung und deren Inhalt, zu Wertefristen und Informationsmaterial, die aber insgesamt noch zu lückenhaft oder rein deklaratorisch ausfällt (vgl. etwa § 5 Abs. 1 StHG). Auch die Regelung von Sterbehilfeorganisationen fällt dürftig aus; verlangt wird lediglich, dass diese als gemeinnützig im Sinne des § 52 AO anerkannt worden sind (§ 13 StHG).

<sup>159</sup> So tendenziell Gaede, ZRP 2022, 73 (74).

<sup>160</sup> Vgl. Gaede, ZRP 2022, 73 (74). Dies kann eine angemessene öffentliche Förderung der Personal- und Sachkosten voraussetzen, vgl. § 4 Abs. 3 SchKG.

<sup>161</sup> Ebenso Gaede, ZRP 2022, 73 (74).

<sup>162</sup> Vgl. BVerfGE 135, 182 (200 f.).

<sup>163</sup> Vgl. dazu auch Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Dokumentation – Organisierte Sterbehilfe und ärztlich assistierter Suizid in der Schweiz, den Niederlanden und in Belgien, WD 9 – 3000 – 017/20 (2020), S. 5 ff., online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/691830/0e3ec70fa880c590513aa9ac5e5d7d3f/WD-9-017-20-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

<sup>164</sup> BGE 133 I 58, bestätigt durch EGMR, Urt. v. 20.1.2011 (Nr. 31322/07).

in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein. Die für die Herleitung des Grundrechts erforderliche positive Bestimmung der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG stützte das Gericht dabei auf einer spezifischen Lesart vorgängiger verfassungsrichterlicher Judikate.

Aus dem Urteil des *BVerfG* aus 2020 ließen sich für die Neugestaltung eines Schutzkonzepts vier Punkte ableiten: Der grundsätzlich weite Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers; die damit einhergehende Befugnis, zum Schutz von Leben und Autonomie gleichwertiger Rechtsgüter als Mittel des Strafrechts, insbesondere abstrakter Gefährdungsdelikte vorzusehen; die prinzipielle Unzulässigkeit, die Entscheidung Suizidwilliger materiellen Kriterien zu unterwerfen sowie damit einhergehend die grundsätzliche Zulässigkeit eines prozeduralen Schutzkonzepts sowie die Pflicht zu suizidpräventiven Maßnahmen. Ein prozedurales Schutzkonzept sollte dabei der Möglichkeit autonomer Personen, ihre Entscheidungen zu jedem Zeitpunkt grundlegend zu revidieren, Rechnung tragen. Für den Castellucci-Entwurf ist das Urteil des *BVerfG* Ausgangspunkt und Handlungsprogramm gleichermaßen:

Die Neuregelung der Suizidhilfe kann der verfassungsgerichtlichen Pflicht zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter nur genügen und damit der gegenwärtig problematischen Regelungslage abhelfen, wenn die verfassungsgerichtlichen Vorgaben gewahrt werden. Für ein ausgewogenes und angemessenes Schutzkonzept knüpft der Entwurf an § 217 StGB a.F. an. § 217 Abs. 1 StGB-E pönalisiert die geschäftsmäßige Suizidhilfe (erneut) grundsätzlich.

Daran anschließend enthält Abs. 2 ein prozedurales Schutzkonzept. Indem diese Autonomie und Leben des Suizidwilligen sowie dritter Personen schützt, zugleich aber dem Grundrecht auf Selbsttötung nicht nur theoretischen Raum belässt, soll insgesamt die Verfassungskonformität des § 217 StGB-E sichergestellt werden. In § 217a StGB-E wird nach dem Vorbild des § 219a StGB ein „Werbeverbot“ zur Förderung der Suizidbeihilfe verankert: Während es die anstößige Absatzförderung unter Strafe stellt, soll die Information über Tatsachen weiter möglich sein. Es zeigte sich, dass der Entwurf den dargelegten Vorgaben des *BVerfG* grundsätzlich gerecht wird. Soweit die verfassungsrechtlichen, insbesondere sich aus dem Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben ergebenden

Anforderungen gewahrt bleiben, spricht nichts dagegen, zur Neuregelung der Suizidbeihilfe (auch) an § 217 StGB a.F. anzuknüpfen.

Die in § 217 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 4 StGB-E gesetzlich festgeschriebenen Untersuchungs-, Aufklärungs- und Wartepflichten sind als prozedurale Sicherungsmittel nach der Rechtsprechung des *BVerfG* grundsätzlich zulässig.

Insbesondere wegen der Irreversibilität des Suizident-schlusses dürfen diese aufwendig ausgestaltet werden; die Mehrstufigkeit des Verfahrens stellt sicher, dass der Suizidwillige hinreichend fachmedizinisch untersucht und im Rahmen einer multidisziplinären und multiprofessionellen Beratung begleitet werden. Auch wird dem Suizidwilligen an verschiedenen Stellen des Verfahrens die Möglichkeit gegeben, seine Autonomie in kritisch-konstruktiver Weise auszuüben.

Die Regelungen in § 217 Abs. 2 S. 1 StGB-E bedürfen allerdings im Hinblick auf das strafrechtlich Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) einer Überarbeitung. Ebenfalls sollte die Härtefallklausel in § 217 Abs. 2 S. 2 StGB-E in formaler Hinsicht praktisch handhabbarer, inhaltlich die Konstellationen von Suizidwilligen in der Terminalphase stärker berücksichtigen.

Die Vorschrift zum „Werbeverbot“ für die Hilfe zur Selbsttötung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. § 217a StGB-E wird – auch im Hinblick auf den verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstandenden § 219a StGB – dem Auftrag des *BVerfG* zum Schutz insbesondere vulnerabler Personengruppen in überzeugender Weise gerecht.

Schlussendlich ist dem Gesetzgeber anzuraten, den strafrechtlichen Rahmen zur Suizidbeihilfe durch weitergehend rechtsgestaltende Regelungen zu ergänzen, dies insbesondere im Hinblick auf drei wesentliche Punkte: eine Konkretisierung des multiprofessionellen und interdisziplinären Ansatzes bei der Beratung suizidwilliger Personen, die Einrichtung flächendeckender Beratungsangebote sowie die organisationsrechtliche Regelung professioneller Sterbehilfevereinigungen. Eine zeitgleiche Einführung eines „Suizidberatungsgesetzes“ mit Änderungen im StGB und BtMG ist dabei allerdings nicht erforderlich.



## Plädoyer für eine alltagspsychologische Neubestimmung der Schuldfähigkeit (§ 20 StGB)

*Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Umsetzung der von der Deutschen Gesellschaft für Soziale Psychiatrie e. V. (DGSP) geforderten Abschaffung des Maßregelvollzugs (§§ 63, 64 StGB)*

von Gunnar Spilgies\*

### Abstract

Die DGSP fordert in einem aktuellen Positionspapier aufgrund soziologischer, empirischer und rechtspolitischer Erkenntnisse die Abschaffung des Maßregelvollzugs (§§ 63, 64 StGB) sowie die Streichung der §§ 20, 21 StGB in ihrer jetzigen Form. Es stellt sich die Frage, wie sich eine solche Forderung nach Abschaffung des Maßregelvollzugs mit Blick auf die Feststellung der Schuldfähigkeit als Voraussetzung der Strafe strafrechtsdogmatisch umsetzen lässt. Die Autoren des Positionspapiers meinen, sich am Vorbild des Art. 19 des schweizerischen StGB orientieren zu können und zeigen sich für einen von „juristischen Krankheitsmerkmalen“ bereinigten Begriff der „Steuerungsfähigkeit“ offen, erwägen im Ergebnis also, am gegenwärtig herrschenden indeterministischen Schuldfähigkeitsbegriff festzuhalten. Eine solche Lösung erweist sich jedoch als zu kurz gegriffen. Denn in einem Strafrecht ohne die Maßregeln der §§ 63, 64 StGB als zweite Spur muss die Schuldfähigkeit die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters exklusiv feststellen, d.h. eine echte Eingriffsgrenze des Staates in dem Sinne bilden, dass ein kriminalpolitisches Bedürfnis nach Sanktionierung des Schuldunfähigen nicht besteht. Der Beitrag plädiert daher für eine alltagspsychologische Neubestimmung der Schuldfähigkeit.

*In a current position paper, the DGSP calls for the abolition of inpatient treatment in forensic psychiatry (§§ 63, 64 StGB) and the deletion of §§ 20, 21 StGB in their current version on the basis of sociological, empirical and legal policy findings. The question arises as to how such a demand for the abolition of treatment in forensic psychiatry can be implemented in terms of criminal law dogma with regard to the ascertainment of culpability as a condition of punishment. The DGSP-authors believe that they can be guided by the example of Article 19 of the Swiss Penal Code and are open to a concept of „action control“ that has been purified of „legal characteristics of illness“, i.e. they are considering adhering to the currently prevailing indeterministic concept of culpability. Such a solution, however, proves to be too short-sighted. For in a criminal*

*law without the measures of §§ 63, 64 StGB as a second track, the culpability must exclusively ascertain the criminal responsibility of the offender, i. e. form a real state intervention limit in the sense that there is no criminal policy need for sanctioning the culpably incapable. The article therefore argues for a new definition of culpability based on everyday psychology.*

### I. Einführung

Die DGSP hat am 1. März dieses Jahres ein bahnbrechendes Positionspapier mit dem Titel „Plädoyer für eine Transformation der Maßregeln der §§ 63 und 64 StGB“ veröffentlicht, in dem die Autoren auf der Grundlage einer schonungslosen soziologischen, empirischen und rechtlichen Evaluation des Maßregelvollzugs nichts weniger als dessen Abschaffung und eine grundlegende Reform des zweispurigen Sanktionenrechts fordern.<sup>1</sup> Die Kurzfassung dieses Plädoyers beginnt denn auch mit dem proklamatorischen Paukenschlag: „Die §§ 63, 64 und 20, 21 StGB werden gestrichen.“<sup>2</sup> Künftig sei „das Strafmaß für alle Rechtsbrecher, auch psychisch erkrankte und suchtmittelabhängige, nach gleichen Maßstäben auf die tatschuldangemessene Dauer festzulegen.“<sup>3</sup> Im Zuge dieser „tiefgreifende[n] und nachhaltige[n] Änderung des Sanktionenrechts“ soll eine „Transformation des Rechts der freiheitsentziehenden Unterbringung“ und eine „Konversion der in den Ländern mit dem bisherigen Vollzug der Maßregeln befassten Organisationen und den darin beschäftigten Personen“ vollzogen werden.<sup>4</sup>

Das Plädoyer der DGSP ist sehr zu begrüßen und verdient volle Unterstützung. Eine nähere Untersuchung bedarf jedoch die Frage, wie die Forderung nach Abschaffung des Maßregelvollzugs und Streichung der §§ 63, 64 StGB mit Blick auf die Feststellung der Schuldfähigkeit als Voraussetzung der Strafe strafrechtsdogmatisch umzusetzen ist. Denn wie Pollähne mit Recht betont: „Eine Maßregelrechtsreform, die die Grundlagen der Schuld(un)fähigkeit

\* Der Verfasser ist freier Autor und lebt in Hemmingen. Kontakt: [gunnar.spilgies@gmx.de](mailto:gunnar.spilgies@gmx.de)

<sup>1</sup> Siehe Feißt/Lewe/Kammeier, online abrufbar unter: [https://www.dgsp-ev.de/fileadmin/user\\_files/dgsp/pdfs/Stellungnahmen/2022/Plaedoyer\\_fuer\\_eine\\_Transformation\\_der\\_Massregel.pdf](https://www.dgsp-ev.de/fileadmin/user_files/dgsp/pdfs/Stellungnahmen/2022/Plaedoyer_fuer_eine_Transformation_der_Massregel.pdf) (zuletzt abgerufen am 9.5.2022).

<sup>2</sup> Feißt/Lewe/Kammeier/DGSP, Plädoyer für eine Transformation der Maßregeln – Kurzfassung –, online abrufbar unter: [https://www.dgsp-ev.de/fileadmin/user\\_files/dgsp/pdfs/Stellungnahmen/2022/Plaedoyer\\_fuer\\_eine\\_Transformation\\_der\\_Massregel\\_Kurzfassung.pdf](https://www.dgsp-ev.de/fileadmin/user_files/dgsp/pdfs/Stellungnahmen/2022/Plaedoyer_fuer_eine_Transformation_der_Massregel_Kurzfassung.pdf), S. 1 (zuletzt abgerufen am 9.5.2022).

<sup>3</sup> Feißt/Lewe/Kammeier (Fn. 1), S. 82.

<sup>4</sup> Siehe Feißt/Lewe/Kammeier (Fn. 1), S. 72 (Hervorhebung im Original).

ausklammert, greift zu kurz.“<sup>5</sup> Das liegt an der grundlegend verschiedenen Funktion der Schuldfähigkeit in einem einspurigen Strafrecht im Vergleich zu einem zweispurigen: Während im zweispurigen System die Schuldfähigkeit grundsätzlich lediglich über das „Wie“ der Sanktion entscheidet (mit der Ausnahme eines echten Freispruchs), bestimmt im einspurigen System die Schuldfähigkeit über das „Ob“ einer Sanktion überhaupt. Mit anderen Worten: Nur in einem Strafrecht ohne zweite Spur stellt die Schuldfähigkeit die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters exklusiv fest und bildet damit eine echte Eingriffsgrenze des Staates, ohne dass im Falle festgestellter Schuldunfähigkeit ein kriminalpolitisches Bedürfnis nach Sanktionierung des schuldunfähigen Täters verbleibt.

Wie ist vor diesem Hintergrund die Schuldfähigkeit inhaltlich zu bestimmen, wenn die Maßregeln der §§ 63, 64 StGB entfallen? Im Folgenden soll zunächst der Vorschlag der DGSP kritisch beleuchtet werden (dazu II), bevor für eine alltagspsychologische Neubestimmung der Schuldfähigkeit argumentiert wird (dazu III–VI).

## II. Schuldfähigkeit als von den „juristischen Krankheitsmerkmalen“ bereinigte „Steuerungsfähigkeit“?

Die Autoren des Positionspapiers diskutieren in Teil 4, welche Schlüsse sich aus der Transformation und Konversion des Sanktionenrechts für die Prüfung der Schuldfähigkeit ergeben:<sup>6</sup>

„Im Kontext einer Transformation von strafrechtsbezogenen freiheitsentziehenden Unterbringungen werden die §§ 20 und 21 StGB in ihrer gegenwärtigen Gestalt obsolet. Eine Prüfung des Vorliegens oder der Aufhebung von Schuldfähigkeit zum Zeitpunkt der beschuldigten bzw. angeklagten Tat findet nicht mehr an den bisherigen juristischen Krankheitsmerkmalen des § 20 StGB statt.“ Im Blick auf die künftige Normgebung sei zu prüfen, „ob der bisher gebrauchte Begriff der Schuldfähigkeit bei einer Neufassung der ‚Grundlagen der Strafbarkeit‘ im Allgemeinen Teil des StGB durch den Begriff der *Steuerungsfähigkeit*, soweit dieser Terminus überhaupt erforderlich erscheint, ersetzt werden kann.“ Eine Neufassung der bisherigen §§ 20, 21 StGB könne sich am Vorbild des Art. 19 des schweizerischen StGB orientieren, in dem ausschließlich auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit abgestellt werde. Auch im Rahmen der Strafzumessung sei „wohl an der Klärung der strafrechtlichen Schuld bzw. der entsprechenden Steuerungsfähigkeit – ohne Rückgriff auf die Nennung von Krankheitsmerkmalen – festzuhalten.“

Ein so auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit abstellender, von den „juristischen Krankheitsmerkmalen“ bereinigter Schuldfähigkeitsbegriff statuiert jedoch das individuelle Rechtmäßighandelnkönnen des Täters zum alleinigen Kriterium der Schuldfähigkeit und bleibt damit gerade dem gegenwärtig herrschenden *indeterministischen* Schuld(fähigkeits)begriff verhaftet.<sup>7</sup> Schon aus diesem Grund ist ein solcher Schuldfähigkeitsbegriff aber untauglich: Norm- und straftheoretisch, weil die Annahme einer indeterministischen Willensfreiheit ganz allgemein mit Sollensforderungen und Präventionsstrafen unvereinbar ist, aber auch rechtspraktisch, weil die Feststellung einer indeterministischen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zum einen in eine Aporie führt, die auch durch eine „normative Zuschreibung“ dieser Fähigkeiten – sei es durch „Vermutung“ oder „Fiktion“ – nicht aufgelöst werden kann, und zum anderen zu einem Verstoß gegen den fundamentalen Zweifelssatz „in dubio pro reo“.<sup>8</sup>

Überdies wäre ein solcher Schuldfähigkeitsbegriff aber auch in einem einspurigen System wie eingangs erwähnt viel zu weit, weil er ja gerade nicht geeignet ist, die Verantwortlichkeit exklusiv festzustellen. Es ist kriminalpolitisch schwer vorstellbar, dass Täter, die bisher wegen Schuldunfähigkeit oder verminderter Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB) im Maßregelvollzug untergebracht wurden, schlicht freigelassen werden bzw. eine Strafmilderung erhalten. Der Volkszorn würde sich regen und die Gefahr der Störung des Rechtsfriedens würde heraufbeschworen. Umso mehr, wenn sogar die „juristischen Krankheitsmerkmale“ nach Ansicht der DGSP-Autoren wegfallen sollen, so dass Schuldunfähigkeit in weiteren Fällen festgestellt werden könnte. Dass man für den Fall eines solchen Wegfalls schon bei den Beratungen des Sonderausschusses des Deutschen Bundestags für die Strafrechtsreform eine zu große Rechtsunsicherheit und gefühlgeleitete Schuldunfähigkeitserklärungen befürchtete, sei nur am Rande erwähnt.<sup>9</sup>

Insofern vermag auch der Verweis auf das Schweizer Vorbild in Art. 19 StGB nicht zu überzeugen. Denn erstens wird die Streichung des Eingangsmerkmals der „erheblichen psychischen Störung“ als gesetzgeberisches Versehen angesehen und die Schuldfähigkeit in praxi nach wie vor von einem psychiatrischen Befund abhängig gemacht,<sup>10</sup> was auch in Art. 20 StGB zum Ausdruck kommt, wonach bei ernsthaften Zweifeln an der Schuldfähigkeit eine sachverständige Begutachtung anzuordnen ist. Und zweitens ist das Strafrecht der Schweiz gerade kein einspuriges Strafrecht: Nach Art. 19 S. 3 StGB können „Massnahmen nach den Artikeln 59–61, 63, 64, 67, 67b und 67e getroffen werden.“

<sup>5</sup> Pollähne, NK 2015, 25 (37); vgl. auch ders., KriPoZ 2016, 28 (33).

<sup>6</sup> Siehe zum Folgenden Feißt/Lewel/Kammeier (Fn. 1), S. 72 f. (Hervorhebung im Original).

<sup>7</sup> Vgl. zu diesem nur Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vor § 13, Rn. 103/104, 109 ff.; Rogall, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. (2017), Vor § 19 Rn. 5 ff., § 20 Rn. 6; sowie Spilgies, HRRS 2015, 177 (180 ff.).

<sup>8</sup> Vgl. zum Ganzen näher Spilgies, Über Schuld und Strafe auf deterministischer Grundlage, 2021, S. 34 ff., 62 ff. m.w.N.

<sup>9</sup> Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. (2020), § 20 Rn. 7. Nach Schiemann, KriPoZ 2019, 338 (346), würde überdies der gänzliche Wegfall der Eingangsmerkmale einen Verstoß gegen das Analogieverbot darstellen und nach Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig sein.

<sup>10</sup> Vgl. Schiemann, KriPoZ 2019, 338 (344); Noll, ZStR 2017, 61 (63) m.w.N., der im Übrigen auch explizit die indeterministische Grundlage der Schuldfähigkeit verteidigt. Dazu auch Ege, ZStR 2017, 299 (311): „Das Gesetz folgt damit einem indeterministischen Menschenbild.“

Zwar stellen die Autoren damit immerhin eine aus ihrer Sicht mögliche Neufassung zur Diskussion, die bloße Streichung der in § 20 StGB genannten „juristischen Krankheitsmerkmale“ greift aber dennoch zu kurz, vielmehr bedarf eine Abschaffung der Maßregeln nach den §§ 63, 64 StGB einer grundlegenden Neubestimmung der Schuldfähigkeit.

### III. Die strafrechtliche Schuldzuschreibung als alltagspsychologische Kausalattribution

Ausgangspunkt einer solchen Neubestimmung ist nach hier vertretener Ansicht das Verständnis der strafrechtlichen Schuldzuschreibung als alltagspsychologischer Kausalattribution. Im Alltag verhalten sich Menschen wie „naive Wissenschaftler“, indem sie ständig für ein die Ordnung störendes, d.h. anormales (unerwartetes) Ereignis nach Ursachen suchen und Kausalzusammenhänge konstruieren.<sup>11</sup> Dementsprechend wird im Alltag auch menschliches Verhalten mit Hilfe des Kausalprinzips verrechnet. Weicht ein Verhalten von Verhaltensnormen ab, so wird das Verhalten durch eine Ursachenzuschreibung letzterklärt. Den Prozess der schlussfolgernden Zuschreibung der Ursachen für ein (eigenes oder fremdes) Verhalten, also die alltagspsychologische Erklärung eines Verhaltens, bezeichnet die Sozialpsychologie als Kausalattribution.<sup>12</sup> Nun bedeuten das griechische Wort für Ursache „αἰτία“ und die lateinische Übersetzung „causa“ ursprünglich Schuld.<sup>13</sup> Ursache und Schuld meinen also ursprünglich dasselbe. Vor allem im alltäglichen Sprachgebrauch verwendet man „Schuld“ bis heute in diesem kausalen Sinne. Die strafrechtliche Schuldzuschreibung lässt sich daher als alltagspsychologische Kausalattribution verstehen.<sup>14</sup> Zum weiteren Verständnis werden deren Grundgedanken kurz skizziert.

#### 1. Die naive Verhaltenstheorie von Heider: Person oder Situation?

Als richtungsweisend für die Attributionsforschung hat sich die naive Verhaltenstheorie des Alltagsmenschen von Heider erwiesen.<sup>15</sup> Nehme man im Alltag ein anormales Verhalten wahr, so wird nach Heider entweder der han-

delnden Person, d.h. ihren dispositionalen internalen Faktoren: ihren Handlungsfähigkeiten („power factor“, „Können“) und in stärkerer Weise ihrer Motivation („motivational factor“, „Wollen“), oder der Situation („environment“), d.h. externalen Faktoren, die Ursache für das Verhalten zugeschrieben, um die Stabilität und Ordnung der Welt zu wahren.

#### 2. Die zwei Stufen der Kausalattribution

Heiders Verhaltenstheorie lässt sich auf einen zweistufigen Prozess der Kausalattribution zurückführen, der auf der Grundlage der beiden funktional unterschiedlichen Hirnsysteme des Unbewussten und Bewussten<sup>16</sup> von einer intuitiven zu einer rationalen Attributionsstufe schreitet (bzw. zwischen beiden hin und her wechselt) und letztlich den alltagspsychologischen Perspektivendualismus zwischen Erste-Person- und Dritte-Person-Perspektive widerspiegelt.<sup>17</sup>

##### a) Intuitive Attributionsstufe = internale Attribution (Erste-Person-Perspektive)

Auf der ersten, intuitiven Stufe urteilt der Zuschreibende aus der Erste-Person-Perspektive als Teilnehmer der Situation und schreibt die Schuld emotionsgeleitet intuitiv quasi automatisch zu. Die intuitiv angewendete Zuschreibungsheuristik aus der Teilnehmerperspektive lautet: „Schreibe dem Faktor die Ursache für das Verhalten zu, der nach den gegenwärtig verfügbaren Informationen offensichtlich oder bekanntermaßen *anormal* und *kontrollierbar* ist!“ Da für Beobachter regelmäßig das Verhalten von Personen phänomenologisch am auffälligsten ist (sog. Wahrnehmungssalienz), während externale, situative Umstände im Verborgenen bleiben (sog. Unsichtbarkeitsproblem),<sup>18</sup> und die Person im Gegensatz zu externalen Umständen leichter zu kontrollieren ist,<sup>19</sup> wird die Schuld intuitiv grundsätzlich internal, also den anormalen Eigenschaften der handelnden Person zugeschrieben. Intuitiv setzen Menschen Aktivität allgemein mit Selbstbestimmtheit und Kontrolle gleich. Dabei geht diese Zuschreibung bei Normverletzungen mit mehr oder weniger starken reaktiven Gefühlen gegen den Akteur einher.

<sup>11</sup> Vgl. Scheibe, in: Krüger (Hrsg.), Erkenntnisprobleme der Naturwissenschaften, 1970, S. 253 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. (2014), S. 114; Bierbrauer, Sozialpsychologie, 2. Aufl. (2005), S. 102 f.; Effer-Uhe/Mohnert, Psychologie für Juristen, 2019, Rn. 393; Parkinson, in: Jonas/Stroebe/Hewstone (Hrsg.), Sozialpsychologie, 6. Aufl. (2014), S. 71 f.

<sup>13</sup> Vgl. Traeger, Wille, Determinismus, Strafe, 1895, S. 205 ff.; Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (1960), S. 88; Sachsse, Kausalität, Gesetzlichkeit, Wahrscheinlichkeit, 1979, S. 12; Krüger, Neue Hefte für Philosophie 1992, Nr. 32/33, S. 1.

<sup>14</sup> Zur Relevanz der Alltagspraxis für das Strafrecht vgl. z.B. Neumann, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 274 f., 286; ders., ZStW 1987, 567 (589 ff.); Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. (1990), S. 221; Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 159 f.; Kühlen, ZStW 2008, 140 (149); Hörnle, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013, S. 33; Reinhard Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2. Aufl. (2014), S. 131; Kargl, GA 2017, 330. Die Übernahme der Zuschreibungsregeln der Alltagspraxis scheitert auch nicht am freiheitsbasierten Schuldprinzip und schließt eine kritische Prüfung nicht aus, vgl. Spilgies (Fn. 8), S. 31 ff., 46.

<sup>15</sup> Vgl. Heider, The Psychology of Interpersonal Relations, 1958, S. 79 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Kahneman, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012, S. 31 ff.; Roth, Fühlen, Denken, Handeln, 2003, S. 236 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Aronson/Wilson/Akert (Fn. 12), S. 121 f.; Effer-Uhe/Mohnert (Fn. 12), Rn. 405; von philosophischer Seite Pothast, Freiheit und Verantwortung, 2011, S. 55 ff., 120 ff., 149 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Aronson/Wilson/Akert (Fn. 12), S. 120 f.; Bierbrauer (Fn. 12), S. 102 f., 121; Parkinson, in: Jonas/Stroebe/Hewstone (Fn. 12), S. 92.

<sup>19</sup> Vgl. Höffding, Ethik, 3. Aufl. (1922), S. 108; Burkhardt, in: Lüderssen/Sack (Hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, Teilbd. 1, 1980, S. 87 (100 f.); Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1991), § 17 Rn. 20; Bierbrauer (Fn. 12), S. 124.



*b) Rationale Attributionsstufe = externale Attribution (Dritte-Person-Perspektive)*

Auf der zweiten, rationalen Stufe urteilt der Zuschreibende dagegen aus der Dritte-Person-Perspektive als Beobachter der Situation und schreibt die Schuld in anstrengender Gedankenarbeit auf der Grundlage rationaler Überlegungen zu. Dadurch können anormale Situationsfaktoren für das Verhalten sichtbar werden, so dass die interne Attribution in eine externe geändert werden kann. Eine solche Revision der internalen Attribution fällt im Alltag jedoch schwer und gelingt häufig nur unzureichend, weil die interne Attribution „schnell und spontan erfolgt, während der zweite Schritt (Anpassung an die Situation) mehr Anstrengung und bewusste Aufmerksamkeit erfordert [...]“<sup>20</sup> Je sichtbarer situative Faktoren und damit stärker die Zweifel am „freien Willen“ des Akteurs, desto größer die Neigung zu externaler Attribution.<sup>21</sup> Dementsprechend schwächen sich auch bei Normverletzungen die reaktiven Gefühle umso mehr ab, je sichtbarer situative oder physiologische Ursachen des Fehlverhaltens werden.<sup>22</sup> Für Deterministen ist der Wechsel zur beobachtenden Perspektive freilich geradezu programmatisch und im Falle von moralischem Fehlverhalten mit einer Haltung zu mehr Toleranz, Nachsicht und Verständnis verbunden.<sup>23</sup> Das „Milgram-Experiment“ und „Stanford-Prison-Experiment“ haben eindrucksvoll gezeigt, dass der Einfluss situativer Kräfte erheblich unterschätzt wird und Dispositionen der Akteure fälschlicherweise für beobachtbares Verhalten verantwortlich gemacht werden.<sup>24</sup> Aufgrund der Wahrnehmungssalienz schreiben Personen ein beobachtetes Verhalten sogar wider besseres Wissen über dessen externe Ursachen der handelnden Person als „selbst gewollt“ zu.<sup>25</sup> Die Sozialpsychologie bezeichnet diese Neigung des Menschen, der handelnden Person die Verantwortung für ihr Verhalten auch dann zuzuschreiben, wenn das Verhalten hinreichend durch nichtpersonale Situationsbedingungen erklärt werden kann, diese Neigung zu personaler Überattribution also, als *fundamentalen Attributionsfehler*.<sup>26</sup>

#### IV. Schuldfähigkeit als askriptiver Begriff

Versteht man hiernach die strafrechtliche Schuldzuschreibung als alltagspsychologische Kausalattribution, so handelt es sich bei der Schuldfähigkeit nicht um eine ontische Fähigkeit von Personen und einen deskriptiven Begriff, sondern um einen askriptiven Begriff. Eine Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Person

schuldfähig ist, findet man nicht in der Feststellung von psychischen Eigenschaften einer Person, vielmehr wird die Schuldfähigkeit normativ aus Sicht der Gesellschaft zugeschrieben.

Man werde sich bewusst, so schreibt *Nowakowski* im Jahre 1957, „daß es sich beim sogenannten psychologischen Element der Zurechnungsfähigkeit in Wahrheit um eine Wertungsfrage handelt.“<sup>27</sup> Die konkrete Schuldfähigkeit, so *Welzel*, sei „kein Gegenstand theoretischer Erkenntnis“ und diese Frage „wissenschaftlich“ nicht beantwortbar.<sup>28</sup> Dementsprechend erscheint es für *Streng* „ratsam, die Schuldfähigkeitsbestimmung von der Freiheitsfrage zu lösen“, weil „Schuld auf der Basis einer komplexen Wertung der Urteilenden zugemessen wird“ und „die angebliche Schuld voraussetzung Freiheit [...] interpretativ und wertend bestimmbar“ sei.<sup>29</sup> Entscheidend ist danach mit *Wohlers*, „das sich aus der gesellschaftlichen Verständigung ableitende Verständnis davon, wer ein verantwortliches Subjekt ist.“<sup>30</sup>

#### V. Der alltagspsychologische Schuldfähigkeitsbegriff

Wird die Schuldfähigkeit danach also im Rahmen der alltagspsychologischen Kausalattribution aus Sicht der Gesellschaft normativ zugeschrieben, so ist die Schuldfähigkeit als Zuschreibungsfähigkeit einer Person zu verstehen (dazu 1). Attributionstheoretisch präziser bedeutet das: Eine Person ist schuldfähig, wenn die Ursache der Tat den dispositionalen Eigenschaften der handelnden Person zugeschrieben werden kann, d.h. ihrer Handlungsfähigkeit (ihrem „Können“) oder ihrer Motivation (ihrem „Wollen“). Kurz: Schuldfähigkeit setzt demzufolge ein zuschreibungsfähiges Wollen und eine zuschreibungsfähige Handlung voraus. Daraus ergeben sich zwei Arten der Schuldunfähigkeit: eine wollensbezogene Schuldunfähigkeit (dazu 2) und eine handlungsbezogene Schuldunfähigkeit (dazu 3). In der Sache geht es dabei zugleich um die Bestimmung eines strafrechtlichen Willensbegriffs bzw. Handlungsbegriffs.

##### 1. Schuldfähigkeit als Zuschreibungsfähigkeit

Schuldfähigkeit ist die Fähigkeit (Geeignetheit) einer Person, aus Sicht der Gesellschaft Schuld (Ursache) an der Straftat und damit der Verletzung einer Strafrechtsnorm sein zu können. Sie ist mit *Frister* „durchaus wörtlich zu verstehen als Fähigkeit, schuldig werden zu können.“<sup>31</sup> Schuldfähigkeit bedeutet somit Zuschreibungsfähigkeit,

<sup>20</sup> *Aronson/Wilson/Akert* (Fn. 12), S. 122.

<sup>21</sup> Dies wird z. B. auch bestätigt durch die Befragungsstudie von *Heitzmann*, ZfRS 2008, 205, sowie die Studien von *Shariff/Greene/Karremans* u.a., *Psychological Science* 2014, 1563; *Shariff/Vohs*, *Geheirn & Geist*, Nr. 4, 54 (56).

<sup>22</sup> Das belegen z.B. Fälle einer bekannten Stirnhirnschädigung, vgl. *Burns/Swerdlow*, *Arch Neurol.* 2003, 437; *Dahl*, *Spektrum der Wissenschaft* 2010, Nr. 6, 72 (75).

<sup>23</sup> Vgl. *Guckes*, *Ist Freiheit eine Illusion?* 2003, S. 214; *Singer*, *Ein neues Menschenbild?* 2003, S. 33 f., 64 ff. Dieser Haltung verdankt das Strafrecht seine Humanisierungsbestrebungen im 19. Jahrhundert durch die Kriminalpsychologie, vgl. *Greve*, *Verbrechen und Krankheit*, 2004, S. 155 ff., 394 ff. und passim.

<sup>24</sup> Vgl. *Bierbrauer* (Fn. 12), S. 15 ff., 120; *Neubacher*, *Kriminologie*, 4. Aufl. (2020), S. 121 ff.

<sup>25</sup> Das bewies insbesondere die in der Sozialpsychologie mittlerweile als „klassisch“ geltende Castro-Aufsatz-Studie von *Jones/Harris*, *Journal of Experimental Social Psychology* 1967, 1; vgl. *Aronson/Wilson/Akert* (Fn. 12), S. 119 ff.; *Bierbrauer* (Fn. 12), S. 116 ff.; *Effer-Uhe/Mohnert* (Fn. 12), Rn. 403.

<sup>26</sup> Vgl. *Ross*, *Advances in Experimental Social Psychology* 1977, 173; *Gilbert/Malone*, *Psychological Bulletin* 1995, 21; *Aronson/Wilson/Akert* (Fn. 12), S. 9 f., 119; *Bierbrauer* (Fn. 12), S. 119 ff.; *Effer-Uhe/Mohnert* (Fn. 12), Rn. 397.

<sup>27</sup> *Nowakowski*, FS Rittler, 1957, S. 55 (74).

<sup>28</sup> *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. (1969), S. 152.

<sup>29</sup> *Streng*, ZStW 1989, 273 (297 f.).

<sup>30</sup> *Wohlers*, FS Reinhard Merkel, 2020, S. 423 (435).

<sup>31</sup> *Frister*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. (2020), 18. Kap. Rn. 1.



bezeichnet also die Person als *taugliches Zuschreibungs-subjekt*, der Schuld zugeschrieben werden kann, kurz: die *zuschreibungsfähige Person* oder nach traditioneller Terminologie: die zurechnungsfähige Person.<sup>32</sup> In diesem Sinne sagt *Kelsen*: „Zurechnungsfähig ist, wer wegen seines Verhaltens bestraft, das heißt: dafür zur Verantwortung gezogen werden kann, während unzurechnungsfähig jener ist, der wegen eines gleichen Verhaltens [...] nicht bestraft, das heißt: dafür nicht zur Verantwortung gezogen werden kann.“<sup>33</sup>

#### a) Schuldunfähigkeit als fehlende Kompetenz, die Normgeltung zu beschädigen

Die Schuldunfähigkeit offenbart sich alltagspsychologisch in der fehlenden Kompetenz der Person, die Normgeltung zu beschädigen. Mit den Worten von *Jakobs*: dem schuldunfähigen Täter „fehlt die Kompetenz, Normgeltung zu desavouieren“<sup>34</sup> und schuldfähig sei nur eine Person, die „zur Zeit der Tat ein Subjekt mit der Kompetenz ist, die Normgeltung in Abrede zu stellen“, „die als Gleicher definiert wird.“<sup>35</sup> Schuldunfähige Personen dagegen seien „qualitativ abnorm“<sup>36</sup>, „Störfaktoren, wie Naturkatastrophen“ und sie kämen „als vollwertige Partner des sozialen Bereichs, den das Recht regelt, nicht in Frage“.<sup>37</sup> Schon *Welzel* versteht das Urteil der Schuldfähigkeit in diesem Sinne als einen „kommunikativen“ Akt: „Es ist die Anerkennung des anderen als Du, als gleiches, sinnvoller Bestimmung zugängliches und darum gleich verantwortliches Subjekt, wie ich selbst es bin.“<sup>38</sup>

#### b) Schuldunfähigkeit als „vornormative Enttäuschung“

In sachlicher Übereinstimmung hiermit lässt sich die Schuldunfähigkeit auch mit *Luhmann* als eine Enttäuschung vornormativer Verhaltenserwartungen auf der Grundlage undifferenziert normativ-kognitiven Erwartens deuten.<sup>39</sup> In diesem großen Bereich von selten enttäuschten Erwartungen, in dem eine Vorentscheidung kognitiven oder normativen Erwartens unnötig sei, finde man typisch den Ausweg, „daß das enttäuschende Verhalten rein faktisch als Störung gesehen und als Ausnahme isoliert und im Falle der Wiederholung oder der sichtbaren Unvermeidlichkeit möglichst ‚normalisiert‘ wird.“<sup>40</sup> Die Stö-

rung werde „entweder wegerklärt oder erwartbar gemacht. In krasseren Fällen, bei häufig wiederholten schweren Verstößen wird typisch der Ausweg gewählt, den enttäuschend Handelnden für geisteskrank zu erklären und ihn damit aus der Gemeinschaft menschlicher Subjekte, deren Erlebnisse und Erwartungen als Weltinterpretation zählen, auszuschließen.“<sup>41</sup> Schuldunfähige sind daher keine tauglichen Normadressaten, können schon keine strafrechtlichen Normen verletzen und damit kein strafrechtliches Unrecht verwirklichen.<sup>42</sup> Das Schuldunfähigkeitsurteil führt so zu einer „Individualisierung der Normdurchsetzung“<sup>43</sup>.

#### 2. Wollensbezogene Schuldunfähigkeit

Die fehlende Kompetenz des Täters, den Wert strafrechtlicher Normen in Abrede zu stellen, kann zunächst auf dem Fehlen eines zuschreibungsfähigen „Wollens“ beruhen, d.h., es fehlt an einem strafrechtlich erheblichen Willen. Diese wollensbezogene (voluntative) Schuldunfähigkeit knüpft an den gegenwärtig bezeichneten Fall einer fehlenden Schuldfähigkeit wegen psychischer Störungen nach § 20 StGB an: Der Täter ist wollensbezogen schuldunfähig, wenn ihm die Schuld deshalb nicht zugeschrieben werden kann, weil sein Wollen (seine Motivation) aus alltagspsychologischer Sicht wegen einer psychischen Störung nicht als Ursache der Tat in Betracht kommt.

#### a) Die grundsätzliche Unbeachtlichkeit psychischer Störungen für die Entstehung eines Normgeltungsschadens im Alltag

Aus alltagspsychologischer Sicht haben psychische Störungen grundsätzlich jedoch keinen Einfluss darauf, ob ein Verhalten eine normative Verhaltenserwartung enttäuscht und somit zu einem Normgeltungsschaden führt. Die Gesellschaft reagiert vielmehr auch bei Straftaten psychisch Gestörter mit Gefühlen moralischer Entrüstung.<sup>44</sup> „Milde“ Urteile gegen schuldunfähige Täter sorgen regelmäßig für Empörung.<sup>45</sup> Im Alltagsleben bildet die Zuschreibungsheuristik des „offensichtlich anormalen Faktors“ eine starke Intuition, die äußerst revisionsfest ist und zu personaler Überattribution führt. Die psychische Störung ist in der Regel von außen nicht sichtbar, so dass

<sup>32</sup> Mit Recht bemerkt daher *Konrad*, RPsych 2018, 40 (42): „Besser als der eine Entität statt eines Konstrukts suggerierende Begriff der Schuldunfähigkeit erscheint daher der frühere Begriff der ‚Zurechnungsfähigkeit‘.“ Vgl. auch *Kröber*, FPPK 2021, 84.

<sup>33</sup> *Kelsen* (Fn. 13), S. 85.

<sup>34</sup> *Jakobs* (Fn. 19), § 18 Rn. 5.

<sup>35</sup> *Jakobs* (Fn. 19), § 17 Rn. 48; übereinstimmend *Frister* (Fn. 31), 3. Kap. Rn. 3.

<sup>36</sup> *Jakobs* (Fn. 19), § 17 Rn. 48.

<sup>37</sup> *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976, S. 17.

<sup>38</sup> *Welzel* (Fn. 28), S. 153; vgl. zu dieser „kommunikativen (Mindest-) Kompetenz“ als gemeinsamen Nenner *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vor § 32 Rn. 231.

<sup>39</sup> Vgl. *Luhmann*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. (1987), S. 45 ff. In der Strafrechtswissenschaft hat *Luhmanns* Deutung jedoch keine Aufnahme gefunden, vielmehr zeigt eine nähere Analyse, dass seine Ausführungen in der „Rechtssoziologie“ wiederholt missverstanden worden sind, vgl. *Spilgies* (Fn. 8), S. 84 ff.

<sup>40</sup> *Luhmann* (Fn. 39), S. 46.

<sup>41</sup> *Luhmann* (Fn. 39), S. 47.

<sup>42</sup> Vgl. *Luhmann* (Fn. 39), S. 49; *Strawson*, in: Pothast (Hrsg.), Freies Handeln und Determinismus, 1978, S. 201 (209 ff.); anderer Ansicht *Hörnle* (Fn. 14), S. 55 (Fn. 131), 73 f.; *dies.*, FS Schünemann, 2014, S. 93 (105); *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 16 Rn. 2 f.

<sup>43</sup> *Luhmann* (Fn. 39), S. 48.

<sup>44</sup> Vgl. schon v. *Liszt*, ZStW 1898, 229 (256); *Radbruch*, in: Kaufmann (Hrsg.), Gesamtausgabe, Bd. 3, 1990, S. 33; *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 21; für die USA: *Jareborg*, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven, Bd. 1, 1987, S. 411 (435).

<sup>45</sup> So z.B. ein Urteil des AG Würzburg v. 23.10.2019 gegen einen 21-Jährigen, der im Alter von 18 Jahren im Vollrausch mit dem Auto eine Frau überfuhr, dadurch tötete und wegen fahrlässigen Vollrauschs zu einer Geldauflage von 5.000 Euro und 1 Jahr Führerscheinentzug verurteilt wurde, vgl. Red. beck-aktuell, Pressemitteilung vom 25.10.2019, online abrufbar unter: [https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/empoeerung-nach-mildem-urteil-gegen-todesfahrer-\(zuletzt-abgerufen-am-9.5.2022\)](https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/empoeerung-nach-mildem-urteil-gegen-todesfahrer-(zuletzt-abgerufen-am-9.5.2022)). Vgl. allgemein zur Empörung über „milde“ Strafurteile *Hoven*, KriPoZ 2018, 276.

ein Wechsel von der intuitiven zur rationalen Attributionsstufe nicht stattfindet. Es kommt zur „Dämonisierung des Bösen“.<sup>46</sup> Nach gegenwärtiger Rechtslage bleiben denn auch psychisch Gestörte maßregelrechtlich nach den §§ 63, 64 StGB verantwortlich, obwohl sie strafrechtlich für schuldunfähig erklärt werden.

*b) Fehlendes zuschreibungsfähiges Wollen wegen sichtbar anormaler Täterpsyche („innerer psychischer Zwang“)*

Nur ausnahmsweise liegt daher eine wollensbezogene Schuldunfähigkeit vor, wenn das Wollen des Täters einer sichtbar gestörten Geistestätigkeit entspringt und die anormale Täterpsyche daher die Tat aus Sicht der Allgemeinheit letztursächlich erklärt. Grundsätzlich begründet die Anormalität der Tat und des Täters gerade die Schuld des Täters, wer aber, so *Streng*, „aus der Sicht des Urteilenden gerade keine komplexe und gewissenskompatible, also ‚gesunde‘ Handlungssteuerung aufweist [...], der wird vom Urteilenden als ein ‚ganz Anderer‘ angesehen, in dem er sich nicht wiedererkennt. Von daher verkörpert ein so geprägter Rechtsbruch [...] eine Art Unglück, ähnlich einer Naturkatastrophe.“<sup>47</sup> Eine sachverständige Begutachtung ist daher für die Bestimmung der Schuldfähigkeit ohne Belang.

Dementsprechend fordert *Luhmann* für die Annahme vor-normativer Enttäuschungen, die als „Störung gesehen“, als „Ausnahme isoliert“ und „wegerklärt“ oder „normalisiert“ werden:

„Die Erklärung und Behandlung von Abweichungen als pathologisches, wenn nicht geisteskrankes Verhalten setzt hohe Selbstverständlichkeit und Undifferenziertheit der Erwartungsgrundlagen voraus. Die Reaktion knüpft an auffällige Verstöße gegen die Regeln ordnungsgemäßer Interaktion von Angesicht zu Angesicht an, deren Bruch einerseits selten ist, weil sofort offenkundig, und andererseits schwer wiegt, weil er Anwesende schockiert und aus ihrem Aktionsrahmen wirft – eine Art von Verbrechen, das gleichsam unter den Augen der Wärter im Gefängnis begangen wird und deshalb von vornherein als unsinnig erscheint.“<sup>48</sup>

In dem Maße, wie psychische Störungen „veralltäglicht“ würden, könne „abweichendes Verhalten auf ‚innere‘ Störungen zurückgeführt werden“. Das abweichende Verhalten des psychisch Gestörten werde „nicht durch moralische Diffamierung die symbolische Brisanz genommen, sondern dadurch, daß er ausnahmsweise als unfrei behandelt und sich selbst und anderen erklärt wird. [...] Er wird als *Ausnahme* abgestempelt und so isoliert. Er erhält eine

Abweicherrolle – als Außenseiter [...] Man reagiert auf Enttäuschungen also nicht durch den Versuch, die Abweichung zu beseitigen, sondern gerade umgekehrt durch Deutung und Stabilisierung der Abweichung als Abweichung, die dann als Ausnahme die Regel nicht mehr tangiert.“<sup>49</sup>

Unerheblich ist schließlich, welche psychischen Faktoren eine solche anormale Täterpsyche begründen, vorausgesetzt sie sind nach außen erkennbar und führen dazu, dass die Tat die Normgeltung nicht beschädigt. Neben psychischen Störungen und Rauschzuständen kommen also auch – entgegen der h.M.<sup>50</sup> – *Bewusstlosigkeit*, *Bewegungen im Schlaf* (Schlafwandeln) oder *epileptische Krampfanfälle* als Gründe für eine wollensbezogene Schuldunfähigkeit in Betracht.

*c) Geringe Schwere der Tat (Erheblichkeitsschwelle)*

Ein zuschreibungsfähiges Wollen fehlt aber nur dann, wenn die begangene Tat nicht sehr schwer ist. Begeht eine sichtbar psychisch gestörte Person eine erhebliche rechtswidrige Tat, d.h. in Anlehnung an § 63 StGB jedenfalls eine solche, „durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt [...] werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird“, so reagieren das Opfer und die Allgemeinheit mit moralischer Entrüstung. Ist also die Erheblichkeitsschwelle überschritten, entsteht ein Normgeltungsschaden und die Tat wird nicht im Sinne *Luhmanns* „wegerklärt“ oder „normalisiert“. Mit der Größe des Erfolgsunwerts des Verhaltens steigt daher auch die Neigung zu personaler Schuldzuschreibung – unabhängig von der Sichtbarkeit einer psychischen Störung.<sup>51</sup> Im Ganzen betrachtet bilden die Fälle einer wollensbezogenen Schuldunfähigkeit daher eine *Quantité négligeable*.

In der Vergangenheit hat eine solche sozialpsychologische Deutung der Schuldfähigkeit namentlich der schwedische Rechtsphilosoph *Anders Vilhelm Lundstedt* vertreten, nach dem bei der Zurechnungsfähigkeit festzustellen sei, „ob die psychische Lage bei der Handlung derart war, dass die Allgemeinheit, wenn sie volle Kenntnis von dem Sachverhalt gehabt hätte, nicht mit moralischer Entrüstung reagiert hätte.“<sup>52</sup> Und auch *Nowakowski* verweist auf den ursprünglichen Kern der Zurechnungsunfähigkeit, wenn er diese als ein Gebiet bezeichnet, „aus dem sich das Vergeltungsbedürfnis zurückgezogen hat. [...] Ursprünglich ließen sich die dafür maßgebenden Sachverhalte einfach und plastisch erfassen. Es waren Geisteskrankheiten von unmittelbarer Sinnfälligkeit.“<sup>53</sup>

<sup>46</sup> Vgl. *Pfeiffer*, FAZ, Nr. 55 v. 5.3.2004, S. 9; *Hestermann*, FS Pfeiffer, 2014, S. 261.

<sup>47</sup> *Streng*, in: Duttge (Hrsg.), *Das Ich und sein Gehirn*, 2009, S. 97 (98).

<sup>48</sup> *Luhmann* (Fn. 39), S. 47; vgl. auch *Blackburn*, *Philosophie*, 2010, S. 36, der auf das englische Strafrecht verweist, das die Frage der verminderten Zurechnungsfähigkeit danach entscheide, „ob der Verbrecher seine Straftat auch unter den Augen der Polizei begangen hätte.“

<sup>49</sup> *Luhmann* (Fn. 39), S. 48 (Hervorhebung im Original).

<sup>50</sup> Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 13 Rn. 39; *Kaspar*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. (2020), § 4 Rn. 9, 12; *Roxin/Greco* (Fn. 9), § 8 Rn. 65.

<sup>51</sup> Vgl. *Bierbrauer*, in: Hassemer/Lüderssen (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. 3, 1978, S. 130 (145); *Kuhlen*, in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, S. 341 (359 f.); *Heitzmann*, *ZfRS* 2008, 205 (228, 230).

<sup>52</sup> *Lundstedt*, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Bd. 2., 1. Halbbd., 1936, S. 131.

<sup>53</sup> *Nowakowski*, FS Rittler, 1957, S. 55 (74); vgl. auch *Streng*, *ZStW* 1980, 637 (660).

### 3. Handlungsbezogene Schuldunfähigkeit

Die Schuldunfähigkeit kann sich auch auf die „Handlungsfähigkeit“ des Täters beziehen. Diese handlungsbezogene (aktionale) Schuldunfähigkeit verweist auf den gegenwärtig von der h.M. im Rahmen der Diskussion um einen zutreffenden strafrechtlichen Handlungsbegriff bezeichneten Fall eines strafrechtlich nicht als „Handlung“ zu bewertenden Verhaltens. Während die h.M. eine solche „strafrechtliche Handlung“ (entsprechend dem vorherigen Fall des „strafrechtlichen Willens“) wiederum nach ontischen Eigenschaften zu bestimmen sucht,<sup>54</sup> ist auch die strafrechtliche Handlung als askriptiver Begriff<sup>55</sup> im Rahmen der alltagspsychologischen Kausalattribution aus Sicht der Gesellschaft normativ zuzuschreiben. Der strafrechtliche Handlungsbegriff geht also inhaltlich in dem alltagspsychologischen Schuldfähigkeitsbegriff auf.

Eine strafrechtliche Handlung liegt danach nicht vor und der Täter ist handlungsbezogen schuldunfähig, wenn die Handlung wegen eines *unwiderstehlichen physischen Zwangs* nicht zuschreibungsfähig ist, die Tat somit aus Sicht der Allgemeinheit durch diesen äußeren Zwang letztursächlich erklärt wird. Im Unterschied zur willensbezogenen Schuldunfähigkeit ist das Verhalten des Täters im Falle der handlungsbezogenen Schuldunfähigkeit wegen eines sichtbar anormalen *externalen* Umstands aus alltagspsychologischer Sicht nicht geeignet, die Normgeltung zu beschädigen.

Handlungsbezogene Schuldunfähigkeit liegt also vor, wenn der Täter „machtlos“ ist und ein äußerer Faktor „rein mechanisch“ seine Bewegung bewirkt. Daraus ergibt sich: Nur nicht konditionierbare *Reflexbewegungen* und Bewegungen durch *vis absoluta* sind keine strafrechtlichen Handlungen. Dagegen handelt es sich bei *automatisierten Verhaltensweisen* nicht um Fälle unwiderstehlichen physischen Zwangs, sie werden daher alltagspsychologisch der Person als dispositionales „Können“ normativ zugeschrieben.

*Hypnotisierte* wären handlungsbezogen schuldunfähig, wenn durch Hypnose ein unwiderstehlicher Zwang ausgeübt werden könnte, Straftaten zu begehen. Das setzt voraus, dass die Hypnose über das Unterbewusstsein des Hypnotisierten – wie ein physischer Zwang – psychisch unwiderstehlich wirkt. Nach derzeitigem Forschungsstand ist es jedoch nicht möglich, jemanden durch Hypnose zu etwas zu zwingen, was er sonst nicht tun würde.<sup>56</sup>

Der Hypnotisierte ist der Suggestion des Hypnotiseurs also nicht machtlos ausgeliefert. Handlungen im hypnotischen Trance-Zustand sind daher zuschreibungsfähig.<sup>57</sup>

Auch *Gedanken* sind zuschreibungsfähige Handlungen, wenn sie über eine sog. Hirn-Computer-Schnittstelle (Brain-Computer-Interface) einen Computer steuern und dadurch per Fernsteuerung eine Veränderung in der Außenwelt bewirken.

Anders als bei der willensbezogenen Schuldunfähigkeit ist die handlungsbezogene Schuldunfähigkeit nicht auf Taten geringer Schwere beschränkt, die Erheblichkeitsschwelle gilt also nicht. Denn bei einer solchen externalen Attribution wird entweder derjenigen Person die Schuld zugeschrieben, die den unwiderstehlichen Zwang ausgeübt hat, oder das Verhalten wird von der Allgemeinheit dem „Zufall“ zugeschrieben und als Unglücksfall bewertet.

### VI. Neufassung des § 20 StGB

Auf der Grundlage dieser alltagspsychologischen Neubestimmung der Schuldfähigkeit lässt sich schließlich folgender Vorschlag für eine Neufassung des § 20 StGB formulieren:

„Schuldunfähig ist, wer

1. die Tat durch *unwiderstehlichen physischen Zwang* begeht oder
2. sich bei Begehung der Tat in einem Zustand der *Bewusstlosigkeit oder sichtbarer Störung der Geistestätigkeit* befindet, sofern die begangene Tat nicht erheblich ist.“

Die Vorschrift über die Schuldunfähigkeit von Kindern (§ 19 StGB) kann unverändert bleiben. Bei Kindern unter 14 Jahren wird unwiderleglich vermutet, dass ihre Taten keinen Normgeltungsschaden hervorrufen. Abzuschaffen ist dagegen die Vorschrift über die verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 StGB), weil die Schuldfähigkeit nur entweder gegeben sein kann oder nicht. Daneben wird das Rechtsinstitut der *actio libera in causa* sowie der Vollrauschtatbestand (§ 323a StGB) obsolet.

### VII. Fazit

Die DGSP hat mit ihrem Plädoyer für eine Abschaffung des Maßregelvollzugs einen wichtigen Anstoß für eine

<sup>54</sup> Vgl. zu den Handlungslehren im Einzelnen Roxin/Greco (Fn. 9), § 8 Rn. 7 ff.; Detlefsen, Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips, 2006, S. 168 ff.

<sup>55</sup> Vgl. hierzu schon Michaelowa, Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, 1968, S. 17 ff.; Hruschka, Strukturen der Zurechnung, 1976, S. 4.

<sup>56</sup> Vgl. Peter, Hypnose-ZHH 2015, 7 (21); Revenstorf, Hypnose-ZHH 2011, 141 (152 ff.); dagegen meint Gerke, HRRS 2009, 373, durch Hypnose werde „das Bewusstsein derart modifiziert, dass der Proband nur den Suggestionen des Hypnotiseurs folgt“, die „grundsätzliche Möglichkeit, antisoziale Handlungen zu suggerieren, ist in der Literatur anerkannt“ (Fn. 3) und der Hypnotisierte könne sich „selbst nicht strafbar machen, da dessen geistiger Steuerungsapparat ausgeschaltet ist und er so keine Handlungen im strafrechtlichen Sinne vornehmen kann“ (381).

<sup>57</sup> Ebenso Roxin/Greco (Fn. 9), § 8 Rn. 73; nur für den Fall posthypnotischer Zustände: T. Walter, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2020), Vor § 13 Rn. 38; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. (2020), Rn. 154. Freilich kommt nach herkömmlicher Ansicht dennoch ein Fall des § 20 StGB in Betracht.

grundlegende Reform der strafrechtlichen Schuldzuschreibung und des Sanktionenrechts gegeben. Diese ist längst überfällig. Durch die Neufassung des § 20 StGB auf der Grundlage eines alltagspsychologischen Schuldfähigkeitsbegriffs lässt sich die Streichung der Maßregeln nach den §§ 63, 64 StGB strafrechtsdogmatisch „sauber“ umsetzen und vor allem auch kriminalpolitisch verträglich.

Freilich ist eine solche Änderung nur Teil und Ausdruck eines alternativen Systementwurfs, d.h. eingebunden in ein Schuldstrafrecht auf der Grundlage des Determinismus als Alternative zum gegenwärtigen indeterministi-

schen Schuldstrafrecht. Danach trifft den Straftäter eine dreifache Schuld: eine Schuld als „*Verursachung*“ der Normverletzung, als „*Vorwurf*“ der Tatbegehung und als „*Verpflichtung*“ zur Duldung der Vergeltungsstrafe.<sup>58</sup>

Die Autoren des Positionspapiers der DGSP erstreben einen „breiten fach(öffent)lichen Diskurs“, um „Einzelheiten einer mit der geforderten Transformation und der Konversion anzustrebenden Neuordnung des Sanktionenrechts und seiner praktischen Vollzugsgestaltung“ zu erarbeiten.“<sup>59</sup> Einen Beitrag zu diesem Diskurs zu leisten, war Ziel des vorliegenden Aufsatzes.

<sup>58</sup> Einzelheiten bei Spilgies (Fn. 8), passim.

<sup>59</sup> Feißt/Lewe/Kammeier (Fn. 1), S. 72.



## Skizze eines neuen § 64 StGB – Alternativen und Ergänzungen zum Reformvorschlag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe

Von Dr. Jan Querengässer,  
Dr. Alexander Baur und Dörte Berthold \*

### Abstract

Mehrere Fachverbände und eine eigens dazu eingesetzte Bund-Länder-Arbeitsgruppe haben sich in den letzten Monaten mit der Neugestaltung des § 64 StGB befasst. Mitte Mai 2022 brachten die Unionsparteien einen darauf gestützten Gesetzentwurf in den Bundestag ein. Ziel aller Regelungsvorschläge ist es, den rasanten Anstieg an Unterbringungsanordnungen zu bremsen oder umzukehren. Die vorliegenden Regelungsentwürfe enthalten ohne Zweifel zielführende Ansätze; sie setzen jedoch aus Sicht der Autoren falsche Schwerpunkte oder gehen nicht weit genug. Der Reformvorschlag der Bund-Länder-AG belässt weiterhin große Anordnungsspielräume, die dazu führen könnten, dass das Ziel, die Anordnungszahlen nachhaltig zu verringern, abermals verfehlt werden könnte. Auf Basis des im Februar 2022 in dieser Zeitschrift publizierten Vorstoßes „Vom gesetzlichen Anspruch und den Grenzen der gutachterlichen Möglichkeiten – Plädoyer für die Streichung der ‚Behandlungsprognose‘ aus § 64 StGB“ wird im vorliegenden Beitrag ein konkreter alternativer Regelungsvorschlag formuliert, welcher neben der Reduktion der Anordnungszahlen auch das Ziel verfolgt, die regionalen Unterschiede in der Anordnungspraxis abzuschwächen. Im Zentrum dieses Vorschlags stehen Konkretisierungen der drei Eingangsvoraussetzungen des § 64 StGB – also des „Hangs“ zum Substanzmittelkonsum im Übermaß, des Zusammenspiels von „Hang“ und Legalverhalten und der Behandlungsprognose.

Several professional associations and an official federal working group set up specifically for this purpose have been working on the redrafting of Section 64 of the German Criminal Code (StGB) in recent months. In mid-May, the CDU/CSU parties introduced a bill based on this into the German parliament. The aim of all the proposed regulations is to slow down or reverse the rapid increase in placement orders. The present draft regulations undoubtedly contain targeted approaches; however, in the view of the authors, they set the wrong priorities or do not go far enough. The reform draft of the official federal working group continues to leave a great deal of decision-making leeway, which could lead to a further failure to achieve the goal of sustainably reducing the number of placement

orders. Based on an article called „On the legal claim and the limits of the expert's possibilities – A plea for the deletion of the ‘treatment prognosis’ from § 64 StGB“ published in this journal in February 2022, the present paper formulates a concrete alternative regulatory proposal that, in addition to reducing the number of orders, also aims to mitigate regional differences in ordering practices. At the heart of this proposal are concretizations of the three entry requirements of Sect. 64 StGB – i.e., the addiction to substance use in excess, the interaction of addiction and legal behavior, and the treatment prognosis.

### I. Vorbemerkungen

Im Nachgang zu dem in dieser Zeitschrift im Februar publizierten Vorstoß „Vom gesetzlichen Anspruch und den Grenzen der gutachterlichen Möglichkeiten – Plädoyer für die Streichung der ‚Behandlungsprognose‘ aus § 64 StGB“<sup>1</sup> wurden wir gebeten, dieses Plädoyer doch einmal in Form eines konkreten Alternativentwurfs auszuformulieren – zumal es offensichtlich bei einigen Adressaten zu dem Missverständnis gekommen ist, die geforderte ersatzlose Streichung der Behandlungsprognose gehe mit dem Wegfall der Möglichkeit einher, eine laufende Unterbringung gem. § 64 StGB mangels hinreichend konkreter Erfolgsaussicht für erledigt zu erklären (§ 67d Abs. 5 StGB). Dies wäre jedoch nicht zwangsläufig die Folge, wie wir deutlich machen wollen. Wir greifen die Bitte nach einer Ausformulierung auch deswegen dankbar auf, weil sie uns die Möglichkeit gibt, den im Januar 2022 veröffentlichten Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe (BL-AG)<sup>2</sup> zur Reform des § 64 StGB aus unserer Perspektive kritisch zu bewerten. Die in diesem Bericht vorgeschlagenen Änderungen wurden am 10. Mai 2022 in fast unveränderter Form als Gesetzentwurf von den Unionsparteien CDU/CSU in den Bundestag eingebracht.<sup>3</sup> Da auch die Begründung des Gesetzentwurfes dem Abschlussbericht der BL-AG fast in Gänze entspricht, gehen wir im Verlauf nicht gesondert auf diesen Gesetzentwurf ein.

Beginnen möchten wir diesen Beitrag mit einer eigenen, auf dem Vorschlag der BL-AG aufbauenden Skizze, wie

\* Dörte Berthold ist wissenschaftliche und psychotherapeutische Mitarbeiterin im MRVZN Bad Rehburg. Ihr obliegt die Auswertung der bundesweiten Stichtagserhebung zu § 64 StGB. Dr. jur. Alexander Baur ist Habilitand an der Universität Augsburg. Dr. rer. nat. Jan Querengässer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am LVR-Institut für Versorgungsforschung mit Sitz in Köln und am Institut für Qualitätsmanagement des Maßregelvollzugs in Bayern (IfQM) mit Sitz in Regensburg. Er nahm in beratender Funktion an einigen Sitzungen einer Unterarbeitsgruppe der Bund-Länder-AG teil, die sich mit dem Hangbegriff befasste.

<sup>1</sup> Querengässer/Berthold, KriPoZ 2022, 8 (14).

<sup>2</sup> Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Prüfung des Novellierungsbedarfs im Recht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 des Strafgesetzbuches (StGB), Abschlussbericht vom 22.11.2021. Online abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Artikel/DE/2022/0113\\_BMJ\\_Bericht\\_Massregelvollzug.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Artikel/DE/2022/0113_BMJ_Bericht_Massregelvollzug.html). (zuletzt abgerufen am 26.1.2022).

<sup>3</sup> BT-Drs. 20/1723.

ein „neuer“ § 64 StGB aussehen könnte. Auch wenn das System strafrechtlicher Sanktionen im Bereich der Maßregeln der Besserung und Sicherung mittlerweile an mehreren Stellen zu Wertungswidersprüchlichkeiten und Dysfunktionalitäten neigt und reformbedürftig ist, begnügen wir uns vorliegend mit einem Ansatz, der sich auf die Unterbringung in der Entziehungsanstalt nach § 64 StGB beschränkt. Denn es scheint (trotz anderslautender Absichtserklärungen im Koalitionsvertrag) gegenwärtig politisch kaum durchsetzbar, grundlegende Änderungen im Bereich des Maßregelrechts anzustoßen. Insofern gilt es aus unserer Sicht nun, den gewählten reformerischen Ansatz möglichst zu optimieren. Damit grenzen wir uns auch von den kürzlich vorgelegten Vorschlägen zweier psychiatrischer Fachgesellschaften ab. Etwas verkürzt ausgedrückt setzt der Ansatz der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde (DGPPN) das Selbstbestimmungsrecht des Patienten absolut;<sup>4</sup> die Deutsche Gesellschaft für Soziale Psychiatrie (DGSP) schlägt vor, die freiheitsentziehenden Maßregeln samt der Schuldfähigkeitsregelung ganz abzuschaffen.<sup>5</sup>

## II. Vorschlag für eine Neuformulierung des § 64 StGB

Unser Vorschlag für einen novellierten § 64 StGB, auf den wir im weiteren Text immer wieder rekurren werden, lautet folgendermaßen:

### **§ 64 StGB – Unterbringung in einer forensischen Klinik für Abhängigkeitserkrankungen**

*Hat eine Person eine substanzbezogene Abhängigkeitserkrankung, infolge derer eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fort dauert, und wird sie wegen einer rechtswidrigen Tat, die überwiegend auf diese Erkrankung zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil ihre Schuldfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so soll das Gericht die Unterbringung in einer forensischen Klinik für Abhängigkeitserkrankungen anordnen, wenn die Gefahr besteht, dass sie infolge ihrer Erkrankung erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.*

*Die Anordnung verfolgt das Ziel, die substanzbezogene Abhängigkeitserkrankung der Person durch die Behandlung in einer forensischen Klinik für Abhängigkeitserkrankungen innerhalb der Frist nach § 67d Absatz 1 Satz 1 oder 3 zu lindern und die Person damit über eine erhebliche Zeit von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihre Erkrankung zurückgehen.*

Aufgrund des darin verwirklichten Wegfalls der Behandlungsprognose (dazu später mehr), regen wir auch eine

Anpassung des § 67d Abs. 5 StGB an, der dann wie folgt lautet:

### **§ 67d StGB – Dauer der Unterbringung**

[...]

*5) Das Gericht erklärt die Unterbringung in einer forensischen Klinik für Abhängigkeitserkrankungen für erledigt, wenn keine hinreichend konkrete Aussicht mehr vorliegt, das in § 64 Satz 2 genannte Anordnungsziel zu erreichen. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.*

[...]

Weiterer (redaktioneller) Anpassungsbedarf ergibt sich durch die vorgeschlagene Änderung der Begrifflichkeit auch in einigen weiteren Regelungen des StGB und der StPO, die auf § 64 StGB Bezug nehmen. Wir verzichten aus Platzgründen auf eine detaillierte Darstellung.

## III. Zielsetzung(en) der anstehenden Novelle des § 64 StGB

Der Entwurf der BL-AG macht deutlich, dass es dem Gesetzgeber (erneut bzw. diesmal erst recht) sehr ernst ist, das Ziel einer nachhaltigen Reduktion der Unterbringungsanordnungen (UAO) gem. § 64 StGB zu erreichen.<sup>6</sup> Auch aus unserer Sicht ist dieses Ziel durchaus sinnvoll. Die Zahl der UAO übersteigt seit langem das Angebot deutlich. Überbelegung in den Kliniken, Wartelisten und teils monatelange Organisationshaft vor Verlegung in den MRV sind dadurch inzwischen vielerorts zu einem Normalzustand geworden.<sup>7</sup> Überbelegung und die darin immanente Überforderung der Behandelnden gehen jedoch immer auf Kosten der Behandlungsqualität. Dies führt dazu, dass das Behandlungssystem zurzeit nicht das zu leisten imstande ist, was es eigentlich leisten könnte.

Dennoch greift das Ziel der Reduktion der UAO nach unserem Dafürhalten als alleinige Stoßrichtung der Reform zu kurz. Denn es verkennt einen Umstand, der mindestens ebenso kritisch zu werten ist und der die Diskussionen rund um § 64 StGB seit Jahren gewissermaßen überwölbt: die drastischen rechtspraktischen Unterschiede zwischen Regionen, Bundesländern und sogar auf der Ebene einzelner Landgerichtsbezirke. Mit Zahlen lässt sich dieses Phänomen am besten in den Inzidenzunterschieden zwischen den Bundesländern beschreiben. So wurden in Brandenburg zwischen 2007 und 2016 im jährlichen Durchschnitt

<sup>4</sup> Müller/Böcker/Eusterschulte/Koller/Muysers/Pollmächer, Nervenarzt 2021, 1155 (1162).

<sup>5</sup> Feißt/Lewe/Kammerer, online abrufbar unter: [https://www.dgsp-ev.de/fileadmin/user\\_files/dgsp/pdfs/Stellungnahmen/2022/Plaedoyer\\_fuer\\_eine\\_Transformation\\_der\\_Massregel.pdf](https://www.dgsp-ev.de/fileadmin/user_files/dgsp/pdfs/Stellungnahmen/2022/Plaedoyer_fuer_eine_Transformation_der_Massregel.pdf) (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

<sup>6</sup> Schon in der letzten substanziellen Novelle 2007 des § 64 StGB wurde dieses Ziel bemüht. Die Zielerreichung lässt sich indes an zwei Zahlen illustrieren: 2007 erfolgten bundesweit 1.812 UAO gem. § 64 StGB, 2020 waren es mit 3.515 fast doppelt so viele (Quelle: Strafverfolgungsstatistik des statistischen Bundesamtes).

<sup>7</sup> Vgl. dazu jüngst auch zum Vollzug einstweiliger Unterbringungen in der Untersuchungshaft Schwarz/Radorn, NStZ 2022, 270 ff.

1,01 UAO je 100.000 der strafmündigen Wohnbevölkerung ausgesprochen.<sup>8</sup> In Bayern waren es im selben Zeitraum 7,09.<sup>9</sup> Dieser Unterschied ist weder mit Abweichungen in der Kriminalitätsbelastung in den einzelnen Bundesländern noch mit einem unterschiedlichen Konsumverhalten bzw. der Suchtepidemiologie hinreichend erklärbar.<sup>10</sup>

Einzig regional unterschiedliche Anwendungsformen, man könnte auch von „rechtspraktischen Subkulturen“ sprechen, können derartige Diskrepanzen erklären. Denn es handelt sich hierbei um die Anwendung derselben bundesweit einheitlichen Anordnungsvoraussetzungen und nicht um Phänomene, die auf eine länderspezifische Ausgestaltung des Vollzugs zurückgehen.<sup>11</sup>

#### IV. Exkurs: Intendierter und nicht intendierter Auslegungsspielraum

Sicherlich gibt es nicht den einen einzigen Grund zur Erklärung der erstaunlichen Beharrungstendenz der Steigungswerte der jährlichen UAO einerseits und der regionalen Differenzen andererseits. Es dürfte vielmehr – wie so oft – eine komplexe Interaktion aus Interessen und Motiven der beteiligten Institutionen vorliegen, auf die wir hier nicht weiter eingehen können. Worauf wir an dieser Stelle hingegen unseren Fokus legen wollen, ist die Beobachtung, dass sich gerade in der aktuellen Formulierung des Gesetzestextes großer nicht intendierter Auslegungsspielraum offenbart. Darunter verstehen wir Passagen oder Begrifflichkeiten, die „ungewollt“ oder auch „zufällig“ breiter ausgelegt und verstanden werden können, als es auf den ersten Blick scheint. Unserer Beobachtung und Analyse nach geschieht genau dies sehr oft in der Anwendung des § 64 StGB. Der nicht intendierte Spielraum bereitet gewissermaßen erst das Fundament, auf dem je nach Bundesland unterschiedliche Gebäude errichtet werden und auf dem im Laufe der Jahre immer größere Häuser entstanden sind.<sup>12</sup>

Konkret tut sich derartiger nicht (oder zumindest nicht in diesem Umfang) intendierter Auslegungsspielraum an drei Punkten im Regelungsgefüge des § 64 StGB auf: 1) an der Begrifflichkeit der zugrundeliegenden Suchtproblematik, 2) am Zusammenhang zwischen Delinquenzneigung und der Suchtproblematik sowie 3) an der geforderten hinreichend konkreten Erfolgsaussicht der Unterbringung. Diese Vielzahl an Spielräumen und deren teils komplexe Beziehung zueinander können auch erklären, wieso es so schwierig ist, durch obergerichtliche Rechtsprechung eine Einheitlichkeit herzustellen und die Auslegungsvarianten „einzufangen“.<sup>13</sup>

#### V. Änderungsbedarf und -vorschläge zur Einschränkung des Auslegungsspielraums

Der angesprochene Auslegungsspielraum begünstigt sicherlich beide als kritisch erachteten Phänomene. Im Umkehrschluss kann daher angenommen werden, dass eine Einschränkung des Spielraums gleichermaßen einen Lösungsansatz für beide Probleme darstellt. Die folgende Diskussion der Änderungsvorschläge der BL-AG und Vorstellung eigener Ergänzungen und Alternativen erfolgt somit unter dem übergeordneten Zweck, nicht intendierte Auslegungsspielräume des § 64 StGB einzuschränken, um beide Ziele (also Reduktion der UAO in der Breite sowie Harmonisierung der Anwendungspraxis) zu erreichen.

##### 1. Begrifflichkeit der zugrundeliegenden Suchtproblematik

Das erste Eingangskriterium des § 64 StGB lautet bisher: „Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen“. Unter dem Eindruck einer „Entgrenzung“ des Hangbegriffs, also einer zunehmend weiten Auslegung desselben, mehrten sich in den letzten Jahren die Stimmen, den juristischen Hangbegriff näher an den medizinischen Sprachgebrauch anzulehnen oder durch medizinische Termini zu ersetzen. Diese Diskussion wurde auch in der BL-AG geführt.

Doch scheint diese Diskussion in einen Kompromiss gemündet zu sein. Jedenfalls sieht der Reformentwurf vor, dass sich an der Formulierung des „Hang[es], alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen“ in § 64 S. 1 StGB nichts ändert. Wohl aber fügt die BL-AG dem ersten (Haupt-)Satz einen erläuternden Nachsatz hinzu. Dieser lautet: „der Hang erfordert eine Substanzkonsumstörung, infolge derer eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fortdauert.“ Dieser Nachsatz nun hat es in der Tat in sich: Denn er „definiert“ den Hang-Begriff gewissermaßen *en passant* neu. Aus unserer Sicht ist es positiv zu vermerken, dass erstmals versucht wird, klare und objektivierbare Kriterien zu nennen, die für die Annahme eines Hanges im Sinne des § 64 StGB erfüllt sein müssen. Dies wird den Auslegungsspielraum in Bezug auf die Begrifflichkeit der zugrundeliegenden Suchtproblematik sicherlich deutlich und nachhaltig einschränken. Gleichwohl wirkt die gefundene Lösung kompliziert, was uns fürchten lässt, dass es im Zusammenspiel zwischen erkennendem Gericht und gutachterlichen Sachverständigen zu noch mehr Abstimmungs- und Übersetzungsbedarf kommen wird.

<sup>8</sup> Querengässer/Traub, R&P 2021, 19 (27).

<sup>9</sup> A.a.O. Fn. 8.

<sup>10</sup> Auch die soziologisch an sich zutreffende Feststellung, gerade bei den genannten Bundesländern handle es sich um strukturell sehr unterschiedliche, greift zu kurz. Große Inzidenzunterschiede finden sich auch zwischen diesbezüglich vergleichbaren Bundesländern, z.B. zwischen Bayern und Hessen, die um den Faktor 4,2 differieren.

<sup>11</sup> Diese spielen allenfalls bei den unterschiedlich langen Verweildauern eine maßgebliche Rolle.

<sup>12</sup> Gewiss sieht der Gesetzgeber durch die Soll-Formulierung des § 64 StGB auch einen intendierten Auslegungsspielraum vor, doch kann dieser allein die Zunahme der UAO und die regionalen Unterschiede nicht in Gänze erklären. Denn dazu ist der Spielraum, den eine Soll-Regelung lässt, eigentlich zu eng.

<sup>13</sup> Ob dazu überhaupt ein Wille vorhanden ist, ist eine andere Frage.



Zunächst ist es schade, dass der Entwurf den überholten Begriff des „berauschenden Mittels“ nicht antastet – in anderen Kontexten ist der Gesetzgeber da schon weiter.<sup>14</sup> Gerade da in dem Entwurf der BL-AG der Begriff „Rausch“ gestrichen wird (s.u.), wäre es angebracht auch den ebenso antiquierten Terminus „berauschend“ zu ändern. Unsere Kernkritik bezieht sich aber auf den künftig erforderlichen Dreischritt: Erstens (primär vonseiten der gutachterlichen Sachverständigen) ist zu prüfen, ob bei der Person eine Substanzkonsumstörung diagnostiziert werden kann; zweitens ist zu prüfen, ob aufgrund dieser eine „dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fort dauert“; drittens muss auf dieser Grundlage der Rechtsbegriff des Hanges bejaht werden können. Wenn nun aber dieser Rechtsbegriff erst dann erfüllt ist, wenn beides andere vorliegt (der Hang „erfordert“ diese Form der Störung) und keine weitere Option zur Bejahung des Hanges denkbar ist – weshalb wird der „Hang“ dann überhaupt noch benötigt? Schließlich könnte durch die Reform sämtliches bisheriges Schrifttum zum „alten“ Hangbegriff nicht mehr als Referenz herangezogen werden. Erschiene es da nicht wesentlich konsequenter, den ohnehin problematischen Hangbegriff ganz aufzugeben? Sinnvoll, den Hang-Begriff zu erhalten, wäre es, wenn dieser direkt durch die genannten objektivierbaren Kriterien mit Leben gefüllt worden wäre. Im vorliegenden Entwurf wird jedoch die Substanzkonsumstörung als medizinisch-psychiatrische „Zwischendiagnose“ eingefügt – die zugleich verschärft und konkretisiert wird durch die erforderliche(n) Beeinträchtigung(en), die über die diagnostischen Anforderungen an die Stellung einer entsprechenden Diagnose noch hinausgehen. Aus dem Begriff der Substanzkonsumstörung wiederum ergibt sich ein weiterer Kritikpunkt. Eine Substanzkonsumstörung wird im gegenwärtigen psychiatrischen Klassifikationssystem DSM-5 klar definiert. Auch das in wenigen Jahren in Kraft tretende (und für die deutsche Versorgungslandschaft dann verbindliche) System des ICD-11 wird diesen Begriff aller Voraussicht nach so einführen. Es handelt sich somit um einen Begriff, der durch international gültige Klassifikationssysteme eindeutig definiert ist und auf die der deutsche Gesetzgeber keinen Einfluss hat. Zugleich ist es sehr wohl möglich, dass in späteren Klassifikationssystemen dieser Begriff wieder durch einen anderen ersetzt wird und aus dem medizinischen Sprachgebrauch verschwindet. Was dann? Muss dann das Strafgesetzbuch angepasst werden? Vermutlich war es dieser Umstand, der die BL-AG dazu veranlasste, den Hangbegriff nicht durch einen andernorts definierten medizinischen Begriff zu ersetzen.

Wir teilen das Ziel, sich nicht von internationalen Klassifikationssystemen abhängig zu machen, und sehen die Vorteile der vorgeschlagenen klaren und objektivierbaren

Kriterien. Im Sinne einer deutlichen Herabsetzung der Komplexität schlagen wir jedoch vor, eine „substanzbezogene Abhängigkeitserkrankung, infolge derer eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fort dauert“, als erstes Eingangskriterium zu formulieren.

Der überkommene Hang-Begriff würde dabei durch den Begriff der substanzbezogenen Abhängigkeitserkrankung ersetzt. Dabei handelt es sich um einen Terminus, der zwar in den einschlägigen Klassifikationssystemen nicht verwendet wird (und somit weder extern definiert ist noch aus den Systemen getilgt werden kann), der im medizinischen Sprachgebrauch aber doch weit verbreitet ist und zugleich als ein neuer Rechtsbegriff ausgestaltet werden kann.<sup>15</sup> Durch die Verbindung zu dem von der BL-AG vorgeschlagenen Nachsatz, der von uns ohne Änderung als Relativsatz übernommen wird, handelt es sich zudem um einen relativ klar objektivierbaren Terminus, der in seiner Gesamtheit nur einen geringen Auslegungsspielraum offenlassen dürfte.<sup>16</sup> Die daraus resultierende Eingrenzung, dass nicht jede Form einer substanzbezogenen Abhängigkeitserkrankung als Eingangskriterium im Sinne der Maßregel genügt, ist in folgender Überlegung begründet: Es gibt Formen von Abhängigkeitserkrankungen, die ausschließlich auf körperlich-medizinischen bzw. intrapsychischen Symptomen beruhen und die das soziale Funktionsniveau der betroffenen Personen nicht oder nur marginal beeinträchtigen.<sup>17</sup> Da das Strafrecht jedoch ein Regulativ (deviant) sozialen Verhaltens darstellt und keine Regelungsgrundlage für eine individuell-medizinische Behandlungsbedürftigkeit ist, erscheint es auch uns sinnvoll, den Aspekt eines beeinträchtigten sozialen Funktionsniveaus als Eingangsvoraussetzung aufzugreifen.

## 2. Konnexität zwischen Suchtproblematik und Delinquenzbegehung

Im aktuell geltenden Recht wird der Zusammenhang zwischen Suchtproblematik bzw. Hang und Straftat definiert als „rechtswidrige Tat, die sie [die Person] im Rausch begangen hat oder die auf ihren Hang zurückgeht“. Da ein Rausch (mithin ein Zustand der Intoxikation durch psychoaktive Substanzen) weder eine hinreichende noch eine notwendige Voraussetzung für die zugrundeliegende Suchtproblematik darstellt, ist es nachvollziehbar und richtig, dass der Vorschlag der BL-AG diesen Passus ersatzlos streicht und stattdessen als zweite Eingangsvoraussetzung eine „rechtswidrige Tat, die überwiegend auf

<sup>14</sup> So etwa im Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz (NpSG).

<sup>15</sup> Und der breiter verstanden werden kann, als die Begriffe „Abhängigkeit“ bzw. „Abhängigkeitssyndrom“, die sich wiederum in ICD und DSM finden. Insofern würde auch ein (durch den folgenden Relativsatz) qualifizierter Missbrauch bzw. schädlicher Gebrauch unter Umständen als Eingangskriterium genügen und die Voraussetzung wäre nicht an eine exklusive Diagnose gebunden.

<sup>16</sup> Natürlich wird es auch hierzu zahlreiche Urteile benötigen, ehe klar ist, was konkret unter einer „dauernde[n] und schwerwiegende[n] Beeinträchtigung“ zu verstehen ist. Dennoch erscheint dieser Terminus schon expressis verbis klarer, als der bisherige Hang zum Substanzkonsum im Übermaß.

<sup>17</sup> So lässt sich nach ICD-10 ein Abhängigkeitssyndrom diagnostizieren, wenn die Person die Kriterien Toleranzentwicklung hinsichtlich des Suchtmittels, Craving und Entzugssymptome aufweist.



ihren Hang zurückgeht“ erfordert.<sup>18</sup> Durch das neu hinzugefügte Adjektiv „überwiegend“ soll der geforderte Zusammenhang essentieller sein bzw. auf einem gedachten Kontinuum zwischen bloßer Koinzidenz und klarer Monokausalität zum letztem Pol hin verschoben werden.

Ohne zu verkennen, dass die Verbindung zwischen Sucht und Delinquenz in der Regel komplex und vieldimensional ist, erscheint uns dies dennoch ganz im Sinne der Verengung des Auslegungsspielraumes, sodass auch in unserem Vorschlag die Formulierung der BL-AG übernommen wird – mit der einzigen Änderung, dass wir (konkulent zur ersten Eingangsvoraussetzung) den Begriff Hang durch die substanzbezogene Abhängigkeitserkrankung ersetzen. Vorgeschlagen wird daher, das Vorliegen einer „rechtswidrigen Tat, die überwiegend auf diese Erkrankung zurückgeht“ als zweites Eingangskriterium zu formulieren.

### 3. Erfolgsaussicht einer Behandlung im Maßregelvollzug

Der zweite Satz des § 64 StGB ist derjenige, der unserer Erfahrung nach den größten nicht intendierten Spielraum für Auslegungen lässt. Wie schon in dem bereits angesprochenen Aufsatz aus Februar 2022 ausführlich dargelegt, kann die in § 64 S. 2 StGB formulierte Forderung nach einer „hinreichend konkrete[n] Aussicht“ auf Behandlungserfolg aus empirischer Sicht nicht valide erfüllt werden.<sup>19</sup> Es gibt schlicht keine bzw. zu schwache Prädiktoren, die zum Zeitpunkt der Begutachtung eine tragfähige Prognose über den später zu erwartenden Behandlungserfolg zulassen.<sup>20</sup> Gerade die daraus resultierende „Schwammigkeit“ öffnet den Verfahrensbeteiligten Tür und Tor, sich das Prognoseerfordernis für ihre Interessen zunutze zu machen.<sup>21</sup>

Wir plädieren aus diesem Grund für eine ersatzlose Streichung der Behandlungsprognose als viertes Eingangskriterium für eine UAO gem. § 64 StGB. Denn die von der BL-AG vorgeschlagene Umformulierung, statt einer „hinreichend konkreten Aussicht“ nun „tatsächliche Anhaltspunkte“ für Behandlungserfolg zu fordern, ändert nichts daran, dass es nach wie vor Aufgabe der Sachverständigen bliebe, eine Behandlungsprognose zu erstellen. Uns ist bewusst, dass das *BVerfG* bereits 1994 in einer viel zitierten

Entscheidung,<sup>22</sup> die Rechtmäßigkeit einer Unterbringung gem. § 64 StGB „nur auf Probe“ verneint hat. Daraus wurde das Erfordernis einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht abgeleitet und 2007 in § 64 StGB übernommen. Doch erscheint uns die Urteilsbegründung einerseits nicht frei von Widersprüchen und andererseits in weiten Teilen auch nicht mehr kongruent zum empirischen Kenntnisstand.<sup>23</sup> Wir bleiben daher bei der Einschätzung, das Prognoseerfordernis als Unterbringungs Voraussetzung aus dem Gesetzestext zu streichen.

Dies bedeutet aber nicht – und hier liegt das eingangs angesprochene Missverständnis – dass der gesamte zweite Satz des § 64 StGB gestrichen werden sollte. Denn dies würde ein Folgeproblem mit sich bringen, was die Möglichkeit angeht, eine Unterbringung gem. § 64 StGB wegen nicht mehr hinreichend konkreter Erfolgsaussicht für erledigt zu erklären (gem. § 67d Abs. 5 StGB). Und auch wenn aus empirischer Sicht jede Erledigungsentscheidung eine zu viel ist, weil sie einen zusätzlichen Risikofaktor für eine ungünstige Legalbewährung darstellt,<sup>24</sup> wird es als Korrektiv wichtig sein, die Möglichkeit für eine solche Beendigung der Unterbringung zu erhalten. Wenn nun aber zum Begutachtungszeitpunkt keine Aussage getroffen werden kann über den erwartbaren Behandlungserfolg, wieso soll dies dann später gelingen und eine Erledigung rechtfertigen? Dies hängt damit zusammen, dass empirische Forschung sehr wohl Prädiktoren des Behandlungserfolges ermittelt hat, dass sich diese aber überwiegend erst während des Behandlungsverlaufs manifestieren und erkennen lassen. Insofern wäre eine entsprechende Änderung die Anpassung des normativ Geforderten an das empirisch Mögliche.

Vor diesem Hintergrund sprechen wir uns dafür aus, die bisher indirekt in Satz 2 verborgene Zielsetzung, was mit einer Unterbringung gem. § 64 StGB erreicht werden soll, explizit als Zielvorgabe zu benennen. Auf diese Weise kann in § 67d Abs. 5 StGB nach wie vor eine Erledigung vorgesehen bleiben, die dann eintritt, wenn das vorgegebene Ziel nicht mehr erreichbar erscheint.

So kompliziert dies auf den ersten Blick klingen mag, wird es doch klarer, wenn man sich unseren vorgeschlagenen Gesetzestext vor Augen hält. So regen wir an, dass

<sup>18</sup> Gleichwohl bleibt offen, wieso im Entwurf der BL-AG zwar der Begriff „Rausch“ verschwindet, der ebenso antiquierte Begriff „berauschende Mittel“ jedoch bestehen bleibt.

<sup>19</sup> A.a.O. Fn. 1.

<sup>20</sup> Auch die BL-AG erkennt dies einerseits an, indem sie darlegt: „Zwar ist es selbst nach aktueller Studienlage schwierig, zuverlässige Prädiktoren für den Erfolg der Behandlung in der Maßregel nach § 64 StGB zu identifizieren [...]“, direkt danach wird jedoch behauptet: „Erkenntnisse aus der Praxis und die Ergebnisse verschiedener Katamnese-Studien legen jedoch verschiedene Zusammenhänge nahe“. Wer nun aber eine Aufzählung dieser Zusammenhänge erwartet, sieht sich stattdessen mit dem Verweis auf eine einzige Studie konfrontiert, in der der Grad der sozialen Integration mit der Legalbewährung nach Entlassung zusammenhing. Bei allen anderen in der Folge aufgezählten Phänomenen (unzureichende Sprachkenntnisse, Therapieunwilligkeit, langjähriger Rauschmittelkonsum oder dissoziale Charakterstruktur) handelt es sich nicht etwa um „tatsächliche Anhaltspunkte“ für Therapieerfolg, sondern um mehr oder weniger empirisch belegte Anhaltspunkte *dagegen*. A.a.O. Fn. 2, S. 27.

<sup>21</sup> In manchen Verfahren wird sogar offen darüber gesprochen, ob nicht die Behandlungsprognose eine „Hintertüre“ öffnet, im konkreten Fall doch noch einen „64er“ zu verhängen – oder im umgekehrten Fall zu verhindern.

<sup>22</sup> *BVerfG*, Beschl. V. 16.3.1994 – 2 BvL 3/90 u.a.

<sup>23</sup> Ausführlich dazu siehe *Querengässer/Berthold*, Fn 1.

<sup>24</sup> *Querengässer/Bulla/Hoffmann/Ross*, *Nervenzarzt* 2018, 71 (77).

in § 64 S. 2 StGB das Vollzugsziel folgendermaßen benannt wird: „Die Anordnung verfolgt das Ziel, die substanzbezogene Abhängigkeitserkrankung der Person durch die Behandlung in einer forensischen Klinik für Abhängigkeitserkrankungen [...] zu lindern und die Person damit über eine erhebliche Zeit von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihre Erkrankung zurückgehen.“ Entsprechend dazu regen wir an, § 67d Abs. 5 StGB so umzuformulieren, dass eine Erledigung dann vorgesehen ist, „wenn keine hinreichen konkrete Aussicht mehr vorliegt, das in § 64 S. 2 benannte Anordnungsziel zu erreichen.“

Zwei weitere Änderungsvorschläge unserer Skizze beziehen sich direkt auf die Zielsetzung einer Unterbringung gem. § 64 StGB. Bisher ist als Ziel formuliert, „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, [...]“ Aus therapeutischer Perspektive erscheint es wichtig, den Begriff der Heilung aus dem Gesetzestext zu streichen. Bei Suchterkrankungen ist eine Heilung im medizinischen Sinne nicht möglich.<sup>25</sup> Stattdessen sollte von einer Linderung oder einer Remission im Sinne von Besserung oder Reduktion von Krankheitssymptomen gesprochen werden; unter diesen Begriff ließe sich auch die bisherige Formulierung „vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren“ subsumieren. Aus normativer Sicht bemisst sich der Erfolg der Unterbringung primär an der Gefährlichkeitsreduktion. Unter dem Vorzeichen des Maßregelrechts stellt die Behandlung (und damit der „medizinische“ Behandlungserfolg) das Mittel zum Zweck (ebenjener Gefährlichkeitsreduktion) dar. Dies sollte auch aus der Formulierung des Gesetzestextes klarer hervorgehen, weshalb wir anregen, das Wort „damit“ einzufügen. So würde klar, dass durch die Linderung der Abhängigkeitserkrankung die Gefährlichkeitsreduktion erreicht werden soll.

#### 4. Weitere Änderungsvorschläge

Abschließend gehen wir an dieser Stelle noch kurz auf den Titel des § 64 StGB ein, dessen Änderung wir ebenso begrüßen würden. Wenn schon die überkommenen Begriffe „Rausch“ und „berauschende Mittel“ aus dem Gesetzestext gestrichen werden sollen, erscheint es nur folgerichtig, auch den Begriff der Entziehungsanstalt, der ebenfalls weder dem aktuellen Sprachgebrauch noch der Behandlungspraxis entspricht,<sup>26</sup> zu ersetzen. Was einen zeitgemäßen Alternativbegriff angeht, halten wir den Vorschlag der DGPPN,<sup>27</sup> nämlich von „forensischen Kliniken für Abhängigkeitserkrankungen“ zu sprechen, für den passendsten. Zumal sich hierin eine direkte Korrespondenz zu dem neu einzuführenden Rechtsbegriff der Abhängigkeitserkrankung innerhalb des Paragraphen ergibt.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass wir die von der BL-AG vorgeschlagenen Änderungen an „§ 67 StGB Reihenfolge der Vollstreckung“ und „§ 463 StPO Vollstreckung von Maßregeln der Besserung und Sicherung“ hinsichtlich der Erschwerung einer Halbstrafenentlassung und hinsichtlich der Berechnung des Vorwegvollzugs anhand des Zwei-Drittel-Zeitpunkts jedenfalls für vertretbar erachten.

## VI. Diskussion

Alle Zeichen deuten darauf hin, dass es in allernächster Zukunft zu einer Reform des § 64 StGB kommen wird. Auch wenn sich im dafür erstellten Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe viele zielführende Ansätze wiederfinden, geht dieser Entwurf aus unserer Sicht nicht weit genug, um wenigstens den drängendsten Herausforderungen der Unterbringungspraxis zu begegnen: den rasant steigenden Anordnungszahlen und den drastischen regionalen Unterschieden.

Hierzu erscheint es uns vielmehr notwendig, die drei o.g. Eingangsvoraussetzungen des § 64 StGB (Hangbegriff, Konnexität und Behandlungsprognose) klarer zu fassen. Die Hoffnung wäre, dass weniger (vom Gesetzgeber mutmaßlich nicht so vorgesehener) Auslegungsspielraum verbleibt und sich dadurch auch die Unterbringungspraxis in den Ländern angleicht. Dafür wird es jedoch wichtig sein, an allen drei Punkten die Spielräume einzuschränken. Eine unverändert hohe Nutzung der verbleibenden Spielräume würde jedenfalls mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten, wenn der Entwurf der BL-AG ohne Änderungen so umgesetzt und verabschiedet wird. Konkret befürchten wir, dass die Behandlungsprognose nach wie vor als Hintertüre genutzt wird, um „den 64er doch irgendwie möglich zu machen“. Unserer Erfahrung nach wird die Behandlungsprognose (zumindest in Einzelfällen) nämlich dazu genutzt, bei „uneindeutigen“ Sachverhalten hinsichtlich der ersten beiden Eingangskriterien eine Anordnung dennoch zu legitimieren. Denn unter der Annahme, dass der Angeklagte ja sicherlich von einer Unterbringung gem. § 64 StGB profitieren würde (worauf auch immer dies dann gestützt ist), lässt sich gerne hinwegsehen, dass es sich möglicherweise nur um einen rudimentären „Hang“ bei unklarem Zusammenhang zur Delinquenzneigung handelt. Wir gehen davon aus, dass die Streichung der Behandlungsprognose dazu führen würde, dass Sachverständige und Gerichte gezwungen würden, mehr Wert auf eine reliable und klare Prüfung der ersten beiden Eingangsvoraussetzungen zu legen. Dies hätte dann paradoxerweise sogar den Effekt, dass die Abschaffung einer der (ursprünglich ebenfalls als Filter gedachten) Eingangsvoraussetzungen die Filterfunktion der anderen fördert.

Uns ist klar, dass die zahlreichen Probleme und Herausforderungen rund um § 64 StGB nicht alle durch unsere Skizze gelöst werden können.<sup>28</sup> Dies wird nach unserer

<sup>25</sup> Dies wird verständlich, wenn man sich die Psyhyrembel-Definition des Begriffs Heilung als eine „vollständige Wiederherstellung der Gesundheit (bzw. des Ausgangszustands) nach einer Erkrankung“ vor Augen führt.

<sup>26</sup> In Maßregelvollzugskliniken gem. § 64 StGB findet weit mehr statt als eine reine „Entziehung“ von der psychoaktiven Substanz.

<sup>27</sup> A.a.O. Fn. 4.

<sup>28</sup> Als Übersicht über die aktuellen Herausforderungen forensischer Suchtbehandlung siehe Bezzel/Schlögl/Janele/Querengässer, MSchrKrim 2022, 65 (73).

Einschätzung aber ohne eine ganz grundlegende Überarbeitung des Sanktionenrechts sowieso nicht gelingen. Ohnehin bedarf es auch spürbarer Veränderungen in der Behandlungs- und Begutachtungspraxis. Dennoch sind wir überzeugt, dass der vorliegende Entwurf eine tragfähige Alternative zum Entwurf der Bund-Länder-Arbeitsgruppe darstellt und bis auf Weiteres einige Probleme abfedern könnte – zumindest so lange, bis es eines Tages tatsächlich zu einer grundlegenden Revision des deutschen Sanktionssystems kommt.

## VII. Anhang

Zur leichteren Verständlichkeit werden nachfolgend die in unserer Skizze vorgeschlagenen Gesetzesänderungen in konsolidierter Form (bezogen auf den gegenwärtig gültigen Gesetzestext) wiedergegeben:

### **§ 64 StGB – Unterbringung in einer ~~Entziehungsanstalt~~ forensischen Klinik für Abhängigkeitserkrankungen**

Hat eine Person ~~den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen,~~ eine substanzbezogene Abhängigkeitserkrankung, infolge derer eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fort dauert, und wird sie wegen einer rechtswidrigen Tat, die ~~sie im Rausch begangen hat oder die überwiegend auf ihren Hang~~ diese Erkrankung zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil ihre Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so soll das Gericht die Unterbringung in einer ~~Entziehungsanstalt~~ forensischen Klinik für Abhängigkeitserkrankungen anordnen, wenn die Gefahr besteht, dass sie infolge ~~ihres Hanges~~ ihrer Erkrankung erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird. Die Anordnung ~~ergeht nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die~~ verfolgt das Ziel, die substanzbezogene Abhängigkeitserkrankung der Person durch die Behandlung in einer ~~Entziehungsanstalt~~ forensischen Klinik für Abhängigkeitserkrankungen innerhalb der Frist nach § 67d Absatz 1 Satz 1 oder 3 zu ~~heilen oder über-~~ lindern und die Person damit eine erhebliche Zeit ~~vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und~~ von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ~~ihren Hang~~ ihre Erkrankung zurückgehen.

### **§ 67d – StGB Dauer der Unterbringung**

[...]

5) Das Gericht erklärt die Unterbringung in einer ~~Entziehungsanstalt~~ forensischen Klinik für Abhängigkeitserkrankungen für erledigt, wenn ~~die Voraussetzungen des § 64 Satz 2 nicht mehr vorliegen~~ keine hinreichend konkrete Aussicht mehr vorliegt, das in § 64 Satz 2 genannte Anordnungsziel zu erreichen. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt Führungsaufsicht ein.

[...]

# Catcalling – Eine phänomenologische und strafrechtliche Betrachtung

von Prof. Dr. Elisa Hoven,  
Anja Rubitzsch und Barbara Wiedmer\*

## Abstract

Das „Catcalling“ wird in den sozialen Medien, in der Politik und zunehmend auch in der Strafrechtswissenschaft als gesellschaftliches Problem diskutiert. Dabei wird die Frage gestellt, ob neue Strafnormen geschaffen oder bestehende Tatbestände ergänzt werden müssen, um das Phänomen zu erfassen. Eine Auseinandersetzung mit der Strafwürdigkeit von Catcalling kann jedoch nur erfolgen, wenn das Phänomen genauer beschrieben wird. Erst auf dieser Grundlage lässt sich überlegen, welche Verhaltensweisen strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen sollten. Der Beitrag untersucht daher die von Betroffenen berichteten Erscheinungsformen von Catcalling im Rahmen einer Social-Media-Analyse und thematisiert anschließend, ob das Strafrecht sie bereits erfasst und Reformen notwendig sind.

*The problem of “catcalling” is currently discussed in the media, in politics and also increasingly by legal scholars. These discussions raise the question whether new criminal offences need to be established or if the existing provisions have to be altered in order to cover this phenomenon. However, these questions cannot be answered without a better understanding of the phenomenon of catcalling. On the basis of a social media analysis, this article explores which forms of offensive behavior victims do experience and define as catcalling. In a second step, it is discussed to what extent German criminal law already covers the reported acts and whether reforms are necessary.*

## I. Einführung

Im Jahr 2020 unterzeichneten fast 70.000 Menschen eine auf „openpetition“ laufende Petition mit dem Titel „Es ist 2020. Catcalling sollte strafbar sein“.<sup>1</sup> In einer aktuellen Studie der Universität Trier – hier in der KriPoZ veröffentlicht – sprechen sich 90 % von rund 2900 Befragten für eine Regulierung durch den Staat aus; 42 % für eine strafrechtliche Ahndung.<sup>2</sup>

Die Diskussion über eine Strafbarkeit von Catcalling hat mittlerweile auch die Strafrechtswissenschaft erreicht.<sup>3</sup> Sie reiht sich ein in Entwicklungen der vergangenen

Jahre, die zunehmend auf eine Erweiterung des Sexualstrafrechts gerichtet waren: Von der Einführung des „Nein heißt Nein“-Modells in § 177 Abs. 1 StGB über die sexuelle Belästigung in § 184i StGB bis hin zum Upskirting nach § 184k StGB. Die Verschärfung des Sexualstrafrechts wird teilweise als überzogen oder moralisierend<sup>4</sup> kritisiert, von anderen als notwendige Anpassung des Rechts an einen differenzierteren Blick auf sexuelle Selbstbestimmung befürwortet.<sup>5</sup>

Eine Auseinandersetzung mit Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von Catcalling setzt zunächst voraus, dass das Phänomen hinreichend klar beschrieben wird. Catcalling ist nicht nur kein Rechtsbegriff, es wird auch in der gesellschaftlichen Diskussion nicht einheitlich verstanden. So beschreiben die Initiatorinnen der Petition das Catcalling als „verbale sexuelle Belästigung“. Das policy paper des Deutschen Juristinnenbundes (djb) weist hingegen darauf hin, dass der Begriff auch weitere sexuell konnotierte Verhaltensweisen erfassen kann, zum Beispiel „aufdringliche Blicke, Hinterherpfeifen, Kussgeräusche, anzügliche Bemerkungen, obszöne Witze, unpassende Aufforderungen zu sexuellen Handlungen, exhibitionistische Handlungen, das unerwünschte Zeigen pornographischer Inhalte, anzügliche Kommentare über den Körper einer Person, das sexuell motivierte Verfolgen, Bedrängen oder körperliche Berühren einer Person sowie sexuelle Belästigungen mittels digitaler Medien“.<sup>6</sup>

Die in der Diskussion zu beobachtende unterschiedliche Bewertung der Strafwürdigkeit von Catcalling mag auch darauf zurückzuführen sein, dass verschiedene Bilder des Phänomens existieren. Wer Catcalling auf ein „Hinterherpfeifen“ reduziert, wird eher annehmen, dass das Strafrecht auf bagatellarische Sittlichkeitsverstöße nicht zu reagieren braucht.<sup>7</sup> Ziel dieses Beitrags ist es daher, dem Begriff des Catcallings durch eine empirische Annäherung an Erscheinungsformen und Wahrnehmung des Phänomens Konturen zu verleihen. Zu diesem Zweck wurden Beiträge auf der Social-Media-Plattform Instagram analysiert, die Erfahrungen mit Catcalling thematisierten. Die zentralen Forschungsfragen der Untersuchung waren:

\* Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienstrafrecht an der Universität Leipzig; Anja Rubitzsch und Barbara Wiedmer sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen am Lehrstuhl von Frau Prof. Hoven.

<sup>1</sup> <https://www.openpetition.de/petition/online/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein> (zuletzt abgerufen am 3.3.2022).

<sup>2</sup> Gemmel/Immig, KriPoZ 2022, 83 (85).

<sup>3</sup> S. Pörner, NStZ 2021, 336; Steiner, ZRP 2021, 241; Gemmel/Immig, KriPoZ 2022, 83 (87 ff.).

<sup>4</sup> Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 177 Rn. 4; Lamping, JR 2017, 347 (356); krit. auch Löffelmann, StV 2017, 410 (414 ff.).

<sup>5</sup> Bezjak, KJ 2016, 557 (571); Hörnle, NStZ 2017, 13 (14); Papathanasiou, KriPoZ 2016, 133 (139); Renzikowski, NJW 2016, 3553; s.a. Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (184).

<sup>6</sup> Deutscher Juristinnenbund 2021, S. 1.

<sup>7</sup> In diese Richtung Fischer, Spiegel Online v. 25.09.2020, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/gesetzgebung-alles-neu-kolumne-von-thomas-fischer-a-c0a57139-23af-447c-b163-5d8e1cfa19ba> (zuletzt abgerufen am 11.3.2022).



- Welche Handlungen werden als Catcalling wahrgenommen?
- In welchen Situationen ereignet sich Catcalling?
- Wer sind die Betroffenen, wer die Täter?

Auf Basis der Studie wird erörtert, welche der geschilderten Verhaltensweisen bereits nach geltendem Recht strafbar sind. In einem nächsten Schritt werden Überlegungen angestellt, ob ein kriminalpolitisches Bedürfnis nach einer Erweiterung des Strafrechts zur Erfassung bislang nicht sanktionierter Erscheinungsformen von Catcalling besteht.

## II. Methodik

Gegenstand der Social-Media-Analyse waren in erster Linie Inhalte, die auf der Social-Media-Plattform Instagram von sogenannten „Catcall“-Accounts geteilt wurden.

Nach den Angaben der Petitionsplattform kamen die meisten Unterstützenden (43 %) der Petition von Instagram. Eine besondere Rolle spielen dabei die „Catcall“-Accounts: Die Accountbetreiber veröffentlichen anonymisiert Berichte über Erfahrungen, die von den Betroffenen als Catcalling wahrgenommen wurden – mit dem Ziel, Catcalling anzuprangern und ein gesellschaftliches Bewusstsein für das Phänomen zu schaffen. In über 80 deutschen Städten gibt es Accounts wie „catcallsofberlin“ oder „catcallsofmuc“, die insgesamt über 9100 Beiträge veröffentlicht haben. Diesen Accounts folgen derzeit rund 147.000 Menschen. Der reichweitenstärkste Account „catcallsofhannover“ hat bereits über 18.400 Follower.<sup>8</sup>

Durch die Untersuchung dieser Beiträge kann sich dem Phänomen ergebnisoffen angenähert werden. Befragungen setzen regelmäßig eine vorgefasste Definition des Untersuchungsgegenstands voraus, die möglicherweise bestimmte Erlebnisse ausschließt oder nicht antizipiert. Das ist dann problematisch, wenn das Verständnis von Catcalling nicht normativ vorgegeben ist, sondern seine realen Erscheinungsformen und deren Wahrnehmung durch die Betroffenen erst erhoben werden sollen. Demgegenüber ermöglicht die Social-Media-Analyse, zunächst sämtliche Handlungen einzubeziehen, die von den Betroffenen selbst als „Catcalling“ definiert werden.

Für die Untersuchung wurden die Beiträge der vier reichweitenstärksten „Catcall“-Accounts – München, Hannover, Mainz, Berlin<sup>9</sup> – ausgewählt. In der Erhebung befinden sich alle Beiträge, die zwischen Februar 2019<sup>10</sup> und Mitte April 2021 veröffentlicht wurden; insgesamt konnten 790 Catcall-Erlebnisse untersucht werden. Für die Auswertung wurden weitestgehend offene Kategorien gewählt, um die verschiedenen Formen des Erlebten besser

erfassen zu können. Anschließend konnten mehrere Gruppen mit ähnlichen oder sogar identischen Catcalling-Erfahrungen gebildet werden. Die Klassifikation der Erlebnisse soll einerseits zu einem besseren Verständnis von Catcalling beitragen. Zum anderen kann auf dieser Basis eine quantitative Analyse erste Erkenntnisse über Verbreitung und Häufigkeit der einzelnen Formen liefern.

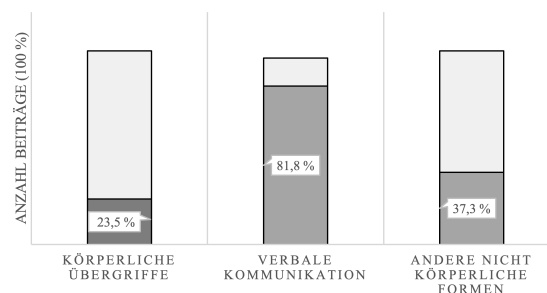
Die Erkenntnisse der quantitativen Auswertung sind nur vorsichtig zu verallgemeinern. Auch wenn sich der Catcalling-Diskurs überwiegend auf Instagram ereignet, kann darüber nicht das gesamte Phänomen erfasst werden. Das hier untersuchte Sample beschränkt sich auf Berichte von Nutzern einer bestimmten Plattform, wobei gerade Instagram überwiegend von jüngeren Menschen genutzt wird.<sup>11</sup> Es bleibt daher ein Dunkelfeld, das im Rahmen der Untersuchung nicht abgebildet wird.

## III. Erkenntnisse

### 1. Erscheinungsformen

Die einzelnen Erlebnisse können in drei Kategorien eingeordnet werden: körperliche Übergriffe, Kommunikation (verbale Form) und andere nicht körperliche Formen aufgedrängter Sexualität (Abbildung 1). Bei der Erfassung der Erscheinungsformen war allerdings zu beachten, dass die geschilderten Situationen häufig mehr als ein Verhalten beinhalteten. Eine eindeutige Aussage darüber, welche der berichteten Handlungen als belästigend wahrgenommen wird, wurde dadurch erschwert.

Abbildung 1: Erscheinungsformen



In 81,8 % aller Beiträge wurde von verbaler Kommunikation berichtet, sie stellt damit den größten Anteil der Catcall-Erlebnisse dar. 23,5 % der Befragten schilderten körperliche Übergriffe und 37,3 % andere nicht körperliche Formen aufgedrängter Sexualität. Überwiegend (54,9 %) wurde nicht nur eine Form der Interaktion genannt, sondern ein Zusammenspiel verschiedener körperlicher und nicht körperlicher Einwirkungen.<sup>12</sup>

Zur Veranschaulichung der als Catcalling wahrgenommenen Erlebnisse wird in diesem Beitrag mit exemplarischen

<sup>8</sup> Stand jeweils Februar 2022.

<sup>9</sup> [https://instagram.com/catcallsofmuc?utm\\_medium=copy\\_link](https://instagram.com/catcallsofmuc?utm_medium=copy_link); [https://instagram.com/catcallsofhannover?utm\\_medium=copy\\_link](https://instagram.com/catcallsofhannover?utm_medium=copy_link); [https://instagram.com/catcallsofmainz?utm\\_medium=copy\\_link](https://instagram.com/catcallsofmainz?utm_medium=copy_link); [https://instagram.com/catcallsofberlin?utm\\_medium=copy\\_link](https://instagram.com/catcallsofberlin?utm_medium=copy_link) (jeweils zuletzt abgerufen am 22.4.2022).

<sup>10</sup> Dort wurde der 1. Beitrag von einem „Catcall“-Account veröffentlicht.

<sup>11</sup> Statista, Anteil der befragten Internetnutzer, die Instagram nutzen, nach Altersgruppen in Deutschland in den Jahren 2015 bis 2020/21, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/691584/umfrage/anteil-der-nutzer-von-instagram-nach-alter-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 3.3.2022).

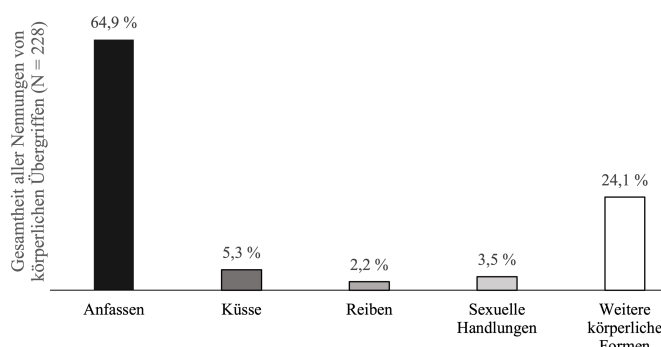
<sup>12</sup> Verbale Kommunikation mit mindestens einer der anderen Formen in 37,1 % aller 790 Erlebnisse, 141 Erfahrungen beinhalteten keine verbale Form (17,8 %).

Aussagen<sup>13</sup> aus der eigenen Analyse gearbeitet. Damit stellt sich das Problem, dass Äußerungen reproduziert werden; für die Beschreibung des Phänomens ist es jedoch alternativlos, die erlebten Übergriffe im Wortlaut wiederzugeben, da eine abstrahierende Beschreibung den Prozess der Kategorisierung und Einordnung vorwegnehmen würde.

#### a) körperliche Übergriffe

Die erlebten körperlichen Übergriffe zeigten sich in vier Ausprägungen: Anfassen, Küsse, Reiben des Körpers des Täters an den Betroffenen und sexuelle Handlungen oberhalb der Schwelle von § 184h StGB, etwa: ungewollte Griffe in die Hose der Betroffenen oder das „*ungehemmte Befummeln des Hinterns*“ (Z.628); hiervon nicht erfasste körperliche Formen – etwa ein Festhalten ohne Sexualbezug – wurden einer Auffangkategorie zugeordnet. Insgesamt enthielten 17,6 % aller Beiträge mindestens einen körperlichen Übergriff.

Abbildung 2: Körperliche Übergriffe



Den größten Anteil nehmen dabei Situationen ein, in denen eine Person angefasst wird (64,9 %). Das betrifft am häufigsten das Gesäß (33,8 %), etwas seltener den Intimbereich (12,8 %), die weibliche Brust (9,5 %) oder die Schenkel (12,1 %):

„Er setzte zu einem High Five an und schlug mir dann auf den Po“ (Z.150); „Er packt mir unter meine Winterjacke an meinen Arsch“ (Z.209).

Berichtet werden aber auch Berührungen anderer Körperbereiche wie Haare oder Schulter/Rücken (21 %):

„Er griff mir aus dem Auto heraus einfach in die Haare“ (Z.541); „Er legte seinen Arm um meine Schultern“ (Z.617).

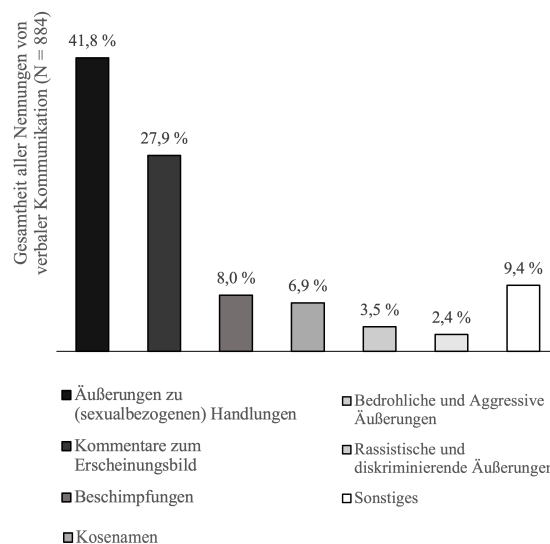
In aller Regel wurde in diesen Fällen die körperliche Berührung nicht isoliert berichtet, sondern war begleitet von verbalen Übergriffen.

„Seine Hand auf meinem Bein. „Du willst es auch. Ich merke das!““ (Z.439); „Dann hat er dumme Witze gemacht, gelacht und mich an der Schulter etc. gestreichelt“ (Z.234).

#### b) Verbale Kommunikation

Die verbalen Formen des Catcalling weisen einen hohen Grad an Diversität auf: Die berichteten Äußerungen unterschieden sich in Inhalt und Schwere teilweise erheblich. Insgesamt konnten die Catcall-Erfahrungen in 13 Formen unterteilt werden, die in 7 größeren Kategorien zusammengefasst dargestellt sind (Abbildung 3).

Abbildung 3: Verbale Kommunikation



Innerhalb der Kategorie der verbalen Formen werden Aufforderungen zu / Äußerungen über Handlungen (meist sexualbezogen) am häufigsten erlebt (41,8 %), etwa:

„Bei deinem Aussehen verliere ich garantiert die Kontrolle über mein Glied“ (Z.5); „Komm, schwing deinen Arsch für uns“ (Z.102); „Mit dem Outfit musst du mit mir schlafen, darauf bist du ja aus“ (Z.775).

Darunter befinden sich auch explizite Anfragen nach sexuellen Handlungen gegen Bezahlung („Blowjob für 15€?“ [Z.222]). Einen kleineren Anteil (3,8 %) bilden Kommentare zur Sexualität, die vor allem die weibliche Homosexualität aufgreifen wie

„Küsst euch. Alle Kerle finden Lesben geil.“ (Z.566) oder „Lesbisch? Du hast einfach noch nie einen richtigen Schwanz bekommen!“ (Z.561).

Häufig werden Betroffene aufgefordert, ihre Telefonnummer herauszugeben oder Nähe zu den Äußernden herzustellen.

Verbreitet sind zudem Äußerungen über das äußerliche Erscheinungsbild der Betroffenen (27,9 %). Den größten Anteil bilden hier die Kommentare, die sich auf das Aussehen oder einzelne Körperteile beziehen; in knapp 40 % dabei auf die „Titten“ oder den „geilen Arsch“.

„Mit dem Arsch ist es schwer dich nicht anzufassen“ (Z.32); „Geile Titten. Jemand wie dich würde ich direkt mit nach Hause nehmen“ (Z.162); „Du siehst toll aus! Richtig fickbar!“ (Z.662).

<sup>13</sup> Die aufgeführten Äußerungen entstammen dem Sample, teilweise mit geringfügigen orthografischen und grammatikalischen Anpassungen.

Vereinzelte richten sich Kommentare auch auf andere Körperbereiche wie etwa die Schenkel:

„Saftige Schenkel, mein Mädchen.“ (Z.328).

Teilweise waren Äußerungen über das Aussehen der Betroffenen nicht als scheinbare „Komplimente“, sondern bewusst abwertend formuliert:

„Ihr seid so hässlich, euch würde ich nicht mal für Geld ficken!“ (Z.329).

Erlebt werden auch Beschimpfungen<sup>14</sup> (8,0 %) sowie bedrohliche und aggressive Äußerungen (3,5 %), etwa:

„Ich werde deine Fotze ficken, bis sie blutet“ (Z.63); „Ich ramm dir meinen Dolch rein bis er platzt!“ (Z.92); „I would love to kidnap you and take you to my apartment...“ (Z.155).

In jedem 13. Beitrag findet sich zudem ein Kosename;<sup>15</sup> am häufigsten darunter Süße und Schatz/i. Rassistische und diskriminierende Äußerungen wurden in 2,4 % der Fälle erlebt.

Eine Vielzahl verbaler Äußerungen (9,4 %) ließ sich keiner dieser Kategorien zuordnen. Zum Großteil handelte es sich dabei um ein unaufgefordertes Ansprechen. Oftmals wurde in diesen Fällen nicht das Ansprechen als solches, sondern die begleitenden Umstände – etwa allein im Dunkeln, im Schwimmbad oder der Sauna – als unangenehm erlebt. In einigen Fällen bildete die Kommunikation nur die Grundlage für ein späteres übergreifendes Verhalten. So berichteten Betroffene etwa davon, dass sie erst unter einem Vorwand um Hilfe gebeten und anschließend überraschend angefasst wurden.

Einige Beiträge berichten auch darüber, wie die Catcaller auf Kritik oder Abweisung durch die Betroffenen reagieren. Sehr häufig wird das eigene Verhalten nach einer Ablehnung bagatellisiert und die Handlung verharmlost:

„Ich bin eben ein Mann, das ist normal. Du solltest dich geehrt fühlen, das zeigt doch nur, dass ich auf dich stehe“ (Z.166); „Wieso ist doch ein Kompliment. Man darf das doch wohl mal sagen, dein Arsch ist halt geil“ (Z.220); „Sei doch froh, wenn dich ein Mann so anschaut“ (Z.323).

Auch Dritte reagierten häufig mit einer Relativierung des Geschehens:

„Von einem anderen Anwesenden: ‚Es gehören immer zwei dazu und ich hätte meine Abneigung deutlicher zeigen können und wäre ja auch gut drauf gewesen‘“ (Z.649).

Vereinzelte wurde davon berichtet, dass selbst die Polizei die Taten nicht ernst nahm oder – zumindest indirekt – den Betroffenen eine Mitschuld gab:

„Wir waren schwimmen, als zwei Männer uns belästigten - Von den Polizisten: ‚brauchen sich doch gar nicht wundern, dass die Männer so reagiert haben‘“ (Z.646).

Die klare Ablehnung einer Interaktion seitens der Betroffenen führte in vielen der berichteten Fälle nicht dazu,

dass der Täter sich entfernte; die Opfer wurden oft weiter verfolgt und bedrängt:

„Wollen wir uns mal treffen?‘ Er akzeptierte mein Nein nicht.“ (Z.707); „Er bedrängte und verfolgte mich tagelang“ (Z.652); „Er fragte, ob er uns fotografieren dürfte. Wir mussten mehrfach ablehnen, ganz in Ruhe ließ er uns nicht“ (Z.562).

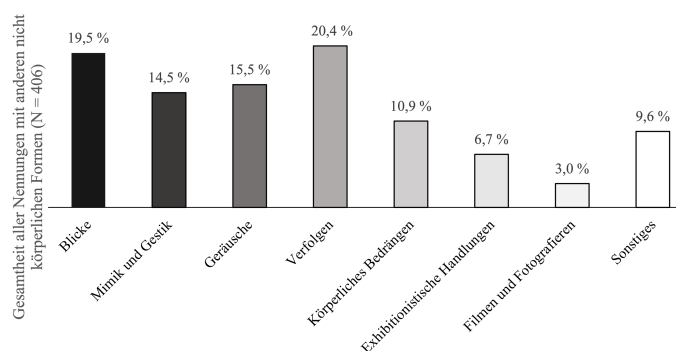
Teilweise führte die Abweisung auch zu einer aggressiven oder beleidigenden Reaktion des Catcallers.

„Hässliche Hure, sei froh, überhaupt mal die Möglichkeit zu haben, fett genagelt zu werden“ (Z.294); „Er fasste mir an den Hintern und sagte: ‚Sei dankbar, dass dich überhaupt jemand will, du blöde Schlampe‘“ (Z.503).

### c) Andere nicht körperliche Formen aufgedrängter Sexualität

Mit Blick auf andere nicht körperliche Formen aufgedrängter Sexualität wird zum Großteil von non-verbaler Kommunikation (Blicke, Mimik und Gestik, Geräusche) oder von Handlungen wie Verfolgen oder Auflauern berichtet.

Abbildung 4: Andere nicht körperliche Formen



Blicke werden dabei meist in Kombination mit einer anderen Handlung („Er sah mich an, holte sein ‚Ding‘ raus und masturbierte“ [Z.605]; „Einer starrte auf meine Brüste, einer packte mir an den Arsch“ [Z.425]) oder einer Äußerung beschrieben:

„Er starrte mich an. Auf Nachfrage sagte er: ‚Schöne Dinge im Leben muss man immer im Auge behalten‘“ (Z.281); „Sag mal, welche Körbchengröße hast du?‘ Er starrte auf mein T-Shirt“ (Z.133); „Er starrte auf meine Brüste. ‚Ich hab Hunger‘“ (Z.175).

Teilweise wird ein „Starren“ aber auch für sich genommen als unangenehmes und sexualisiertes Verhalten erlebt. Unter Mimik und Gestik fallen etwa „Zwinkern und Grinsen“ oder „über die Lippen lecken“; unter „Geräuschen“ werden insbesondere „Hinterherpfeifen“, „Kuss-, Schmatz- oder Stöhn-Geräusche“ gefasst.

<sup>14</sup> Eingeordnet wurden hier Fälle, die juristisch als Formalbeleidigung gewertet wurden.

<sup>15</sup> 7,7 % (61 von 790 Beiträgen).

In der Kategorie der exhibitionistischen Handlungen<sup>16</sup> finden sich vor allem Szenarien, in denen eine Person im öffentlichen Raum – teilweise ohne sich zu entblößen – vor den Betroffenen masturbiert.

„Er starrte mich an und holte sich über der Hose einen runter“ (Z.519); „Er betrachtete den Arsch meiner Freundin und befriedigte sich“ (Z.564).

Diese Form tritt dabei auch öfter in Kombination mit einer Kommunikation auf:

„Guck mal, hast du schon mal so einen Schwanz gesehen?“ (Z.559); „Willst du mal probieren? Er holte sein Geschlechtsteil raus“ (Z.613); „Er masturbierte und fragte, ob ich zuschauen möchte“ (Z.509).

Unter dieser Kategorie wurden ebenso „Dickpics“ geführt; die aber nur Inhalt von 5 Beiträgen waren, etwa:

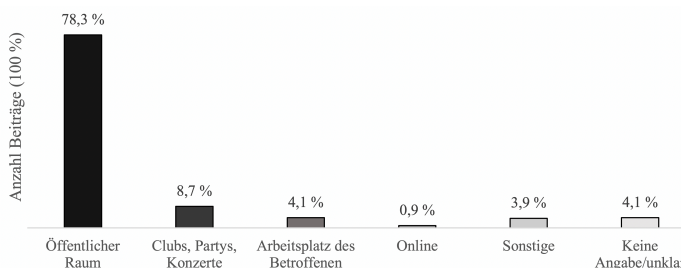
„Er schickte mir einfach ein Dickpic“ (Z.692); „Ich war 15, als mir ein fremder Mann ein Bild von einem erigierten Penis zeigte“ (Z.703).

## 2. Situationen, Alter und Geschlecht

### a) Orte

Betroffene erleben Catcalling in vielen Alltagssituationen, am häufigsten im öffentlichen Raum (78,3 %), darunter insbesondere auf offener Straße (44,4 %) sowie in und bei öffentlichen Verkehrsmitteln (21,5 %). Ebenfalls berichtet wird von Catcalling in Clubs oder auf Partys (8,7 %). Belästigungen im digitalen Raum wurden dagegen nur in 7 von 790 Beiträgen als Fälle von Catcalling verstanden.

Abbildung 5: Örtlichkeit



### b) Alter und Geschlecht

Zum Geschlecht der Täter liegen Angaben in 750 Beiträgen vor. Den Daten kann entnommen werden, dass Catcalling ganz überwiegend von Männern begangen wird (97,6 %), die allein (57 %) oder mit anderen Männern (43 %) unterwegs sind.

Angaben zum Alter des Täters fanden sich nur in 30 % aller Beiträge. Das Alter beruht auf einer Schätzung durch die Betroffenen, so dass die Erkenntnisse nicht zwingend verlässlich sind. In den Posts wird häufiger von „Jugendlichen“ (14,8 %) oder einer „alten Person“ (20,8 %) gesprochen. In den Fällen, in denen ein ungefähres Alter genannt wurde, sind 28,1 % unter 30 Jahren und rund ein Drittel zwischen 40 und 49 Jahren alt.<sup>17</sup> Betroffene<sup>18</sup> sind überwiegend minderjährig (78,7 %), im Durchschnitt 15,7 Jahre alt und meist weiblich (96 %).<sup>19</sup> Gemmel & Immig gelangen über eine Online-Befragung zu dem Ergebnis, das ein nicht unerheblicher Anteil der Männer ebenfalls betroffen ist (28,9 %).

Auffällig in Bezug auf das Alter der Beteiligten ist die Häufigkeit von Schilderungen, die sehr jungen Menschen – unter 18 Jahren – widerfahren.

„Ich war 8, sie riefen ‚Zieht eure Kleider hoch‘ und fotografierten uns“ (Z.59); „Ich bin 14. ‚Triffst du dich schon mit Jungs zum Blasen?‘“ (Z.433); „Jetzt darfst du mir an den Schwanz packen. Ich war 12“ (Z.586); „Ich war 14, er sagte zu mir: ‚Zeig mal, ob du da unten auch so schöne rote Haare hast‘“ (Z.743).

Ebenfalls häufig wird von einer großen Altersdivergenz zwischen den Betroffenen und den Tätern berichtet.

„Ich war 12, er so 60: ‚Na, wie viel kostet es bei dir?‘“ (Z.738); „Wo gehen wir beide denn gleich noch hin? Ich war 16. Er 40“ (Z.653); „Ich war 13, er ca. 50: ‚Es gefällt mir extrem wie du dein Eis schleckst... Ja, das macht mich richtig an!‘“ (Z.724).

Teilweise lassen die Berichte darauf schließen, dass die Kommunikation gerade aufgrund des Altersunterschieds als unangenehm empfunden wurde.

„Ey Süße, setz dich zu uns! Ich 17, sie ca. 40“ (Z.657); „Er (40) fasste mir (16) an den Oberschenkel und sagte ‚du hast schöne, kräftige Beine‘“ (Z.778).

## IV. Diskussion

### 1. Strafbarkeit des Catcalling nach geltendem Recht

Ob die Forderung nach einer Strafbarkeit von Catcalling kriminalpolitisch sinnvoll ist, hängt zunächst davon ab, welche Erscheinungsformen bereits nach geltendem Recht strafrechtlich sanktioniert werden können.

#### a) Catcalling als Sexualdelikt

Einige der im Sample geschilderten Übergriffe stellen Sexualdelikte dar und sind nach § 177 StGB oder § 184i StGB strafbar.

<sup>16</sup> Erfasst wurden hier Entblößungen und Masturbationsbewegungen; nicht bei allen beobachteten Fällen handelt es sich um Exhibitionismus im juristischen Sinn; s.u. IV. 1. a) bb).

<sup>17</sup> Bis 19 Jahre (6,5 %), 20 bis 29 Jahre (21,6 %), 30 bis 39 Jahre (18,0 %), 40 bis 49 Jahre (30,2 %), 50 bis 59 Jahre (13,7 %), ab 60 Jahre (10,1 %).

<sup>18</sup> 21,4 % aller Beiträge enthielten eine Altersangabe des Betroffenen und 77,6 % eine Angabe zum Geschlecht.

<sup>19</sup> Zu ähnlichen Ergebnissen gelangen andere aktuelle Studien zum Phänomen Catcalling, die als Online-Befragung durchgeführt wurden; Gemmel/Immig, KriPoZ 2022, 83 (84); Goede/Lehmann, Catcalling. Erste Ergebnisse einer Online-Befragung. Vortrag bei der

Tagung „Gender & Crime – Geschlechteraspekte in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft“ 25.11.2021 bis 26.11.2021. Die Altersstruktur der Betroffenen ist allerdings in besonderer Weise von der Nutzung der Social-Media-Plattform abhängig, 80 % der 16- bis 19- und 20- bis 29-jährigen Befragten nutzen Instagram; zwischen 30 und 39 Jahren liegt der Anteil nur noch bei 63 % und nimmt dann mit steigendem Alter weiter ab; Statista, Anteil der befragten Internetnutzer, die Instagram nutzen, nach Altersgruppen in Deutschland in den Jahren 2015 bis 2020/21, April 2021, <https://de-statista.com/statistik/daten/studie/691584/umfrage/anteil-der-nutzer-von-instagram-nach-alter-in-deutschland/> (zuletzt abgerufen am 3.3.2022).



### aa) Sexuelle Übergriffe

In acht Fällen wurden nicht-einvernehmliche sexuelle Handlungen oberhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB geschildert, etwa Griffe in die Hose oder Geschlechtsverkehr trotz kommunizierter Ablehnung. Dabei handelt es sich um (versuchte) sexuelle Übergriffe unter Ausnutzung eines Überraschungsmoments (§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB) und um Vergewaltigung (§ 177 Abs. 1, 6 StGB); etwa „*Er hat mich dann nach einer kurzen Weile einfach gepackt und gegen eine Mauer gedrückt, während er versucht hat meine Hose zu öffnen*“ (Z.266) oder „*Er griff mir in der vollen Straßenbahn in die Hose*“ (Z.379)<sup>20</sup>. Der Unrechtsgehalt dieser Fälle geht deutlich über die sonst beobachteten Formen wie verbale Übergriffe hinaus.

### bb) Exhibitionistische Handlungen

Teilweise wurden Entblößungen, Masturbationen und das Zusenden von Fotos des männlichen Glieds (sog. Dickpics) als belästigend geschildert (3,4 %, 27 von 790 Catcalls). Hier kommt eine Strafbarkeit wegen exhibitionistischer Handlungen gem. § 183 Abs. 1 StGB in Betracht. Strafbar macht sich danach ein Mann (sic!), der eine andere Person durch das Entblößen seines Glieds belästigt. Eindeutig strafbar sind danach Fälle wie der folgende: „*Er hatte sein Glied in der Hand und fragte, ob ich schon mal einen Penis gesehen hätte*“ (Z.636).<sup>21</sup> Nicht unter § 183 StGB fallen hingegen Masturbationsgesten oder -handlungen unter der Kleidung (wenn das Genital nicht sichtbar ist); hier kann allenfalls eine Erregung öffentlichen Ärgernisses nach § 183a StGB vorliegen.<sup>22</sup> Der Täter muss zudem das Ziel haben, dass seine sexualbezogene Entblößung von anderen Menschen wahrgenommen wird. Nimmt der Täter lediglich in Kauf, dass er beim Masturbieren beobachtet werden könnte, liegt kein exhibitionistisches Verhalten nach § 183 StGB vor (und auch keine Erregung öffentlichen Ärgernisses).<sup>23</sup> Erlebnisse wie „*Er onanierte im Flixbus hinter uns*“ (Z.125) erfüllen also keinen Straftatbestand.

Ob das Zusenden sogenannter „Dickpics“ strafbar ist, ist noch nicht abschließend geklärt. Einschlägig könnte die Verbreitung pornografischer Inhalte sein.<sup>24</sup> Nach § 184

Abs. 1 Nr. 6 StGB macht sich strafbar, wer einen pornografischen Inhalt an einen anderen gelangen lässt, ohne von diesem hierzu aufgefordert zu sein. Allerdings ist der Begriff der Pornographie unklar<sup>25</sup> und auslegungsbedürftig. Entscheidend ist nach überwiegender Auffassung, dass es sich um einen Inhalt handelt, der nach seinem objektiven Gehalt gerade auf die Erregung eines sexuellen Reizes abzielt.<sup>26</sup> Zusätzlich müssen die nach allgemeinen gesellschaftlichen Wertevorstellungen gezogenen Grenzen des Anstandes eindeutig überschritten werden.<sup>27</sup> Ob dies bei Detailaufnahme eines Geschlechtsorgans per se der Fall ist, lässt sich gerade angesichts der zunehmenden Normalisierung körperlicher Darstellungen etwa in den sozialen Netzwerken nicht mehr – so auch Hörnle – „zuverlässig feststellen“.<sup>28</sup> Es bleibt abzuwarten, ob die Gerichte die Zusendung von Dickpics künftig unter § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB fassen werden.<sup>29</sup>

Auch von einer Strafbarkeit nach § 183 StGB kann nicht ohne Weiteres ausgegangen werden.<sup>30</sup> Die Tat unterscheidet sich von „klassischen“ exhibitionistischen Handlungen dadurch, dass es zu keiner körperlichen Begegnung von Täter und Opfer kommt. Der Wortlaut von § 183 StGB setzt allerdings weder eine persönliche Anwesenheit der Beteiligten noch eine Gleichzeitigkeit von Entblößung und Wahrnehmung voraus.<sup>31</sup> Ob man digitalen Exhibitionismus als von § 183 StGB erfasst sieht, hängt auch davon ab, welches Schutzinteresse man der Norm zugrunde legt. Bei der Einführung von § 183 StGB hat der Gesetzgeber zumindest auch darauf abgestellt, dass das Opfer regelmäßig nicht wisse „ob [die exhibitionistische Handlung] nur den Anfang eines schwerer wiegenden sexuellen Angriffs darstellt“.<sup>32</sup> Eine solche Sorge vor einer Eskalation der Situation besteht in Fällen digitaler Kommunikation nicht. Allerdings spielt sie für die Legitimation der Norm nur am Rande eine Rolle – zumal Studien zeigen, dass es in aller Regel nicht zu weiteren Übergriffen kommt.<sup>33</sup> Entscheidend ist, dass auch in Fällen des digitalen Exhibitionismus dem Opfer die visuelle Wahrnehmung des Geschlechtsteils aufgezwungen und damit in vergleichbarer Weise in sein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung eingegriffen wird.<sup>34</sup>

<sup>20</sup> Hier handelt es sich aufgrund des Alters der Betroffenen von 13 Jahren außerdem um Kindesmissbrauch (§ 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB).

<sup>21</sup> Im konkreten Fall liegt aufgrund des mitgeteilten Alters des Opfers von 11 Jahren auch ein sexueller Missbrauch von Kindern ohne Körperkontakt mit dem Kind (§ 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB) vor. In jeweils einem weiteren, ähnlich gelagerten Fall war das Opfer 10 bzw. 12 Jahre alt.

<sup>22</sup> In diese Richtung Hörnle, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 183a Rn. 5.

<sup>23</sup> Hörnle, in: MüKo-StGB, § 183 Rn. 3.

<sup>24</sup> Bejahend (allerdings ohne nähere Begründung) BVerwG, BeckRS 2020, 10047 Rn. 22.

<sup>25</sup> So Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 184 Rn. 18.

<sup>26</sup> BVerwG, JuS 2002, 1118; KG, NStZ 2009, 446 (447); Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 184 Rn. 3; Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 21; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 184 Rn. 8; Sobota/Gerecke, JR 2022, 237 (238); jew. m.w.N.; krit. zum subjektiven Merkmal der sexuellen Reizung Frommel, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 184e Rn. 10; für einen individuellen, an den Betroffenen ausgerichteten Maßstab Wolters/Greco, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2017), § 184 Rn. 12 f.

<sup>27</sup> Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 21.

<sup>28</sup> Hörnle, in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 21.

<sup>29</sup> Dafür Gemmel/Immig, KriPoZ 2022, 83 (87); krit. Sobota/Gerecke, JR 2022, 237 (239 f.).

<sup>30</sup> Hierzu ausführlich Sobota/Gerecke, JR 2022, 237 (240 f.).

<sup>31</sup> Sobota/Gerecke, JR 2022, 237 (240); für eine Gleichzeitigkeit von Entblößung und Wahrnehmung Hörnle, in: MüKo-StGB, § 183 Rn. 8; enger Ziegler, in: BeckOK-StGB, 52. Ed. (2022), § 183 Rn. 4; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, § 183 Rn. 3, die gleichzeitige körperliche Anwesenheit fordern.

<sup>32</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 53.

<sup>33</sup> Kentler/Schorsch, in: Jäger/Schorsch, Sexualwissenschaft und Strafrecht, 1987, S. 108; Sick, ZStW 103 (1991), 43 (89) m.w.N. Gleichwohl kommt dem Aspekt Bedeutung zu, da die Angstreaktion des Opfers in der Situation nachvollziehbar bleibt. Durch die exhibitionistische Handlung dokumentiert der Täter, dass er zu sexuell übergriffigem Verhalten bereit ist; dass auf eine Grenzüberschreitung eine weitere folgen kann, ist aus Perspektive der Betroffenen nicht fernliegend.

<sup>34</sup> Ebenso Sobota/Gerecke, JR 2022, 237 (241).

### cc) Sexuelle Belästigung

In mehr als einem Zehntel der Fälle werden Erlebnisse als Catcalling berichtet, die den Tatbestand der sexuellen Belästigungen erfüllen. § 184i StGB setzt voraus, dass der Täter eine Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt. Die Rechtsprechung bestimmt den Sexualbezug „gemischt objektiv-subjektiv“.<sup>35</sup> Danach ist eine Berührung sexuell bestimmt, wenn sie bereits rein objektiv gemessen an ihrem äußeren Erscheinungsbild einen Sexualbezug aufweist oder wenn sich bei einem neutralen äußeren Erscheinungsbild der Sexualbezug einem objektiven Beobachter erschließt, der alle Umstände des Einzelfalls und die Absichten des Täters kennt.<sup>36</sup>

Ein objektiver Sexualbezug ist insbesondere dann zu bejahen, wenn eine Körperstelle angefasst wird, die soziokulturell als sexuell konnotiert angesehen wird und eine Berührung deshalb außerhalb intimer Beziehungen sozial unüblich ist,<sup>37</sup> d.h. bei Berührungen des Pos, Intimbereichs und der Brüste (9,7 %, 77 von 790 Catcalls), aufgedrängten Küssen<sup>38</sup> (1,4 %, 11 von 790 Catcalls) oder das Reiben des männlichen Gliedes an eine andere Person (0,6 %, 5 von 790 Catcalls), z.B. „*Er packte ihr an den Arsch*“ (Z.497), „*Er rieb sein Geschlechtsteil an mich*“ (Z.533). Einen Sexualbezug bejaht die Rechtsprechung außerdem beim Herunterziehen körpernah getragener Hosen und Unterhosen, wenn dadurch in einer Weise Körperkontakt aufgenommen wird, der mit den in der Gesetzesbegründung genannten Beispielen vergleichbar ist.<sup>39</sup> Daran anknüpfend kann beispielweise auch ein im Sample beobachteter Griff unter das T-Shirt an den BH-Verchluss eine sexuelle Konnotation aufweisen.

Bei der Berührung von objektiv betrachtet neutralen Körperstellen, wie beispielsweise der Arme, Beine oder Haare, liegt dagegen ohne Hinzutreten weiterer Umstände keine sexuelle Belästigung vor.<sup>40</sup> Hier muss geprüft werden, ob sich ein Sexualbezug aus den Begleitumständen, insbesondere aus der Kommunikation zwischen den Beteiligten ergibt. Verneint hat etwa das *OLG Hamm* eine sexuell bestimmte Berührung beim Tatscheln eines bekleideten Knies begleitet von der Aussage die Betroffene sei „seine Frau“.<sup>41</sup>

Anders zu bewerten wäre es, wenn die begleitende Kommunikation deutlich macht, dass die Berührung nicht nur

Ausdruck eines Besitzdenkens, sondern einer sexuellen Annäherung ist. Die Grenze zwischen strafloser und strafbarer Berührung ist allerdings nicht leicht zu ziehen. Allein durch die Gleichzeitigkeit von Berührung und verbal sexueller Äußerung wird die Berührung noch nicht zu einer sexuell bestimmten. So genügt etwa ein Festhalten am Arm begleitet von einem Wunsch nach sexuellen Handlungen („*Wollen wir nach Hinten gehen, damit ich dich flachlegen kann?*“ [Z.643]) dafür nicht. Legt der Täter aber etwa mit den Worten „*Girl, I can fuck you five hours*“ (Z.439) der Betroffenen die Hand auf den Schenkel, erscheint die Berührung dadurch als körperliche Annäherung zur Anbahnung eines sexuellen Kontaktes und damit sexuell bestimmt.<sup>42</sup> Auch eine der Berührung unmittelbar vorhergehende Kommunikation kann ihr die Neutralität nehmen. So wird durch die Ankündigung „*Eine Amifotze würde ich auch gerne mal durchführen!*“ (Z.635) ein anschließendes Streicheln über den Rücken dann sexuell bestimmt, wenn es im unmittelbaren zeitlich-räumlichen Zusammenhang zu dem vorherigen Kommentar steht. Umgekehrt gilt das allerdings nicht. Ein Griff an die Schulter bleibt auch dann eine neutrale Handlung, wenn sich die Betroffene deshalb entfernt und der Täter dies mit den Worten „*dich müsste man auch mal in den Arsch ficken*“ (Z.647) kommentiert.

### b) Catcalling als Äußerungsdelikt

Sexuell konnotierte Äußerungen fallen hingegen nicht unter § 184i Abs. 1 StGB, da der Tatbestand eine körperliche Berührung voraussetzt. Eine Strafbarkeit von Catcalling-Äußerungen kommt allerdings insbesondere wegen Beleidigung nach § 185 StGB in Betracht.

#### aa) Beleidigung

§ 185 StGB schützt nach überwiegender Ansicht die Ehre des Betroffenen vor der Kundgabe von Geringschätzung, Nicht- oder Missachtung.<sup>43</sup> Sexualbezogene Äußerungen erfüllen problemlos dann den Tatbestand von § 185 StGB, wenn sie eine Formalbeleidigung<sup>44</sup> darstellen („*fette Fotze*“ [Z.416], „*du bist auch so eine unentschlossene Schlampe*“ [Z.417]; insgesamt 9,0 %, 71 von 790 Catcalls; 8,0 % der Kommunikation).

In anderen Fällen sexueller Äußerungen ist die Rechtsprechung bei der Einordnung als Beleidigung zurückhaltend.

<sup>35</sup> BGHSt 63, 98 (103); *LG Stuttgart*, BeckRS 2019, 21445; s.a. *OLG Hamm*, BeckRS 2019, 2137.

<sup>36</sup> BGHSt 63, 98 (103); *OLG Hamm*, BeckRS 2019, 2137; *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, § 184i Rn. 4; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 184i Rn. 6; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 184i Rn. 5; i.S.e. rein objektiven Auslegung *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (189); *Hörnle*, NStZ 2017, 13 (20); *Noltenius*, in: *SK-StGB*, § 184i Rn. 5; *Wolters*, in: *SSW-StGB*, 5. Aufl. (2021), § 184i Rn. 7; *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, § 184i Rn. 11; *ders.*, NJW 2016, 3553 (3557).

<sup>37</sup> *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 184i Rn. 5; *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, § 184i Rn. 11.

<sup>38</sup> Jedenfalls bei Küssen auf den Mund, s. *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, § 184i Rn. 11; weiter noch *ders.*, NJW 2016, 3553 (3557) (Küsse auf die Wange); in diese Richtung auch *BT-Drs.* 18/9097 S. 29 f. (Küsse auf Nacken und Haare); bei Zungenküssen kann dagegen bereits die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB überschritten sein (s. *BGH*, NStZ 2012, 33; *NStZ-RR* 2017, 242; *Hörnle*, in: *MüKo-StGB*, § 184h Rn. 21).

<sup>39</sup> *BGH*, BeckRS 2021, 10457.

<sup>40</sup> Vgl. *OLG Hamm*, BeckRS 2019, 2137; *LG Stuttgart*, BeckRS 2019, 21445; *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (189).

<sup>41</sup> *OLG Hamm*, BeckRS 2019, 2137.

<sup>42</sup> In diese Richtung *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, § 184i Rn. 11.

<sup>43</sup> *Fischer*, StGB, § 185 Rn. 4; *Regge/Pegel*, in: *MüKo-StGB*, § 185 Rn. 8; *Zaczyk*, in: *NK-StGB*, § 185 Rn. 6; *Eisele/Schittenhelm*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 185 Rn. 2.

<sup>44</sup> Zum Begriff der Formalbeleidigung siehe *BVerfG*, NJW 2020, 2622 (2624 f.); *AG Frankfurt a.M.*, BeckRS 2021, 1953; *Valerius*, in: *BeckOK-StGB*, § 193 Rn. 36.

Sexuelle Ansinnen könnten „im Ausnahmefall“ eine beleidigende Herabsetzung der Person enthalten, wenn „der Täter selbst das der betroffenen Person angesonnene Verhalten als verwerflich oder ehrenrührig ansieht und durch die Äußerung zum Ausdruck bringen will, dass er dem Tatopfer eine entsprechende verachtenswerte Haltung zu Unrecht unterstellt“<sup>45</sup>. Eine Beleidigung liege etwa dann vor, wenn in der Aussage die Annahme mitschwingt, die Betroffene sei jemand, mit der man „so etwas ohne weiteres machen kann“<sup>46</sup>. Bejaht wird eine Strafbarkeit insbesondere, wenn einer Person anlasslos unterstellt werde, sie sei zu entgeltlichen sexuellen Handlungen bereit.<sup>47</sup> Berichtete Äußerungen wie „Du bist so geil, ich will dich ficken, komm schon, ich bezahl ich auch“ (Z.758) oder „Was hältst du davon dein Taschengeld etwas aufzubessern, Kleine, du weißt schon.“ (Z.563), die im Sample 3,9 % (31 von 790 Catcalls) ausmachen, wären danach als strafbare Beleidigungen zu werten.

Hingegen soll nach Ansicht des BGH „allein die sexuelle Motivation des Täters, mit der er den Betroffenen unerwünscht und gegebenenfalls in einer ungehörigen, das Schamgefühl betreffenden Weise konfrontiert [...] für die erforderliche, die Strafbarkeit begründende, herabsetzende Bewertung des Opfers nicht“ ausreichend sein.<sup>48</sup> So wurde etwa die Äußerung eines 65-Jährigen gegenüber einer 11-Jährigen er wolle „an ihre Muschi fassen“ sowie die Aussagen „ich will dich ficken“ und „ich will deine Muschi lecken“ gegenüber älteren Frauen vom 2. Strafsenat nicht als Beleidigung gewertet.<sup>49</sup>

Dieser Ansatz des BGH erscheint allerdings zu eng. Eine unterstellte Bereitschaft der Betroffenen zu sexuellen Handlungen ist für sich genommen nicht ehrenrührig.<sup>50</sup> Dahinter steht das Bild der „züchtigen“ Frau, die entsprechende Ansinnen kategorisch ablehnt. Ihren beleidigenden Charakter enthält die sexualbezogene Äußerung aber nicht durch den Rückgriff auf ein vermeintlich ehrenrühriges Verhalten der Frau, sondern dadurch, dass der Täter das Opfer zum Objekt seiner Sexualinteressen macht und auf dessen Geschlechtlichkeit reduziert.<sup>51</sup>

Zurecht betont daher etwa das OLG Hamm, dass eine Herabwürdigung auch dann vorliegt, wenn zusätzlich zur Bekundung sexuellen Interesses dem Betroffenen suggeriert wird, dass er „gleichsam wie ein (Lust-)Objekt zur Befriedigung seiner sexuellen Bedürfnisse mittels Durchführung des Geschlechtsverkehrs zur Verfügung steht“<sup>52</sup>. Das

OLG Karlsruhe sah eine besondere Demütigung und Herabwürdigung des anderen auch darin, dass eine nicht unerhebliche verbale sexuelle Belästigung auf offener Straße vorgenommen wird.<sup>53</sup>

Die Grenze zwischen noch zulässiger Annäherung und strafbarer Herabwürdigung ist abstrakt schwer zu ziehen. Sie wird jedenfalls dann überschritten, wenn das Opfer anlasslos mit eindeutigem, derbem sexuellem Ansinnen konfrontiert wird. Strafbar sind mit Blick auf das untersuchte Sample etwa Äußerungen wie „du siehst so aus, als ob du auf Analsex stehst“ (Z.518) oder „Lutsch meinen Schwanz, nimm ihn in den Mund“ (Z.514), (24,6 %, 194 von 790 Catcalls).

Schwieriger zu beurteilen sind Äußerungen, die mit dem Schlagwort „Catcalling is not a compliment“ erfasst werden, insbesondere Kommentare zum Aussehen der Person („bei dir wird man schon geil“ [Z.502], „nice fucking ass“ [Z.442], „Junge, die hat stabile Titten, oida“ [Z.781]; 22,4 %, 177 von 790 Catcalls). Wird die Betroffene wie in den hier genannten Fällen bereits durch das verwendete Vokabular sexualisiert, ist eine herabwürdigende Reduktion auf ihre Geschlechtlichkeit anzunehmen.<sup>54</sup> Sie stellen nicht nur „einen distanzlosen Versuch aufdringlicher Kontaktherstellung dar“<sup>55</sup>. Anders zu bewerten sind hingegen Aussagen wie „du siehst so schön aus“, Aufforderungen wie „Hey Süße, gib mir deine Nummer“ (Z.363), „Schönes Mädchen, willst du meinen Sohn heiraten?“ (Z.507), (14,1 %, 111 von 790 Catcalls) oder das Ansprechen fremder Personen mit Kosenamen („Schatzi“ [Z.450]; 7,7 %, 61 von 790 Catcalls). Sie können zwar als verbal übergriffig erlebt werden, gehen aber nicht mit einem Absprechen des personalen Eigenwerts einher und sind daher nicht als Beleidigungen strafbar.<sup>56</sup> Gleiches gilt für das Hinterherpfeifen oder sonstige (Lock-)Geräusche; solche Formen der Annäherung werden – auch wenn in der öffentlichen Diskussion das Catcalling häufig darauf reduziert wird<sup>57</sup> – auch selten für sich genommen als belästigend geschildert (1,4 %, 11 von 790 Catcalls).

#### bb) Bedrohung

In einigen Fällen kam es entweder unmittelbar oder nach Ablehnung eines Annäherungsversuchs zu aggressiven oder bedrohlichen Äußerungen (3,9 %, 31 von 790 Catcalls).

<sup>45</sup> BGH, NStZ-RR 2006, 338; NStZ-RR 2008, 108 (109); übereinstimmend Fischer, StGB, § 185 Rn. 11c.

<sup>46</sup> BGH, NStZ 1992, 33; s.a. OLG Hamm, NStZ-RR 2008, 108; LG Freiburg, NJW 2002, 3645 (3646); Zaczyk, in: NK-StGB, Vor §§ 185 Rn. 25; Eisele/Schittenhelm in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 4.

<sup>47</sup> BGH, NStZ 1992, 33; OLG Oldenburg, BeckRS 2011, 925; krit. Zaczyk, in: NK-StGB, Vor §§ 185 Rn. 25, Fn. 66.

<sup>48</sup> BGH, NStZ 2018, 603 (604).

<sup>49</sup> BGH, NStZ 2018, 603 (604).

<sup>50</sup> Krit auch Gemmel/Immig, KriPoZ 2022, 83 (88).

<sup>51</sup> Vgl. OLG Hamm, NStZ-RR 2008, 108 (109); ähnlich Rogall, in: SK-StGB, § 185 Rn. 14.

<sup>52</sup> OLG Hamm, NStZ-RR 2008, 108 (109); übereinstimmend Pörner, NStZ 2021, 336 (338); in diese Richtung auch OLG Zweibrücken, NJW 1986, 2960 (2961); AG Lübeck, BeckRS 2011, 19102; diff. Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 185 Rn. 12, der erst bei „qualifiziertem“ nicht aber bei „schlichtem“ Ansinnen eines Sexualkontakts eine Beleidigung annehmen will.

<sup>53</sup> OLG Karlsruhe, NJW 2003, 1263 (1264).

<sup>54</sup> In diese Richtung auch Deutscher Juristenbund 2021, S. 5.

<sup>55</sup> So aber Pörner, NStZ 2021, 336 (338).

<sup>56</sup> Pörner, NStZ 2021, 336 (338).

<sup>57</sup> Vgl. etwa die Begriffserklärungen bei Wikipedia, online abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Catcalling> oder dem Duden, online abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Catcalling>, aber auch die Petition gegen Catcalling selbst, online abrufbar unter: <https://www.openpetition.de/petition/online/es-ist-2020-catcalling-sollte-straftbar-sein#petition-main> (jeweils zuletzt abgerufen am 3.3.2022).



Hier kann eine Bedrohung gem. § 241 Abs. 1 StGB vorliegen, wenn ein Mensch mit der Begehung einer gegen ihn oder eine ihm nahestehende Person gerichteten rechtswidrigen Tat etwa gegen die sexuelle Selbstbestimmung oder die körperliche Unversehrtheit bedroht wird.<sup>58</sup> Die Bedrohung muss nicht ausdrücklich formuliert werden, sondern kann auch konkludent zum Ausdruck gebracht werden.<sup>59</sup> Die Aussage „*ich habe auch mein Messerschen und Teleskopschläger dabei*“ (Z.17) nach abgelehnter Interaktion mit dem Täter dürfte für die Annahme einer Bedrohung mit einer Straftat gegen die körperliche Integrität ausreichen. Nicht erfasst werden hingegen Äußerungen, die zwar einschüchternde Wirkung haben, nicht aber die Ankündigung einer rechtswidrigen Tat zum Gegenstand haben, etwa „*Du hast Glück, dass ich kein Moslem Vergewaltiger bin!*“ (Z.751).

### c) Nicht körperliche und non-verbale Formen des Catcalling

Als weitere Form der Belästigung werden insbesondere Verfolgungen erlebt (10,5 %, 83 von 790 Catcalls, 20,4 % der nicht-körperlichen Formen). Diese sind häufig (80,7 %) zusätzlich mit einer verbalen Annäherung verbunden und dauerten über einen längeren Zeitraum an: „*Er verfolgte mich über 1,5 km und sagte, ‚stell dich nicht so an‘.*“ (Z.110), „*drei Männer verfolgten uns über zwei Stunden lang*“ (Z.256). Denkbar wäre hier allenfalls eine Strafbarkeit wegen Nachstellung nach § 238 StGB. Der Tatbestand stellt jedoch nur „wiederholte“ Nachstellungshandlungen unter Strafe, wobei die Tat geeignet sein muss, die „Lebensgestaltung nicht unerheblich zu beeinträchtigen“. Bei einmaligen Begegnungen – und um solche handelte es sich bei den meisten geschilderten Catcalling-Erlebnissen – scheidet eine Strafbarkeit nach § 238 StGB aus.

Auch die übrigen im Sample beobachteten Formen nicht-körperlicher, nonverbaler Annäherung sind regelmäßig straflos. Das gilt für als belästigend empfundene Blicke (z.B. lüsterne Blicke oder aufdringliches Starren) und Mimik (etwa das Lecken über die eigenen Lippen).

### 2. Ausblick: Zur Einführung eines „Catcalling“-Tatbestandes de lege ferenda

Eine Analyse der berichteten Erscheinungsformen und ihrer Strafbarkeit zeigt, dass viele Catcalling-Erfahrungen bereits nach geltendem Recht strafrechtlich sanktioniert

werden können. Dies setzt allerdings gerade im Bereich des Beleidigungsstrafrechts voraus, dass die Gerichte den – bereits vom *OLG Hamm* beschrittenen – Weg gehen, sexuell herabwürdigende Äußerungen konsequent als Beleidigungen zu ahnden.<sup>60</sup> An anderer Stelle bietet es sich an, das bestehende Sexualstrafrecht an neue Phänomene anzupassen – und etwa digitalen Exhibitionismus wie das Zusenden von Dickpics zweifelsfrei strafrechtlich zu erfassen. Den wohl bedeutsamsten und zugleich kriminalpolitisch schwierigsten Fall stellen Äußerungen dar, die zwar nicht ehrverletzend, wohl aber sexuell belästigend sind.<sup>61</sup> Sie werden vom Strafrecht derzeit nicht erfasst – weder durch das Beleidigungsrecht, das auf einen Ehrschutz abstellt, noch durch das Sexualstrafrecht, das verbale Belästigungen bislang ausklammert.<sup>62</sup>

Gegen eine Erweiterung des Strafrechts auf solche Fälle des Catcallings wird eingewandt, dass verbale Übergriffe „lediglich eine Form der distanz- und respektlosen Annäherung“ darstellten, die letztlich hingenommen werden müsse.<sup>63</sup> Auf eine ähnliche Weise wurde und wird gegen die Kriminalisierung von Exhibitionismus als einer anderen Form aufgedrängter Sexualität argumentiert: Ungevolte Konfrontation mit Sexualität sei eine Unannehmlichkeit, die zwar ärgerlich, aber nicht strafwürdig sei.<sup>64</sup> Wer sich in der Öffentlichkeit bewege, der stoße gelegentlich auf Vorgänge, die ihn abschrecken, etwa öffentliche Trunkenheit, Körperausscheidungen oder das Abspielen lauter Musik.<sup>65</sup> Aufgabe des Strafrechts sei es aber weder, unanständiges Benehmen zu sanktionieren noch den Einzelnen vor kurzzeitig negativen Gefühlen wie Ekel oder Schreck zu schützen.<sup>66</sup>

Diese Argumente sind aus verschiedenen Gründen nicht überzeugend. Sie zeigen zunächst eine bedenkliche Bagatellisierung der Wirkung ungewollter sexueller Konfrontation auf die Betroffenen. Eine Gleichsetzung exhibitionistischer Handlungen – erst recht dürfte auf diese Weise für verbale Belästigungen argumentiert werden – mit „lauter Musik“ offenbart einen kaum nachvollziehbaren Mangel an Sensibilität und ein fehlendes Verständnis für die unterschiedliche Wahrnehmung von Sexualität. Dass die Einstufung aufgedrängter Sexualität als bloße soziale Lästigkeit weit überwiegend von männlichen Autoren

<sup>58</sup> Bei den im Sample untersuchten Fällen handelt es sich um Erlebnisse, die sich größtenteils unter Geltung der alten Rechtslage ereignet haben. Bis 2.4.2021 war noch die Bedrohung mit einem Verbrechen erforderlich. Hier soll dennoch die aktuelle Rechtslage untersucht werden, um beurteilen zu können, ob die Verhaltensweisen nunmehr strafrechtlich erfasst wären. Ebenso wurde mit Blick auf § 238 StGB verfahren.

<sup>59</sup> Sinn, in: MüKo-StGB, § 241 Rn. 6.

<sup>60</sup> OLG Hamm, NSZ-RR 2008, 108 (109).

<sup>61</sup> Die Annahme von Steiner, dass keine strafwürdigen verbalen sexuellen Belästigungen denkbar seien, die nicht zugleich die Voraussetzungen der Beleidigungsstrafbarkeit erfüllen, verkennt die grundsätzlich unterschiedliche Schutzrichtung von Beleidigungs- und Sexualstrafrecht; Steiner, ZRP 2021, 241 (243).

<sup>62</sup> So auch Gemmel/Immig, KriPoZ 2022, 83 (87 ff.).

<sup>63</sup> Pörner, NSZ 2021, 336 (340).

<sup>64</sup> Weigend, ZStW 129 (2017), 513 (521 f.); Wolters, in: SSW-StGB, § 183 Rn. 1; ders., Fragmentarischer Charakter des Strafgesetzbuchs auch im dreizehnten Abschnitt (?) – Überlegungen zur Zeitgemäßheit einzelner Strafvorschriften, abgedruckt im Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, 1360 (1367); von Hören, ZRP 1987, 19 (22); für die Strafwürdigkeit dagegen Bottke, in: FS Szwarc, 2009, S. 297 (300); Laufhütte/Roggenbuck, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2009), § 183 Rn. 1; für eine Erfassung als Ordnungswidrigkeit Hörnle, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, S. 462; Sander, ZRP 1997, 447 (450).

<sup>65</sup> Weigend, ZStW 129 (2017), 513 (521 f.); Wolters, S. 1366 f.; zu-recht krit. Heger, ZRP 2018, 118 (119).

<sup>66</sup> Hörnle, in: MüKo-StGB, § 183 Rn.1; dies., MschrKrim 2001, 212 (212); Sick, ZStW 103 (1991), 43 (89).



vertreten wird,<sup>67</sup> ist ein interessanter Befund, der soziologischer Vertiefung bedürfte – und einer kritischen Selbstreflexion der Autoren.

Der Vergleich von „schlechtem Benehmen“ und sexueller Konfrontation ist nicht nur Ausdruck einer beschränkten Sicht auf Sexualität, sondern auch phänomenologisch falsch. Es wird verkannt, dass Catcalling und Exhibitionismus nicht nur in der Öffentlichkeit wahrgenommen werden, sondern sich gezielt an eine konkrete Person richten, die ohne ihren Willen vom Täter aktiv in eine sexuell konnotierte Situation einbezogen wird. Der Täter nimmt nicht nur sittlich anstößige Handlungen vor, er greift bewusst in die Sphäre einer anderen Person ein. Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung folgt spätestens seit der Reform des Sexualstrafrechts im Jahr 2016 dem Leitbild einer konsensualen Sexualität, das die Achtung des Willens (oder Unwillens) der Person in den Vordergrund stellt.<sup>68</sup> Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung schützt auch davor, ohne oder gegen den eigenen Willen zum Objekt der sexuellen Interaktion eines anderen zu werden.<sup>69</sup> Jeder Mensch hat die Freiheit, selbst darüber zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen er in ein sexuelles Geschehen einbezogen wird. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung wird nicht nur durch körperliche Übergriffe verletzt, sondern auch durch eine nicht-körperliche Instrumentalisierung des Betroffenen zu sexuellen Zwecken.<sup>70</sup> Dass die Intensität der Rechtsverletzung hier geringer ist als etwa bei aufgeprägten körperlichen Berührungen, steht außer Frage<sup>71</sup> – der Annahme einer Strafbarkeit aber nicht entgegen, sofern bei der Ausgestaltung der Strafnorm die Voraussetzung der Erheblichkeit beachtet wird.<sup>72</sup>

Ein weiterer Punkt, der in der Diskussion immer wieder anklingt, ist der Hinweis auf Vermeidemöglichkeiten des Betroffenen. Das Opfer könne sich der Situation schließlich „entziehen, indem es sich entfernt“<sup>73</sup> oder entsprechende Angebote „dankend“ ablehnen.<sup>74</sup> Damit wird allerdings verkannt, dass die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung zu diesem Zeitpunkt bereits erfolgt ist. Ein Verlassen der Situation macht die ungewollte Konfrontation nicht ungeschehen, sondern kann allenfalls ihre Dauer reduzieren. Wie die ausgewerteten Beiträge zeigen, beendet eine Ablehnung nicht einmal notwendig den Übergriff; in vielen Fällen wird die Kommunikation sogar in noch aggressiverer Form fortgesetzt.

Noch gewichtiger ist allerdings, dass es kaum eine angemessene Lösung sein kann, das Opfer auf einen Rückzug zu verweisen. Eine solche Argumentation kehrt die Verantwortlichkeit der Beteiligten um: Anstatt denjenigen zu bestrafen, der ungewollt in die Sexualsphäre eines anderen eingreift, soll sich der Verletzte zurückziehen müssen. Mit Blick auf Catcalling wird dieser Aspekt in besonderer Weise virulent, da es hier auch um die Gefahr der Verdrängung junger Frauen aus öffentlichen Räumen geht.<sup>75</sup> Betroffene berichten davon, aufgrund von erfahrenen verbalen Belästigungen bestimmte Wege zu meiden oder Orte nur zu bestimmten Zeiten aufzusuchen.<sup>76</sup> Catcalling lässt sich dabei ohne Weiteres als Akt der Dominanzausübung gerade im öffentlichen Raum begreifen.<sup>77</sup> Forschung zu Sexualstraftaten zeigt, dass das Frauenbild von Tätern häufig geprägt ist durch die Vorstellung einer jederzeitigen sexuellen Verfügbarkeit, Unterordnung, Minderwertigkeit und Fremdbestimmbarkeit der Frau.<sup>78</sup> Auch verbale sexualisierte Übergriffe bringen regelmäßig eine

<sup>67</sup> Weigend, ZStW 129 (2017), 513 (521 f.); Wolters, S. 1366 f.; ebenfalls in diese Richtung Pörner, NStZ 2021, 336 (340); eine langanhaltende oder erhebliche psychische Beeinträchtigung ausschließend Kentler/Schorsch, in: Jäger/Schorsch, S. 112; Sick, ZStW 103 (1991), 43 (89); von Hören, ZRP 1987, 19 (20).

<sup>68</sup> BT-Drs. 18/9097, S. 21 f.; Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor § 174 Rn. 9; ders., NJW 2016, 3553; Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 174 Rn. 1b; Wolters, in: SK-StGB, Vor § 174 Rn. 7; bereits vor der Reform Hörnle, in: LK-StGB, § 177 Rn. 1; dies., GA 2015, 315 (316); dies., ZIS 2015, 206 (208 ff.); Sick, ZStW 103 (1991), 43 (51); dies./Renzikowski, in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (605); krit. dagegen Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 177 Rn. 12: „Unklar ist zudem, ob in der Anknüpfung des Grundtatbestands gemäß § 177 Abs. 1 und 2 an die Bildung und Äußerung eines Gegenwillens mit dem Willen an sich und nicht mit der Freiheit seiner Entfaltung, ein strafrechtlich schutzbedürftiges Rechtsgut gewählt wurde.“

<sup>69</sup> Vgl. Hoven/Weigend, JZ 2017, 182 (184); Bottke, in: FS Szwarc, 2009, S. 297 (300); Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 87; dies./Renzikowski, in: FS Schroeder, 2006, S. 603 (613); Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, Vor § 174 Rn. 1b; Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor § 174 Rn. 9; El-Ghazi, ZIS 2017, 157 (159).

<sup>70</sup> Bottke, in: FS Szwarc, 2009, S. 297 (300); Ziegler, in: BeckOK-StGB, § 183 Rn. 2; Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten. Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2012, Rn. 719; nicht erforderlich ist deshalb die Aufnahme der verbalen sexuellen Belästigung in einen weiteren, neu zu schaffenden Abschnitt des StGB, wie das Gemmel/Immig (KriPoZ 2022, 83 (89)) vorschlagen. Durch die Betroffenheit der sexuellen Selbstbestimmung bietet sich eine Regelung im 13. Abschnitt an.

<sup>71</sup> So auch Hörnle, in: MüKo-StGB, § 183 Rn. 2.

<sup>72</sup> Dieser Befund spricht allerdings gegen einen weiten Catcalling-Tatbestand, der zugleich sexuelle Handlungen erfasst (so Deutscher Juristinnenbund 2021, S. 6). Aufgrund ihres geringeren und eigenständigen Unrechtsgehalts sollten verbale sexuelle Belästigungen eigenständig erfasst werden.

<sup>73</sup> Weigend, ZStW 129 (2017), 513 (522).

<sup>74</sup> Pörner, NStZ 2021, 336 (340). Die Formulierung „dankend“ kann hier wohl nur ironisch zu verstehen sein.

<sup>75</sup> Ähnlich zum Exhibitionismus Lembke, in: Lembke, Regulierungen des Intimen, 2017, S. 271, 280.

<sup>76</sup> Im Sample beobachtet, z.B. „Danach hatte ich mehrere Wochen Panik alleine S-Bahn zu fahren“ (Z.136); „Ich bin seit dem nicht mehr Taxi gefahren“ (Z.763); zu ähnlichen Ergebnissen gelangen Gemmel/Immig, KriPoZ 2022, 83 (84) und die Studie des Kriminologischen Forschungsinstitut Niedersachsen; s. Goede/Lehmann, Catcalling. Erste Ergebnisse einer Online-Befragung. Vortrag bei der Tagung „Gender & Crime – Geschlechteraspekte in Kriminologie und Strafrechtswissenschaft“ v. 25.11.2021 bis 26.11.2021.

<sup>77</sup> Es ist erstaunlich, dass Autoren wie Pörner ohne jeden Rückgriff auf empirische oder soziologische Forschung schlicht verneinen; Pörner, NStZ 2021, 336 (340).

<sup>78</sup> Feldmann, Vergewaltigung und ihre psychischen Folgen. Ein Beitrag zur posttraumatischen Belastungsreaktion, 1992, S. 12; Füllgrabe, Kriminalistik 2006, 84; Kratzer-Ceylan, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“. Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, S. 40; Lederer, Hemmschwellen im Strafrecht. Eine übergreifende Untersuchung der Hemmschwellen bei Sexualdelikten und Totschlag, 2011, S. 31 f.; Sample/Rader, in: Sanders, The Oxford Handbook of Sex Offences and Sex Offenders, 2017, S. 81 (90); Sick, MSchKrim 1995, 281 (288 f.); dies., ZStW 103 (1991), 43 (56); Volk et al., in: FS Leithoff, 1985, S. 469 (473); jew. m.w.N.

Geringschätzung der Betroffenen zum Ausdruck, die nicht als gleichberechtigte Kommunikationspartnerin wahrgenommen, sondern ungewollt sexualbezogen konfrontiert wird.<sup>79</sup>

Catcalling ist keine bloße Unannehmlichkeit; verbale sexuelle Belästigungen sind Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung, die Betroffene nicht hinnehmen müssen. Überlegungen zur Einführung eines entsprechenden Straftatbestandes sind daher nicht, wie mitunter insinuiert wird, aufgeregte Forderungen übersensibler Feministinnen, sondern ein konsequenter Schritt zum Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung vor ungewollten Übergriffen. Dass die Strafrechtswissenschaft diese Bestrebungen überwiegend kritisch sehen wird, ist angesichts der verbreiteten strafrechtsskeptischen Haltung zu erwarten. So berechtigt ein zurückhaltender Einsatz des Strafrechts grundsätzlich ist – er darf nicht dazu führen, dass das legitime Schutzinteresse einer Vielzahl von Personen ausgeblendet wird.<sup>80</sup> Das Internet hat hier die Möglichkeit eröffnet, dass die Perspektiven von Personengrup-

pen in die kriminalpolitische Diskussion einbezogen werden, die bislang nicht gesehen wurden.

Die wesentliche Herausforderung wird darin bestehen, einen Straftatbestand zu formulieren, der den Anforderungen an gesetzliche Bestimmtheit genügt. Denn die Grenze zwischen unerheblichen und erheblichen verbalen sexuellen Belästigungen lässt sich abstrakt nur schwer ziehen. Das gilt jedoch für jede Form menschlicher Kommunikation, weshalb Tatbestände wie § 130 StGB eine Vielzahl interpretationsoffener Begriffe verwenden oder § 185 StGB gleich ganz auf eine Definition des strafbaren Verhaltens verzichtet. Die Schwierigkeit, Kommunikation trotz ihrer Komplexität und Vielschichtigkeit rechtlichen Regeln zu unterwerfen, kann nicht dazu führen, sie dem Strafrecht zu entziehen. Abgrenzungsprobleme lassen sich durch objektive Eignungskriterien („geeignet ist...“)<sup>81</sup> und die ausdrückliche Nennung der Erheblichkeit („erheblich zu belästigen / bedrängen“)<sup>82</sup> in den Griff bekommen.

<sup>79</sup> Vgl. *Wesselmann/Kelly*, Sex Roles 2010, 451 (457); *Nitschke/Lam*, Adaptive Human Behavior and Physiology 2021, 281 (299); dagegen gehen *DelGreco/Ebesu Hubbard/Denes* davon aus, dass die Motivation hinter Catcalling bei Männern häufig auch in dem Wunsch Zuneigung auszudrücken bestehen kann und sie dabei unbewusst ein Machtgefälle zwischen Männern und Frauen ausnutzen, wobei die Studie auch niedrigschwellige Formen, wie das Fragen nach dem Namen der Betroffenen, als Catcalling mit einbezieht; *DelGreco/Ebesu Hubbard/Denes*, Violence Against Women 2021, 1402 (1419 f.); zu ähnlichen Ergebnissen kommen *Walton/Pedersen*, die bei manchen Catcallern auch zusätzlich Macht und Misogynie als Gründe für Catcalling sehen; *Walton/Pedersen*, Psychology & Sexuality 2021, doi: <https://doi.org/10.1080/19419899.2021.1909648>, 1 (12).

<sup>80</sup> So auch *Gemmel/Immig*, KriPoZ 2022, 83 (87), die eine Perpetuierung der ursprünglich dem StGB innewohnende Geschlechterungerechtigkeit kritisieren.

<sup>81</sup> Vgl. dazu bereit *Hoven/Weigend*, JZ 2017, 182 (190).

<sup>82</sup> So auch Deutscher Juristinnenbund 2021, 5.

## Diametrale Effekte bei der Bekämpfung von Steuerkriminalität am Beispiel der 25-Gramm-Regelung im Vertrieb von Wasserpfeifentabak

von Wiss. Mit. Miguel Veljovic, LL.M.oec.\*

### Abstract

Mit der siebten Verordnung zur Änderung von Verbrauchsteuerverordnungen, dessen Änderungen am 11.8.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet wurden, erfolgt die Konkretisierung und europarechtliche Harmonisierung nationaler Verbrauchsteuergesetze. Besonders bemerkenswert ist die Änderung in Art. 1 Nr. 33 lit. b der 7. VerbrStändV, die vorsieht, dass Wasserpfeifentabak i.S.d § 1 Abs. 2 lit. b TabStV mit Wirkung zum 1.7.2022 nur noch in Packungen mit einer Menge von bis zu 25 Gramm vertrieben werden darf.<sup>1</sup> Als Hauptargument für diese Änderung führt der Gesetzgeber die Bekämpfung der illegalen Herstellung und des Handels mit un versteuertem Wasserpfeifentabak an. Zusätzlich soll damit ein Betätigungsfeld der Organisierten Kriminalität zerschlagen werden.<sup>2</sup> Das Ziel der Regelung ist mithin die Angleichung der Verpackungsgrößen an eine einzelne Konsumseinheit.<sup>3</sup> Der folgende Beitrag beleuchtet, inwiefern die Reformänderung sowohl aus strafrechtlicher als auch kriminologischer Perspektive zur Steuerkriminalitätsbekämpfung tauglich ist. Gleichzeitig wird herausgearbeitet, ob die Neuregelung mit den politischen Vorhaben des Unionsgesetzgebers vereinbar ist. Hinsichtlich der praktischen Auswirkungen der Regelung auf den Wasserpfeifenkonsum wurde der Content-Creator und Shisha-Experte Marvin Dutiné befragt.

*The seventh ordinance amending excise duty ordinances, the amendments to which were promulgated in the Federal Law Gazette on August 11, 2021, provides for the concretization and harmonization under European law of national excise duty laws. Particularly noteworthy is the amendment in Art. 1 No. 33 lit. b of the 7th VerbrStändV, which provides that water pipe tobacco as defined in Section 1 (2) lit. b TabStV may only be distributed in packages of up to 25 grams with effect from July 01, 2022. As the main argument for this change, the legislator cites the fight against illegal production and trade in untaxed water pipe tobacco. In addition, it is intended to break up an*

*area of activity of organized crime. The aim of the regulation is thus to harmonize packaging sizes with a single unit of consumption. The following article examines the extent to which the reform amendment is suitable for combating tax crime from both a criminal law and a criminological perspective. At the same time, it is worked out whether the new regulation is compatible with the political intentions of the Union legislator. Regarding the practical impact of the regulation on hookah consumption, content creator and hookah expert Marvin Dutiné was interviewed.*

### I. Prävalenzen des Wasserpfeifentabakkonsums

Orientalische Wasserpfeifen bzw. „Shisha“ oder „Nargile“ sind in arabischen und afrikanischen Ländern weit verbreitet und erfreuen sich auch in Mitteleuropa zunehmender Beliebtheit.<sup>4</sup> Die Konsumprävalenzen des Shisha-Phänomens werden seit dem Jahr 2008 regelmäßig im Rahmen der Drogenaffinitätsstudie untersucht. Diese gibt zunächst Aufschluss darüber, dass die Lebenszeitprävalenz im Anteil der 12- bis 17-Jährigen seit dem Jahr 2008 stark rückläufig ist (39,7% im Jahr 2008; 19,3% im Jahr 2019). Dieser Rückgang korreliert mit dem allgemeinen Rückgang rauchender Jugendlicher (27,5% im Jahr 2001; 5,6% im Jahr 2019).<sup>5</sup> Bei jungen Erwachsenen nimmt die Lebenszeitprävalenz des Wasserpfeifenkonsums im Beobachtungszeitraum zunächst zu, erfährt jedoch im Jahr 2019 einen leichten Rückgang (60,9% im Jahr 2008; 68,6% im Jahr 2011; 62,7% im Jahr 2019).<sup>6</sup> Erwähnenswert ist zudem, dass der Shisha-Konsum keinesfalls als ein Phänomen des männlichen Geschlechts zu qualifizieren ist. Im Jahr 2019 konsumierten bereits 56,1% der jungen Frauen zwischen 18 und 25 Jahren mindestens einmal Shisha.<sup>7</sup> Im Jahr 2015 betrug dieser Anteil noch 64,2% der jungen Frauen.<sup>8</sup> Gründe für diesen umfassenden, gesellschaftlichen Hype dürften nicht nur in der zunehmenden „popkulturellen Assimilation der Wasserpfeife“<sup>9</sup>, sondern ebenso in dem unzweifelhaft geselligen

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie bei Prof. Dr. Kai-D. Bussmann und Doktorand im Wirtschaftsstrafrecht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Für den äußerst fundierten, praktischen Austausch dankt er Marvin Dutiné.

<sup>1</sup> Vgl. auch Art. 7 Abs. 5 der 7. VerbrStändV.

<sup>2</sup> Ref-E zur 7. VerbrStändV, S. 144, 169.

<sup>3</sup> Ref-E zur 7. VerbrStändV, S. 144, 169.

<sup>4</sup> Bayerisches Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit, Bericht zur Wasserpfeife 2017 – Kurzfassung, S. 1; zu den noch wenig erforschten gesundheitlichen wie auch soziokulturellen Auswirkungen m.w.N.: Oğlakcioğlu, in: MüKo-StGB, Band 7, 4. Aufl. (2022), Vorb. zu § 1 Rn. 24.

<sup>5</sup> Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Drogenaffinitätsstudie 2019, S. 29.

<sup>6</sup> Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Drogenaffinitätsstudie 2019, S. 33.

<sup>7</sup> Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Drogenaffinitätsstudie 2019, S. 34.

<sup>8</sup> Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Drogenaffinitätsstudie 2019, S. 34.

<sup>9</sup> Hiermit ist bspw. der Vertrieb von Shisha-Tabak durch Künstler der deutschen Rap-Szene, aber auch die Eröffnung von Shisha-Bars gemeint. Ebenso: Oğlakcioğlu, in: MüKo-StGB, Vorb. zu § 1 Rn. 24; Oğlakcioğlu, NK 2016, 19.

Charakter des Shisha-Konsums liegen. Dabei ist der Konsum nicht nur mit Blick auf die vorhandenen Aromen sehr variabel, sondern teilweise auch mit bis zu sechs Personen gleichzeitig möglich. Der Blick auf das politische sowie das medizinische Meinungsspektrum zeigt aber, dass teilweise eine sehr ablehnende, in einigen Fällen sogar alarmistische Haltung gegenüber diesem gesellschaftlichen Phänomen vernommen werden kann.<sup>10</sup> Dies liegt nicht zuletzt daran, dass Steuerkriminalität im Vertrieb von Wasserpfeifentabak oftmals mit dem Schlagwort der „Clankriminalität“ in Verbindung gebracht wird und damit ein sachlicher Diskurs zunehmend erschwert wird.

## II. Die 25-Gramm-Regelung nach § 31 Abs. 4 S. 2 TabStV n.F.

### 1. Reform und Gründe

Die Reform der TabStV führt mit Wirkung zum 1.7.2022 eine Begrenzung der zulässigen Verkaufsgrößen für Wasserpfeifentabak ein. Die neue Regelung des § 31 Abs. 4 S. 2 TabStV sieht vor, dass Wasserpfeifentabak i.S.d. § 1 Abs. 2 lit. b TabStG nur in Verpackungen mit einer zulässigen Menge von bis zu 25 Gramm vertrieben werden darf.<sup>11</sup> Diese Änderung stützte der Gesetzgeber maßgeblich darauf, dass die illegale Herstellung und der Handel mit un versteuertem Wasserpfeifentabak vermehrt dem Betätigungsfeld der Organisierten Kriminalität zuzuordnen sei.<sup>12</sup> Die 25 Gramm-Regelung stärke durch ihre Begrenzungswirkung sowohl die Steueraufsicht als auch die Bekämpfung der gewerbsmäßigen Steuerhinterziehung, indem die Verkaufsgrößen einer einzelnen Konsumeinheit angeglichen werden.<sup>13</sup> Dahinter steht die Erwägung, dass eine begrenzte Kleinverpackung insbesondere bei der Abgabe in Shisha-Bars verhindere, dass tabaksteuerrechtliche Vorgaben hinsichtlich der Abgabe von Tabakwaren zum auf dem Steuerzeichen angegebenen Kleinverkaufspreis durch Großverpackungen nicht eingehalten werden.<sup>14</sup> Denn üblicherweise kaufen Shisha-Bars Wasserpfeifentabak in Großpackungen und befüllen damit in Kleinmengen die Shisha-Köpfe, ohne diese wiederum mit einem Steuerzeichen zu versehen. Gleichzeitig vermischen einige Betreiber den angekauften Tabak mit eigener Molasse bzw. Aromen und feuchten ihn auf diese Weise nachträglich an. Dadurch werden sie unerlaubt zum

Hersteller neuer Rauchware, die wiederum eine Steuerpflicht auslöst. Mit der Begrenzung der zulässigen Abgabemenge erhofft sich der Gesetzgeber also insgesamt die Einhaltung der steuerrechtlichen Bemessungsgrundlagen.<sup>15</sup> Gleichzeitig behindere die 25-Gramm-Regelung nicht die allgemeine Konsumweise des Wasserpfeifentabaks, da sie der Höhe nach einer Konsumeinheit entspreche.<sup>16</sup>

### 2. Kann eine Shisha-Bar steuerrechtlich betrieben werden?

Diese – offensichtlich – sehr zugespitzte Frage stellte im Jahr 2018 die FDP-Fraktion im Rahmen einer kleinen Anfrage an die Bundesregierung, nachdem das Hauptzollamt Braunschweig mitteilte, dass es „steuerrechtlich kaum eine Möglichkeit gebe“, diese „Lokale [gemeint: Shisha-Bars] legal zu betreiben“.<sup>17</sup> Dies liege nicht nur bereits an dem steuerrechtlichen Verbot der Abgabe loser Einzelportionen zum Konsum vor Ort, sondern bspw. auch daran, dass aufgrund der Variabilität der veräußerten und konsumierten Mengen neue Steuerzeichen auf jede Kleinverpackung angebracht werden müssten. Die Praxis zeige jedoch, dass diese Bestimmungen im „Geschäftsmodell der Shisha-Bars praktisch schwer einzuhalten“ seien.<sup>18</sup>

### a) Steuerrechtliche Grundlagen des Vertriebs von Wasserpfeifentabak

Tabakwaren i.S.d. TabStG dürfen in Deutschland nur zum Verkauf angeboten, verkauft bzw. gekauft werden, wenn sie ordnungsgemäß versteuert worden sind. Nach Entrichtung der fälligen Tabaksteuer ist auf Kleinverpackungen für Tabakwaren ein Steuerzeichen anzubringen (vgl. § 17 Abs. 1, Abs. 2 TabStG).

Für Wasserpfeifentabak beträgt die zu entrichtende Steuer gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Nr. 6 TabStG für den Zeitraum vom 01. Januar 2022 bis zum 31. Dezember 2022 15,66 Euro je Kilogramm und 13,13% des Kleinverkaufspreises<sup>19</sup>, mindestens jedoch 24,00 Euro je Kilogramm. Zusätzlich entfällt eine Zusatzsteuer im Zeitraum vom 1. Januar 2022 bis zum 31. Dezember 2022 in Höhe von 15,00 Euro je Kilogramm. Diese erhöht sich sukzessive bis zum Jahr 2026 auf 23,00 Euro je Kilogramm.

<sup>10</sup> Bspw. Aussage des MdB Sebastian Brehm gegenüber der FAZ mit einer Forderung zur erhöhten Besteuerung von Shisha-Bars. Seiner Begründung nach würden „junge Leute [dort] den Einstieg zum Rauchen finden.“ FAZ v. 9.5.2021, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/bayern-csu-will-shisha-bars-staerker-besteuern-17333314.html> (zuletzt abgerufen am 25.4.2022). Diese Annahme lässt sich jedoch mit den vorstehenden empirischen Zahlen und dem allgemeinen Rückgang des Rauchens widerlegen. Zusätzlich lassen sich alarmistische Botschaften auch im Heft des Deutschen Ärzteblattes feststellen. Dort heißt es „Eine Shisha-Sitzung vergleichbar mit 100 Zigaretten“. Damit soll dem Leser offensichtlich suggeriert werden, dass der einmalige Shisha-Konsum, insbesondere hinsichtlich der aufgenommenen Schadstoffe, dem von hundert Zigaretten entspricht. Erst bei genauer Betrachtung der Ausführungen wird in einem Nebensatz verdeutlicht, dass es sich hierbei lediglich um das Rauchvolumen und nicht um bspw. die Nikotinzufuhr handelt. Deutsches Ärzteblatt, Heft 7 Februar 2019, Medizinreport A S. 319 (320). Zu diesem Problem ebenso: *Oglakcioglu*, in: MÜKo-StGB, Vorb. zu § 1 Rn. 24 Fn. 87.

<sup>11</sup> Bis zum Jahre 2016 war die Steuerpflicht hinsichtlich des Wasserpfeifentabaks noch unstritten. Der BGH entschied jedoch mit Beschl. v. 27.7.2016, dass auch Wasserpfeifentabak der Tabaksteuer unterliege. Die gesetzliche Klarstellung folgte im Anschluss. Ausführlich: *BGH*, NJW-Spezial 2016, 729.

<sup>12</sup> Ref-E v. 28.4.2021, S. 144.

<sup>13</sup> Ref-E v. 28.4.2021, S. 144.

<sup>14</sup> Ref-E v. 28.4.2021, S. 169.

<sup>15</sup> Ref-E v. 28.4.2021, S. 169.

<sup>16</sup> Ref-E v. 28.4.2021, S. 169.

<sup>17</sup> BT-Drs. 19/865 v. 21.2.2018 sowie Mitteilung des Hauptzollamt Braunschweigs, online abrufbar unter: <https://www.braunschweiger-zeitung.de/braunschweig/article212854833/Zoll-kontrolliert-Shisha-Bar.html> (zuletzt abgerufen am 25.4.2022).

<sup>18</sup> Ausführlich: BT-Drs. 19/865 v. 21.2.2018, S. 1 f.

<sup>19</sup> Der Kleinverkaufspreis ist der Preis, den der Hersteller oder Einführer als Einzelhandelspreis gem. § 3 Abs. 1 S. 1 TabStG je Kilogramm Wasserpfeifentabak bestimmt. Wird nur ein Packungspreis bestimmt, gilt als Kleinverkaufspreis der Preis, der sich aus dem Packungspreis und dem Packungsinhalt je Kilogramm ergibt.



### b) Erhöhter Verkaufspreis

Gem. §§ 26 Abs. 1, 28 Abs. 1 TabStG darf der auf dem Steuerzeichen angegebene Packungspreis oder der sich daraus ergebende Kleinverkaufspreis bei der Abgabe von Tabakwaren vom Händler an Verbraucher weder unter noch überschritten werden. Sofern der Preis auf dem Steuerzeichen überschritten wird, entsteht gem. § 28 Abs. 1 S. 2 TabStG eine neue Steuer in Höhe der Differenz zwischen der Steuerbelastung vor und nach der Preiserhöhung. Beispielhaft gesprochen: Ein Shisha-Bar-Betreiber, der eine 1kg-Packung für 75,00 Euro kauft, 20-Gramm Tabak pro verkauftem Shisha-Kopf verwendet und einen Kopf für 15,00 Euro verkauft, erhöht den Verkaufspreis des Wasserpfeifentabaks auf 750,00 Euro. Den erzielten Differenzbetrag muss der Betreiber nach § 28 Abs. 1 S. 2 TabStG unverzüglich<sup>20</sup> versteuern. Dazu hat er gem. § 28 Abs. 1 S. 4 eine Steuererklärung abzugeben. Erfüllt er diese Erklärungspflicht nicht, macht er sich jedenfalls wegen Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO strafbar.

### c) Portionsweiser Verkauf

Tabakwaren dürfen gem. §§ 16 Abs. 1, 25 Abs. 1 TabStG grundsätzlich nur in geschlossenen und verkaufsfertigen Kleinstverpackungen an den Kunden weitergegeben werden. Zwar ist das Bundesministerium der Finanzen ermächtigt von diesem Verbot Ausnahmen nach § 16 Abs. 2 Nr. 1, 17 Abs. 4 Nr. 3 TabStG zu erteilen.<sup>21</sup> Etwaige Ausnahmen wurden jedoch bis zum heutigen Tage für Betreiber von Shisha-Bars nicht erlassen. Der portionsweise Verkauf in Shisha-Bars widerspricht demnach den vorstehenden Vorschriften und stellt somit eine steuerrechtliche Ordnungswidrigkeit dar. Der Verstoß kann gem. § 36 Abs. 2 Nr. 3 TabStG i.V.m. § 381 Abs. 1 Nr. 1 AO mit einer Geldbuße von bis zu 5.000 Euro geahndet werden.

### d) „Hausmischungen“

Sofern Betreiber den Tabak mit Molasse, Glycerin oder nur Trockenfrüchten mischen, wird zunächst die Gesamtmenge der Rauchware<sup>22</sup> erhöht, ohne dass dafür ein neues Steuerzeichen verwendet wurde. Gleichzeitig entsteht eine neue Rauchwarenmischung, sodass der Shisha-Bar-Betreiber zum Hersteller ohne Erlaubnis wird (vgl. § 6 Abs. 1 S. 2 TabStG).<sup>23</sup> Diese „Hausmischung“ ohne Erlaubnis löst wiederum eine erneute Steuerpflicht nach § 15 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 TabStG. Der Betreiber hat gem. §§ 15 Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. § 17 Abs. 3 TabStG unverzüglich eine Steuererklärung abzugeben. Die Nichtabgabe führt wiederum zur Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO.

### e) Vorsatz bei Tabaksteuerhinterziehung

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH gehört zum Vorsatz der Steuerhinterziehung, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will bzw. dessen Verkürzung billigend in Kauf nimmt.<sup>24</sup> Dolus eventualis genügt hierbei.<sup>25</sup> Nimmt der Steuerpflichtige irrtümlich an, dass ein Steueranspruch nicht entstanden ist, liegt ein Tatbestandsirrtum vor, der den Vorsatz ausschließen lässt.<sup>26</sup> Gerade aus Sicht der kriminologischen Forschung ist unter Berücksichtigung des komplexen Steuersystems erforderlich<sup>27</sup>, dass in der Praxis sorgfältig geprüft wird, ob der jeweilige Betreiber tatsächlich bedingten Vorsatz auf die Begehung der Steuerhinterziehung zum Zeitpunkt der Tat hatte.

### f) Zwischenergebnis

Betreiber von Shisha-Bars setzen sich in der Tat einem akuten steuerstraf- sowie ordnungswidrigkeitenrechtlichen Risiko aus. Die pauschale Aussage, dass der Betrieb in Deutschland tabaksteuerrechtlich kaum bis unmöglich sei, wies auch die Bundesregierung in ihrer Antwort auf die Anfrage der FDP-Fraktion zurück.<sup>28</sup> Sie verwies in ihrer Begründung bereits darauf, dass selbst ohne Ausnahmeregelung hinsichtlich des portionsweisen Verkaufsverbots die Betreiber Kleinverkaufspackungen beziehen und diese an die Endverbraucher weitervertrieben könnten.<sup>29</sup> Die nunmehr eingeführte 25-Gramm-Regelung verhindere – zumindest aus der konsequenten Fortführung der Sicht der Bundesregierung – das Risiko des Verstoßes gegen tabaksteuerrechtliche Vorschriften.<sup>30</sup> Dahinter steht der legislatorische Gedanke, dass die Begrenzung der Vertriebsmenge von Wasserpfeifentabak auf 25-Gramm in der Praxis einer exakten Konsumeinheit entspreche und dementsprechend der Tabak auch vertrieben werde. Dadurch sei die Auslösung neuer steuerrechtlicher Pflichten erheblich gemindert.

## III. Bekämpfung von Steuerkriminalität durch die 25-Gramm-Regelung

Ob die eingeführte 25-Gramm-Regelung tatsächlich Steuerkriminalität zu bekämpfen vermag, werden die folgenden Ausführungen näher beleuchten.

### 1. Portionsweiser Verkauf

Aus Sicht des Steuerstraf- bzw. des Steuerordnungswidrigkeitenrechts erscheint die 25-Gramm-Regelung nur eingeschränkt sinnvoll. Die Regelung bezweckt in erster Linie, dass die Ordnungswidrigkeit des portionsweisen

<sup>20</sup> Die Steuer ist gem. § 28 Abs. 1 S. 5 TabStG sofort fällig.

<sup>21</sup> Selbiges gilt für Steuerlagerinhaber für Tabakwaren. Dort kann gem. § 34 Abs. 4 TabStV das Hauptzollamt Bielefeld von der Steuerzeichenverwendung befreien.

<sup>22</sup> Unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 lit. b TabStG.

<sup>23</sup> Ebenso: Weidemann, wistra 2019, 122 (127).

<sup>24</sup> M.w.N. zur st. Rspr.: BGH, NSStZ 2021, 301.

<sup>25</sup> BGH, NSStZ 2021, 301.

<sup>26</sup> BGH, NSStZ 2021, 301.

<sup>27</sup> Gerade aufgrund der „Unübersichtlichkeit des Steuerrechts“ kann ein mangelndes Problembewusstsein bei Steuerpflichtigen festgestellt werden. Die Intransparenz steigert gleichwohl das Gefühl der Steuerungerechtigkeit. Dazu ausführlich: Bussmann, Wirtschafts-kriminologie I, 2016, 2. Kap. § 5 Rn. 542 ff.

<sup>28</sup> S. dazu ausführlich: BT-Drs. 19/1152, S. 2 ff.

<sup>29</sup> BT-Drs. 19/1152, S. 2.

<sup>30</sup> Hinsichtlich anderer Verstöße wie bspw. zum Thema der „Hausmischungen“ sah die Bundesregierung kein Handlungsbedarf, da das vielfältige Marktangebot Eigenmischungen unattraktiv machen würde. Dazu: BT-Drs. 19/1152, S. 5.

Verkaufs aus Sicht des Gesetzgebers obsolet wird, da der Gesetzgeber sich erhofft, dass die eingekaufte Tabakmenge mit der Menge einer einzelnen Konsumeinheit übereinstimmt. Tatsächlich ist die Abschätzung einer einzelnen Konsumeinheit in der Praxis, insbesondere aufgrund verschiedenster Tabaksorten und dem persönlichen Gusto hinsichtlich der Geschmacksintensität, kaum möglich. Je nach verwendetem Equipment und der persönlichen Präferenzen verwenden Konsumenten zwischen 10 und 60 Gramm Tabak.<sup>31</sup> Dies kann wiederum dazu führen, dass Verbraucher nicht nur mehr Tabak erwerben, als es ihren Konsumgewohnheiten entspricht, sondern gleichzeitig auch in einer Steigerung des Konsums münden.<sup>32</sup> Gerade dies widerspricht jedoch dem politischen Vorhaben des Unionsgesetzgebers, der einen Mehrkonsum gerade eindämmen möchte.<sup>33</sup> Tatsächlich werden Kunden in Shisha-Bars auch faktisch gezwungen die vollen 25 Gramm Tabak zu kaufen, auch wenn sie eigentlich weniger konsumieren wollen. Dies liegt daran, dass der Ordnungswidrigkeitentatbestand des portionsweisen Verkaufs nicht geändert oder gar für die Konsumierung von Wasserpfeifentabak eine Ausnahme vorsieht. Daraus folgt folgende kuriose Sachverhaltskonstellation: Wenn ein Kunde nur 15 Gramm in seinem Shisha-Kopf favorisiert und dementsprechend bestellt, dann dürfen die verbleibenden 10 Gramm nicht anderweitig verkauft werden. Kunde A muss also den vollen Preis für 25 Gramm zahlen und die 10 Gramm müssen dem Kunden ausgehändigt oder – sofern er bspw. keine eigene Shisha daheim besitzt – mangels Verwendungsmöglichkeit vernichtet werden. Ein kriminalpolitischer Mehrwert kann dieser Regelung also aus Sicht des Ordnungswidrigkeitentatbestands des portionsweisen Verkaufs nicht attestiert werden. Umgekehrt ist eher davon auszugehen, dass die Regelung dafür Anreize schafft, dass der Fiskus im Endeffekt noch erheblich höhere Steuereinnahmen zu verbüßen hat, indem bspw. in der Praxis zwar 25 Gramm verkauft, aber lediglich eine geringere Tabakmenge an den Konsumenten abgegeben wird, um den Gewinn von Lokalitäten durch Mehrverkauf und gleichzeitiger Steuerverkürzung zu erhöhen.

## 2. Erhöhter Verkaufspreis und „Hausmischungen“

Gleichzeitig wird durch die 25-Gramm-Regelung das Problemfeld der erhöhten Verkaufspreise sowie der Hausmischungen und der anschließenden Nichtversteuerung keinesfalls gelöst. Hierbei ist anzumerken, dass erhöhte Verkaufspreise nicht *per se* rechtswidrig sind, sondern dass erst die anschließende Nichtversteuerung einen steuerstrafrechtlich relevanten Sachverhalt darstellt. Die 25-Gramm-Regelung bietet mit ihrer bloßen Begrenzungsfunktion keine zusätzlichen Anreize dafür, dass die Nichtversteuerung in diesem Bereich effektiv bekämpft wird.

Selbiges gilt für steuerstrafrechtlich relevante Sachverhalte im Bereich der Hausmischungen. Alleiniger Effekt ist, dass die 25-Gramm-Regelung die Marktpreise antreibt, sodass sukzessive auch die Verkaufspreise in den Shisha-Bars erhöht werden. Ob die Marktpreissteigerung tatsächlich Auswirkungen auf das Konsumentenverhalten in den Shisha-Bars hat, bleibt abzuwarten. Denn wie bereits *Oğlakcioğlu* zutreffend anmerkte, ist das Konsumieren einer Shisha oftmals ein soziales Event und es kommt durchaus vor, dass der Preis für eine Shisha in der Praxis geteilt wird.<sup>34</sup> Preissteigerungen von bspw. 5-10 Euro bleiben bei einer möglichen Teilung auf 2-4 Personen also aus Konsumentensicht vertretbar. Ob der 25-Gramm-Regelung tatsächlich auch ein fiskalischer Mehrwert zukommt, ist ebenso fraglich. Denn die durch die Reform erzeugte Marktpreissteigerung führt dazu, dass zwar Tabak teurer verkauft wird und die eingehenden Steuereinnahmen sich parallel erhöhen werden. Umgekehrt führt die Reform aber nicht gerade dazu, dass mehr Steuern aus dem bisherigen Dunkelfeld in die Staatskassen fließen, sondern bietet insoweit weitere Anreize für Steuerkriminalität, da erzwungene Marktpreissteigerungen Käufe am Schwarzmarkt attraktiver machen werden.<sup>35</sup> Die anreizbasierte Erhöhung des Dunkelfeldes von Steuerkriminalität durch die 25-Gramm-Regelung kann im Ergebnis also auch mit steigenden Marktpreisen und damit einhergehenden erhöhten Steuereinnahmen in einem fiskalen „Nullsummenspiel“ resultieren. Dadurch wäre auch – hinsichtlich dieser legislatorischen Warte – die Einführung der 25-Gramm-Regelung obsolet. Bisherige empirische Erkenntnisse und Dunkelfeldstudien zum Schwarzmarkt des Wasserpfeifentabaks sind – soweit ersichtlich – nicht vorliegend. Das Dunkelfeld von Steuerkriminalität gehört zudem nicht zum gängigen Forschungsgegenstand der Wirtschaftskriminologie.<sup>36</sup> Der weltweit größte Hersteller von Wasserpfeifentabak, *Al Fakher*, geht nach eigenen Angaben davon aus, dass der Anteil an un versteuertem Wasserpfeifentabak bei mindestens 45% liege.<sup>37</sup> Das Statistische Bundesamt geht hinsichtlich des Anteils un versteuerter Zigaretten davon aus, dass diese in der letzten Dekade jährlich bis zu 20% betrug. Selbst ein konservativer Analogieschluss dieser Erkenntnis auf den potentiellen Schwarzmarkt des Wasserpfeifentabaks kommt deshalb zu dem Ergebnis, dass die Schäden für den Fiskus jedenfalls immens sein müssen.

## IV. Alternativvorschlag

Die Analyse konnte aufzeigen, dass der 25-Gramm-Regelung weder aus strafrechtlicher noch aus kriminologischer Perspektive ein Mehrwert zur Bekämpfung von Steuerkriminalität zukommt. Vielmehr ist der Psychologie bekannt, dass für die Frage der Steuerehrlichkeit drei wesentliche Faktoren entscheidend ist. Der erste wesentliche Faktor

<sup>31</sup> Wobei 60 Gramm wohl als absolute Höchstgrenze für die Tabakverwendung gesehen werden kann: S. dazu Stellungnahme des Verbandes deutscher Wasserpfeifentabakmanufakturen und -händler, S. 3.  
<sup>32</sup> Stellungnahme des Verbandes deutscher Wasserpfeifentabakmanufakturen und -händler, S. 3.  
<sup>33</sup> Stellungnahme des Verbandes deutscher Wasserpfeifentabakmanufakturen und -händler, S. 3,6 mit Verweis auf Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2014/40/EU.

<sup>34</sup> *Oğlakcioğlu*, in: MüKo-StGB, Vorb. zu § 1 Rn. 24.

<sup>35</sup> So auch: Stellungnahme des Verbandes deutscher Wasserpfeifentabakmanufakturen und -händler, S. 6.

<sup>36</sup> *Singelnstein*, MSchKrim 2015, 48 (51).

<sup>37</sup> Stellungnahme Al-Fakher Distribution, S. 1.

entspricht der Steuermentalität, also die langfristig bestehende Einstellung zu Steuern und ihrem System sowie zur allgemeinen Steuerpflicht. Aus der Steuermentalität ergibt sich die Steuermoral, die die Erfüllung der eigenen Steuerpflicht beeinflusst. Der dritte Faktor, der die Steuerehrlichkeit beeinflusst, ist die subjektiv erlebte Steuerbelastung. Weitere wichtige Faktoren stellen die wahrgenommene Steuergerechtigkeit, die Komplexität des Steuerrechts, die Praxis der Steuerbehörden und der staatliche Umgang mit Steuergeldern dar.<sup>38</sup> Besonders relevant für die Bekämpfung von Steuerkriminalität ist die Erkenntnis, dass weniger die subjektive Entdeckungswahrscheinlichkeit Steuerkriminalität verhindert, sondern vielmehr die subjektiv-verankerte Steuermoral.<sup>39</sup> Insofern muss also eine taugliche Steuerkriminalitätsbekämpfung darauf ausgerichtet sein, ein allgemeines Problembewusstsein und dadurch eine Steuermoral zu schaffen. Beispielsweise könnte – unter Berücksichtigung und im Einklang mit dem Fundamentalrecht der Gewerbefreiheit – überlegt werden, ob ein Shisha-Bar-Betreiber nicht dazu verpflichtet wird, regelmäßige Schulungen zu besuchen, die bspw. durch den TÜV zertifiziert werden könnten. Die Folge für nicht nachgekommene Zertifizierungspflichten könnte ein etwaiger Konzessionsverlust sein. Sofern man unter Berücksichtigung der Gewerbefreiheit eine verpflichtende Zertifizierung aus rechtlichen Gründen nicht zu kodifizieren vermag, wäre es trotzdem denkbar, dass ein Anreizsystem zur freiwilligen Zertifizierung geschaffen wird. Mögliche Anreize, die in die Waagschale geworfen werden könnten, sind Subventionierungs- oder Steuererleichterungsmodelle. Jedenfalls sollte die repressive Strafverfolgung vielmehr eine Vermittlung des Problembewusstseins und die Bildung einer Steuermoral fokussieren und nicht auf einzelne Nadelstiche, die hinsichtlich des wohl enormen Dunkelfeldes zur verzerrten, öffentlichen Medialisierung genutzt werden.

Weiterhin sollte dringend überlegt werden, eine Ausnahme für Shisha-Bar-Betreiber hinsichtlich des portionsweisen Verkaufs und der anschließenden Einschlägigkeit des Ordnungswidrigkeitentatbestands einzuführen. Die oben aufgeführten Erwägungen zeigen, dass ein regulatorisch verursachter Mehrkonsum keinesfalls das Ziel des Gesetzgebers sein kann. Zudem sollte der Gesetzgeber tiefergehende kriminologische Forschung im Bereich des

Dunkelfeldes der Steuerkriminalität anstreben. Daraus extrahierte Erkenntnisse sind für eine zukünftig effektive Steuerkriminalitätsbekämpfung unerlässlich.

## V. Fazit

Die 25-Gramm-Regelung schränkt den Vertriebsmarkt von Wasserpfeifentabak in unnötiger Weise ein. Denn weder aus strafrechtlicher noch aus kriminologischer Perspektive wird die Regelung die Bekämpfung von Steuerkriminalität befördern. Die 25-Gramm-Regelung führt im Gegenteil zu einer verstärkten Anreizwirkung für Käufe auf dem Schwarzmarkt. Zukünftig sollte die Bekämpfung von Steuerkriminalität daraufsetzen, dass das notwendige Problembewusstsein und damit die notwendige Steuermoral entwickelt wird. Dies kann bspw. durch eine verpflichtende Einführung von Schulungsmaßnahmen oder durch ein anreizbasiertes, freiwilliges Schulungssystem erfolgen. Das subjektive Entdeckungsrisiko spielt im Rahmen der Steuerkriminalität eine untergeordnete Rolle, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine proklamierte „Zero-Tolerance-Strategie“ und eine damit gewollte Abschreckung tatsächlich etwaige Steuersünder zur Rechtskonformität bewegt. Die 25-Gramm-Regelung beschränkt das Marktgeschehen in erheblicher Weise und wird wohl deshalb diametrale Effekte zulasten der Steuerkriminalitätsbekämpfung herbeiführen. Zudem bietet die Regelung keine Anreizwirkung zur Verbesserung einer kriminalitätsabweisenden Steuermoral.

Das ohnehin politisch aufgeladene Thema der Bekämpfung von Steuerkriminalität beim Betrieb von Shisha-Bars (Stichwort: Clankriminalität) wird nunmehr durch eine weitere Kontroverse gebeutelt. Insgesamt sollte mit auf den Weg gegeben werden, dass eine Politik der Vorverurteilung keinesfalls einen gesamten Markt lahmlegen sollte. Mit Blick auf die ordoliberalistische Freiburger Schule kommt dem Staat lediglich die Bildung des Ordnungsrahmens des Wirtschaftens zu. Spieltheoretisch gesprochen geht es also um die Begrenzung des Spielrahmens in Form des Marktes. Indem er derart massiv in das Marktgeschehen eingreift, wird aber nicht der Spielrahmen begrenzt, sondern das Spielfeld – bildlich gesprochen – vollkommen abgeriegelt. Ein Umdenken bei der Bekämpfung von Steuerkriminalität ist erforderlich.

<sup>38</sup> M.w.N. zum Ganzen: *Singelstein*, MSchKrim 2015, 48 (56 f.).

<sup>39</sup> M.w.N. *Singelstein*, MSchKrim 2015, 48 (58).

## ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

## **EuGH bestätigt Grenzen der Vorratsdatenspeicherung – Flächendeckendes Speichern verstößt auch bei schweren Straftaten gegen EU-Recht**

*EuGH, Urt. v. 5.4.2022 – C-140/20*

### Leitsätze der Redaktion:

**1. Das Unionsrecht steht einer allgemeinen und unterschiedslosen Vorratsspeicherung von Standort- und Verkehrsdaten, die elektronische Kommunikation betreffen, zur Bekämpfung schwerer Straftaten entgegen.**

**2. Durch ein nationales Gericht kann die Wirkung einer Ungültigerklärung nationaler Rechtsvorschriften, die eine solche Speicherung vorsehen, nicht zeitlich begrenzt werden.**

Gründe:

[...]

<sup>20</sup> Im März 2015 wurde G. D. wegen Mordes an einer Person, die im August 2012 verschwunden war und deren Leiche erst im September 2013 entdeckt worden war, zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. In der Berufung gegen seine Verurteilung warf der Betroffene dem erstinstanzlichen Gericht u.a. vor, es habe zu Unrecht Verkehrs- und Standortdaten im Zusammenhang mit Telefonanrufen als Beweismittel zugelassen, da das Gesetz von 2011, das die Speicherung dieser Daten regelt und auf dessen Grundlage die Ermittler der Nationalpolizei Zugang zu diesen Daten gehabt hätten, seine Rechte aus dem Unionsrecht verletze. Diese Berufung ist derzeit anhängig.

<sup>21</sup> Um im Rahmen des Strafverfahrens die Zulässigkeit dieser Beweise in Abrede stellen zu können, leitete G. D. beim *High Court* (Hoher Gerichtshof, Irland) ein Zivilverfahren mit dem Ziel ein, die Ungültigkeit bestimmter Vorschriften des Gesetzes von 2011 feststellen zu lassen.

Mit Entscheidung vom 6.12.2018 gab dieses Gericht dem Vorbringen von G. D. statt und stellte fest, dass Section 6 Abs. 1 lit. a dieses Gesetzes mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und Art. 52 Abs. 1 der Charta unvereinbar sei. Irland legte gegen diese Entscheidung ein Rechtsmittel beim *Supreme Court* (Oberster Gerichtshof, Irland), dem vorlegenden Gericht, ein.

<sup>22</sup> Das beim *Court of Appeal* (Berufungsgericht, Irland) anhängige Strafverfahren wurde bis zur Verkündung der Entscheidung des vorlegenden Gerichts im Zivilverfahren ausgesetzt.

<sup>23</sup> Vor dem vorlegenden Gericht machte Irland geltend, dass für die Feststellung, ob der Eingriff in das in Art. 7 der Charta verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens, der sich aus der Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten gemäß dem Gesetz von 2011 ergebe, verhältnismäßig sei, die Ziele der durch dieses Gesetz eingeführten Regelung in ihrer Gesamtheit geprüft werden müssten. Außerdem habe dieses Gesetz einen detaillierten Rahmen für den Zugang zu auf Vorrat gespeicherten Daten geschaffen, wonach die Stelle, die innerhalb der Nationalpolizei mit der vorherigen Prüfung von Zugangsersuchen betraut sei, bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben von der Nationalpolizei funktional unabhängig sei und damit dem Erfordernis einer vorherigen Kontrolle durch eine unabhängige Verwaltungsstelle genüge. Dieses Kontrollsystem werde durch ein Beschwerdeverfahren und eine gerichtliche Kontrolle ergänzt. Schließlich dürfe, sollte das Gesetz von 2011 letztlich als unionsrechtswidrig angesehen werden, jede Feststellung, die daraus vom vorlegenden Gericht abgeleitet werde, unter dem Gesichtspunkt ihrer zeitlichen Wirkungen nur für die Zukunft gelten.

<sup>24</sup> G. D. machte seinerseits geltend, dass die durch das Gesetz von 2011 eingeführte Regelung der allgemeinen und unterschiedslosen Vorratsspeicherung von Daten sowie die in diesem Gesetz vorgesehene Regelung über den Zugang zu diesen Daten mit dem Unionsrecht, wie es insbesondere vom *Gerichtshof* in Rn. 120 des Urteils vom 21.12.2016, *Tele2 Sverige und Watson u.a.* (C 203/15 und C 698/15, EU:C:2016:970), ausgelegt worden sei, unvereinbar seien.

<sup>25</sup> Das vorlegende Gericht stellt zunächst klar, dass es nur zu beurteilen habe, ob der *High Court* (Hoher Gerichtshof) zu Recht entschieden habe, dass Section 6 Abs. 1 lit. a des Gesetzes von 2011 mit dem Unionsrecht unvereinbar sei, die Frage der Zulässigkeit der im Rahmen des Strafverfahrens erhobenen Beweise hingegen in die alleinige Zuständigkeit des *Court of Appeal* (Berufungsgericht) falle, bei dem die gegen die Verurteilung eingelegte Berufung anhängig sei.

<sup>26</sup> In diesem Zusammenhang fragt sich das vorlegende Gericht zunächst nach den Anforderungen des Unionsrechts hinsichtlich der Vorratsdatenspeicherung zum Zweck der Bekämpfung schwerer Kriminalität.



Hierzu vertritt es im Wesentlichen die Auffassung, dass nur eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten eine wirksame Bekämpfung schwerer Kriminalität ermögliche, was bei einer gezielten Vorratsspeicherung und einer umgehenden Sicherung (quick freeze) nicht möglich sei. Hinsichtlich der gezielten Vorratsspeicherung fragt sich das vorlegende Gericht, ob für die Zwecke der Bekämpfung schwerer Kriminalität bestimmte Gruppen oder geografische Gebiete erfasst werden können, da bestimmte schwere Straftaten selten mit Umständen verbunden seien, die den zuständigen nationalen Behörden bekannt seien und die es ihnen ermöglichen würden, die Begehung einer Straftat im Voraus zu vermuten. Außerdem könne eine gezielte Vorratsspeicherung zu Diskriminierungen führen. Was die umgehende Sicherung betrifft, so ist das vorlegende Gericht der Ansicht, dass diese nur in Situationen sinnvoll sei, in denen es in einem frühen Stadium der Ermittlungen einen identifizierbaren Verdächtigen gebe.

<sup>27</sup> Was sodann den Zugang zu den von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf Vorrat gespeicherten Daten betrifft, weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass die Nationalpolizei bei sich ein System der Selbstzertifizierung der an diese Betreiber gerichteten Zugangsersuchen eingeführt habe. Aus den dem *High Court* (Hoher Gerichtshof) vorgelegten Unterlagen gehe hervor, dass der Leiter der Nationalpolizei als interne Maßnahme entschieden habe, dass Zugangsersuchen, die nach dem Gesetz von 2011 gestellt würden, von einem einzigen Beamten der Nationalpolizei zentral bearbeitet werden müssten, der die Eigenschaft eines chief superintendent (Hauptkommissar) habe, nämlich dem Leiter der Abteilung Sicherheit und Aufklärung. Wenn dieser der Ansicht sei, dass die betreffenden Daten u.a. zur Verhütung, Ermittlung, Feststellung oder Verfolgung einer schweren Straftat erforderlich seien, könne er ein Zugangsersuchen an die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste richten. Im Übrigen habe der Leiter der Nationalpolizei bei dieser eine selbständige Einheit namens Telecommunications Liaison Unit (Koordinationsstelle für Telekommunikation, im Folgenden: TLU) eingerichtet, um den Leiter der Abteilung Sicherheit und Aufklärung bei der Ausübung seiner Aufgaben zu unterstützen und als einzige Stelle für den Kontakt zu eben diesen Diensteanbietern zu dienen.

<sup>28</sup> Das vorlegende Gericht führt weiter aus, dass während des Zeitraums, auf den sich die gegen G. D. eingeleitete strafrechtliche Untersuchung beziehe, alle Zugangsersuchen zunächst von einem Oberkommissar oder einem die Aufgaben eines Oberkommissars wahrnehmenden Kommissar hätten genehmigt werden müssen, bevor sie zur Bearbeitung an die TLU weitergeleitet worden seien, und dass die Ermittler angewiesen gewesen seien, ihre Zugangsersuchen mit ausreichend detaillierten Informationen zu versehen, um eine fundierte Entscheidung zu ermöglichen. Außerdem seien die TLU und der Leiter der Abteilung Sicherheit und Aufklärung verpflichtet gewesen, die Rechtmäßigkeit, die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit der Zugangsersuchen zu prüfen, wobei

zu berücksichtigen sei, dass dieser Leiter habe aufgefordert werden können, seine Entscheidung vor einem vom *High Court* (Hoher Gerichtshof) benannten Richter zu rechtfertigen. Die TLU unterliege außerdem der Prüfung durch den Data Protection Commissioner (Datenschutzbeauftragter, Irland).

<sup>29</sup> Schließlich fragt das vorlegende Gericht nach der Tragweite und den zeitlichen Wirkungen einer etwaigen Feststellung der Unvereinbarkeit des Gesetzes von 2011 mit dem Unionsrecht. Eine solche Feststellung könne nur für die Zukunft gelten, da die im Strafverfahren gegen G. D. als Beweise verwendeten Daten Ende 2013 gespeichert und zugänglich gemacht worden seien, d. h. zu einer Zeit, als Irland verpflichtet gewesen sei, die Bestimmungen des Gesetzes von 2011, mit dem die Richtlinie 2006/24 umgesetzt worden sei, anzuwenden. Eine solche Lösung sei auch insoweit angemessen, als andernfalls die Ermittlung und Verfolgung schwerer Straftaten in Irland sowie die Situation bereits verurteilter Personen ernsthaft beeinträchtigt sein könnten.

<sup>30</sup> Unter diesen Umständen hat der *Supreme Court* (Oberster Gerichtshof) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Verstößt eine allgemeine/universelle Regelung über die Vorratsdatenspeicherung – auch wenn die Speicherung und der Zugang strengen Beschränkungen unterliegen – per se gegen Art. 15 der Richtlinie 2002/58, ausgelegt im Licht der Charta?

2. Darf ein nationales Gericht bei der Prüfung der Frage, ob eine gemäß der Richtlinie 2006/24 umgesetzte nationale Maßnahme, die eine allgemeine Regelung für die Vorratsspeicherung von Daten vorsieht (mit den notwendigen strengen Kontrollen in Bezug auf die Vorratsspeicherung und/oder den Zugang), für mit dem Unionsrecht unvereinbar zu erklären ist, und insbesondere bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer solchen Regelung berücksichtigen, dass Diensteanbieter Daten für ihre eigenen kommerziellen Zwecke rechtmäßig auf Vorrat speichern dürfen und aus Gründen der nationalen Sicherheit, die nicht unter die Richtlinie 2002/58 fallen, möglicherweise auf Vorrat speichern müssen?

3. Welche Kriterien muss ein nationales Gericht bei der Beurteilung der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung über den Zugang zu auf Vorrat gespeicherten Daten mit dem Unionsrecht und insbesondere mit den in der Charta verankerten Rechten anwenden, wenn es prüft, ob eine solche Zugangsregelung die erforderliche unabhängige vorherige Kontrolle, wie sie der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung festgelegt hat, vorsieht? Kann ein nationales Gericht in diesem Zusammenhang bei einer solchen Beurteilung das Vorhandensein einer nachträglichen gerichtlichen oder unabhängigen Kontrolle berücksichtigen?

4. Ist jedenfalls ein nationales Gericht verpflichtet, die Unvereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit Art. 15

der Richtlinie 2002/58 festzustellen, wenn die nationale Maßnahme eine allgemeine Regelung für die Vorratsspeicherung von Daten zum Zwecke der Bekämpfung schwerer Straftaten vorsieht und das nationale Gericht anhand aller verfügbaren Beweise zu dem Schluss gelangt ist, dass eine solche Vorratsspeicherung für die Erreichung des Ziels der Bekämpfung schwerer Straftaten sowohl wesentlich als auch zwingend erforderlich ist?

5. Wenn ein nationales Gericht feststellen muss, dass eine nationale Maßnahme mit Art. 15 der Richtlinie 2002/58, ausgelegt im Licht der Charta, unvereinbar ist, darf es dann die zeitliche Wirkung einer solchen Feststellung beschränken, wenn es sich davon überzeugt hat, dass es andernfalls zu „daraus resultierendem Chaos und einer Schädigung des öffentlichen Interesses“ käme (im Einklang mit dem Ansatz, der etwa im Urteil *R National Council for Civil Liberties v Secretary of State for Home Department und Secretary of State for Foreign Affairs* (2018) EWHC 975, Rn. 46, verfolgt wurde)?

6. Darf ein nationales Gericht, bei dem im Rahmen eines Verfahrens, das eingeleitet wurde, um Argumente zur Frage der Zulässigkeit von Beweisen in einem Strafverfahren zu stützen, oder in einem anderen Zusammenhang beantragt wird, die Unvereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit Art. 15 der Richtlinie 2002/58 festzustellen und/oder diese Rechtsvorschriften unangewendet zu lassen und/oder festzustellen, dass die Rechte eines Einzelnen durch die Anwendung dieser Rechtsvorschriften verletzt wurden, einen solchen Antrag in Bezug auf Daten zurückweisen, die gemäß der nationalen Bestimmung, die aufgrund der Verpflichtung nach Art. 288 AEUV zur getreuen Umsetzung der Bestimmungen einer Richtlinie in nationales Recht erlassen wurde, auf Vorrat gespeichert wurden, oder die Wirkung einer solchen Feststellung auf die Zeit nach der Ungültigerklärung der Richtlinie 2006/24 durch das Urteil vom 8.4.2014, *Digital Rights Ireland u.a.* (C 293/12 und C 594/12, EU:C:2014:238), beschränken?

A. Zu den Vorlagefragen

I. Zu den Fragen 1, 2 und 4

<sup>31</sup> Mit seinen Fragen 1, 2 und 4, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten zu Zwecken der Bekämpfung schwerer Kriminalität vorsehen.

<sup>32</sup> Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung bei der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift nicht nur ihr Wortlaut zu berücksichtigen ist, sondern auch ihr Kontext und die Ziele, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden, und insbesondere deren Entstehungsgeschichte (Urt. v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net u.a.*, C-511/18, C-512/18 und

C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 105 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>33</sup> Bereits aus dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 geht hervor, dass die Rechtsvorschriften, zu deren Erlass die Richtlinie die Mitgliedstaaten unter den in der Richtlinie festgelegten Voraussetzungen ermächtigt, lediglich darauf abzielen können, die u.a. in den Art. 5, 6 und 9 der Richtlinie 2002/58 vorgesehenen Rechte und Pflichten zu „beschränken.“

<sup>34</sup> Was das durch diese Richtlinie eingeführte System betrifft, in das sich ihr Art. 15 Abs. 1 einfügt, ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 5 Abs. 1 Sätze 1 und 2 der Richtlinie verpflichtet sind, die Vertraulichkeit der mit öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten übertragenen Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch innerstaatliche Vorschriften sicherzustellen. Sie sind insbesondere verpflichtet, das Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch andere Personen als die Nutzer zu untersagen, wenn keine Einwilligung der betroffenen Nutzer vorliegt, es sei denn, dass diese Personen gemäß Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie gesetzlich dazu ermächtigt sind.

<sup>35</sup> Insoweit hat der *Gerichtshof* bereits entschieden, dass in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 der Grundsatz der Vertraulichkeit sowohl elektronischer Nachrichten als auch der damit verbundenen Verkehrsdaten aufgestellt wird, der u.a. das grundsätzliche Verbot für jede andere Person als die Nutzer, ohne deren Einwilligung solche Nachrichten und Daten auf Vorrat zu speichern, impliziert (Urt. v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net u.a.*, C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 107).

<sup>36</sup> Diese Bestimmung spiegelt das vom Unionsgesetzgeber beim Erlass der Richtlinie 2002/58 verfolgte Ziel wider. Aus der Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (KOM[2000] 385 endg.), aus dem die Richtlinie 2002/58 hervorgegangen ist, ergibt sich nämlich, dass der Unionsgesetzgeber sicherstellen wollte, „dass für alle elektronischen Kommunikationsdienste unabhängig von der zugrunde liegenden Technologie weiterhin ein hochgradiger Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre gewährleistet bleibt.“

Die genannte Richtlinie soll somit, wie sich u.a. aus ihren Erwägungsgründen 6 und 7 ergibt, die Nutzer elektronischer Kommunikationsdienste vor den Risiken für ihre personenbezogenen Daten und ihre Privatsphäre schützen, die sich aus den neuen Technologien und vor allem den zunehmenden Fähigkeiten zur automatisierten Speicherung und Verarbeitung von Daten ergeben. Insbesondere ist es, wie im zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie zum Ausdruck kommt, der Wille des Unionsgesetzgebers, die uneingeschränkte Achtung der in den Art. 7 und 8 der

Charta niedergelegten Rechte zu gewährleisten (vgl. i.d.S. Ur. v. 21.12.2016, *Tele2 Sverige und Watson u.a.*, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 83, sowie v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net u.a.*, C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 106).

<sup>37</sup> Durch den Erlass der Richtlinie 2002/58 hat der Unionsgesetzgeber somit diese Rechte konkretisiert, so dass die Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel grundsätzlich erwarten dürfen, dass ihre Nachrichten und die damit verbundenen Verkehrsdaten anonym bleiben und nicht gespeichert werden dürfen, es sei denn, sie haben darin eingewilligt (Ur. v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net u.a.*, C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 109).

<sup>38</sup> Was die Verarbeitung und Speicherung von sich auf Teilnehmer und Nutzer beziehenden Verkehrsdaten durch die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste anbelangt, sieht Art. 6 der Richtlinie 2002/58 in Abs. 1 vor, dass diese Daten zu löschen oder zu anonymisieren sind, sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt werden, und stellt in Abs. 2 klar, dass Verkehrsdaten, die zum Zweck der Gebührenabrechnung und der Bezahlung von Zusammenschaltungen erforderlich sind, nur bis zum Ablauf der Frist verarbeitet werden dürfen, innerhalb deren die Rechnung rechtlich angefochten oder der Anspruch auf Zahlung geltend gemacht werden kann. Andere Standortdaten als Verkehrsdaten dürfen nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur dann verarbeitet werden, wenn sie anonymisiert wurden oder wenn die Nutzer oder Teilnehmer ihre Einwilligung gegeben haben.

<sup>39</sup> Folglich beschränkt sich die Richtlinie 2002/58 nicht darauf, den Zugang zu solchen Daten durch Garantien zu regeln, die Missbrauch verhindern sollen, sondern sie regelt insbesondere auch den Grundsatz des Verbots der Speicherung dieser Daten durch Dritte.

<sup>40</sup> Indem Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 den Mitgliedstaaten gestattet, Rechtsvorschriften zu erlassen, die die Rechte und Pflichten gemäß u.a. den Art. 5, 6 und 9 dieser Richtlinie – wie sie sich aus den in Rn. 35 des vorliegenden Urteils angeführten Grundsätzen der Vertraulichkeit der Kommunikation und dem Verbot der Speicherung der damit verbundenen Daten ergeben – „beschränken“, sieht diese Bestimmung eine Ausnahme von der allgemeinen Regel vor, die u.a. in den Art. 5, 6 und 9 vorgesehen ist, und ist daher nach ständiger Rechtsprechung eng auszulegen. Eine solche Bestimmung vermag es daher nicht zu rechtfertigen, dass die Ausnahme von der grundsätzlichen Verpflichtung, die Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation und der damit verbundenen Daten sicherzustellen, und insbesondere von dem in Art. 5 der Richtlinie 2002/58 vorgesehenen Verbot, diese Daten zu speichern, zur Regel wird, soll die letztgenannte Vorschrift nicht weitgehend ausgehöhlt werden (vgl. i.d.S. Ur. v. 21.12.2016, *Tele2 Sverige und Watson u.a.*, C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 89, sowie v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net u.a.*, C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 111).

<sup>41</sup> Hinsichtlich der Zwecke, die eine Beschränkung der insbesondere in den Art. 5, 6 und 9 der Richtlinie 2002/58 vorgesehenen Rechte und Pflichten rechtfertigen können, hat der *Gerichtshof* bereits entschieden, dass die Aufzählung der in Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie genannten Zwecke abschließend ist, so dass eine aufgrund dieser Bestimmung erlassene Rechtsvorschrift tatsächlich strikt einem von ihnen dienen muss (Ur. v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net u.a.*, C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 112 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>42</sup> Außerdem geht aus Art. 15 Abs. 1 Satz 3 der Richtlinie 2002/58 hervor, dass die nach dieser Vorschrift von den Mitgliedstaaten erlassenen Vorschriften die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts beachten müssen, zu denen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört, und die Achtung der durch die Charta garantierten Grundrechte gewährleisten müssen. Hierzu hat der *Gerichtshof* bereits entschieden, dass die den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste durch nationale Rechtsvorschriften auferlegte Pflicht, Verkehrsdaten auf Vorrat zu speichern, um sie gegebenenfalls den zuständigen nationalen Behörden zugänglich zu machen, Fragen aufwirft, die nicht nur die Einhaltung der die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten garantierenden Art. 7 und 8 der Charta betreffen, sondern auch der in Art. 11 der Charta gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung (Ur. v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net u.a.*, C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 113 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>43</sup> Bei der Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 muss somit die Bedeutung sowohl des in Art. 7 der Charta gewährleisteten Rechts auf Achtung des Privatlebens als auch des in Art. 8 der Charta gewährleisteten Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten, wie sie sich aus der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* ergibt, berücksichtigt werden sowie das in Art. 11 der Charta gewährleistete Grundrecht auf freie Meinungsäußerung, das eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft darstellt, die zu den Werten gehört, auf die sich die Union nach Art. 2 EUV gründet (Ur. v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net u.a.*, C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 114 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>44</sup> Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Speicherung der Verkehrs- und Standortdaten als solche zum einen eine Abweichung von dem nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 für alle anderen Personen als die Nutzer geltenden Verbot der Speicherung dieser Daten darstellt und zum anderen einen Eingriff in die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und auf den Schutz personenbezogener Daten, die in den Art. 7 und 8 der Charta verankert sind; dabei spielt es keine Rolle, ob die betreffenden Informationen über das Privatleben sensiblen Charakter haben und ob die Betroffenen durch diesen Eingriff Nachteile erlitten haben (vgl. i.d.S. Ur. v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net u.a.*, C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 115 und 116 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

- <sup>45</sup> Dieser Schluss erscheint umso gerechtfertigter, als die Verkehrs- und Standortdaten Informationen über eine Vielzahl von Aspekten des Privatlebens der Betroffenen enthalten können, einschließlich sensibler Informationen wie sexuelle Orientierung, politische Meinungen, religiöse, philosophische, gesellschaftliche oder andere Überzeugungen sowie den Gesundheitszustand, wobei solche Daten im Übrigen im Unionsrecht besonderen Schutz genießen. Aus der Gesamtheit dieser Daten können sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der Personen, deren Daten gespeichert wurden, gezogen werden, etwa auf Gewohnheiten des täglichen Lebens, ständige oder vorübergehende Aufenthaltsorte, tägliche oder in anderem Rhythmus erfolgende Ortsveränderungen, ausgeübte Tätigkeiten, soziale Beziehungen dieser Personen und das soziale Umfeld, in dem sie verkehren. Diese Daten ermöglichen insbesondere die Erstellung eines Profils der Betroffenen, das im Hinblick auf das Recht auf Achtung des Privatlebens eine ebenso sensible Information darstellt wie der Inhalt der Kommunikationen selbst (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 117 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>46</sup> Daher kann die Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten zu polizeilichen Zwecken zum einen das in Art. 7 der Charta verankerte Recht auf Achtung der Kommunikation beeinträchtigen und die Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel von der Ausübung ihrer durch Art. 11 der Charta gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung abhalten; diese Wirkungen sind umso stärker, je größer die Menge und die Vielfalt der auf Vorrat gespeicherten Daten sind. Zum anderen birgt die bloße Vorratsspeicherung durch die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste angesichts der großen Menge von Verkehrs- und Standortdaten, die durch eine Maßnahme allgemeiner und unterschiedsloser Vorratsspeicherung kontinuierlich gespeichert werden können, sowie des sensiblen Charakters der Informationen, die diese Daten liefern können, Gefahren des Missbrauchs und des rechtswidrigen Zugangs (vgl. i.d.S. Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 118 und 119 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>47</sup> Insoweit ist hervorzuheben, dass die Vorratsspeicherung dieser Daten und der Zugang zu ihnen, wie sich aus der in Rn. 44 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung ergibt, unterschiedliche Eingriffe in die in den Art. 7 und 11 der Charta garantierten Grundrechte darstellen, die eine gesonderte Rechtfertigung nach Art. 52 Abs. 1 der Charta erfordern. Daraus folgt, dass nationale Rechtsvorschriften, die die vollständige Einhaltung der Voraussetzungen gewährleisten, die sich aus der Rechtsprechung zur Auslegung der Richtlinie 2002/58 im Bereich des Zugangs zu auf Vorrat gespeicherten Daten ergeben, den schwerwiegenden Eingriff, der sich aus der nach diesen nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen allgemeinen Vorratsspeicherung dieser Daten in die in den Art. 5 und 6 dieser Richtlinie und durch die Grundrechte, deren Konkretisierung diese Vorschriften darstellen, garantierten Rechte ergeben würde, naturgemäß weder beschränken noch beseitigen können.
- <sup>48</sup> In Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58, der es den Mitgliedstaaten gestattet, die in den Rn. 34 bis 37 des vorliegenden Urteils angesprochenen Rechte und Pflichten zu beschränken, kommt allerdings zum Ausdruck, dass die in den Art. 7, 8 und 11 der Charta verankerten Rechte keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen können, sondern im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion gesehen werden müssen. Nach Art. 52 Abs. 1 der Charta sind nämlich Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte zulässig, sofern sie gesetzlich vorgesehen sind und den Wesensgehalt dieser Rechte achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit müssen sie erforderlich sein und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Bei der Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Charta muss somit auch berücksichtigt werden, welche Bedeutung den in den Art. 3, 4, 6 und 7 der Charta verankerten Rechten und den Zielen des Schutzes der nationalen Sicherheit und der Bekämpfung schwerer Kriminalität als Beitrag zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer zukommt (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 120 bis 122 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>49</sup> Somit ist in Bezug insbesondere auf die wirksame Bekämpfung von Straftaten, deren Opfer u.a. Minderjährige und andere schutzbedürftige Personen sind, zu berücksichtigen, dass sich aus Art. 7 der Charta positive Verpflichtungen der Behörden im Hinblick auf den Erlass rechtlicher Maßnahmen zum Schutz des Privat- und Familienlebens ergeben können. Solche Verpflichtungen können sich aus Art. 7 auch in Bezug auf den Schutz der Wohnung und der Kommunikation sowie aus den Art. 3 und 4 hinsichtlich des Schutzes der körperlichen und geistigen Unversehrtheit der Menschen sowie des Verbots der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ergeben (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 126 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>50</sup> Angesichts dieser verschiedenen positiven Verpflichtungen müssen die verschiedenen betroffenen berechtigten Interessen und Rechte miteinander in Einklang gebracht werden. Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* hat nämlich entschieden, dass die den Art. 3 und 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten zu entnehmenden positiven Verpflichtungen, denen die Garantien in den Art. 4 und 7 der Charta entsprechen, u.a. bedeuten, dass materielle und prozedurale Vorschriften zu erlassen sowie praktische Maßnahmen zu treffen sind, die eine wirksame Bekämpfung von Straftaten gegen Personen mittels effektiver Ermittlungen und Verfolgung gestatten. Diese Verpflichtung ist umso wichtiger, wenn das körperliche und geistige Wohlergehen eines Kindes bedroht ist. Die von den zuständigen Behörden zu treffenden Maßnahmen müssen aber den Rechtsschutzmöglichkeiten und übrigen



Garantien, die geeignet sind, den Umfang der strafrechtlichen Ermittlungsbefugnisse zu begrenzen, sowie den sonstigen Freiheiten und Rechten umfassend Rechnung tragen. Insbesondere ist ein rechtlicher Rahmen zu schaffen, der es erlaubt, die verschiedenen zu schützenden berechtigten Interessen und Rechte miteinander in Einklang zu bringen (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 127 und 128 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>51</sup> In diesem Rahmen ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2002/58, dass die Mitgliedstaaten eine Vorschrift erlassen können, die von dem in Rn. 35 des vorliegenden Urteils genannten Grundsatz der Vertraulichkeit abweicht, wenn eine solche Vorschrift „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig“ ist, wobei es im elften Erwägungsgrund der Richtlinie heißt, dass eine derartige Maßnahme in einem „strikt“ angemessenen Verhältnis zum intendierten Zweck stehen muss (vgl. i.d.S. Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 129).

<sup>52</sup> Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Schutz des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens nach ständiger Rechtsprechung des *Gerichtshofs* verlangt, dass sich die Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten und dessen Einschränkungen auf das absolut Notwendige beschränken. Außerdem kann eine dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung nicht verfolgt werden, ohne den Umstand zu berücksichtigen, dass sie mit den von der Maßnahme betroffenen Grundrechten in Einklang gebracht werden muss, indem eine ausgewogene Gewichtung der dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzung und der fraglichen Rechte vorgenommen wird (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 130 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>53</sup> Insbesondere geht aus der Rechtsprechung des *Gerichtshofs* hervor, dass die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, eine Beschränkung der u.a. in den Art. 5, 6 und 9 der Richtlinie 2002/58 vorgesehenen Rechte und Pflichten zu rechtfertigen, zu beurteilen ist, indem die Schwere des mit einer solchen Beschränkung verbundenen Eingriffs bestimmt und geprüft wird, ob die verfolgte dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung in angemessenem Verhältnis zur Schwere des Eingriffs steht (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 131 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>54</sup> Um dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit zu genügen, müssen nationale Rechtsvorschriften klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der betreffenden Maßnahme vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen, so dass die Personen, deren personenbezogene Daten betroffen sind, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz dieser Daten vor Missbrauchsrisiken ermöglichen. Diese Rechtsvorschriften

müssen nach nationalem Recht bindend sein und insbesondere Angaben dazu enthalten, unter welchen Umständen und unter welchen Voraussetzungen eine Maßnahme, die die Verarbeitung solcher Daten vorsieht, getroffen werden darf, damit gewährleistet ist, dass sich der Eingriff auf das absolut Notwendige beschränkt. Das Erfordernis, über solche Garantien zu verfügen, ist umso bedeutsamer, wenn die personenbezogenen Daten automatisiert verarbeitet werden, vor allem wenn eine erhebliche Gefahr des unberechtigten Zugangs zu ihnen besteht. Diese Erwägungen gelten in besonderem Maß, wenn es um den Schutz der besonderen Kategorie sensibler personenbezogener Daten geht (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 132 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>55</sup> Nationale Rechtsvorschriften, die eine Vorratsspeicherung personenbezogener Daten vorsehen, müssen daher stets objektiven Kriterien genügen, die einen Zusammenhang zwischen den zu speichernden Daten und dem verfolgten Ziel herstellen. Was konkret die Bekämpfung schwerer Kriminalität betrifft, müssen die Daten, deren Vorratsspeicherung vorgesehen ist, geeignet sein, zur Verhütung, Feststellung oder Verfolgung schwerer Straftaten beizutragen (vgl. i.d.S. Urt. v. 8.4.2014, Digital Rights Ireland u.a., C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238, Rn. 59, sowie v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 133).

<sup>56</sup> Was die dem Gemeinwohl dienenden Ziele anbelangt, die eine nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 erlassene Vorschrift rechtfertigen können, geht aus der Rechtsprechung des *Gerichtshofs*, insbesondere aus dem Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), hervor, dass nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Hierarchie zwischen diesen Zielen entsprechend ihrer jeweiligen Bedeutung besteht und dass die Bedeutung des mit einer solchen Vorschrift verfolgten Ziels im Verhältnis zur Schwere des daraus resultierenden Eingriffs stehen muss.

<sup>57</sup> Insoweit hat der *Gerichtshof* entschieden, dass die Bedeutung des Ziels des Schutzes der nationalen Sicherheit im Licht von Art. 4 Abs. 2 EUV, wonach der Schutz der nationalen Sicherheit weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten fällt, die der übrigen von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 erfassten Ziele, insbesondere der Ziele, die Kriminalität im Allgemeinen, auch schwere Kriminalität, zu bekämpfen und die öffentliche Sicherheit zu schützen, übersteigt. Vorbehaltlich der Erfüllung der übrigen Anforderungen von Art. 52 Abs. 1 der Charta ist das Ziel des Schutzes der nationalen Sicherheit daher geeignet, Maßnahmen zu rechtfertigen, die schwerere Grundrechtseingriffe enthalten als solche, die mit den übrigen Zielen gerechtfertigt werden könnten (vgl. i.d.S. Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 135 und 136).

<sup>58</sup> Aus diesem Grund hat der *Gerichtshof* festgestellt, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7,

8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta Rechtsvorschriften nicht entgegensteht, die es zum Schutz der nationalen Sicherheit gestatten, den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste aufzugeben, Verkehrs- und Standortdaten allgemein und unterschiedslos auf Vorrat zu speichern, wenn sich der betreffende Mitgliedstaat einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ernststen Bedrohung für die nationale Sicherheit gegenüberstellt, sofern diese Anordnung Gegenstand einer wirksamen, zur Prüfung des Vorliegens einer solchen Situation sowie der Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien dienenden Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle sein kann, deren Entscheidung bindend ist, und sofern die Anordnung nur für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber im Fall des Fortbestands der Bedrohung verlängerbaren Zeitraum ergeht (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 168).

#### *Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten*

- <sup>59</sup> Was das Ziel der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten anbelangt, hat der *Gerichtshof* festgestellt, dass im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur die Bekämpfung schwerer Kriminalität und die Verhütung ernstster Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit geeignet sind, die mit der Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten verbundenen schweren Eingriffe in die Grundrechte, die in den Art. 7 und 8 der Charta verankert sind, zu rechtfertigen. Daher können nur Eingriffe in die genannten Grundrechte, die nicht schwer sind, durch das Ziel der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten im Allgemeinen gerechtfertigt sein (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 140 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- <sup>60</sup> In der mündlichen Verhandlung hat die Europäische Kommission vorgetragen, dass besonders schwere Kriminalität einer Bedrohung der nationalen Sicherheit gleichgestellt werden könne.
- <sup>61</sup> Der *Gerichtshof* hat aber bereits entschieden, dass das Ziel der Wahrung der nationalen Sicherheit dem zentralen Anliegen entspricht, die wesentlichen Funktionen des Staates und die grundlegenden Interessen der Gesellschaft durch die Verhütung und Repression von Tätigkeiten zu schützen, die geeignet sind, die tragenden Strukturen eines Landes im Bereich der Verfassung, Politik oder Wirtschaft oder im sozialen Bereich in schwerwiegender Weise zu destabilisieren und insbesondere die Gesellschaft, die Bevölkerung oder den Staat als solchen unmittelbar zu bedrohen, wie insbesondere terroristische Aktivitäten (vgl. i.d.S. Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 135).
- <sup>62</sup> Außerdem ist festzustellen, dass im Unterschied zur Kriminalität – auch besonders schwerer Kriminalität – eine Bedrohung für die nationale Sicherheit real und aktuell,

zumindest aber vorhersehbar sein muss, was das Eintreten hinreichend konkreter Umstände voraussetzt, um eine Maßnahme allgemeiner und unterschiedsloser Vorrats-speicherung von Verkehrs- und Standortdaten für einen begrenzten Zeitraum rechtfertigen zu können. Eine solche Bedrohung unterscheidet sich somit ihrer Art, ihrer Schwere und der Besonderheit der sie begründenden Umstände nach von der allgemeinen und ständigen Gefahr, dass – auch schwere – Spannungen oder Störungen der öffentlichen Sicherheit auftreten, oder schwerer Straftaten (vgl. i.d.S. Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 136 und 137).

- <sup>63</sup> Somit kann Kriminalität – auch besonders schwere Kriminalität – nicht mit einer Bedrohung der nationalen Sicherheit gleichgesetzt werden. Wie der Generalanwalt in den Nr. 49 und 50 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, könnte eine solche Gleichstellung nämlich eine Zwischenkategorie zwischen der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Sicherheit einführen, um auf die zweite Kategorie die Voraussetzungen der ersten Kategorie anzuwenden.
- <sup>64</sup> Daraus folgt auch, dass der in der zweiten Vorlagefrage erwähnte Umstand, dass die Verkehrs- und Standortdaten rechtmäßig zum Zweck des Schutzes der nationalen Sicherheit auf Vorrat gespeichert wurden, keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit ihrer Speicherung zum Zweck der Bekämpfung schwerer Kriminalität hat.

#### *Bekämpfung schwerer Kriminalität*

- <sup>65</sup> Was das Ziel der Bekämpfung schwerer Kriminalität anbelangt, hat der *Gerichtshof* entschieden, dass nationale Rechtsvorschriften, die zu diesem Zweck die allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen, die Grenzen des absolut Notwendigen überschreiten und nicht als in einer demokratischen Gesellschaft gerechtfertigt angesehen werden können. Angesichts des sensiblen Charakters der Informationen, die sich aus den Verkehrs- und Standortdaten ergeben können, ist deren Vertraulichkeit nämlich von entscheidender Bedeutung für das Recht auf Achtung des Privatlebens. In Anbetracht zum einen der in Rn. 46 des vorliegenden Urteils angesprochenen abschreckenden Wirkungen, die die Speicherung dieser Daten auf die Ausübung der in den Art. 7 und 11 der Charta verankerten Grundrechte haben kann, und zum anderen der Schwere des mit ihr verbundenen Eingriffs muss eine solche Speicherung in einer demokratischen Gesellschaft, wie es das durch die Richtlinie 2002/58 geschaffene System vorsieht, die Ausnahme und nicht die Regel sein, und solche Daten dürfen nicht Gegenstand einer systematischen und kontinuierlichen Speicherung sein. Dies gilt auch in Anbetracht der Ziele der Bekämpfung schwerer Kriminalität und der Verhütung ernstster Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit sowie der Bedeutung, die ihnen beizumessen ist (vgl. i.d.S. Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 141 und 142 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>66</sup> Außerdem hat der *Gerichtshof* betont, dass nationale Rechtsvorschriften, die eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen, die elektronischen Kommunikationen fast der gesamten Bevölkerung erfassen, ohne jede Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme anhand des verfolgten Ziels. Solche Rechtsvorschriften betreffen pauschal sämtliche Personen, die elektronische Kommunikationsdienste nutzen, ohne dass sich diese Personen auch nur mittelbar in einer Lage befinden, die Anlass zur Strafverfolgung geben könnte. Sie gilt somit auch für Personen, bei denen keinerlei Anhaltspunkt dafür besteht, dass ihr Verhalten in einem auch nur mittelbaren oder entfernten Zusammenhang mit dem Ziel der Bekämpfung schwerer Straftaten stehen könnte, und setzt insbesondere keinen Zusammenhang zwischen den Daten, deren Vorratsspeicherung vorgesehen ist, und einer Bedrohung der öffentlichen Sicherheit voraus. Insbesondere beschränken solche Rechtsvorschriften, wie der *Gerichtshof* bereits entschieden hat, die Vorratsspeicherung weder auf die Daten eines Zeitraums und/oder eines geografischen Gebiets und/oder eines Personenkreises, der in irgendeiner Weise in eine schwere Straftat verwickelt sein könnte, noch auf Personen, deren auf Vorrat gespeicherte Daten aus anderen Gründen zur Bekämpfung schwerer Kriminalität beitragen könnten (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 143 und 144 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>67</sup> Dagegen hat der *Gerichtshof* in Rn. 168 des Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), klargestellt, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta Rechtsvorschriften nicht entgegensteht, die zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit

- auf der Grundlage objektiver und nicht diskriminierender Kriterien anhand von Kategorien betroffener Personen oder mittels eines geografischen Kriteriums für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber verlängerbaren Zeitraum eine gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen;

- für einen auf das absolut Notwendige begrenzten Zeitraum eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der IP-Adressen, die der Quelle einer Verbindung zugewiesen sind, vorsehen;

- eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der die Identität der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel betreffenden Daten vorsehen;

- vorsehen, dass den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste mittels einer Entscheidung der zuständigen Behörde, die einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, aufgegeben werden kann, während eines festgelegten Zeitraums die ihnen zur Verfügung stehenden Verkehrs- und Standortdaten umgehend zu sichern (*quick freeze*).

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

<sup>68</sup> Im vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen, das vor der Verkündung der Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), und v. 2.3.2021, Prokuratuur (Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation) (C-746/18, EU:C:2021:152), beim *Gerichtshof* eingegangen ist, hat das vorliegende Gericht jedoch die Auffassung vertreten, dass nur eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten eine wirksame Bekämpfung schwerer Kriminalität ermöglichen würde. In der mündlichen Verhandlung vom 13.9.2021 haben u.a. Irland und die französische Regierung vorgetragen, dass diese Schlussfolgerung nicht dadurch entkräftet werde, dass die Mitgliedstaaten auf die in der vorstehenden Randnummer genannten Rechtsvorschriften zurückgreifen könnten.

<sup>69</sup> Hierzu ist erstens festzustellen, dass die Wirksamkeit der Strafverfolgung im Allgemeinen nicht von einem einzigen Ermittlungsinstrument abhängt, sondern von allen Ermittlungsinstrumenten, über die die hierfür zuständigen nationalen Behörden verfügen.

<sup>70</sup> Zweitens ist hervorzuheben, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta in seiner Auslegung durch die in Rn. 67 des vorliegenden Urteils angeführte Rechtsprechung es den Mitgliedstaaten gestattet, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit nicht nur Rechtsvorschriften zur Einführung einer gezielten Vorratsspeicherung und einer umgehenden Sicherung zu erlassen, sondern auch Rechtsvorschriften, die eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von zum einen der die Identität der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel betreffenden Daten und zum anderen der IP-Adressen, die der Quelle einer Verbindung zugewiesen sind, vorsehen.

<sup>71</sup> Insoweit steht fest, dass die Vorratsspeicherung der die Identität der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel betreffenden Daten zur Bekämpfung schwerer Kriminalität beitragen kann, sofern diese Daten es ermöglichen, die Personen zu identifizieren, die solche Kommunikationsmittel im Zusammenhang mit der Vorbereitung oder Begehung einer zur schweren Kriminalität zählenden Tat verwendet haben.

<sup>72</sup> Wie sich aus der in Rn. 67 des vorliegenden Urteils zusammenfassend dargestellten Rechtsprechung ergibt, steht die Richtlinie 2002/58 aber einer allgemeinen Vorratsspeicherung der die Identität betreffenden Daten für die Zwecke der Bekämpfung der Kriminalität im Allgemeinen nicht entgegen. Unter diesen Umständen ist klar-

zustellen, dass weder diese Richtlinie noch irgendein anderer Unionsrechtsakt nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, die die Bekämpfung schwerer Kriminalität zum Gegenstand haben und nach denen der Erwerb eines elektronischen Kommunikationsmittels wie einer vorausbezahlten SIM-Karte von der Überprüfung amtlicher Dokumente, die die Identität des Käufers belegen, und der Erfassung der sich daraus ergebenden Informationen durch den Verkäufer abhängig ist, wobei der Verkäufer gegebenenfalls verpflichtet ist, den zuständigen nationalen Behörden Zugang zu diesen Informationen zu gewährleisten.

<sup>73</sup> Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass die allgemeine Speicherung der IP-Adressen der Quelle der Verbindung einen schweren Eingriff in die in den Art. 7 und 8 der Charta verankerten Grundrechte darstellt, da diese IP-Adressen es ermöglichen können, genaue Schlüsse auf das Privatleben des Nutzers des betreffenden elektronischen Kommunikationsmittels zu ziehen, und abschreckende Wirkung in Bezug auf die Ausübung der in Art. 11 der Charta garantierten Freiheit der Meinungsäußerung haben kann. Allerdings hat der *Gerichtshof* in Bezug auf eine solche Speicherung festgestellt, dass, um die widerstreitenden Rechte und berechtigten Interessen miteinander in Einklang zu bringen, wie es die in den Rn. 50 bis 53 des vorliegenden Urteils angeführte Rechtsprechung verlangt, zu berücksichtigen ist, dass im Fall einer im Internet begangenen Straftat und insbesondere im Fall des Erwerbs, der Verbreitung, der Weitergabe oder der Bereitstellung im Internet von Kinderpornografie im Sinne von Art. 2 Buchst. c der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (ABl. 2011, L 335, S. 1) die IP-Adresse der einzige Anhaltspunkt sein kann, der es ermöglicht, die Identität der Person zu ermitteln, der diese Adresse zugewiesen war, als die Tat begangen wurde (vgl. i.d.S. Ur. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 153 und 154).

<sup>74</sup> Der *Gerichtshof* hat daher entschieden, dass eine solche allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung allein der IP-Adressen, die der Quelle einer Verbindung zugewiesen sind, grundsätzlich nicht gegen Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 der Charta verstößt, sofern diese Möglichkeit von der strikten Einhaltung der materiellen und prozeduralen Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die die Nutzung dieser in den Rn. 155 und 156 des Ur. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), genannten Daten regeln müssen.

<sup>75</sup> Was drittens die Rechtsvorschriften betrifft, die eine gezielte Vorratsspeicherung und eine umgehende Sicherung der Verkehrs- und Standortdaten vorsehen, lassen die Angaben im Vorabentscheidungsersuchen ein engeres Verständnis der Tragweite dieser Vorschriften erkennen als das, das der in Rn. 67 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung zugrunde liegt.

Denn auch wenn diese Maßnahmen der Speicherung, wie in Rn. 40 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, in dem durch die Richtlinie 2002/58 geschaffenen System Ausnahmecharakter haben müssen, so macht diese Richtlinie im Licht der in den Art. 7, 8 und 11 sowie in Art. 52 Abs. 1 der Charta verankerten Grundrechte die Möglichkeit, eine Anordnung zur gezielten Vorratsspeicherung zu erlassen, gleichwohl nicht von den Voraussetzungen abhängig, dass im Voraus bekannt ist, an welchen Orten eine schwere Straftat begangen werden könnte oder welche Personen verdächtigt werden, an einer solchen Tat beteiligt zu sein. Ebenso wenig verlangt die Richtlinie, dass die Anordnung, mit der eine umgehende Sicherung angeordnet wird, auf Verdächtige beschränkt wird, die vor einer solchen Anordnung identifiziert wurden.

<sup>76</sup> Was erstens die gezielte Vorratsspeicherung anbelangt, so hat der *Gerichtshof* entschieden, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 auf objektiven Kriterien beruhenden nationalen Rechtsvorschriften nicht entgegensteht, mit denen zum einen Personen erfasst werden können, deren Verkehrs- und Standortdaten geeignet sind, einen zumindest mittelbaren Zusammenhang mit schweren Straftaten zu offenbaren, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität beizutragen oder eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder eine Gefahr für die nationale Sicherheit zu verhüten (vgl. i.d.S. Ur. v. 21.12.2016, Tele2 Sverige und Watson u.a., C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 111, sowie v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 148).

<sup>77</sup> Der *Gerichtshof* hat insoweit klargestellt, dass diese objektiven Kriterien zwar je nach den zur Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten getroffenen Maßnahmen unterschiedlich sein können, zu den erfassten Personen aber insbesondere diejenigen gehören können, die zuvor im Rahmen der einschlägigen nationalen Verfahren und auf der Grundlage objektiver und nicht diskriminierender Kriterien als Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder der nationalen Sicherheit des betreffenden Mitgliedstaats eingestuft wurden (vgl. i.d.S. Ur. v. 21.12.2016, Tele2 Sverige und Watson u.a., C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970, Rn. 110, sowie v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 149).

<sup>78</sup> Die Mitgliedstaaten haben somit u.a. die Möglichkeit, Maßnahmen zur Speicherung zu ergreifen, die Personen betreffen, die aufgrund einer solchen Identifizierung Gegenstand aktueller Ermittlungen oder anderer Überwachungsmaßnahmen sind oder zu denen im nationalen Strafregister eine frühere Verurteilung wegen schwerer Straftaten vermerkt ist, die ein hohes Rückfallrisiko bedeuten können. Beruht eine solche Identifizierung aber auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien, die im nationalen Recht festgelegt sind, so ist die gezielte Vorratsspeicherung in Bezug auf so identifizierte Personen gerechtfertigt.

<sup>79</sup> Zum anderen kann eine Maßnahme gezielter Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten nach Wahl des



nationalen Gesetzgebers und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch auf ein geografisches Kriterium gestützt werden, wenn die zuständigen nationalen Behörden aufgrund objektiver und nicht diskriminierender Anhaltspunkte davon ausgehen, dass in einem oder mehreren geografischen Gebieten eine durch ein erhöhtes Risiko der Vorbereitung oder Begehung schwerer Straftaten gekennzeichnete Situation besteht. Dabei kann es sich insbesondere um Orte handeln, die durch eine erhöhte Zahl schwerer Straftaten gekennzeichnet sind, um Orte, an denen die Gefahr, dass schwere Straftaten begangen werden, besonders hoch ist, wie Orte oder Infrastrukturen, die regelmäßig von einer sehr hohen Zahl von Personen aufgesucht werden, oder um strategische Orte wie Flughäfen, Seehäfen, Bahnhöfe oder Mautstellen (vgl. i.d.S. Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 150 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>80</sup> Es ist hervorzuheben, dass nach dieser Rechtsprechung die zuständigen nationalen Behörden für die in der vorstehenden Randnummer genannten Gebiete eine Maßnahme der gezielten Vorratsspeicherung auf der Grundlage eines geografischen Kriteriums wie u.a. der durchschnittlichen Kriminalitätsrate in einem geografischen Gebiet treffen können, ohne dass sie zwingend über konkrete Anhaltspunkte für die Vorbereitung oder die Begehung schwerer Straftaten in den betreffenden Gebieten verfügen müssten. Da eine gezielte Vorratsspeicherung, die auf einem solchen Kriterium beruht, je nach den betreffenden schweren Straftaten und der den jeweiligen Mitgliedstaaten eigenen Situation sowohl Orte betreffen kann, die durch eine erhöhte Zahl schwerer Straftaten gekennzeichnet sind, als auch Orte, die für die Begehung solcher Straftaten besonders anfällig sind, kann sie grundsätzlich auch nicht zu Diskriminierungen führen, da das Kriterium der durchschnittlichen Rate schwerer Straftaten als solches keine Verbindung zu potenziell diskriminierenden Elementen aufweist.

<sup>81</sup> Außerdem und vor allem ermöglicht eine gezielte Vorratsspeicherung in Bezug auf Orte oder Infrastrukturen, die regelmäßig von einer sehr großen Zahl von Personen frequentiert werden, oder auf strategische Orte wie Flughäfen, Bahnhöfe, Seehäfen oder Mautstellen den zuständigen Behörden, Verkehrsdaten und insbesondere Standortdaten aller Personen zu sammeln, die zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem dieser Orte ein elektronisches Kommunikationsmittel benutzen. Eine solche Maßnahme der gezielten Vorratsspeicherung kann es diesen Behörden somit ermöglichen, durch den Zugang zu den so gespeicherten Daten Informationen über die Anwesenheit dieser Personen an den Orten oder in den geografischen Gebieten, auf die sich diese Maßnahme bezieht, sowie über ihre Bewegungen zwischen oder innerhalb dieser Orte oder geografischen Gebiete zu erhalten und daraus zum Zweck der Bekämpfung schwerer Kriminalität Schlüsse über ihre Anwesenheit und ihre Tätigkeit an diesen Orten oder in diesen geografischen Gebieten zu einem bestimmten Zeitpunkt während des Speicherungszeitraums zu ziehen.

<sup>82</sup> Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die geografischen Gebiete, auf die sich eine solche gezielte Vorratsspeicherung bezieht, geändert werden können und gegebenenfalls müssen, wenn sich die Bedingungen, die ihre Auswahl gerechtfertigt haben, ändern, so dass insbesondere auf die Entwicklungen bei der Bekämpfung schwerer Kriminalität reagiert werden kann. Der *Gerichtshof* hat nämlich bereits entschieden, dass die Dauer der in den Rn. 76 bis 81 des vorliegenden Urteils beschriebenen Maßnahmen gezielter Speicherung das im Hinblick auf das verfolgte Ziel sowie die sie rechtfertigenden Umstände absolut Notwendige nicht überschreiten darf, unbeschadet einer etwaigen Verlängerung wegen des fortbestehenden Erfordernisses einer solchen Speicherung (Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 151).

<sup>83</sup> Was die Möglichkeit betrifft, andere Unterscheidungskriterien als ein persönliches oder geografisches Kriterium für die Durchführung einer gezielten Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorzusehen, so kann nicht ausgeschlossen werden, dass andere objektive und nicht diskriminierende Kriterien in Betracht kommen, um sicherzustellen, dass der Umfang einer gezielten Vorratsspeicherung auf das absolut Notwendige beschränkt wird, und um eine zumindest indirekte Verbindung zwischen den schweren Straftaten und den Personen, deren Daten auf Vorrat gespeichert werden, herzustellen. Da sich Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 auf Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezieht, obliegt es allerdings diesen und nicht dem *Gerichtshof*, solche Kriterien zu bestimmen, wobei es nicht darum gehen kann, auf diesem Weg wieder eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der Verkehrs- und Standortdaten einzuführen.

<sup>84</sup> Wie Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona in Nr. 50 seiner Schlussanträge in den verbundenen Rechtssachen SpaceNet und Telekom Deutschland (C-793/19 und C-794/19, EU:C:2021:939) ausgeführt hat, kann jedenfalls das etwaige Bestehen von Schwierigkeiten bei der genauen Bestimmung der Fälle und Bedingungen, in bzw. unter denen eine gezielte Vorratsspeicherung durchgeführt werden kann, nicht rechtfertigen, dass Mitgliedstaaten, indem sie die Ausnahme zur Regel machen, eine allgemeine und unterschiedslose Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen.

<sup>85</sup> Was zweitens die umgehende Sicherung der von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf der Grundlage der Art. 5, 6 und 9 der Richtlinie 2002/58 oder auf der Grundlage von Rechtsvorschriften, die gemäß Art. 15 Abs. 1 dieser Richtlinie erlassen wurden, verarbeiteten und gespeicherten Verkehrs- und Standortdaten anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass solche Daten grundsätzlich nach Ablauf der gesetzlichen Fristen, innerhalb deren sie gemäß den nationalen Bestimmungen zur Umsetzung der Richtlinie verarbeitet und gespeichert werden müssen, je nach Fall, entweder gelöscht oder anonymisiert werden müssen.

Allerdings hat der *Gerichtshof* entschieden, dass während dieser Verarbeitung und Speicherung Situationen auftreten können, die es erforderlich machen, die betreffenden Daten zur Aufklärung schwerer Straftaten oder von Beeinträchtigungen der nationalen Sicherheit über diese Fristen hinaus zu speichern, und zwar sowohl dann, wenn die Taten oder Beeinträchtigungen bereits festgestellt werden konnten, als auch dann, wenn nach einer objektiven Prüfung aller relevanten Umstände der begründete Verdacht besteht, dass sie vorliegen (vgl. i.d.S. Ur. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 160 und 161).

<sup>86</sup> In einer solchen Situation steht es den Mitgliedstaaten angesichts dessen, dass nach den Ausführungen in den Rn. 50 bis 53 des vorliegenden Urteils die widerstreitenden Rechte und berechtigten Interessen miteinander in Einklang gebracht werden müssen, frei, in Rechtsvorschriften, die sie gemäß Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 erlassen, vorzusehen, dass den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste mittels einer Entscheidung der zuständigen Behörde, die einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, aufgegeben wird, für einen festgelegten Zeitraum die ihnen zur Verfügung stehenden Verkehrs- und Standortdaten umgehend zu sichern (Ur. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 163).

<sup>87</sup> Da die Zielsetzung einer solchen umgehenden Sicherung nicht mehr den Zielsetzungen entspricht, aufgrund deren die Daten ursprünglich gesammelt und gespeichert wurden, und da nach Art. 8 Abs. 2 der Charta jede Datenverarbeitung für festgelegte Zwecke zu erfolgen hat, müssen die Mitgliedstaaten in ihren Rechtsvorschriften angeben, mit welcher Zielsetzung die umgehende Sicherung der Daten vorgenommen werden kann. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die in den Art. 7 und 8 der Charta verankerten Grundrechte, der mit einer solchen Speicherung verbunden sein kann, sind nur die Bekämpfung schwerer Kriminalität und, a fortiori, der Schutz der nationalen Sicherheit geeignet, diesen Eingriff zu rechtfertigen, sofern diese Maßnahme sowie der Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten die Grenzen des absolut Notwendigen, wie sie in den Rn. 164 bis 167 des Ur. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), dargelegt sind, einhalten.

<sup>88</sup> Der *Gerichtshof* hat klargestellt, dass sich eine derartige Maßnahme der Vorratsspeicherung nicht auf die Daten der Personen beschränken muss, die zuvor als Bedrohung für die öffentliche oder nationale Sicherheit des betreffenden Mitgliedstaats identifiziert wurden, oder von Personen, die konkret im Verdacht stehen, eine schwere Straftat begangen oder die nationale Sicherheit beeinträchtigt zu haben. Nach Auffassung des *Gerichtshofs* kann nämlich unter Beachtung des durch Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta vorgegebenen Rahmens und angesichts der Erwägungen in Rn. 55 des vorliegenden Urteils eine

solche Maßnahme nach Wahl des nationalen Gesetzgebers, unter Einhaltung der Grenzen des absolut Notwendigen, auf die Verkehrs- und Standortdaten anderer als der Personen erstreckt werden, die im Verdacht stehen, eine schwere Straftat oder eine Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit geplant oder begangen zu haben, sofern diese Daten auf der Grundlage objektiver und nicht diskriminierender Kriterien zur Aufdeckung einer solchen Straftat oder einer solchen Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit beitragen können. Dazu gehören die Daten des Opfers sowie seines sozialen oder beruflichen Umfelds (Ur. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 165).

<sup>89</sup> Somit kann eine Rechtsvorschrift es gestatten, gegenüber den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste anzuordnen, die Verkehrs- und Standortdaten u.a. von Personen, mit denen ein Opfer vor dem Auftreten einer schweren Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder der Begehung einer schweren Straftat unter Verwendung seiner elektronischen Kommunikationsmittel in Kontakt gestanden hat, umgehend zu sichern.

<sup>90</sup> Eine solche umgehende Sicherung kann nach der in Rn. 88 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung des *Gerichtshofs* unter den in dieser Rn. genannten Voraussetzungen auch auf bestimmte geografische Gebiete wie die Orte der Begehung und Vorbereitung der Straftat oder der betreffenden Beeinträchtigung der nationalen Sicherheit ausgedehnt werden. Es ist klarzustellen, dass Gegenstand einer solchen Maßnahme auch die Verkehrs- und Standortdaten sein können, die sich auf den Ort beziehen, an dem eine Person, die möglicherweise Opfer einer schweren Straftat ist, verschwunden ist, sofern diese Maßnahme sowie der Zugang zu den auf diese Weise auf Vorrat gespeicherten Daten die Grenzen des für die Bekämpfung schwerer Straftaten oder den Schutz der nationalen Sicherheit absolut Notwendigen, wie sie in den Rn. 164 bis 167 des Ur. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), dargelegt sind, einhalten.

<sup>91</sup> Außerdem ist klarzustellen, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 die zuständigen nationalen Behörden nicht daran hindert, bereits im ersten Stadium der Ermittlungen bezüglich einer schweren Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder einer möglichen schweren Straftat, d.h. ab dem Zeitpunkt, zu dem diese Behörden nach den einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts solche Ermittlungen einleiten können, eine umgehende Sicherung anzuordnen.

<sup>92</sup> Was die Vielfalt der in Rn. 67 des vorliegenden Urteils genannten Maßnahmen der Vorratsspeicherung der Verkehrs- und Standortdaten betrifft, ist klarzustellen, dass diese verschiedenen Maßnahmen je nach der Wahl des nationalen Gesetzgebers und unter Einhaltung der Grenzen des absolut Notwendigen gleichzeitig Anwendung finden können. Unter diesen Umständen steht Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta in der Auslegung durch die auf

das Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), zurückgehende Rechtsprechung einer Kombination dieser Maßnahmen nicht entgegen.

<sup>93</sup> Viertens und letztens ist darauf hinzuweisen, dass die Verhältnismäßigkeit der nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 getroffenen Maßnahmen nach ständiger Rechtsprechung des *Gerichtshofs*, wie sie im Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), zusammenfassend dargestellt ist, verlangt, dass nicht nur die Anforderungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit, sondern auch die Anforderung bezüglich der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen im Hinblick auf das verfolgte Ziel erfüllt sein müssen.

<sup>94</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der *Gerichtshof* in Rn. 51 des Urt. v. 8.4.2014, Digital Rights Ireland u.a. (C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238), entschieden hat, dass zwar die Bekämpfung schwerer Kriminalität von größter Bedeutung für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit ist und dass ihre Wirksamkeit in hohem Maß von der Nutzung moderner Ermittlungstechniken abhängen kann, eine solche dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung aber, so grundlegend sie auch sein mag, für sich genommen die Erforderlichkeit einer Maßnahme der allgemeinen und unterschiedslosen Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten – wie sie die Richtlinie 2006/24 vorsieht – nicht rechtfertigen kann.

<sup>95</sup> Im selben Sinne hat der *Gerichtshof* in Rn. 145 des Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), klargestellt, dass selbst die positiven Verpflichtungen, die sich, je nach Fall, für die Mitgliedstaaten aus den Art. 3, 4 und 7 der Charta ergeben können und, wie in Rn. 49 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, die Schaffung von Regeln für eine wirksame Bekämpfung von Straftaten betreffen, keine so schwerwiegenden Eingriffe rechtfertigen können, wie sie mit nationalen Rechtsvorschriften, die eine Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen, für die in den Art. 7 und 8 der Charta verankerten Grundrechte fast der gesamten Bevölkerung verbunden sind, ohne dass die Daten der Betroffenen einen zumindest mittelbaren Zusammenhang mit dem verfolgten Ziel aufweisen.

<sup>96</sup> In der mündlichen Verhandlung hat die dänische Regierung vorgebracht, dass die zuständigen nationalen Behörden zum Zweck der Bekämpfung schwerer Kriminalität Zugang zu Verkehrs- und Standortdaten haben müssten, die gemäß der aus dem Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 135 bis 139), hervorgegangenen Rechtsprechung allgemein und unterschiedslos auf Vorrat gespeichert worden seien, um einer als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufenden ersten Bedrohung für die nationale Sicherheit zu begegnen.

<sup>97</sup> Zunächst ist festzustellen, dass die Gestattung des Zugangs zu allgemein und unterschiedslos auf Vorrat gespeicherten Verkehrs- und Standortdaten zum Zweck der Bekämpfung schwerer Kriminalität diesen Zugang von Umständen abhängig machen würde, die mit diesem Ziel nichts zu tun haben, je nachdem, ob in dem betreffenden Mitgliedstaat eine ernste Bedrohung für die nationale Sicherheit im Sinne der vorstehenden Randnummer besteht oder nicht, während im Hinblick auf das alleinige Ziel der Bekämpfung schwerer Kriminalität, das die Speicherung dieser Daten und den Zugang zu ihnen rechtfertigen soll, nichts eine unterschiedliche Behandlung insbesondere zwischen den Mitgliedstaaten rechtfertigen würde.

<sup>98</sup> Wie der *Gerichtshof* bereits entschieden hat, kann der Zugang zu von Betreibern in Anwendung einer gemäß Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 erlassenen Rechtsvorschrift auf Vorrat gespeicherten Verkehrs- und Standortdaten, der unter vollständiger Beachtung der sich aus der Rechtsprechung zur Auslegung der Richtlinie 2002/58 ergebenden Voraussetzungen zu erfolgen hat, grundsätzlich nur mit dem dem Gemeinwohl dienenden Ziel gerechtfertigt werden, zu dem die Speicherung den Betreibern auferlegt wurde. Etwas anderes gilt nur, wenn die Bedeutung des mit dem Zugang verfolgten Ziels die Bedeutung des Ziels, das die Speicherung gerechtfertigt hat, übersteigt (vgl. i.d.S. Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 165 und 166).

<sup>99</sup> Das Vorbringen der dänischen Regierung bezieht sich aber auf eine Situation, in der das Ziel des beabsichtigten Zugangsersuchens, nämlich die Bekämpfung schwerer Kriminalität, in der Hierarchie der dem Gemeinwohl dienenden Ziele von geringerer Bedeutung ist als das Ziel, das die Speicherung rechtfertigte, nämlich der Schutz der nationalen Sicherheit. In einer solchen Situation Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten zu gewähren, würde gegen die Hierarchie der dem Gemeinwohl dienenden Ziele verstoßen, auf die in der vorstehenden Rn. sowie in den Rn. 53, 56, 57 und 59 dieses Urteils hingewiesen worden ist.

<sup>100</sup> Außerdem und vor allem dürfen nach der in Rn. 65 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung Verkehrs- und Standortdaten für die Zwecke der Bekämpfung schwerer Kriminalität nicht allgemein und unterschiedslos auf Vorrat gespeichert werden, so dass auch der Zugang zu diesen Daten zu diesen Zwecken nicht gerechtfertigt sein kann. Wenn diese Daten ausnahmsweise allgemein und unterschiedslos zum Schutz der nationalen Sicherheit vor einer Bedrohung, die als real und aktuell oder vorhersehbar einzustufen ist, unter den in Rn. 58 des vorliegenden Urteils genannten Voraussetzungen gespeichert wurden, dürfen die für strafrechtliche Ermittlungen zuständigen nationalen Behörden im Rahmen der Strafverfolgung nicht auf diese Daten zugreifen, da sonst das in Rn. 65 genannte Verbot einer solchen Speicherung zum Zweck der Bekämpfung schwerer Straftaten seine praktische Wirksamkeit verlieren würde.

<sup>101</sup> Nach alledem ist auf die Fragen 1, 2 und 4 zu antworten, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er Rechtsvorschriften entgegensteht, die präventiv zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratspeicherung der Verkehrs- und der Standortdaten vorsehen. Dagegen steht der genannte Art. 15 Abs. 1 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta Rechtsvorschriften nicht entgegen, die zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit

- auf der Grundlage objektiver und nicht diskriminieren-der Kriterien anhand von Kategorien betroffener Personen oder mittels eines geografischen Kriteriums für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber verlängerbaren Zeitraum eine gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen;

- für einen auf das absolut Notwendige begrenzten Zeitraum eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der IP-Adressen, die der Quelle einer Verbindung zugewiesen sind, vorsehen;

- eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der die Identität der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel betreffenden Daten vorsehen;

- vorsehen, dass den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste mittels einer Entscheidung der zuständigen Behörde, die einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, aufgegeben werden kann, während eines festgelegten Zeitraums die ihnen zur Verfügung stehenden Verkehrs- und Standortdaten umgehend zu sichern.

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

## II. Zur dritten Frage

<sup>102</sup> Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8, 11 und von Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen die zentralisierte Bearbeitung von Ersuchen um Zugang zu auf Vorrat gespeicherten Daten, die von der Polizei im Rahmen der Ermittlung und Verfolgung schwerer Straftaten gestellt werden, einem Polizeibeamten obliegt, der von einer innerhalb der Polizei eingerichteten Einheit unterstützt wird, die bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben über einen gewissen Grad an Autonomie verfügt und deren Entscheidungen später gerichtlich überprüft werden können.

<sup>103</sup> Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass zwar die Vorausset-

zungen, unter denen die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste den zuständigen nationalen Behörden Zugang zu den Daten gewähren müssen, über die sie verfügen, im nationalen Recht festzulegen sind, nationale Rechtsvorschriften jedoch, um dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit, auf das in Rn. 54 des vorliegenden Urteils hingewiesen worden ist, zu genügen, klare und präzise Regeln für die Tragweite und die Anwendung der betreffenden Maßnahme vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen müssen, damit die Personen, deren personenbezogene Daten betroffen sind, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz ihrer Daten vor Missbrauchsrisiken ermöglichen (vgl. i.d.S. Urte. v. 2.3.2021, Prokuratur Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation, C-746/18, EU:C:2021:152, Rn. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>104</sup> Insbesondere dürfen sich nationale Rechtsvorschriften über den Zugang der zuständigen Behörden zu gespeicherten Verkehrs- und Standortdaten, die aufgrund von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 erlassen wurden, nicht darauf beschränken, dass der behördliche Zugang zu den Daten dem mit diesen Rechtsvorschriften verfolgten Zweck zu entsprechen hat, sondern müssen auch die materiellen und prozeduralen Voraussetzungen für die Verwendung der Daten vorsehen (Urte. v. 2.3.2021, Prokuratur Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation, C-746/18, EU:C:2021:152, Rn. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>105</sup> Infolgedessen, und weil ein allgemeiner Zugang zu allen gespeicherten Daten unabhängig davon, ob irgendein – zumindest mittelbarer – Zusammenhang mit dem verfolgten Ziel besteht, nicht als auf das absolut Notwendige beschränkt angesehen werden kann, müssen sich die betreffenden nationalen Rechtsvorschriften bei der Festlegung der Umstände und Voraussetzungen, unter denen den zuständigen nationalen Behörden Zugang zu den fraglichen Daten zu gewähren ist, auf objektive Kriterien stützen. Insofern darf im Zusammenhang mit dem Ziel, die Kriminalität zu bekämpfen, ein solcher Zugang grundsätzlich nur zu den Daten von Personen gewährt werden, die im Verdacht stehen, eine schwere Straftat zu planen, zu begehen oder begangen zu haben oder auf irgendeine Weise in eine solche Straftat verwickelt zu sein. Allerdings kann in besonderen Situationen wie etwa solchen, in denen vitale Interessen der nationalen Sicherheit, der Landesverteidigung oder der öffentlichen Sicherheit durch terroristische Aktivitäten bedroht sind, auch Zugang zu Daten anderer Personen gewährt werden, wenn es objektive Anhaltspunkte dafür gibt, dass diese Daten in einem konkreten Fall einen wirksamen Beitrag zur Bekämpfung derartiger Aktivitäten leisten könnten (Urte. v. 2.3.2021, Prokuratur Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation, C-746/18, EU:C:2021:152, Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>106</sup> Um in der Praxis die vollständige Einhaltung dieser Voraussetzungen zu gewährleisten, ist es unabdingbar, dass der Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu den gespeicherten Daten einer vorherigen Kontrolle durch ein



Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle unterworfen wird und dass dessen oder deren Entscheidung auf einen mit Gründen versehenen, von den zuständigen nationalen Behörden insbesondere im Rahmen von Verfahren zur Verhütung, Feststellung oder Verfolgung von Straftaten gestellten Antrag ergeht (Urt. v. 2.3.2021, Prokuratuur Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation, C-746/18, EU:C:2021:152, Rn. 51 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>107</sup> Diese vorherige Kontrolle setzt u.a. voraus, dass das mit ihr betraute Gericht oder die mit ihr betraute unabhängige Verwaltungsstelle über alle Befugnisse verfügt und alle Garantien aufweist, die erforderlich sind, um zu gewährleisten, dass die verschiedenen einander gegenüberstehenden berechtigten Interessen und Rechte in Einklang gebracht werden. Im Fall strafrechtlicher Ermittlungen verlangt eine solche Kontrolle, dass dieses Gericht oder diese Stelle in der Lage ist, für einen gerechten Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen, die sich aus den Erfordernissen der Ermittlungen im Rahmen der Kriminalitätsbekämpfung ergeben, und den Grundrechten auf Achtung des Privatlebens und auf den Schutz personenbezogener Daten der Personen, auf deren Daten zugegriffen wird, zu sorgen (Urt. v. 2.3.2021, Prokuratuur Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation, C-746/18, EU:C:2021:152, Rn. 52).

<sup>108</sup> Wird die Kontrolle nicht von einem Gericht, sondern von einer unabhängigen Verwaltungsstelle wahrgenommen, muss diese über eine Stellung verfügen, die es ihr erlaubt, bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben objektiv und unparteiisch vorzugehen, ohne jede Einflussnahme von außen. Das Erfordernis, wonach die mit der Wahrnehmung der vorherigen Kontrolle betraute Stelle unabhängig sein muss, gebietet es somit, dass es sich bei ihr um eine andere Stelle als die den Zugang zu den Daten begehrende Behörde handelt, damit diese Stelle in der Lage ist, diese Kontrolle objektiv und unparteiisch, vor jeder Einflussnahme von außen geschützt, auszuüben. Im strafrechtlichen Bereich impliziert das Erfordernis der Unabhängigkeit insbesondere, dass die mit der vorherigen Kontrolle betraute Behörde zum einen nicht an der Durchführung des fraglichen Ermittlungsverfahrens beteiligt ist und zum anderen eine Position der Neutralität gegenüber den Beteiligten am Strafverfahren hat (vgl. i.d.S. Urt. v. 2.3.2021, Prokuratuur Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation, C-746/18, EU:C:2021:152, Rn. 53 und 54).

<sup>109</sup> So hat der *Gerichtshof* u.a. festgestellt, dass einer Staatsanwaltschaft, die das Ermittlungsverfahren leitet und gegebenenfalls die öffentliche Klage vertritt, nicht die Eigenschaft eines Dritten bezüglich der betreffenden berechtigten Interessen zuerkannt werden kann, da ihre Aufgabe nicht darin besteht, über eine Rechtssache in voller Unabhängigkeit zu entscheiden, sondern darin, sie gegebenenfalls als Beteiligte am Strafprozess dem zuständigen Gericht zu unterbreiten. Folglich ist eine solche Staatsanwaltschaft nicht in der Lage, die vorherige Kontrolle der Ersuchen um Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Da-

ten wahrzunehmen (vgl. i.d.S. Urt. v. 2.3.2021, Prokuratuur Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation, C-746/18, EU:C:2021:152, Rn. 55 und 57).

<sup>110</sup> Schließlich muss die nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 erforderliche unabhängige Kontrolle vor jedem Zugang zu den betreffenden Daten erfolgen, außer in hinreichend begründeten Eilfällen, in denen die Kontrolle kurzfristig erfolgen muss. Eine spätere Kontrolle würde es nämlich nicht ermöglichen, das Ziel der vorherigen Kontrolle zu erreichen, das darin besteht, zu verhindern, dass ein über das absolut Notwendige hinausgehender Zugang zu den fraglichen Daten genehmigt wird (vgl. i.d.S. Urt. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 189, sowie v. 2.3.2021, Prokuratuur Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation, C-746/18, EU:C:2021:152, Rn. 58).

<sup>111</sup> Im vorliegenden Fall geht aus dem Vorabentscheidungsersuchen zunächst hervor, dass das Gesetz von 2011 einem Polizeibeamten, der mindestens den Dienstrang eines chief superintendent (Hauptkommissar) haben muss, die Befugnis verleiht, die vorherige Kontrolle bezüglich der Anträge von Ermittlungsdienststellen der Polizei auf Zugang zu Daten auszuüben und die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste um Übermittlung der von ihnen gespeicherten Daten zu ersuchen. Da dieser Beamte in Bezug auf diese Dienststellen nicht die Eigenschaft eines Dritten hat, erfüllt er nicht die in Rn. 108 des vorliegenden Urteils genannten Erfordernisse der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit, ungeachtet dessen, dass er bei dieser Aufgabe von einer Polizeieinheit, hier der TLU, unterstützt wird, die bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe über einen gewissen Grad an Autonomie verfügt.

<sup>112</sup> Sodann sieht das Gesetz von 2011 zwar Mechanismen zur nachträglichen Kontrolle der Entscheidung des zuständigen Polizeibeamten in Form eines Beschwerdeverfahrens und eines Verfahrens vor einem Richter vor, der mit der Prüfung der Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes betraut ist, doch geht aus der in Rn. 110 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung hervor, dass eine nachträgliche Kontrolle nicht das in Rn. 106 des vorliegenden Urteils angeführte Erfordernis einer unabhängigen und – mit Ausnahme von hinreichend begründeten Eilfällen – vorherigen Kontrolle ersetzen kann.

<sup>113</sup> Schließlich sieht das Gesetz von 2011 keine objektiven Kriterien vor, die genau festlegen würden, unter welchen Voraussetzungen und unter welchen Umständen den nationalen Behörden Zugang zu Daten zu gewähren ist, da, wie Irland in der mündlichen Verhandlung bestätigt hat, allein der mit der Bearbeitung von Ersuchen um Zugang zu den gespeicherten Daten betraute Polizeibeamte dafür zuständig ist, den Verdacht gegen die betroffenen Personen und die Notwendigkeit eines Zugangs zu den sie betreffenden Daten zu beurteilen.

<sup>114</sup> Folglich ist auf die dritte Frage zu antworten dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8, 11

und von Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen die zentralisierte Bearbeitung von Ersuchen um Zugang zu von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf Vorrat gespeicherten Daten, die von der Polizei im Rahmen der Ermittlung und Verfolgung schwerer Straftaten gestellt werden, einem Polizeibeamten obliegt, der von einer innerhalb der Polizei eingerichteten Einheit unterstützt wird, die bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben über einen gewissen Grad an Autonomie verfügt und deren Entscheidungen später gerichtlich überprüft werden können.

### III. Zu den Fragen 5 und 6

<sup>115</sup> Mit seinen Fragen 5 und 6, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob das Unionsrecht dahin auszulegen ist, dass ein nationales Gericht die Wirkungen einer ihm nach nationalem Recht in Bezug auf nationale Rechtsvorschriften, die den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorschreiben, obliegenden Ungültigerklärung wegen Unvereinbarkeit dieser Rechtsvorschriften mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Charta zeitlich begrenzen kann.

<sup>116</sup> Aus den vom vorlegenden Gericht erteilten Informationen geht hervor, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften, nämlich das Gesetz von 2011, erlassen wurden, um die Richtlinie 2006/24 – die der *Gerichtshof* danach mit Urte. v. 8.4.2014, Digital Rights Ireland u.a. (C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238), für ungültig erklärt hat – in nationales Recht umzusetzen.

<sup>117</sup> Außerdem weist das vorlegende Gericht darauf hin, dass die Prüfung der Zulässigkeit der Beweise, die auf nach dem Gesetz von 2011 gespeicherte Daten gestützt seien und die im Rahmen des Strafverfahrens gegen G. D. geltend gemacht worden seien, zwar Sache des Strafgerichts sei, es im Rahmen des Zivilverfahrens aber seine Aufgabe sei, über die Gültigkeit der in Rede stehenden Bestimmungen dieses Gesetzes und über die zeitlichen Wirkungen einer Feststellung ihrer Ungültigkeit zu entscheiden. Auch wenn die einzige Frage, die sich vor dem vorlegenden Gericht stellt, die nach der Gültigkeit der Bestimmungen des Gesetzes von 2011 ist, hält es dieses Gericht gleichwohl für erforderlich, den Gerichtshof nach den Auswirkungen einer möglichen Feststellung der Ungültigkeit auf die Zulässigkeit von Beweismitteln zu fragen, die durch die allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Daten, die dieses Gesetz gestattete, gewonnen wurden.

### Vorrang des Unionsrechts

<sup>118</sup> Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts besagt, dass das Unionsrecht dem Recht der Mitgliedstaaten vorgeht. Dieser Grundsatz verpflichtet daher alle mitgliedstaatlichen Stellen, den verschiedenen Bestimmungen des Unionsrechts volle

Wirksamkeit zu verschaffen, wobei das Recht der Mitgliedstaaten die diesen Bestimmungen zuerkannte Wirkung im Hoheitsgebiet dieser Staaten nicht beeinträchtigen darf. Nach diesem Grundsatz ist ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat und nationale Rechtsvorschriften nicht im Einklang mit den Anforderungen des Unionsrechts auslegen kann, verpflichtet, für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (vgl. i.d.S. Urte. v. 15.7.1964, Costa, 6/64, EU:C:1964:66, S. 1270 und 1271, v. 19.11.2019, A. K. u.a. Unabhängigkeit der Disziplinarkammer des *Obersten Gerichts*, C-585/18, C-624/18 und C-625/18, EU:C:2019:982, Rn. 157, 158 und 160, sowie v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 214 und 215).

<sup>119</sup> Nur der *Gerichtshof* kann in Ausnahmefällen und aus zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit eine vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung herbeiführen, die eine unionsrechtliche Vorschrift gegenüber mit ihr unvereinbarem nationalem Recht ausübt. Eine solche zeitliche Beschränkung der Wirkungen einer Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof kann nur in dem Urteil vorgenommen werden, in dem über die begehrte Auslegung entschieden wird. Der Vorrang und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts würden beeinträchtigt, wenn nationale Gerichte befugt wären, nationalen Bestimmungen, sei es auch nur vorübergehend, Vorrang vor dem Unionsrecht einzuräumen, gegen das sie verstoßen (Urte. v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 216 und 217 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>120</sup> Zwar hat der *Gerichtshof* in einer Rechtssache betreffend die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen, die unter Verstoß gegen die durch das Unionsrecht auferlegte Pflicht zur Durchführung einer vorherigen Prüfung der Umweltverträglichkeit eines Projekts und seiner Verträglichkeit mit einem geschützten Gebiet ergangen waren, entschieden, dass ein nationales Gericht, wenn das innerstaatliche Recht es gestattet, die Wirkungen solcher Maßnahmen ausnahmsweise aufrechterhalten kann, sofern dies durch zwingende Erwägungen gerechtfertigt ist, die im Zusammenhang mit der Notwendigkeit stehen, die tatsächliche und schwerwiegende Gefahr einer Unterbrechung der Stromversorgung im betreffenden Mitgliedstaat abzuwenden, der nicht mit anderen Mitteln und Alternativen, insbesondere im Rahmen des Binnenmarkts, entgegengetreten werden kann. Ihre Aufrechterhaltung darf aber nur für den Zeitraum gelten, der absolut notwendig ist, um die Rechtswidrigkeit zu beseitigen (Urte. v. 29.7.2019, Inter-Environnement Wallonie und Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen, C-411/17, EU:C:2019:622, Rn. 175, 176,

179 und 181).

<sup>121</sup> Jedoch kann im Gegensatz zu dem Versäumnis, einer prozeduralen Pflicht wie der vorherigen Prüfung der Auswirkungen eines Projekts, die sich in den speziellen Bereich des Umweltschutzes einfügt, nachzukommen, ein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta nicht durch ein Verfahren wie das in der vorstehenden Randnummer erwähnte geheilt werden (vgl. i.d.S. Urt. v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net* u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 219).

<sup>122</sup> Würden die Wirkungen nationaler Rechtsvorschriften wie des Gesetzes von 2011 aufrechterhalten, würde dies nämlich bedeuten, dass durch die betreffenden Rechtsvorschriften den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste weiterhin Verpflichtungen auferlegt würden, die gegen das Unionsrecht verstoßen und mit schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte der Personen verbunden sind, deren Daten gespeichert wurden (vgl. entsprechend Urt. v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net* u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 219).

<sup>123</sup> Das vorlegende Gericht darf somit die ihm nach nationalem Recht obliegende Feststellung der Ungültigkeit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften nicht in ihren zeitlichen Wirkungen beschränken (vgl. entsprechend Urt. v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net* u.a., C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791, Rn. 220).

<sup>124</sup> Insoweit ist, wie der Generalanwalt in Nr. 75 seiner Schlussanträge im Kern ausgeführt hat, der Umstand, dass diese nationalen Rechtsvorschriften erlassen wurden, um die Richtlinie 2006/24 in nationales Recht umzusetzen, unerheblich, da das vorlegende Gericht wegen der Ungültigerklärung dieser Richtlinie durch den *Gerichtshof*, die auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie zurückwirkt (vgl. i.d.S. Urt. v. 8.2.1996, *FMG* u.a., C-212/94, EU:C:1996:40, Rn. 55), die Gültigkeit dieser nationalen Rechtsvorschriften im Licht der Richtlinie 2002/58 und der Charta in ihrer Auslegung durch den *Gerichtshof* zu beurteilen hat.

<sup>125</sup> Was insbesondere die Auslegung der Richtlinie 2002/58 und der Charta durch den Gerichtshof u.a. in den Urteilen vom 21.12.2016, *Tele2 Sverige* und *Watson* u.a. (C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970), und vom 6.10.2020, *La Quadrature du Net* u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung durch die Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Art. 267 AEUV vornimmt, erläutert und verdeutlicht wird, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite die Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre. Daraus folgt, dass die Gerichte die Vorschrift in dieser Auslegung auch auf Rechtsverhältnisse anwenden können und müssen, die vor dem Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen

Urteils entstanden sind, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Anrufung der zuständigen Gerichte in einem die Anwendung der Vorschrift betreffenden Streit vorliegen (Urt. v. 16.9.2020, *Romenergo* und *Aris Capital*, C-339/19, EU:C:2020:709, Rn. 47 und die dort angeführte Rechtsprechung).

<sup>126</sup> Insoweit ist außerdem klarzustellen, dass in den Urteilen vom 21.12.2016, *Tele2 Sverige* und *Watson* u.a. (C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970), und vom 6.10.2020, *La Quadrature du Net* u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), die Wirkungen der vorgenommenen Auslegung nicht zeitlich begrenzt wurden, so dass nach der in Rn. 119 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung eine solche Begrenzung nicht in einem nach diesen Urteilen ergangenen Urteil des *Gerichtshofs* erfolgen kann.

<sup>127</sup> Was schließlich die Auswirkungen der Feststellung einer etwaigen Unvereinbarkeit des Gesetzes von 2011 mit der Richtlinie 2002/58 im Licht der Charta auf die Zulässigkeit der gegen G. D. im Rahmen des Strafverfahrens vorgebrachten Beweise anbelangt, genügt es, auf die diesbezügliche Rechtsprechung des Gerichtshofs zu verweisen, insbesondere auf die in den Rn. 41 bis 44 des Urteils vom 2.3.2021, *Prokuratuur* (Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation) (C-746/18, EU:C:2021:152), angeführten Grundsätze, aus denen sich ergibt, dass diese Zulässigkeit gemäß dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Beachtung u.a. der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität dem nationalen Recht unterliegt.

<sup>128</sup> Nach alledem ist auf die Fragen 5 und 6 zu antworten, dass das Unionsrecht dahin auszulegen ist, dass es dem entgegensteht, dass ein nationales Gericht die Wirkungen einer ihm nach nationalem Recht in Bezug auf nationale Rechtsvorschriften, die den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorschreiben, obliegenden Ungültigerklärung wegen Unvereinbarkeit dieser Rechtsvorschriften mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Charta zeitlich begrenzt. Die Zulässigkeit der durch eine solche Vorratsspeicherung erlangten Beweismittel unterliegt nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Beachtung u.a. der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität dem nationalen Recht.

<sup>129</sup> [...]

B.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt:

1. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation

(Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 geänderten Fassung ist im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen, dass er Rechtsvorschriften entgegensteht, die präventiv zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der Verkehrs- und der Standortdaten vorsehen. Dagegen steht der genannte Art. 15 Abs. 1 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte Rechtsvorschriften nicht entgegen, die zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit

- auf der Grundlage objektiver und nicht diskriminieren-der Kriterien anhand von Kategorien betroffener Personen oder mittels eines geografischen Kriteriums für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber verlängerbaren Zeitraum eine gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen;

- für einen auf das absolut Notwendige begrenzten Zeitraum eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der IP-Adressen, die der Quelle einer Verbindung zugewiesen sind, vorsehen;

- eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der die Identität der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel betreffenden Daten vorsehen;

- vorsehen, dass den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste mittels einer Entscheidung der zuständigen Behörde, die einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, aufgegeben werden kann, während eines festgelegten Zeitraums die ihnen zur Verfügung stehenden Verkehrs- und Standortdaten umgehend zu sichern.

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

2. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung ist im Licht der Art. 7, 8, 11 und von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, nach denen die zentralisierte Bearbeitung von Ersuchen um Zugang zu von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf Vorrat gespeicherten Daten, die von der Polizei im Rahmen der Ermittlung und Verfolgung schwerer Straftaten gestellt werden, einem Polizeibeamten obliegt, der von einer innerhalb der Polizei eingerichteten Einheit unterstützt wird, die bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben über einen gewissen Grad an Autonomie verfügt und deren Entscheidungen später gerichtlich überprüft werden können.

3. Das Unionsrecht ist dahin auszulegen, dass es dem entgegensteht, dass ein nationales Gericht die Wirkungen einer ihm nach nationalem Recht in Bezug auf nationale Rechtsvorschriften, die den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorschreiben, obliegenden Ungültigerklärung wegen Unvereinbarkeit dieser Rechtsvorschriften mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung im Licht der Charta der Grundrechte zeitlich begrenzt. Die Zulässigkeit der durch eine solche Vorratsspeicherung erlangten Beweismittel unterliegt nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der Beachtung u.a. der Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität dem nationalen Recht.



## OLG Celle erklärt neu eingeführten Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO mit Art. 103 Abs. 3 GG vereinbar

*OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22*

**Tenor:**

**1.**

**Die sofortige Beschwerde des Betroffenen gegen den Beschluss der 1. großen Strafkammer des LG Verden vom 25.2.2022 über die Zulässigkeit des Antrags der Staatsanwaltschaft Verden (Aller) auf Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 362 Nr. 5 StPO wird als unbegründet verworfen.**

**2.**

**Die Beschwerde des Betroffenen gegen die in dem Beschluss der 1. großen Strafkammer des LG Verden vom 25.2.2022 angeordnete Untersuchungshaft wird als unbegründet verworfen.**

[...]

**Gründe:**

**A.**

Mit seiner sofortigen Beschwerde wendet sich der Betroffene gegen den Beschluss des LG Verden vom 25.2.2022 (1 Ks 148 Js 1066/22), durch den der Antrag der Staatsanwaltschaft Verden (Aller), das durch rechtskräftigen Freispruch im Urteil des LG Stade vom 13.5.1983, Az. 10 Ks 9 Js 3228/83 (12/83), abgeschlossene Strafverfahren zuungunsten des Betroffenen wieder aufzunehmen, für zulässig erklärt wurde. Zudem erhebt der Betroffene Beschwerde gegen die in dem Beschluss getroffene Anordnung der Untersuchungshaft.

Die Staatsanwaltschaft Lüneburg (Az. 42 Js 1030/81) warf dem Beschwerdeführer mit Anklage vom 2.3.1982 vor, sich der Vergewaltigung nach § 177 Abs. 1 StGB a.F. sowie des Mordes nach § 211 StGB strafbar gemacht zu haben. [...]

**B.**

Das Rechtsmittel des Beschwerdeführers führt weder hinsichtlich der vom LG für zulässig erklärten Wiederaufnahme des Verfahrens wegen der ihm zur Last gelegten Taten zum Nachteil der getöteten F. v. M. noch bzgl. der vom LG angeordneten Untersuchungshaft zum Erfolg.

**I.**

Die sofortige Beschwerde gegen die Zulassung des Wiederaufnahmeverfahrens ist gemäß § 372 StPO statt-

haft sowie form- und fristgerecht nach §§ 306 Abs. 1, 311 Abs. 2 StPO erhoben worden. Sie führt in der Sache jedoch nicht zum Erfolg. Das LG hat im Additionsverfahren nach § 368 StPO mit zutreffenden tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen die von der Staatsanwaltschaft Verden (Aller) beantragte Wiederaufnahme des rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens gegen den freigesprochenen Beschwerdeführer unter Zugrundelegung der Regelung in § 362 Nr. 5 StPO für zulässig erklärt.

1. Die aus §§ 296 Abs. 1, 365, 366 Abs. 1 StPO folgenden formellen Anforderungen an den Wiederaufnahmeantrag sind gewahrt.

2. Die vom LG bei seiner angefochtenen Zulässigkeitsentscheidung zugrunde gelegte Gesetzesregelung in § 362 Nr. 5 StPO über die erweiterte Möglichkeit der Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens zuungunsten eines Angeklagten ist verfassungskonform. Der gegenteiligen Ansicht des Beschwerdeführers vermag der Senat nicht zu folgen. Die Aussetzung des vorliegenden Verfahrens und die Vorlage der Sache zur Entscheidung durch das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG durch den Senat ist daher nicht veranlasst.

a) Insbesondere ist die mit dem „Gesetz zur Herstellung der materiellen Gerechtigkeit“ vom 21.12.2021 (BGBl. I 2021 S. 5252) eingeführte und am 30.12.2021 in Kraft getretene Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO mit dem im Grundgesetz in Art. 103 Abs. 3 geregelten Verbot der Doppelbestrafung vereinbar.

aa) Art. 103 Abs. 3 GG schützt den Einzelnen vor mehrfacher Bestrafung wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze. Das auf dem historisch tradierten, bereits im römischen Recht anerkannten ne bis in idem-Grundsatz beruhende Verbot gewährleistet dem Einzelnen eine gewisse Rechtssicherheit und gibt ihm die Garantie, nach einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung in derselben Sache nicht erneut strafrechtlich belangt zu werden (vgl. Radtke, in: BeckOK-GG, 3. Aufl. [2020], GG Art. 103 Rn. 44 f). Dabei ist über den Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG hinausgehend nicht nur die mehrfache Bestrafung, sondern bereits die erneute Einleitung eines Strafverfahrens wegen derselben Tat ausgeschlossen.

Das Verbot der Mehrfachverfolgung gibt dem Einzelnen insoweit einen subjektiven Rechtsanspruch darauf, dass er sich nach einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Entscheidung nicht wegen derselben Tat erneut verantworten muss. Dieses Abwehrrecht des Einzelnen gegen den Staat

stellt nach herrschender Meinung eine Gewährleistungsgarantie, mithin wie auch die in Art. 103 Abs. 1 und 2 GG enthaltenen anderen Garantien ein grundrechtsgleiches Recht bzw. Prozessgrundrecht dar. Das Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung bildet damit ein unmittelbar aus dem Grundgesetz folgendes strafprozessuales Verfahrenshindernis (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 18.12.1953, 1 BvR 230/51 – *BVerfGE* 3, 248; 17.1.1961, 2 BvL 17-60 – *BVerfGE* 12, 62; *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 103 Überblick Rd. 2; *Schulze-Fielitz* in: *Dreier*, GG, Bd. III, 3. Aufl. [2018], Art. 103 Abs. 3, Rn. 14). Zu den Entscheidungen, die ein solches Prozesshindernis begründen, zählen v.a. Urteile verurteilender oder freisprechender Art (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 17.1.1961, 2 BvL 17/60 – *BVerfGE* 12, 62; BGH NJW 1954, 609; *Radtke*, a.a.O., Rn. 45).

<sup>30</sup> bb)

<sup>31</sup> Das aus Art. 103 Abs. 3 GG seinem Wortlaut nach vorbehaltlos folgende Verbot der Mehrfachverfolgung gilt jedoch nicht absolut oder unbegrenzt.

<sup>32</sup> Vielmehr hat der historische Verfassungsgeber bei der Aufnahme von Art. 103 Abs. 3 in das Grundgesetz ganz bewusst an die vorkonstitutionelle Rechtslage mit den in § 402 Nr. 1-4 der Reichsstrafprozessordnung vorgesehenen Möglichkeiten der Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zuungunsten des vormaligen Angeklagten angeknüpft. Das *BVerfG* hat hierzu in einer frühen Entscheidung aus dem Jahr 1953 ausgeführt: „[...] Die Entstehungsgeschichte des Art. 103 Abs. 3 GG bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass der Rechtssatz ne bis in idem durch die Aufnahme in das Grundgesetz inhaltlich geändert und die durch die Rechtsprechung gezogenen Grenzen anders als bisher bestimmt werden sollten. Vielmehr sollte nur dem überlieferten Rechtssatz wegen seines grundrechtsähnlichen Charakters in dem Grundgesetz Ausdruck verliehen werden. [...] Der in Art. 103 Abs. 3 GG niedergelegte Rechtsgrundsatz nimmt daher auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozessrechts und seiner Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung Bezug ...“ (vgl. *BVerfG*, Ur. v. 18.12.1953, 1 BvR 230/51 – *BVerfGE* 3, 248). Das wird in Teilen der Literatur dahin verstanden, das *BVerfG* habe die Begrenzung des Gewährleistungsgehalts des Art. 103 Abs. 3 GG ausschließlich auf den Stand beschränkt, der vor Inkrafttreten des Grundgesetzes von der Rechtsprechung zum ne bis in idem-Grundsatz gegeben gewesen sei. Das vorkonstitutionelle Prozessrecht sei daher als einzige immanente Schranke des Art. 103 Abs. 3 GG anzusehen. Einer weiteren Einschränkung durch das im Grundgesetz verankerte Rechtsstaatsprinzip und den ihm innewohnenden Grundsätzen der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit sei Art. 103 Abs. 3 GG nicht zugänglich. Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes zeige, dass der Verfassungsgeber die Abwägung zwischen diesen beiden Grundsätzen bereits abschließend und zugunsten der Rechtssicherheit getroffen habe. In der Folge seien die in § 362 Nrn. 1-4 StPO genannten Gründe für die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zuungunsten

eines Freigesprochenen jeglicher Ausweitung verschlossen (vgl. *Conen*, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag vom 21.6.2021, S. 3 ff.; *Aust/Schmidt*, ZRP 2020, 251; *Leitmeier*, StV 2021, 341; *Slognsat*, ZStW 2021, 741).

<sup>33</sup> Für eine derart restriktive Auslegung von Art. 103 Abs. 3 GG bieten die Materialien zur Entstehung des Grundgesetzes indes keine Grundlage. Die Auswertung der Protokolle der Beratungen des Parlamentarischen Rates und der von ihm gebildeten Ausschüsse über die Aufnahme von Art. 103 Abs. 3 GG in das Grundgesetz führt zu keinen entsprechenden Anknüpfungspunkten (vgl. die Zusammenstellung der Protokolle und Dokumente des Parlamentarischen Rates bei *Klostermann*, Das Grundgesetz, Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 24, Art. 97-104, S. 607-682). Ausgangspunkt der Beratungen des Parlamentarischen Rates war die vom vorbereitenden Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vorgeschlagene Aufnahme des ne bis in idem-Grundsatzes in das neue Grundgesetz mit der Formulierung: „Niemand darf wegen derselben Tat zweimal gerichtlich bestraft werden“ (vgl. *Klostermann*, a.a.O., S. 625 f). Vorbild hierfür waren vergleichbare Formulierungen in den Landesverfassungen von Baden-Württemberg, Hessen und Bayern. Im Parlamentarischen Rat wurde der vorgeschlagene Wortlaut jedoch als zu weitgehend angesehen. Im Folgenden schlug der Vorsitzende des Rechtspflegeausschusses die alternative Formulierung vor: „Niemand darf wegen derselben Tat zweimal gerichtlich zur Verantwortung gezogen werden“ (vgl. *Klostermann*, a.a.O., S. 637). Sodann wurde im Verlauf der 7. und 8. Ausschusssitzung zum einen diskutiert, ob der ne bis in idem-Grundsatz überhaupt in das Grundgesetz aufgenommen werden solle, da er doch allgemeines Kulturgut sei. Die Frage wurde unter Hinweis auf die negativen Erfahrungen mit der Aushöhlung des Grundsatzes während der Nazizeit mehrheitlich bejaht. Zum anderen rangen die Ausschussmitglieder um einen möglichst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut. Einzelne Ausschussmitglieder befürchteten, dass eine missverständliche Formulierung die künftige Auferlegung einer Disziplinarstrafe neben einer Kriminalstrafe als unzulässig erscheinen lassen könne (vgl. *Klostermann*, a.a.O., S. 649 ff). Schließlich einigte sich der Ausschuss auf den heutigen Wortlaut des Art. 103 Abs. 3 GG. Er wurde von den weiteren Entscheidungsgremien des Parlamentarischen Rates und auf der abschließenden Sitzung des Plenums vom 8.5.1949 im Zuge der Verabschiedung des Grundgesetzes bestätigt (vgl. *Klostermann*, a.a.O., S. 669-682). Im gesamten Verlauf der Beratungen des Parlamentarischen Rates und seiner Gremien wurde indes die Frage der Begrenzung des Schutzbereichs von Art. 103 Abs. 3 GG und der Durchbrechungen des in ihm verankerten ne bis in idem-Grundsatzes nicht näher erörtert. V.a. wurden auch die in der damals geltenden § 402 Nrn. 1-4 Reichsstrafprozessordnung enthaltenen Tatbestände für die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens zuungunsten des Betroffenen nicht näher diskutiert. Gleiches gilt für die Frage der Zulässigkeit einer etwaigen Ausweitung der Wiederaufnahmetatbestände. Hätte der Verfassungsgeber den damaligen

Rechtszustand – wie von Teilen der Literatur angenommen – dauerhaft festschreiben und jegliche Weiterungen der damals bestehenden Rechtskraftdurchbrechung ausschließen wollen, hätte er dies ausdrücklich in Art. 103 Abs. 3 GG klargestellt. Dass er davon abgesehen hat und sich aus den Materialien auch nicht ergibt, dass dies diskutiert worden wäre, lässt erkennen, dass er eine solche Verabsolutierung nicht in sein Vorstellungsbild aufgenommen hat (vgl. *Hoven*, JZ 2021, 1154).

<sup>34</sup> Das *BVerfG* hat insoweit in einer Entscheidung aus dem Jahr 1981 klarstellend ausgeführt, dass die Bezugnahme von Art. 103 Abs. 3 GG auf den bei Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Stand des Prozessrechts nicht bedeute, dass das überlieferte Verständnis des ne bis in idem-Grundsatzes für jede auftauchende Zweifelsfrage bereits eine verbindliche Auslegung durch die Rechtsprechung bereithalte. Stattdessen sei eine Weiterentwicklung in offenen Randbereichen und dogmatischen Zweifelsfällen zulässig. Art. 103 Abs. 3 GG stehe Grenzkorrekturen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht entgegen. Er garantiere nur den Kern dessen, was vorkonstitutionell als Inhalt des ne bis in idem-Grundsatzes in der Rechtsprechung herausgearbeitet worden sei (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 8.1.1981, 2 BvR 873/80 – BVerfGE 56, 22). Vereinzelt wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, diese Ausführungen beträfen lediglich den ihr zugrundeliegenden Einzelfall. Daher könnten sie auch nicht als tragfähige Grundlage für eine Erweiterung der in § 362 Nr. 1-4 StPO geregelten Wiederaufnahmetatbestände angesehen werden. Dies wird damit begründet, dass die Entscheidung ausschließlich den Tatbegriff des Art. 103 Abs. 3 GG zum Gegenstand gehabt habe (vgl. *Conen*, a.a.O., S. 7 f.). Dem vermag der *Senat* nicht zu folgen. Für eine derartige Einengung der vom *BVerfG* entwickelten Leitlinien ergibt sich aus der Entscheidungsbegründung kein Anhalt, zumal das *BVerfG* auch Grenzkorrekturen durch den Gesetzgeber für zulässig angesehen hat. Nähere Orientierungspunkte dafür, was den Umfang und den Inhalt des Kernbereichs des in Art. 103 Abs. 3 GG enthaltenen Verbots der Mehrfachverfolgung ausmacht, hat das *BVerfG* indes bisher nicht bestimmt.

<sup>35</sup> Fraglich ist daher, ob die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO in den vom *BVerfG* gemeinten Kernbereich von Art. 103 Abs. 3 GG eingreift. In der Literatur besteht insoweit weitgehend Einigkeit nur dahingehend, dass als Mindestgarantie des Kernbereichs anzusehen ist, dass in den Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG eingreifende Normen hinreichend bestimmt sein müssen und nicht nur vage, potenziell ausufernde Voraussetzungen enthalten dürfen (vgl. *Kaspar*, GA 2022, 28 m.w.N.; *Eisele*, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag vom 21.6.2021, S. 4 f.). Aus dem Vorstehenden ergibt sich jedoch auch, dass der Schutzgehalt des in Art. 103 Abs. 3 GG verankerten ne bis in idem-Grundsatzes gerade nicht absolut gilt. Vielmehr ist es dem Gesetzgeber möglich, auf der Grundlage sich unmittelbar aus der Verfassung ergebender Schranken als notwendig angesehene Korrekturen vorzunehmen, sofern sie nicht den Kernbereich des Verbots der Mehrfachverfolgung verletzen.

<sup>36</sup> cc)

<sup>37</sup> Die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO schränkt den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 3 GG nicht in unzulässiger Weise ein.

<sup>38</sup> (1)

<sup>39</sup> Da Art. 103 Abs. 3 GG keine Schrankenregelung in Form eines Gesetzesvorbehalts enthält, kann sich die Zulässigkeit der von § 362 Nr. 5 StPO ausgehenden zusätzlichen Einschränkungen des Verbots vor Mehrfachverfolgung nur aus dem Grundgesetz selbst ergeben. In Betracht kommt hierbei das Rechtsstaatsprinzip als Leitlinie des Grundgesetzes mit den ihm innewohnenden Grundsätzen der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit (vgl. *Schulze-Fielitz*, a.a.O., Art. 103 Abs. 3, Rn. 12 ff.; *Kment*, in: Jarras/Pieroth, GG, 16. Aufl. [2020], Art. 103 Rn. 106; *Slognsat*, a.a.O.). Das *BVerfG* misst beiden Grundsätzen essenzielle Bedeutung zu (vgl. *BVerfG*, Urt. v. 1.7.1953, 1 BvL 53/51 – BVerfGE 3, 380; Urt. v. 13.1.2013, 2 BvR 2628/10 – BVerfGE 133, 168). Es weist die Aufgabe, den häufigen Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit mal zur einen und mal zur anderen Seite zu entscheiden, in erster Linie dem Gesetzgeber zu. Dessen Entscheidungen sind hinzunehmen, solange sie nicht willkürlich getroffen werden (vgl. *BVerfG*, Urt. v. 18.12.1953, 1 BvL 106/53 – BVerfGE 3, 225; Beschl. v. 8.11.1967, 1 BvR 60/66 – BVerfGE 22, 322). Im Hinblick auf das in Art. 103 Abs. 3 GG enthaltene Verbot der Mehrfachverfolgung hat der Verfassungsgeber indes die Abwägung beider Grundsätze i.S. eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses zugunsten der Rechtssicherheit getroffen (vgl. *Aust*, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag v. 21.6.2021, S. 3; *Kubiciel*, GA 2021, 381). Dies schließt jedoch nicht aus, dass der Gesetzgeber in begründeten Ausnahmefällen hiervon abweicht und dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit den Vorrang einräumt (vgl. *Gärditz*, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag v. 21.6.2021, S. 4; *Kubiciel*, GA 2021, 381; *Zehetgruber*, JR 2020, 157). Entsprechende Ausnahmen waren u.a. in den schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Wiederaufnahmetatbeständen zuungunsten des Betroffenen nach § 402 Nr. 1-4 RStPO geregelt und gelten bis heute in § 362 Nr. 1-4 StPO – verfassungsrechtlich unbeanstandet – unverändert fort.

<sup>40</sup> Hinsichtlich der von Teilen der Literatur angenommenen Unzulässigkeit der weiteren Einschränkung des Verbots der Mehrfachverfolgung durch die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass die Reichweite des Verbots bereits zuvor nicht nur durch die schon angeführten Wiederaufnahmetatbestände in § 362 Nr. 1-4 StPO begrenzt war. So ermöglicht auch § 373a StPO – verfassungsrechtlich anerkannt (vgl. *BVerfG*, Urt. v. 18.12.1953, 1 BvR 230/51 – BVerfGE 3, 248) – die Wiederaufnahme zuungunsten eines Betroffenen. Voraussetzung ist hier, dass neue, im vorausgegangenen Strafverfahren unbekannt gebliebene Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbin-



dung mit früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen. Unter den gleichen Voraussetzungen erlaubt § 85 Abs. 3 OWiG die Wiederaufnahme eines gerichtlichen Bußgeldverfahrens zuungunsten des Betroffenen. Zwar bestehen zwischen einem Strafbefehls- sowie einem gerichtlichen Bußgeldverfahren einerseits und einem Freispruch am Ende der Hauptverhandlung eines Strafverfahrens andererseits verfahrensstrukturelle Unterschiede. Auch sind die Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung in der Hauptverhandlung eines Strafverfahrens sowie an die Überzeugungsbildung des Tatrichters deutlich weitreichender, als im Strafbefehls- oder gerichtlichen Bußgeldverfahren. Jedoch ist allen drei Verfahren wesentlich gemein, dass nach ihrem Abschluss eine grundsätzlich identische Rechtskraft eintritt (vgl. § 410 Abs. 3 StPO). Deshalb sind sie im Hinblick auf das aus Art. 103 Abs. 3 GG folgende Verbot der Mehrfachverfolgung durchaus miteinander vergleichbar (vgl. *Kubicieł*, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag v. 21.6.2021, S. 3).

<sup>41</sup> Im Hinblick auf die Frage, ob durch die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO der Kernbereich des Mehrfachverfolgungsverbots in Art. 103 Abs. 3 GG verletzt wird, ist ferner in den Blick zu nehmen, dass die schuldangemessene Bestrafung schweren Unrechts auf der Grundlage einer zutreffenden Tatsachenermittlung das Kernanliegen des Strafrechts und ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit ist (vgl. *BVerfG*, Urt. v. 16.1.2003, 2 BvR 716/01 – *BVerfGE* 107, 104; Beschl. v. 19.6.1979, 2 BvR 1060/78 – *BVerfGE* 51, 324). Hierbei gewährt das Grundgesetz dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber einen weiten Raum freier politischer Gestaltung (vgl. *Hoven*, a.a.O.). Der Gesetzgeber hat hiervon auf der Grundlage seiner vom *BVerfG* ausdrücklich zuerkannten Ermächtigung zur Korrektur des Schutzgehalts von Art. 103 Abs. 3 GG in Grenzbereichen (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 8.1.1981, 2 BvR 873/80 – *BVerfGE* 56, 22) mit der Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO zur Überzeugung des *Senats* in verfassungskonformer Weise Gebrauch gemacht. Er hat über die in § 362 Nr. 1-4 StPO genannten Wiederaufnahmegründe einen weiteren Wiederaufnahmegrund für eine eng umrissene Ausnahmekonstellation geschaffen, der unter dem Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit eine herausragende Bedeutung zukommt. Die hierzu getroffene Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO bewegt sich im Rahmen der vom *BVerfG* dem Gesetzgeber ausdrücklich eingeräumten Möglichkeit der Weiterentwicklung des in Art. 103 Abs. 3 GG verankerten ne bis in idem-Grundsatzes in Randbereichen (vgl. *Gärditz*, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag vom 21.6.2021, S. 3 f.; *Kubicieł*, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag vom 21.6.2021, S. 5 ff.; *Eisele*, a.a.O., S. 4 f.; *Hoven*, a.a.O.).

<sup>42</sup> Der von Teilen der Literatur vertretenen gegenteiligen Auffassung, § 362 Nr. 5 StPO verletze den absolut geschützten Kernbereich der Gewährleistungsgarantie des Art. 103 Abs. 3 GG (vgl. *Aust*, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag vom 21.6.2021, S. 2 f.; *Conen*, a.a.O., S. 3 ff.; *Kaspar*, GA 2022, 21;

*Arneemann*, StraFo 2021, 442; *Leitmeier*, a.a.O.; *Slognsat*, a.a.O.), folgt der *Senat* aus folgenden Gründen nicht:

<sup>43</sup> (a)

<sup>44</sup> Die Befürworter dieser Auffassung gehen zum einen von der – wie oben bereits erörtert – unzutreffenden Annahme aus, dass dem Gesetzgeber innerhalb von Art. 103 Abs. 3 GG jegliche Abwägung zwischen dem Grundsatz der Rechtssicherheit und der Forderung nach materieller Gerechtigkeit und daher eine Erweiterung der in § 362 Nr. 1-4 StPO geregelten Wiederaufnahmetatbestände von vornherein verwehrt sei.

<sup>45</sup> (b)

<sup>46</sup> Zum anderen wird nicht ausreichend bedacht, dass von dem neuen Wiederaufnahmegrund in § 362 Nr. 5 StPO nur eine äußerst eng umgrenzte Fallkonstellation erfasst wird. So hat der Gesetzgeber für die Anwendbarkeit dieses Wiederaufnahmegrundes in mehrfacher Hinsicht besonders hohe Hürden festgeschrieben:

<sup>47</sup> Zum einen kommt eine Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO ausschließlich dann in Betracht, wenn „neue“ Tatsachen oder Beweise vorliegen, denen eine hohe Beweisqualität zukommt und die für sich bzw. im Ergebnis der Gesamtwürdigung mit den anderen vorhandenen Beweismitteln „dringende“ Gründe für eine spätere Verurteilung des Freigesprochenen begründen. Damit ist hinreichend sichergestellt, dass nicht jede nachträgliche, nur einen einfachen oder hinreichenden Tatverdacht i.S. der §§ 152, 203 StPO begründende Veränderung der Beweislage die Grundlage einer Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen darstellen kann. Vielmehr muss seine Verurteilung mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein (vgl. *Gärditz*, a.a.O., S. 6).

<sup>48</sup> Zum anderen ist der Anwendungsbereich von § 362 Nr. 5 StPO zusätzlich dadurch restriktiv eingeschränkt, dass er ausschließlich die unverjährbaren Straftaten des Mordes, des Völkermordes, der Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen gegen eine Person, mithin nur die vom Gesetz als schwerste Verbrechen angesehenen Straftaten erfasst. All dies zeigt nach Ansicht des *Senats*, dass es sich bei der Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO i.S. des o.g. Maßstabs des *BVerfG* lediglich um eine Weiterentwicklung im Randbereich des in Art. 103 Abs. 3 GG verankerten ne bis in idem-Grundsatzes handelt und dessen Wesensgehalt unberührt lässt.

<sup>49</sup> Die in der Literatur teilweise geäußerte Befürchtung, die Einführung des Weiteren Wiederaufnahmegrundes in § 362 Nr. 5 StPO führe zu einem „Dammbruch“, da er die Möglichkeit zur faktischen Aufgabe des in Art. 103 Abs. 3 GG gewährleisteten Mehrfachverfolgungsverbotes eröffne (vgl. *Frister/Müller*, ZRP 2019, 101), ist spekulativ und ohne valide Grundlage. Angesichts dessen, dass der Gesetzgeber den neuen Wiederaufnahmegrund bewusst mit den bereits genannten, besonders hohen Anwendungsvoraussetzungen versehen hat und jede weitere Ausweitung der Wiederaufnahmegründe der restriktiven



Rechtsprechung des *BVerfG* zur Unverletzlichkeit des Kernbereichs des Art. 103 Abs. 3 GG unterworfen wäre, ist nicht ersichtlich, auf welche valide Basis sich die geäußerte Besorgnis der Gefahr einer rechtspolitischen Fehlentwicklung i.S. eines „Dammbruchs“ gründet (vgl. *Hoven*, JZ 2021, 1154).

<sup>50</sup> (c)

<sup>51</sup> Soweit der Gesetzgeber ein Festhalten an der vor dem Inkrafttreten von § 362 Nr. 5 StPO fehlenden Möglichkeit, das frühere Verfahren gegen einen Freigesprochenen wegen eines unverjährenen Tötungsdelikts trotz neuer Tatsachen oder Beweismitteln mit besonders hoher Beweiskraft nicht wiederaufnehmen zu können, als „unerträglich“ angesehen hat, mag die verwendete Begrifflichkeit aufgrund ihrer emotionalen Einfärbung auf den ersten Blick ungeeignet erscheinen (vgl. *Frister/Müller*, a.a.O.). Jedoch gibt der Gesetzgeber mit dem Hinweis auf die „Unerträglichkeit“ im Kern zu erkennen, dass er das Absehen von der schuldangemessenen Bestrafung eines Freigesprochenen bei den in § 362 Nr. 5 StPO aufgeführten schwersten Straftaten gegen das Leben für eine so evidente Erschütterung des Vertrauens der Bevölkerung in den Rechtsstaat und den Rechtsfrieden mit den damit einhergehenden negativen Folgen für die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege hält, dass in diesen Fällen im Interesse der materiellen Gerechtigkeit der Grundsatz der Rechtssicherheit zurücktreten muss (vgl. BT-Drs. 19/30339, S. 9 f.; *Eisele*, a.a.O., S. 4; *Hoven*, a.a.O.). Die Annahme der „Unerträglichkeit“ beruht hierbei nicht primär auf einer bloßen emotionalen Befindlichkeit. Sie leitet sich vielmehr daraus ab, dass in diesen Fällen der im ersten Strafverfahren ergangene Freispruch höchstwahrscheinlich auf einer nicht korrekt festgestellten oder nicht hinreichend ausermittelten Tatsachengrundlage beruht hat und daher im eklatanten Widerspruch zum tatsächlichen Tatgeschehen steht, was eine nicht hinnehmbare Verletzung des verfassungsrechtlichen Ziels des Strafverfahrens darstellt, nämlich die im Interesse der Rechtssicherheit und der materiellen Rechtssicherheit liegende tat- und schuldangemessene Bestrafung des Täters auf der Grundlage einer zutreffend ermittelten Tatsachengrundlage (vgl. *Zehetgruber*, a.a.O.). Die in der Annahme der „Unerträglichkeit“ zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertentscheidung, im Fall von schwersten Verbrechen gegen das Leben der materiellen Gerechtigkeit unter den engen Anwendungsvoraussetzungen des Wiederaufnahmegrundes in § 362 Nr. 5 StPO gegenüber der Rechtssicherheit den Vorrang einzuräumen, findet sich kongruent in der vom *BVerfG* als verfassungskonform angesehenen Strafordrohung der lebenslangen Freiheitsstrafe für diese Straftaten und ihrer Unverjährbarkeit wieder.

<sup>52</sup> Dass die Zahl der Fälle, in denen ein an sich schuldiger Täter einer der in § 362 Nr. 5 StPO aufgeführten Tatbestände durch einen rechtskräftigen Freispruch vor einer Aburteilung verschont geblieben ist bzw. bleibt, eher gering ist, ändert an den vom Gesetzgeber bei einem Fortbestand des freisprechenden Urteils angenommenen Gefährdungen für das Vertrauen in den Rechtsstaat sowie für die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege nichts. Der neue

Wiederaufnahmegrund in § 362 Nr. 5 StPO erfasst besonders gefährliche und verwerfliche Angriffe gegen das Leben als das vom Grundgesetz als höchstes anerkanntes Rechtsgut sowie schwerste, die internationale Gemeinschaft als Ganzes berührende Verbrechen. Gerade bei diesen Straftaten kann sich nicht nur bei einem späteren Geständnis eines Freigesprochenen i.S. von § 362 Nr. 4 StPO, sondern gleichermaßen bei den von § 362 Nr. 5 StPO erfassten neuen Tatsachen oder Beweismitteln der unveränderte Fortbestand einzelner Freisprüche nachhaltig negativ auf die Rechtsgemeinschaft auswirken (vgl. *Kubicjel*, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag v. 21.6.2021, S. 9; *Eisele*, a.a.O., S. 4). Dies zeigt exemplarisch der vorliegende Fall des Beschwerdeführers im Hinblick auf die breite Berichterstattung in den Medien, das besonders hohe Interesse der Öffentlichkeit und die intensiven Diskussionen um die Frage der nachträglichen Strafverfolgung des Beschwerdeführers eindringlich.

<sup>53</sup> (d)

<sup>54</sup> Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO weder willkürlich ist noch in den Kernbereich des von Art. 103 Abs. 3 GG gewährleisteten Verbots der Mehrfachverfolgung eingreift. Die Neuregelung ist für die von ihr erfassten unverjährenen Straftaten als prozessuales Äquivalent zu der im materiellen Strafrecht enthaltenen Regelung ihrer Unverjährbarkeit anzusehen.

<sup>55</sup> (2) Die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO steht auch nicht im Widerspruch zum Völkerrecht, zur Europäischen Menschenrechtskonvention oder zu anderen europarechtlichen Normen, was ebenfalls bei der Auslegung von Art. 103 Abs. 3 GG zu berücksichtigen ist.

<sup>56</sup> Der in vielen Ländern innerstaatlich anerkannte und häufig auch kodifizierte ne bis in idem-Grundsatz bzgl. des Verbots der Doppelbestrafung und Mehrfachverfolgung hat sich bisher weder als Völkergewohnheitsrecht noch als allgemeiner Rechtsgrundsatz manifestiert und stellt daher keine allgemeine Regel des Völkerrechts dar (vgl. *Esser*, in: LR-StPO, 26. Aufl. [2012], Art. 6 EMRK, Rn. 1054).

<sup>57</sup> Auch in das Regelungswerk der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) hat der ne bis in idem-Grundsatz keinen Eingang gefunden (vgl. dazu *Rüping*, in: GG, 194. Akt. [2018], Art. 103 Abs. 3 Rn. 5). Daher einigten sich einige Mitgliedsstaaten des Europarates auf das Zusatzprotokoll Nr. 7 zur EMRK und verankerten in Art. 4 Abs. 1 des Protokolls das Verbot der Doppelbestrafung und der Mehrfachverfolgung. Indes schließt Art. 4 Abs. 2 die Wiederaufnahme eines Strafverfahrens auch gegen einen rechtskräftig Freigesprochenen nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates u.a. dann nicht aus, falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen. Auch wenn Deutschland das Zusatzprotokoll bisher nicht ratifiziert hat, so ist bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO in den Blick zu nehmen, dass die Möglichkeit

der Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten eines Freigesprochenen beim Vorliegen von neuen Tatsachen nicht den europarechtlichen Mindeststandards für die Einhaltung der Menschenrechte widerspricht. Dabei kommt hinzu, dass Art. 4 Abs. 2 des 7. Zusatzprotokolls weit geringere Anforderungen an die Zulässigkeit einer Wiederaufnahme zuungunsten eines Freigesprochenen enthält, als der deutsche Gesetzgeber sie in § 362 Nr. 5 StPO festgeschrieben hat. Er hat besonders hohe Hürden hinsichtlich der Beweisqualität der neuen Tatsachen oder Beweismittel und des Verdachtsgrades vorgesehen sowie die Anwendung des neuen Wiederaufnahmegrundes restriktiv auf die abschließend aufgeführten schwersten Verbrechen gegen das Menschenleben beschränkt.

<sup>58</sup> Soweit auf der Ebene der Europäischen Union in Art. 50 der Europäischen Grundrechtecharta (EUC) das Verbot der Doppelbestrafung und der Mehrfachverfolgung aufgenommen wurde, erfasst es gemäß Art. 51 Abs. 1 EUC lediglich solche Taten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Durchführung des Rechts der Europäischen Union, also im Anwendungsbereich des Unionsrechts begangen wurden (vgl. *Radtke*, a.a.O., Rn. 1090 m.w.N.). Ein Verstoß der Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO gegen Art. 50 EUC kommt daher von vornherein nicht in Betracht.

<sup>59</sup> Schließlich ist in Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) bestimmt, dass derjenige, der in einem der Vertragsstaaten des Abkommens rechtskräftig abgeurteilt worden ist, wegen derselben Tat in einem anderen Vertragsstaat nicht verfolgt werden darf. Es handelt sich hierbei jedoch um eine transnationale Regelung, die lediglich Geltung im Verhältnis der Vertragsstaaten untereinander hat, aber keine unmittelbare Bindungswirkung im innerstaatlichen Recht entfaltet (vgl. *Radtke*, a.a.O., Art. 103 Rd. 49).

<sup>60</sup> Zudem hat das LG in seiner Verfügung vom 7.3.2022 (SH Beschwerde, Bl. 1 ff.) zutreffend darauf hingewiesen, dass auch andere Länder in Europa, wie z.B. Bulgarien, Dänemark, Finnland, Irland, Lettland, Litauen, Österreich, Schweden, die Slowakei, Ungarn oder die Tschechische Republik in ihren Strafprozessordnungen ausdrücklich die Möglichkeit der Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens zuungunsten des früheren Angeklagten wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel zulassen.

<sup>61</sup> (3)

<sup>62</sup> Der neue Wiederaufnahmestatbestand in § 362 Nr. 5 StPO fügt sich auch in die Regelung der weiteren Wiederaufnahmegründe in § 362 Nrn. 1-4 StPO ein. In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, dass § 362 Nr. 5 StPO als systemfremd anzusehen sei (vgl. *Kaspar* GA 2022, 21; *Leitmeier*, a.a.O.). Einen Systembruch vermag der Senat in der Aufnahme des neuen Wiederaufnahmestatbestandes in § 362 Nr. 5 StPO jedoch nicht zu erkennen, da die von § 362 Nr. 1-4 StPO erfassten Wiederaufnahmegründe für sich genommen keiner zwingenden, einheit-

lichen Systematik folgen. Während die in Nr. 1-3 geregelten Tatbestände ihren Grund in schwerwiegenden Verfahrensmängeln haben, enthält der Tatbestand in Nr. 4 das spätere Geständnis eines rechtskräftig Freigesprochenen, also – ähnlich wie die Neuregelung in Nr. 5 benannten neuen Tatsachen oder Beweismittel – einen nachträglich eintretenden und die Beweislage zu Lasten des Freigesprochenen ändernden Wiederaufnahmegrund (vgl. *Hoven*, a.a.O.; *Zehetgruber*, a.a.O.). Sowohl das nachträgliche Geständnis als auch die neuen Tatsachen oder Beweismittel haben dabei lediglich Indizwirkung und bedürfen der kritischen Überprüfung und Würdigung im Wiederaufnahmeverfahren. Der in der Literatur (vgl. *Kaspar*, a.a.O.) teilweise als wesentlicher Unterschied angesehene Umstand, dass das nachträgliche Geständnis nach Nr. 4 aus der subjektiven Sphäre des Freigesprochenen stamme und auf seiner bewussten, willentlichen Äußerung beruhe, während die von Nr. 5 erfassten neuen Tatsachen oder Beweismittel, wie z.B. der Nachweis des Freigesprochenen als Verursacher von nachträglich gesicherten DNA-Spuren, gerade nicht von dem Freigesprochenen gewollt seien, führt nicht zur Annahme der Systemwidrigkeit von Nr. 5. Denn auch die in Nrn. 1-3 genannten Wiederaufnahmestatbestände sind nicht von einer freiwilligen Mitwirkung des Freigesprochenen abhängig (vgl. *Zehetgruber*, a.a.O.). Hinzu kommt, dass das in Nr. 4 genannte spätere Geständnis nicht allein deshalb einen Wiederaufnahmegrund darstellt, weil der Freigesprochene es freiwillig abgelegt hat. Anderenfalls müsste nicht nur das Geständnis eine Wiederaufnahme begründen, sondern jede freiwillige Veränderung der Beweislage durch den Freigesprochenen, z.B. durch die freiwillige Übermittlung der einzig mit seinen Fingerabdrücken versehenen Tatwaffe. Der Gesetzgeber hat in einem nachträglichen Geständnis vielmehr auch und gerade deshalb einen Wiederaufnahmegrund gesehen, weil diesem traditionell ein besonders großer Beweiswert zugesprochen wird. Das – glaubhafte – Geständnis bildet mithin einen dringenden Grund für die Annahme, dass der Freigesprochene die Tat begangen hat. Die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO knüpft systematisch in vergleichbarer Weise an andere neue Tatsachen oder Beweismittel an, die – in der Zusammenschau mit den bisher schon bekannt gewesenen Beweismitteln – dringende Gründe für die Tatbegehung des Betroffenen begründen (vgl. *Kubicel*, a.a.O., S. 3; *Gärditz*, a.a.O., S. 5f.).

<sup>63</sup> (4)

<sup>64</sup> Die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO genügt auch dem allgemeinen, verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

<sup>65</sup> (a)

<sup>66</sup> Erklärtes Ziel des Gesetzgebers bei der Einführung dieser Bestimmung war es, die Wiederaufnahme eines Verfahrens zuungunsten eines Freigesprochenen bei schwersten Straftaten auch dann zu ermöglichen, wenn erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens neue, belastende Tatsachen oder Beweismittel vorliegen, aus denen sich mit einer hohen Wahrscheinlichkeit die strafrechtli-

che Verantwortlichkeit des Freigesprochenen ergibt. Hierdurch soll das als unerträglich angesehene Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils zugunsten der Herstellung der materiellen Gerechtigkeit überwunden werden können. Mit der Erleichterung der Wiederaufnahme des Verfahrens soll eine effektivere Verfolgung schwerster Straftaten und eine Stabilisierung des Rechtsfriedens sowie der Geltung von Normen zum Schutz von höchstrangigen, subjektiven Rechten und von fundamentalen völkerrechtlichen Interessen erreicht werden (vgl. BT-DRs. 19/30399, S. 1). Diese Bestrebungen des Gesetzgebers sind in jeder Hinsicht legitim.

<sup>67</sup> (b)

<sup>68</sup> Die Eignung des neuen Wiederaufnahmegrundes in § 362 Nr. 5 StPO für eine Effektivierung der Verfolgung und Aburteilung der tatbestandlich erfassten schwersten Straftaten gegen das Leben sowie der zugrunde liegenden weiteren vom Gesetzgeber verfolgten Ziele ist offenkundig.

<sup>69</sup> (c)

<sup>70</sup> Die Einführung des Wiederaufnahmegrundes in § 362 Nr. 5 StPO war auch erforderlich. Weniger belastende Mittel, mit denen die mit der Neuregelung verbundenen gesetzgeberischen Ziele in vergleichbar erfolgreicher Weise herbeigeführt werden könnten, sind nicht ersichtlich. Die Möglichkeit der späteren Verurteilung eines rechtskräftig Freigesprochenen im Fall nachträglich bekanntgewordener Tatsachen oder Beweismittel mit besonders hohem indiziellen Wert für dessen Begehung einer der in § 362 Nr. 5 StPO genannten Straftaten kann anders, als durch die Schaffung eines entsprechenden Wiederaufnahmegrundes nicht erreicht werden.

<sup>71</sup> (d)

<sup>72</sup> Die Angemessenheit des von der Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO ausgehenden Eingriffs in das aus Art. 103 Abs. 3 GG folgende prozessuale Grundrecht des Verbots der Mehrfachverfolgung ist ebenfalls gewahrt. Der Eingriff steht nicht außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber erstrebten Zweck. Zwar geht von dem Eingriff eine Beeinträchtigung der durch das Verbot gewährleisteten individuellen Rechtssicherheit eines Freigesprochenen aus. Jedoch hat der Gesetzgeber – wie oben unter (1) bereits dargestellt – besonders hohe Hürden als Voraussetzungen für das Eingreifen des neu eingeführten Wiederaufnahmegrundes aufgestellt. Hinzu kommt, dass das frühere Strafverfahren erst wiederaufgenommen werden kann, wenn die neuen Tatsachen oder Beweismittel im vorab nach §§ 368 Abs. 1, 370 Abs. 1 StPO durchzuführenden Verfahren der Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags im konkreten Einzelfall einer qualifizierten Überprüfung anhand der o.g. Anforderungen unterzogen wurden. Die aufgezeigten hohen Hürden tragen den berechtigten Interessen des Freigesprochenen hinreichend Rechnung. Sie lassen erwarten, dass es nur in sehr seltenen Ausnahmefällen tatsächlich zu einem neuen Strafverfahren gegen einen Freigesprochenen kommen wird

(vgl. Gärditz, a.a.O., S. 6). Daher geht auch die im Schrifttum teilweise vertretene Ansicht fehl, ein Freigesprochener lebe fortan unter dem „Damoklesschwert“ der wiederholten Strafverfolgung, es gebe künftig nur Freisprüche unter „Vorbehalt“ (vgl. Leitmeier, a.a.O.; Bayram, DRiZ 2021, 266).

<sup>73</sup> (5) Im Ergebnis der vorstehenden Erwägungen verstößt die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO nicht gegen Art. 103 Abs. 3 GG.

<sup>74</sup> b)

<sup>75</sup> Die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO genügt in ihrem restriktiven, auf unverjährbare, abschließend aufgeführte und konkret beschriebene Tatbestände sowie auf „neue“ Tatsachen oder Beweismittel bezogenen Regelungsgehalt einschließlich der konkreten Festlegung des die Wiederaufnahme voraussetzenden hohen Verdachtsgrades – „dringende Gründe“ – den Anforderungen des aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Bestimmtheitsgrundsatzes. Der Gesetzgeber hat bei der Formulierung der Neuregelung keine neuen, in der Strafprozessordnung und der zu ihr ergangenen Rechtsprechung nicht enthaltenen Rechtsbegriffe verwendet, die hinsichtlich ihres Inhalts eine nähere Bestimmung erfordern würden.

<sup>76</sup> c) Das verfassungsrechtlich garantierte Rückwirkungsverbot wird durch die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO ebenfalls nicht verletzt.

<sup>77</sup> Das spezielle Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG steht der Anwendung des neuen Wiederaufnahmegrundes in § 362 Nr. 5 StPO auf Altfälle, in denen das freisprechende Urteil bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung in Rechtskraft erwachsen ist, nicht entgegen. Art. 103 Abs. 2 GG schließt die Bestrafung von Taten aus, sofern die Strafbarkeit nicht bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Der Schutzbereich dieses grundrechtsgleichen Rechts untersagt mithin nur die rückwirkende Anwendung von materiell-rechtlichen Bestimmungen des Strafrechts. Auf Änderungen des Strafprozessrechts findet Art. 103 Abs. 2 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG daher keine Anwendung (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.2.2021, 2 BvL 8/19 – BVerfGE 156, 354). Alleiniger Maßstab ist daher das aus Art. 20 GG abgeleitete Rechtsstaatsprinzip als immanenter Verfassungsgrundsatz mit dem ihm innewohnenden allgemeinen Rückwirkungsverbot. Die Anforderungen an die Beachtung dieses Verbots sind nach dem BVerfG (vgl. BVerfG, a.a.O.) davon abhängig, ob es sich um eine unechte oder echte Rückwirkung handelt. Hinsichtlich der Einordnung der Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO besteht in der Literatur keine Einigkeit (vgl. Kubiciel, GA 2021, 380 [394]; Garson, StV 2022, 124). Der Senat kann die Frage offenlassen. Denn auch bei der Annahme einer echten Rückwirkung wären die vom BVerfG an deren Zulässigkeit gestellten besonders hohen Anforderungen erfüllt. Danach ist eine „echte“ rückwirkende Anwendung belastender Normen u.a. dann ausnahmsweise zulässig, wenn zwingende, dem Vertrauensschutz vorgehende Gemeinwohlbelange gegeben sind

(vgl. *BVerfG*, a.a.O., Rn. 142 ff.). Diese sieht der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO in der notwendigen Wahrung der materiellen Gerechtigkeit und der Stabilisierung von Normen, welche Rechtsgüter von höchstem Verfassungsrang gegen besonders gefährliche und verwerfliche Angriffe, wie Mord, Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, schützen. Die Integrität der Rechtsordnung würde besonders schwer beschädigt, wenn die vom Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO erfassten schwersten Straftaten unzureichend bewältigt bleiben müssten. Dies würde dem Rechtsstaatsprinzip und der Befriedungsfunktion des Strafrechts in unerträglicher Weise zuwiderlaufen (vgl. BT-Drs. 19/30399, S. 6, 10). Der *Senat* hält diese Erwägungen für tragfähig. Das *BVerfG* hat im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung der rückwirkenden Anwendung der Neuregelung des Vermögensabschöpfungsrechts (Art. 316h EGStGB) als überwiegende, zwingende Gemeinwohlbelange auch die Notwendigkeit, „in normbekräftigender Weise“ der Rechtsgemeinschaft die Geltung des Rechts vor Augen zu führen und so „die Rechtstreue der Bevölkerung zu stärken“ sowie einem die „Rechtstreue der Bevölkerung abträglichen Eindruck eines erheblichen Vollzugsdefizits“ entgegenzuwirken, anerkannt (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 10.2.2021, 2 BvL 8/19 – BVerfGE 156, 354). Das *BVerfG* hat hierbei keine Einschränkung vorgenommen, soweit von der Rückwirkung auch bereits verjährte Taten betroffen sein könnten. Das Gericht hält es in der zitierten Entscheidung vielmehr ausdrücklich für zulässig, rückwirkend an bereits verjährte Taten aus überragenden Gemeinwohlbelangen nachteilige Rechtsfolgen zu knüpfen, weil der Unrechtscharakter der Tat durch die fehlende Verfolgbarkeit nicht verloren gehe (vgl. *BVerfG*, a.a.O., Rd. 159). Genauso liegt es bei der nachträglichen Schaffung des neuen Wiederaufnahmegrundes in § 362 Nr. 5 StPO und dessen rückwirkender Anwendbarkeit auf die von ihm erfassten Taten. Auch diese durften bislang aus rechtlichen Gründen – wegen des in Rechtskraft erwachsenen Freispruchs des vormaligen Angeklagten – nicht (mehr) verfolgt werden. Gleichermassen haben auch diese Taten trotz fehlender Verfolgbarkeit nicht ihren Unrechtscharakter verloren. Und auch in dieser Konstellation wird in die Rechtssicherheit für den betroffenen Freigesprochenen zugunsten der materiellen Gerechtigkeit – in eng umgrenzten Ausnahmefällen – nachträglich eingegriffen. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass das *BVerfG* in der genannten Entscheidung festgestellt hat, dass die dort zu beurteilenden nachträglichen negativen Rechtsfolgen – die Abschöpfung von durch Straftaten inkriminiertem Vermögen – keinen Strafcharakter haben, ganz im Gegensatz zu den drohenden Rechtsfolgen des neugeschaffenen Wiederaufnahmegrundes in § 362 Nr. 5 StPO. Denn – genau wie bei der Vermögensabschöpfung – ist auch bei der Schaffung eines neuen Wiederaufnahmegrundes nicht das spezielle, auf die rückwirkende Anwendung von Strafnormen bezogene Rückwirkungsverbot in Art. 103 Abs. 2 GG betroffen, sondern das allgemeine aus Art. 20 GG abgeleitete Rückwirkungsverbot. Mit der Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO ist kein neuer materiell-rechtlicher, rückwirkend anwendbarer Straftatbestand geschaffen worden. Vielmehr wurde nur die Verfolgbarkeit von bereits unter Strafe gestellten

Taten rückwirkend neu geregelt.

- <sup>78</sup> Bei Zugrundelegung des o.g. vom *BVerfG* vorgegebenen Maßstabs ergeben sich nach alledem an der Zulässigkeit der rückwirkenden Anwendung der Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO keine Zweifel, zumal der darin enthaltene neue Wiederaufnahmegrund von vornherein nur auf die vom Gesetzgeber als schwerste Straftaten angesehenen, unverjährbaren und mit lebenslanger Freiheitsstrafe bewährten Verbrechen gegen das Menschenleben als höchstes von der Verfassung geschütztes Rechtsgut anwendbar ist.
- <sup>79</sup> d) Die Neuregelung in § 362 Nr. 5 StPO verstößt schließlich auch nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.
- <sup>80</sup> Der Gesetzgeber hat die Anwendbarkeit des neu eingeführten Wiederaufnahmegrundes in § 362 Nr. 5 StPO auf die mit lebenslanger Freiheitsstrafe bewehrten Verbrechen des Mordes, des Völkermordes, des Verbrechens gegen die Menschlichkeit sowie Kriegsverbrechen gegen Menschen beschränkt. Teile der Literatur sehen darin einen Widerspruch, der sich daraus ergebe, dass andere, ähnlich schwerwiegende und mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohte Verbrechen, wie z.B. die Tatbestände in §§ 178, 212 Abs. 2, 251, 306c StGB nicht in den Katalog des § 362 Nr. 5 StGB aufgenommen worden seien (vgl. *Hoven*, a.a.O.; *Slognsat*, a.a.O.). Indes lässt sich hieraus kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG ableiten. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ist eine Verletzung dieses Grundsatzes nur dann gegeben, wenn „... eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“ (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 7.12.1983, 2 BvR 282/80 – BVerfGE 65, 377). Der Gesetzgeber hat als Grund für die restriktive Begrenzung der Wiederaufnahme auf die in § 362 Nr. 5 StPO abschließend aufgeführten Taten deren Unverjährbarkeit benannt. Unter Zugrundelegung des o.g. Maßstab des *BVerfG* stellt die Unverjährbarkeit einen wesentlichen Unterschied im Vergleich zu den von § 362 Nr. 5 StPO nicht erfassten anderen, oben genannten schweren Taten dar, der ihre allein sachbezogene und nicht an persönliche Eigenschaften anknüpfende, ungleiche Behandlung begründet und daher nicht willkürlich erscheinen lässt. Der Gesetzgeber hat mit diesem Abgrenzungskriterium – auch vor dem Hintergrund der oben unter a), bb) bereits erörterten engen verfassungsrechtlichen Grenzen für die Zulässigkeit eines Eingriffs in den Schutzbereich von Art. 103 Abs. 3 GG – zugleich in besonderer Weise den herausragenden Charakter der in § 362 Nr. 5 StPO genannten Taten herausgestellt. Soweit in der Nichtaufnahme solcher Taten in den Katalog des § 362 Nr. 5 StPO gleichwohl eine Inkohärenz gesehen werden könnte (vgl. *Hoven*, a.a.O.), folgt daraus für die vom Gesetzgeber vorgenommene Beschränkung keine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes. Es ist allein Aufgabe des Gesetzgebers, die Frage der Erforderlichkeit und der Möglichkeit der Überwindung einer etwaigen Inkohärenz zu prüfen (vgl. *Letzgas*, NSTZ 2020, 217).



- <sup>81</sup> 3. Das *LG* hat die Voraussetzungen für die Annahme des in § 362 Nr. 5 StPO geregelten Wiederaufnahmegrundes unter Zugrundelegung des maßgeblichen rechtlichen Prüfungsmaßstabs zutreffend bejaht. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der *Senat* zunächst auf die diesbezüglichen Ausführungen des *LG* in dem angefochtenen Beschluss Bezug. Die von der Verteidigung des Beschwerdeführers erhobenen Einwände greifen nicht durch.
- <sup>82</sup> Ergänzender Erörterung durch den *Senat* bedarf nur das Folgende:
- <sup>83</sup> a) Hinsichtlich des vom *LG* als „neues“ Beweismittel i.S.v. § 362 Nr. 5 StPO eingestuften molekulargenetischen Vergleichsgutachtens des LKA N. vom 24.7.2012 liegt nunmehr mit dem weiteren molekulargenetischen Vergleichsgutachten des LKA N. vom 16.3.2022 ein zusätzliches „neues“ Beweismittel vor. Das Gutachten war von der Staatsanwaltschaft Verden (Aller) mit der Maßgabe in Auftrag gegeben worden, das im Jahr 2012 in 13 DYS-Merkmalssystemen molekulargenetisch untersuchte Spurenmaterial zum Zwecke der Auftypisierung in 16 DYS-Merkmalssystemen erneut molekulargenetisch zu untersuchen. Gegenstand beider Gutachten war jeweils die Untersuchung von Spermaspuren, die in der Unterbekleidung bzw. in hierin eingelegten Slipenlagen und Toilettenpapierblättern der getöteten F. v. M. gesichert werden konnten. Insgesamt vier Sekretantragungen wurden molekulargenetisch ausgeformelt und einem männlichen Verursacher zugeordnet. Als Vergleichsprobe lag dem LKA N. eine Haarprobe mit anagenen Haarwurzeln zugrunde, deren genetische Merkmale ebenfalls ausgeformelt werden konnten und die mit den untersuchten männlichen Sekretspuren aus Slipenlagen und Toilettenpapier aus der Unterbekleidung des Tatopfers übereinstimmten.
- <sup>84</sup> Nach dem Ergebnis beider Gutachten kann diejenige männliche Person, von der die Haarprobe stammt, als Verursacher der genannten Spermaspuren angesehen werden. Die Annahme, dass die Haarprobe von dem Beschwerdeführer stammt, ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Die untersuchte Haarprobe wurde im Gutachten des LKA N. vom 24.7.2012 mit der Spurennummer 875.881.81.1 (Ass.-Nr. 2012/9295.11) bezeichnet. Zwar wurden in dem im Jahr 1981 geführten polizeilichen Ermittlungsverfahren zur Aufklärung der Umstände des Todes von F. v. M. von mehreren Personen Haarproben entnommen. Eine mit der im genannten Gutachten des LKA N. verwendeten Kennzeichnung der gewonnenen Haarproben findet sich in den ursprünglichen Ermittlungsakten nicht. Gleichwohl lässt sich nachvollziehen, dass es sich bei der durch das LKA untersuchten Haarprobe um eine solche des Beschwerdeführers handelt. Ausweislich des Berichtes der Mordkommission M. vom 29.12.1991 (HA Bd. II, Bl. 36 d.A.) wurden dem Beschwerdeführer in dem Ermittlungsverfahren Haarproben entnommen. Diese wurden – bereits unter den Bezeichnungen 875/81 - 881/81 – Gegenstand eines kriminaltechnischen Untersuchungsberichtes des Landeskriminalpolizeiamts N. vom 22.3.1982 (HA Bd II, Bl. 162 d.A.), in dem im Auto des Beschwerdeführers gefundene Haarspuren mit zuvor genommenen Vergleichshaarproben des Beschwerdeführers, des Tatopfers F. v. M. sowie von zwei weiteren Personen verglichen wurden. Bei einer erneuten Asservatensichtung im Jahr 2012 sind die seinerzeit entnommenen Haarproben in einem Briefumschlag auf Objektträgern gefunden worden. Diese waren mit der Kennzeichnung „875/881-81 Vergleichshaare Ismet H.... mitte-oben 1, 2“ beschriftet. Daher besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass die in dem molekulargenetischen Vergleichsgutachten des LKA N. vom 24.7.2012 untersuchte und mit der Spurennummer 875.881.81.1 (Ass.-Nr. 2012/ 9295.11) bezeichnete Haarprobe dem Beschwerdeführer zuzuordnen ist.
- <sup>85</sup> b) Das *LG* hat in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt, dass dem molekulargenetischen Vergleichsgutachten des LKA N. vom 24.7.2012 – das o.g. weitere Vergleichsgutachten vom 16.3.2022 lag dem *LG* zum Entscheidungszeitpunkt noch nicht vor – und den darin mitgeteilten Untersuchungsergebnissen eine hohe indizielle Bedeutung zukommen. Darüber hinaus hat das *LG* nachvollziehbar dargelegt, dass in der Zusammenschau der Untersuchungsergebnisse mit den weiteren maßgeblichen, in den Beschlussgründen mitgeteilten Tatumständen, insbesondere der bereits im früheren Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer festgestellten Übereinstimmung der an der Kleidung der getöteten F. v. M. sichergestellten Faserspuren mit den im damaligen Fahrzeug des Beschwerdeführers vorhandenen Textilien (Sitzfelle, Bezug der Kopfstützen, Teppich im Fußraum), dringende Gründe für die Annahme der Täterschaft des Beschwerdeführers vorliegen.
- <sup>86</sup> Der *Senat* teilt insoweit die Ansicht des *LG*, dass dem für sich genommen den Beschwerdeführer entlastenden Umstand, dass die im Tatortbereich vorgefundenen Reifen Spuren im damaligen Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer nicht dem ihm seinerzeit gehörenden Fahrzeug zugeordnet werden konnten, keine durchgreifende Beweisbedeutung zukommt.
- <sup>87</sup> Konkrete, tatsächliche Anknüpfungspunkte dafür, dass nicht der Beschwerdeführer, sondern ein Dritter F. v. M. getötet haben könnte, sind ebenfalls nicht ersichtlich.
- <sup>88</sup> Der *Senat* geht daher davon aus, dass das *LG Stade* als insoweit maßgebliches „Erstgericht“, aus dessen Perspektive zu prüfen ist, ob das freisprechende Urteil bei Berücksichtigung der neuen Beweise anders ausgefallen wäre (st. Rspr., vgl. *Schmidt*, in: KK-StPO, 8. Aufl. [2019], § 368 Rn. 10), im Falle der Kenntnis der Ergebnisse der molekulargenetischen Vergleichsuntersuchungen des LKA N. und im Ergebnis der Gesamtwürdigung der Gutachten sowie der übrigen Beweise die Täterschaft des Beschwerdeführers bzgl. der Tötung der F. v. M. als erwiesen angesehen hätte.
- <sup>89</sup> c) Die Annahme des *LG*, es lägen auch dringende Gründe dafür vor, dass F. v. M. vor ihrem durch mehrere Messerstiche herbeigeführten Tod das Opfer einer Vergewaltigung gemäß § 177 Abs. 1 StGB a.F. geworden sei, wird vom *Senat* ebenfalls geteilt.

- <sup>90</sup> Die Verteidigung des Beschwerdeführers vertritt die Auffassung, es sei nichts dafür ersichtlich, dass der an F. v. M. ausgeführte Geschlechtsverkehr durch Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben i.S. von § 177 Abs. 1 StGB a.F. durchgeführt worden sei. Dem vermag der *Senat* nicht zu folgen.

[...]

- <sup>95</sup> d) Die Verteidigung des Beschwerdeführers nimmt überdies aus einem weiteren Grund eine Verdeckungsabsicht des Täters bei der Tötung der F. v. M. in Abrede. Sie stellt unter Bezugnahme auf verschiedene Entscheidungen des *BGH* zur Beurteilung einer Vielzahl von Verletzungshandlungen als möglicher Folge eines affektiven Erregungszustandes sowie unter Hinweis auf die aktenkundige große Abneigung von F. v. M. gegenüber ...stämmigen Personen die These auf, die ihr zugefügten 11 Messerstiche und das Durchtrennen ihrer Kehle seien eine „wahrscheinlich allein auf wuterregende Vorhaltungen“ zurückzuführende, affektgesteuerte Reaktion des Täters gewesen. Diese These zeigt indes nur eine von vielen abstrakt-theoretisch denkbaren Abläufen des Tatgeschehens auf.

Es fehlt insoweit jedoch an konkreten tatsächlichen Anknüpfungspunkten dafür, dass dieser von der Verteidigung des Beschwerdeführers spekulativ vermutete Ablauf dem tatsächlich stattgefundenen Geschehen entspricht. Aus dem Akteninhalt ergeben sich keine entsprechenden Anhaltspunkte, ebenso wenig aus der Beschwerdebegründung. Für die Anwendung des Zweifelsgrundsatzes ist insoweit kein Raum. Denn es besteht kein Anlass, zugunsten eines Beschuldigten oder Angeklagten von der für ihn günstigsten Fallgestaltung auszugehen, wenn hierfür keine zureichenden Anhaltspunkte gegeben sind (st. Rspr., vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 65. Aufl. [2022], § 261 Rn. 26 m.w.N.).

- <sup>96</sup> II.

- <sup>97</sup> Die nach § 117 Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 304 Abs. 1 StPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Beschwerdeführers gegen die vom *LG* in dem angefochtenen Beschluss getroffene Anordnung der Untersuchungshaft des Beschwerdeführers bleibt ebenfalls ohne Erfolg. [...]

## Das Absolute im Recht nach der Einführung des § 362 Nr. 5 StPO

Anmerkung zu *OLG Celle*, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22

von Jule Fischer, M.A.\*

Das *OLG Celle* befasst sich in dieser Entscheidung mit der Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags der Staatsanwaltschaft Verden (Aller) vom 9.2.2022. Es handelt sich dabei nicht nur um das erste Rechtsmittel-, sondern um das bundesweit erste Verfahren zu der Ende des Jahres 2021 neu eingefügten Norm im Wiederaufnahmerecht: § 362 Nr. 5 StPO.<sup>1</sup>

Der Entscheidung, einen Wiederaufnahmegrund zuungunsten Angeklagter wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel in Fällen unverjährbarer Straftaten und beim Vorliegen dringender Gründe zu schaffen, gingen umfangreiche Debatten voran. Zwei Monate nach Inkrafttreten der Norm schrieb das *LG Verden* Rechtsgeschichte, indem es als erstes Gericht einen Wiederaufnahmeantrag gemäß § 362 Nr. 5 StPO zuließ.

Die eingereichte sofortige Beschwerde des früheren Angeklagten gegen den Beschluss über die Zulässigkeit des Wiederaufnahmeantrags wies das *OLG Celle* zurück. Zweifel des Beschwerdeführers an der Verfassungsmäßigkeit der Norm teilte das Gericht nicht. Im Gegenteil, das *OLG* verzichtete auf eine Vorlage an das *BVerfG* und erklärte § 362 Nr. 5 StPO für mit dem Grundgesetz vereinbar. Die von den Verteidigern daraufhin eingereichte Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des *OLG Celle* wurde zur Entscheidung angenommen.<sup>2</sup> Nun hat das *BVerfG* über die Verfassungsmäßigkeit des neuen Wiederaufnahmegrundes zu entscheiden.

### I. Sachverhalt

Das Wiederaufnahmeverfahren bezieht sich auf ein im Jahr 1983 abgeschlossenes Strafverfahren, welches vor dem *LG Lüneburg* begann. Die Staatsanwaltschaft Lüneburg warf in ihrer Anklageschrift dem Beschwerdeführer vor, sich der Vergewaltigung (§ 177 Abs. 1 StGB a.F.) und des Mordes gemäß § 211 StGB strafbar gemacht zu haben. Das *LG Lüneburg* verurteilte den Beschwerdeführer wegen dieser Tatvorwürfe zu lebenslanger Freiheitsstrafe. Die daraufhin eingelegte Revision des Beschwerdeführers hatte Erfolg und der *BGH* verwies zur erneuten

Verhandlung und Entscheidung an das *LG Stade*. Eine erneute Beweisaufnahme führte, anders als im Ausgangsverfahren, zu keinen gesicherten Hinweisen für eine Täterschaft des Beschwerdeführers. Dessen Einlassung, er habe die Tat nicht begangen, sei nicht zu widerlegen gewesen. Das *LG Stade* sprach den Beschwerdeführer am 13.5.1983 frei.<sup>3</sup>

Fast 30 Jahre später wurden sichergestellte Beweismittel vom Tatzeitpunkt einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung unterzogen. In dem Gutachten wurde eine Übereinstimmung mit den DNA-Merkmalen des Beschwerdeführers festgestellt. Weitere, knapp zehn Jahre später, trat am 30.12.2021 das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit in Kraft<sup>4</sup>. Die Staatsanwaltschaft Verden (Aller) beantragte daraufhin die Wiederaufnahme des Verfahrens bzgl. des Mordes wegen neuer Beweismittel (§ 362 Nr. 5 StPO) und den Erlass eines Haftbefehls. Das für das Wiederaufnahmeverfahren zuständige *LG Verden* sah in dem DNA-Vergleichsgutachten ein neues Beweismittel. Das *LG Verden* beschloss am 25.2.2022 den Wiederaufnahmeantrag für zulässig zu erklären und ordnete die Untersuchungshaft an.

Gegen beide Beschlüsse legte der frühere Angeklagte Rechtsmittel ein. Die Wiederaufnahme sei unzulässig, da der vom Gericht angewandte § 362 Nr. 5 StPO gegen die Verfassung verstieße. Die sich aus Art. 103 Abs. 3 GG und dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Verbote der Doppelbestrafung und Rückwirkung hielt der Beschwerdeführer durch die streitentscheidende Norm für verletzt. Sollte keine Aufhebung des Wiederaufnahmebeschlusses erreicht werden, sei hilfsweise das *BVerfG* hinzuzuziehen (Art. 100 Abs. 1 GG). Dieses sei mit der Frage zu beauftragen, ob § 362 Nr. 5 StPO mit dem Grundgesetz vereinbar sei.

### II. Zur Verfassungsmäßigkeit des § 362 Nr. 5 StPO

Das *OLG Celle* sieht, im Gegensatz zu Kritikern<sup>5</sup> der neuen Norm, in § 362 Nr. 5 StPO keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Mit dieser Entscheidung hat das Gericht

\* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Projekt KriPoZ und MEGAVO am Fachgebiet Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster.

<sup>1</sup> BGBl. I 2021, S. 5252.

<sup>2</sup> Das dortige Verfahren wird unter dem Az. 2 BvR 900/20 geführt. Vgl. LTO v. 24.5.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/wiederaufnahme-strafverfahren-mord-verfassungsbeschwerde-frederike-moehlmann-bverfg-olg-celle/> (zuletzt abgerufen am 25.5.2022).

<sup>3</sup> *LG Stade*, Urt. v. 13.5.1983 – Az. 10 Ks 12/83.

<sup>4</sup> Das am 30.12.2021 in Kraft getretene Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit v. 21.12.2021 (BGBl. I 2021, S. 5252) wurde am 24.6.2021 v. Bundestag in der vom Rechtsausschuss geänderten Fassung beschlossen (Drs. 19/30399; 19/31110).

<sup>5</sup> *Bung*, HRRS 2022, 109 ff.; *Conen*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung v. 21.6.2021; *BRÄK*, Stellungnahme Nr. 14, März 2022.

nicht nur den neuen Wiederaufnahmegrund als ein Beschwerdegericht erstmals angewandt, es hat sich zugleich auch gegen eine mögliche Vorlage an das BVerfG entschieden. Damit hat das Gericht eine Entscheidung getroffen, die weit über das gegen den Beschwerdeführer laufende Wiederaufnahmeverfahren hinaus geht. Allen, den am Gesetzgebungsprozess vorausgehenden Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit zum Trotz, liege keine Unvereinbarkeit des § 362 Nr. 5 StPO mit Art. 103 Abs. 3 GG (Verbot der Doppelbestrafung) vor. Das Rückwirkungsverbot sei ebenfalls nicht verletzt und die Norm verstieße auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG, erörtert das OLG im zweiunddreißigseitigen Beschluss.<sup>6</sup>

### 1. Ne bis in idem-Grundsatz, Art. 103 Abs. 3 GG

Der in Art. 103 Abs. 3 GG verankerte ne bis in idem-Grundsatz schütze zwar vor einer Mehrfachbestrafung und auch vor der erneuten Einleitung eines Strafverfahrens. Aus dem Wortlaut ergebe sich allerdings nicht, dass das Verbot der Mehrfachverfolgung „absolut oder unbegrenzt“<sup>7</sup> gelte, erläutert das Gericht. Zudem stehen auch aus historischer Sicht das vorkonstitutionelle Prozessrecht und die Gesetzesmaterialien zur Entstehung des Grundgesetzes gegen eine Einschränkung des Art. 103 Abs. 3 GG. Das OLG bedient sich auch dem, in diesem Kontext stets angeführtem Argument, dass das BVerfG im Jahr 1981<sup>8</sup> klargestellt habe, dass Art. 103 Abs. 3 GG „Grenzkorrekturen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht entgegen“<sup>9</sup> stehe. Weil der Schutzgehalt des Art. 103 Abs. 3 GG gerade nicht absolut gelte, liege in § 362 Nr. 5 StPO kein Eingriff in den unzulässigen Kernbereich.

Anders als das OLG, beurteilte die damalige Justizministerin Lambrecht (SPD) die Verfassungsmäßigkeit um den neuen Wiederaufnahmegrund und äußerte bereits bei der Einführung der Norm Zweifel an der Vereinbarkeit des Gesetzes mit Art. 103 Abs. 3 GG.<sup>10</sup> Bundespräsident Steinmeier unterzeichnete das Gesetz Ende des Jahres 2021 zwar, jedoch ebenfalls mit erheblichen Bedenken:

„Das Gesetz wirft [...] im Hinblick auf das Verbot der Mehrfachverfolgung (Art. 103 Abs. 3 GG) [...] verfassungsrechtliche Bedenken auf.“<sup>11</sup>

Auch Justizminister Buschmann (FDP) äußerte kurz nach

Einführung der Norm verfassungsrechtliche Zweifel und kündigte eine Überprüfung der Vorschrift an:

„Meine Auffassung als Abgeordneter und als Rechtspolitiker ist, dass dieses Gesetz ein erhebliches Problem darstellt und man sich schon die Frage stellen muss, ob hier nicht sogar die Verfassung verletzt ist.“<sup>12</sup>

Für eine Unvereinbarkeit der neuen Norm mit dem Grundsatz ne bis in idem werden im Wesentlichen drei Argumente angeführt. Erstens sei das Verbot der doppelten Strafverfolgung verfassungsrechtlich garantiert und die zentrale Bedeutung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden durch das BVerfG im Jahre 1953 festgelegt worden.<sup>13</sup> Danach müsse „[...] im Einzelfall vielleicht [eine] unrichtige[n] Entscheidung in Kauf genommen werden [...]“.<sup>14</sup> Eine Erweiterung neuer Wiederaufnahmegründe stehe Art. 103 Abs. 3 GG entgegen.

Könnte zweitens auf einen Freispruch nicht vertraut werden, würde der Beschuldigtenstatus nie enden und die Staatsanwaltschaft immer wieder Anklage erheben können.<sup>15</sup> Hier droht die Gefahr, dass das Wiederaufnahmeverfahren zu einer Superrevisionsinstanz wird, welches es gerade nicht ist. Auf Seiten des Angeklagten wäre dieser nicht nur einem Strafverfahren und den, trotz Freispruches, einhergehenden stigmatisierenden Folgen ausgesetzt. Dadurch, dass sein Beschuldigtenstatus nie endet und er immer mit einer Anklage rechnen muss, hätte er zugleich sein Recht auf Rechtssicherheit im Allgemeinen verwirkt. Bayram spricht hier von künftigen Freisprüchen, die nur noch unter „Vorbehalt“ ergehen.<sup>16</sup> Dadurch kommt es ferner zu einem Ungleichgewicht der Prozessrollen. „Denn je länger die Sache zurückliegt, desto schwächer werden bestimmte Entlastungsbeweise“, etwa Zeugenaussagen, führt Buschmann (FDP) an.<sup>17</sup>

Hierin wird drittens keine Grenzkorrektur, sondern der Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG gesehen.<sup>18</sup> Das OLG kehrt diese Argumentation ins Gegenteil um. Weil zu erwarten sei, „[...]“, dass es nur in sehr seltenen Ausnahmefällen tatsächlich zu einem neuen Strafverfahren gegen einen Freigesprochenen kommen wird“<sup>19</sup>, sei der Eingriff in das Verbot der Mehrfachverfolgung angemessen. Auch die negativen Auswirkungen auf die Rechtsgemeinschaft seien zu berücksichtigen.<sup>20</sup>

<sup>6</sup> OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22.

<sup>7</sup> OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, S. 8.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/30.

<sup>9</sup> OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, S. 10.

<sup>10</sup> Vgl. Pressemitteilungen: LTO v. 11.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ampel-regierung-bundesjustizminister-buschmann-ueberpruefung-wiederaufnahme-gesetz-stpo-reform/>; RND v. 23.12.2021, online abrufbar unter: <https://www.rnd.de/politik/groko-gesetzt-zur-wiederaufnahme-von-mordprozessen-justizminister-teilt-steinmeier-bedenken-XBS3ZKFFYJH2DMYKMIBGFKBJRM.html> (zuletzt abgerufen am 25.5.2022).

<sup>11</sup> Vgl. Schreiben des Bundespräsidenten vom 21.12.2021, online abrufbar unter: <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/12/211222-Gesetzesausfertigung-StPO-362.html> (zuletzt abgerufen am 25.5.2022).

<sup>12</sup> LTO v. 11.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ampel-regierung-bundesjustizminister-buschmann-ueberpruefung-wiederaufnahme-gesetz-stpo-reform/> (zuletzt abgerufen am 25.5.2022).

<sup>13</sup> Conen, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung, S. 3.

<sup>14</sup> BVerfGE 2, 380 (403).

<sup>15</sup> Conen, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung, S. 9.

<sup>16</sup> Bayram, DRiZ 2021, 266.

<sup>17</sup> LTO v. 11.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/ampel-regierung-bundesjustizminister-buschmann-ueberpruefung-wiederaufnahme-gesetz-stpo-reform/> (zuletzt abgerufen am 25.5.2022).

<sup>18</sup> Vgl. Aust, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag vom 21.6.2021.

<sup>19</sup> OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, S. 19.

<sup>20</sup> So auch Kubiciel, Stellungnahme im Rahmen der Anhörung im Deutschen Bundestag vom 21.6.2021, S. 9.



Das würde bedeuten, dass in diesen sehr seltenen Ausnahmefällen eine Einschränkung verfassungsrechtlicher Prinzipien erfolgen dürfe. Aber gerade in Fällen, in denen schwerste Sanktionen drohen, muss der Rechtsschutz umso ausführlicher gewährleistet sein.

## 2. Rückwirkungsverbot, Art. 20 Abs. 3 GG

Ein Verstoß gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Rückwirkungsverbot liege seitens des 2. Strafsenats des OLG Celle durch die Neuregelung ebenfalls nicht vor. Es lässt die umstrittene Frage offen, ob es sich bei § 362 Nr. 5 StPO um eine echte oder unechte Rückwirkung handelt. In jedem Fall wären die Anforderungen erfüllt. Denn zwingende, dem Vertrauensschutz vorgehende Gemeinwohlbelange seien durch den Gesetzgeber bei Einführung der Norm bestimmt worden. Der Senat schließt sich dieser Argumentation an. Die Wahrung der materiellen Gerechtigkeit, Rechtsgüter von höchstem Verfassungsrang und die Integrität der Rechtsordnung seien Belange, die unter eine derartige zulässige Ausnahme fallen würden.<sup>21</sup>

Die Annahme einer solchen Ausnahme stößt auf Kritik.<sup>22</sup> Bedenken teilt auch Steinmeier: „Zudem ist zweifelhaft, ob das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit mit dem Rückwirkungsverbot vereinbar ist [...]“. <sup>23</sup> Betroffene hätten nicht mit einer Erweiterung der Wiederaufnahmegründe rechnen müssen, nachdem die bisherigen Regelungen ca. 70 Jahre Bestand hatten.<sup>24</sup> Das Vertrauen in die alte Rechtslage und in den Freispruch seien damit schutzwürdig. Die materielle Gerechtigkeit als Gemeinwohlbelang sei schon deshalb nicht schutzwürdig, weil dann Art. 103 Abs. 3 GG leer liefe. So könnte jede neue Rechtsauffassung mit echter Rückwirkung ausgetattet werden.<sup>25</sup>

Ein Vergleich mit der Entscheidung über die Vermögensabschöpfung,<sup>26</sup> den auch das OLG<sup>27</sup> anführt, könne nicht vorgenommen werden. Art. 14 GG und Art. 103 Abs. 3 GG unterliegen unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Beschränkungen.

## 3. Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Das OLG Celle sieht in dem neuen Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 5 StPO keinen Konflikt mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Als abschließende Taten sind solche aufgenommen worden, die der Unverjährbarkeit unterliegen. Der Senat geht in seiner Erörterung auf die von der Literatur angebrachte Kritik ein, es liege

ein Widerspruch darin, dass ähnlich schwerwiegende und mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohte Tatbestände nicht aufgenommen worden seien (Bsp.: §§ 178, 212 Abs. 2, 251, 306c StGB). Der wesentliche Unterschied liege allerdings in dem Kriterium der Unverjährbarkeit, welches die Delikte voneinander unterscheide. Im Übrigen sei es Aufgabe des Gesetzgebers fehlende Zusammenhänge zu prüfen.<sup>28</sup>

Widersprüchlich scheint die Argumentation des Senats, wenn an dieser Stelle einzig die Unverjährbarkeit als Kriterium herangezogen wird.<sup>29</sup> Weshalb bei einer fehlenden Wiederaufnahmemöglichkeit von Delikten, wie beispielsweise der Vergewaltigung mit Todesfolge (§ 178 StGB) keine „[...] evidente Erschütterung des Vertrauens der Bevölkerung in den Rechtsstaat [...]“<sup>30</sup> vorliegen soll, ist nicht ersichtlich. Noch weitergehend wurde von der Bundesrechtsanwaltskammer gefordert auch das Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 13 VStGB) aufgrund seines vergleichbaren Sanktionscharakters in den Verbrechenkatalog von § 362 Nr. 5 StPO mit aufzunehmen.<sup>31</sup>

Während auf der einen Seite mit der Unerträglichkeit am Festhalten an der Rechtskraft argumentiert wird, spielt sie an anderer Stelle keine Rolle mehr. Dass es in Zukunft bei den in § 362 Nr. 5 StPO abschließenden Taten bleibt, ist zumindest bedenklich. Kritiker sprachen bereits bei Einführung der neuen Norm von der „Gefahr eines Dammbruchs.“<sup>32</sup>

## III. Fazit

Die Diskussion um das Verhältnis von materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit wurde nicht erst mit der Entscheidung des OLG Celle ausgelöst. Sie fand vielmehr ihren Höhepunkt in der Einführung des neuen Wiederaufnahmegrundes.

Das LG Verden und das OLG Celle haben § 362 Nr. 5 StPO erstmals angewandt und an der Verfassungsmäßigkeit der neuen Norm nicht gezweifelt. Die Begründung des Senats überzeugt dabei nicht.<sup>33</sup> Der neue Wiederaufnahmegrund stellt, wie aufgezeigt, keine Grenzkorrektur dar, sondern trifft den Kernbereich des ne bis in idem-Grundsatzes. Das Recht auf Rechtssicherheit eines Freispruches kann für Angeklagte, die wegen einer in der Norm aufgelisteten Delikte angeklagt und freigesprochen wurden, schlichtweg nicht mehr gewährleistet werden. Dies birgt die Gefahr in sich, dass die Staatsanwaltschaft in Verfahren schwerster Straftaten nachlässiger ermitteln könnte. Aus einem „Rechtsbehelf eigener Art“<sup>34</sup> wird ein

<sup>21</sup> OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, S. 21.

<sup>22</sup> Aust, ZRP 2020, S. 251 ff.

<sup>23</sup> Das Schreiben des Bundespräsidenten vom 21.12.2021 ist online abrufbar unter: <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Pressemittelungen/DE/2021/12/211222-Gesetzesausfertigung-StPO-362.html> (zuletzt abgerufen am 25.5.2022).

<sup>24</sup> BRAK, Stellungnahme Nr. 14, März 2022, S. 10.

<sup>25</sup> BRAK, Stellungnahme Nr. 14, März 2022, S. 10 f.

<sup>26</sup> BVerfGE 156, 354.

<sup>27</sup> OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, S. 21.

<sup>28</sup> OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, S. 22.

<sup>29</sup> So auch BRAK, Stellungnahme Nr. 14, 2022, S. 11.

<sup>30</sup> OLG Celle, Beschl. v. 20.4.2022 – 2 Ws 62/22, S. 21.

<sup>31</sup> BRAK, Stellungnahme Nr. 14, März 2022, S. 11.

<sup>32</sup> BRAK, Stellungnahme Nr. 14, März 2022, S. 11.

<sup>33</sup> Ebenso Schweiger, ZfStw 2022, 397 (406), für die „Vieles dafür [spricht], dass die neue Vorschrift in ihrer jetzigen Form einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht standhält.“ Anders etwa Kubiciel, LTO v. 25.4.2022, der die Würdigung durch den Senat für richtig hält; online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/wiederaufnahme-mord-olg-celle-bverfg-ne-bis-in-idem-verfassungsrecht-frederike-von-moehlmann/> (zuletzt abgerufen am 25.5.2022).

<sup>34</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. (2022), Vorb. §§ 359 Rn. 2.

Rechtsmittel mit dem Charakter einer Superrevisionsinstanz.

Die rückwirkende Möglichkeit, Freisprüche wieder aufzuheben, ist auch mit Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar. Gerade weil es zahlreiche Reformbewegungen gegeben hat, die wegen der verfassungsrechtlichen Problematiken nicht umgesetzt wurden, war das Vertrauen auf den Tatbestand schützenswert.<sup>35</sup> Der *Senat* hingegen lässt es gar nicht erst zu einer Unterscheidung der strittigen Frage von echter und unechter Rückwirkung kommen. Er sieht ohnehin einen Ausnahmefall in § 362 Nr. 5 StPO, indem er die materielle Gerechtigkeit der Allgemeinheit für schutzwürdig erachtet.<sup>36</sup>

Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unterbleibt allerdings. Das *OLG Celle* geht auf den Unrechtscharakter der Taten, die Integrität der Rechtsordnung, den Rechtsgütern sowie den schweren drohenden Schäden ein. Die Rechtsposition der Freigesprochenen wird an nur einer Stelle feststellend erwähnt; dass in die Rechtssicherheit eingegriffen wird. Eine Auseinandersetzung mit den Folgen und Eingriffen in die Rechte des Betroffenen und auf den Vertrauensschutz unterbleibt.

Ebenfalls wird § 362 Nr. 5 StPO dem Gleichheitsgrundsatz nicht gerecht. Die aufgezeigte Problematik um das Abgrenzungskriterium der Unverjährbarkeit kann zu einem Wertungswiderspruch mit anderen Delikten führen.

Daher muss im Blick behalten werden, dass die Ausweitung auf weitere Delikte und weitere Untersuchungsmethoden zumindest mögliche Folgen sein können.

Das *OLG Celle* und auch das *LG Verden* haben die Norm dem *BVerfG* nicht vorgelegt. Gegen einen Normenkontrollantrag und der Einholung der Expertise des mit verfassungsrechtlichen Fragen spezialisierten Gerichtes haben sich beide Gerichte bewusst entschieden. Diese Entscheidung ist der Diskussion um die Norm nicht gerecht geworden. Und insbesondere nicht der Rechte, die mit dieser Norm mehr als tangiert werden.

Die Entwicklung der Anwendung der Norm in der Rechtspraxis und dessen Bestand sind abzuwarten. Im Fall um den Beschwerdeführer befindet sich das Verfahren erst am Anfang. Ein mögliches Probationsverfahren und eine eventuelle neue Hauptverhandlung stehen noch aus. Die Verteidiger des Beschwerdeführers haben jedoch bereits Verfassungsbeschwerde erhoben.<sup>37</sup> Eine Wende im Prozess vor dem *OLG Celle* könnte durch die jüngsten Entwicklungen eintreten. Das *BVerfG* hat die Verfassungsbeschwerde angenommen.<sup>38</sup> Damit kann darauf gehofft werden, dass das *BVerfG* folgen und § 362 Nr. 5 StPO keinen Bestand haben wird.

Denn im Fall des Fortbestandes oder der Erweiterung der Norm wird das Recht zu etwas Relativem, Unvorhersehbarem und nicht Vertrauenswürdigem. Damit aber Recht, Recht ist, „[...] braucht es bestimmte Ausprägungen des Absoluten [...].“<sup>39</sup>

<sup>35</sup> So auch *BRÄK*, Stellungnahme Nr. 14, 2022, S. 10.

<sup>36</sup> Angelehnt an BT-Drs. 19/30399, S. 6 und 10.

<sup>37</sup> Die Verteidiger des Beschwerdeführers haben bereits mit Bekanntgabe des Beschlusses des *OLG Celle* angekündigt, Verfassungsbeschwerde zu erheben. Vgl. LTO v. 20.4.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/olgcelle-wiederaufnahme-strafverfahren-fall-moehlmann-dna-mord-vergewaltigung/> (zuletzt aufgerufen am 25.5.2022).

<sup>38</sup> Das dortige Verfahren wird unter dem Az. 2 BvR 900/20 geführt. Vgl. LTO v. 24.5.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/wiederaufnahme-strafverfahren-mord-verfassungsbeschwerde-frederike-moehlmann-bverfg-olg-celle/> (zuletzt abgerufen am 25.5.2022).

<sup>39</sup> *Bung*, HRRS, 2022, 109 (111).

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Frank Wallenta: Deutsche Staatsanwaltschaften zwischen Verfassungsrecht und europäischem Leitbild – Eine Betrachtung des ministeriellen Einzelweisungsrechts im Lichte des unionsrechtlichen Anerkennungsprinzips**

in: Lüttig, Frank/Lehmann, Jens (Hrsg.): Schriften der Generalstaatsanwaltschaft Celle, Band 5

von Prof. Dr. Bernd Hecker

2021, Nomos, ISBN: 978-3-8487-8249-9, S. 70, Euro 19,00.

Der *Verfasser*, Bundesanwalt beim BGH, beleuchtet in seiner Schrift die aktuelle Rechtsprechung des *EuGH* zu den Anforderungen, die an die Unabhängigkeit der ausstellenden und vollstreckenden Justizbehörde im Anwendungsbereich des Europäischen Haftbefehls zu stellen sind. Eindrucksvoll zeigt er die nachteiligen Auswirkungen dieser Judikatur auf die Auslieferungspraxis in Deutschland auf. Nach fundierter Auseinandersetzung mit den gesetzgeberischen Lösungsmöglichkeiten plädiert er letztlich für das praxismgerechte Modell eines limitierten externen Einzelweisungsrechts, auf dessen Grundlage auch ein von ihm erarbeiteter Referentenentwurf des BMJV<sup>1</sup> beruht.

Das in § 147 Nr. 1, 2 GVG verankerte (externe) ministerielle Einzelweisungsrecht ist vor dem Hintergrund der uneindeutigen Stellung der Staatsanwaltschaft im Staatsgefüge seit jeher umstritten.<sup>2</sup> Zwei neuere Urteile des *EuGH* zum Europäischen Haftbefehl haben diese Diskussion neu entfacht. Zwar entspricht es der ständigen Rechtsprechung des *Gerichtshofs*, dass mit der für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls zuständigen „Justizbehörde“ – ein autonomer Begriff des Unionsrechts – nicht allein die Gerichte eines Mitgliedstaats gemeint sind, sondern darüber hinaus auch die Behörden, die an der Strafrechtspflege mitwirken.<sup>3</sup> Davon zu unterscheiden ist jedoch die andere Frage, ob die Ausstellungsbehörde den im jeweiligen unionsrechtlichen Regelungskontext gestellten Anforderungen genügt.<sup>4</sup> In seinem Urteil v. 27.5.2019<sup>5</sup> verneinte der *Gerichtshof* den Status der deutschen Staatsanwaltschaft als „unabhängige“ Justizbehörde, weil sie nicht ausnahmslos unabhängig von der Exekutive agieren kann. Mit dieser Entscheidung leitete der *Gerichtshof* das (vorläufige) Ende der bis dahin geübten deutschen Rechtspraxis ein, dass Staatsanwälte als

„ausstellende Justizbehörde“ i.S.d. Art. 6 Abs. 1 RB-EuHb fungieren.

In Deutschland mussten daraufhin sämtliche aufgrund Europäischer Haftbefehle bestehenden offenen Fahndungsausschreibungen einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Eindrücklich beschreibt der *Verfasser*, wie in einem „organisatorisch-inhaltlichen Kraftakt“ die Verfahrenspraxis dahingehend geändert wurde, dass im Wege rahmenbeschlusskonformer Auslegung bei Ausschreibungen zum Zwecke der Strafverfolgung nach § 77 Abs. 1 IRG i.V.m. § 131 Abs. 1 StPO der zuständige Haftrichter und bei Ausschreibungen zum Zwecke der Strafvollstreckung nach § 77 Abs. 1 IRG i.V.m. § 457 Abs. 2 StPO das Gericht des ersten Rechtszuges zur Ausstellung Europäischer Haftbefehle berufen sind, wobei die Vorbereitung und Durchführung weiterhin den Staatsanwaltschaften obliegt (S. 28 ff.). Dass diese neue Verfahrensweise erhebliche Kapazitäten bei den Staatsanwaltschaften und vor allem bei den Gerichten bindet, liegt auf der Hand.

Die Kapazitätsproblematik und die damit einhergehenden nachteiligen Auswirkungen auf die Verfahrensdauer haben sich noch weiter verschärft, nachdem der *EuGH* in einem weiteren Urteil v. 24.11.2020 dieselben Anforderungen, die an die Unabhängigkeit der Ausstellungsbehörde zu stellen sind, auch auf die „vollstreckende Justizbehörde“ i.S.d. Art. 6 Abs. 2 RB-EuHb übertragen hat.<sup>6</sup> War bislang allein die Generalstaatsanwaltschaft dazu berufen, über die Zulässigkeit einer Überstellung der verfolgten Person zu entscheiden, sind hierfür nunmehr im Wege rahmenbeschlusskonformer Auslegung nach §§ 78 Abs. 1, 29 Abs. 2 IRG die Oberlandesgerichte zuständig. Die mit dem vereinfachten Verfahren, bei dem die verfolgte Person ihrer Überstellung zustimmt, angestrebte Verfahrensbeschleunigung und Verringerung der Dauer der Auslieferungshaft wird dadurch in ihr Gegenteil verkehrt (S. 30).

<sup>1</sup> Online abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Unabhaengigkeit\\_Staatsanwaltschaften.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Unabhaengigkeit_Staatsanwaltschaften.html).

<sup>2</sup> Vgl. hierzu nur *Heghmanns*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 7 (2020), § 16 Rn. 44 ff. und *Wallenta*, S. 24 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> *EuGH*, BeckRS 2016, 82664 (Rn. 34); *EuGH*, NJW 2019, 2145, (2147, Rn. 50).

<sup>4</sup> Vgl. hierzu nur *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 6. Aufl. (2021), Kap. 11 Rn. 5 m.w.N.

<sup>5</sup> *EuGH*, NJW 2019, 2145 (2147 ff.).

<sup>6</sup> *EuGH*, BeckRS 20220, 31838 (Rn. 54 ff., 70).

Der *Verfasser* gelangt ungeachtet der Funktion der Staatsanwaltschaften, im Strafverfahren unparteiisch und objektiv, mithin „gerichtsähnlich“ auf die Ermittlung der materiellen Wahrheit hinzuwirken, zu dem Befund, dass sie Teil der Exekutive sind (S. 24 ff.). Das eng begrenzte und faktisch höchst selten eingesetzte ministerielle Einzelweisungsrecht der Exekutivspitze gegenüber der Staatsanwaltschaft sei zwar durch Art. 20 Abs. 2 GG (hier in der Ausprägung der Verantwortlichkeit der Exekutive gegenüber dem Parlament) verfassungsrechtlich legitimiert. Da es aber nicht gelungen sei, den *EuGH* davon zu überzeugen, die deutsche Staatsanwaltschaft als „vollwertigen europäischen Justizpartner“ zu akzeptieren, sucht der *Verfasser* nach einer sowohl den verfassungsrechtlichen als auch den unionsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Lösung de lege ferenda, die eine effektive grenzüberschreitende Strafverfolgung in Europa gewährleistet (S. 36 ff.).

Der *Verfasser* legt mit überzeugender Begründung dar, dass weder der „Gang in den Richtervorbehalt“ (S. 36-38) noch der Weg einer generellen Freistellung der Exekutive vom ministeriellen Einzelweisungsrecht (S. 38-47) beschritten werden sollte. Der erstgenannte Lösungsvorschlag, der darin besteht, dass das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Entscheidung über die Stellung eines Auslieferungsersuchens trifft („Antragslösung“) oder dass die Staatsanwaltschaft das zuvor vom Gericht überprüfte und bestätigte Ersuchen stellt („Validierungslösung“), würde nicht nur erhebliche personelle Ressourcen binden und zu einer längeren Verfahrensdauer führen.

Überdies käme die Statuierung einer Vielzahl von Richtervorbehalten im Bereich des Rechtshilfewesens der Einführung einer Art „Untersuchungsrichterprinzip“ nahe, das mit einer zentralen rechtskulturellen Prämisse des deutschen Rechtssystems bricht – der federführenden Rolle der Staatsanwaltschaft bis zur Anklagehebung (S. 38). Gegen den Lösungsvorschlag, das ministerielle Einzelweisungsrecht generell abzuschaffen, spreche das signifikante Spannungsverhältnis zu Art. 20 Abs. 2 GG. Angesichts der hohen Eingriffsintensität, die mit der Wahrnehmung der Aufgaben der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens verbunden sind, müsse ihre im Demokratieprinzip wurzelnden parlamentarische Verantwortlichkeit als Teil der Exekutive grundsätzlich gewahrt bleiben (S. 44, 47).

Schließlich findet der *Verfasser* in dem von ihm entwickelten Modell eines limitierten externen Einzelweisungsrechts einen verfassungskonformen und praxisgerechten Lösungsvorschlag, der die Handlungsfähigkeit der deutschen Staatsanwaltschaften als eigenständige Akteure im Bereich der Ausstellung und Vollstreckung Europäischer Haftbefehle wieder herstellt, indem durch eine Änderung des § 147 GVG die Staatsanwaltschaften für den Sektor der strafrechtlichen Zusammenarbeit innerhalb der EU vom externen ministeriellen Einzelweisungsrecht freigestellt werden (S. 58 ff., 66 f.). Diesem überzeugenden Lösungsvorschlag, der bereits von einem Referentenentwurf des BMJV aufgegriffen wurde, ist zu wünschen, dass er vom Gesetzgeber zügig umgesetzt wird.



## **Lucia Sommerer: Personenbezogenes Predictive Policing. Kriminalwissenschaftliche Untersuchung über die Automatisierung der Kriminalprognose**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2020, Nomos, ISBN: 978-3-8487-6233-01, S. 400, Euro 104,00.

Prognosesoftware wird für die Polizeiarbeit auch in Deutschland schon seit einigen Jahren eingesetzt. Den Verheißungen auf Steigerung der Effizienz und Objektivität der Polizeiarbeit stehen auf der anderen Seite rechtliche Bedenken gegenüber, die eine solche Automatisierung der Kriminalitätskontrolle gerade auch durch den Einsatz personenbezogener Daten mit sich bringt. Insofern ist es verdienstvoll, dass sich *Sommerer* nicht nur den Grundlagen des personenbezogenen Predictive Policing widmet, sondern auch dessen rechtlichen Grenzen. Zudem wird eine kriminologische, soziologische und rechtstheoretische Analyse vorgenommen und Empfehlungen für Mindestanforderungen an die algorithmengestützte Strafprognose ausgesprochen.

Zunächst beleuchtet die Verfasserin die technischen Grundlagen, wobei eine Übersichtstabelle zum Vergleich traditionell statistischer und algorithmengestützter Kriminalprognosen die Divergenzen deutlich macht (S. 59). Durch die Ausführungen wird herausgestellt, dass bereits regelbasierte algorithmische Entscheidungssysteme zentrale Neuerungen besonders für das Anwendungsstadium eines Kriminalprognoseinstruments mit sich bringen. Fallbasierte algorithmische Entscheidungssysteme verändern dagegen den Prozess der Kriminalprognose von Grund auf. Dies bedinge Risiken und Herausforderungen für den Rechtsstaat (S. 73).

Es folgt eine Bestandsaufnahme des gegenwärtigen Einsatzes von Prognosesoftware, wobei zunächst die USA und Großbritannien in den Blick genommen werden. Sodann wird sich für den deutschsprachigen Raum mit vier Entwicklungen näher befasst. Dabei handele es sich bei RADAR-iTE und hessenDATA um Vorstufen des Predictive-Policing, bei DyRiAS und dem Fluggastmusterabgleich könne hingegen bereits von personenbezogenem Predictive-Policing gesprochen werden (S. 83). Auch hier wird anhand einer Tabelle deutlich gemacht, wie der Daten-Input, die Verarbeitung und der Daten-Output bei diesen 4 Prognoseprogrammen aussieht (S. 84), bevor sich den Programmen im Einzelnen gewidmet wird.

Die Verfasserin stellt fest, dass der Fluggastdatenabgleich die größte Streubreite und somit die größte Nähe zu den flächendeckenden Predictive-Policing-Ansätzen der USA aufweist. Aber auch hessenDATA wohne das Potenzial einer großen Streubreite inne. Während diese beiden Ansätze in die Kategorie Big Data und Machine Learning einzuordnen seien, stellten DyRiAS ein regelbasiertes Predictive-Policing-System und RADAR-iTE eine noch

schlichter umgesetzte Vorstufe des Predictive-Policing dar.

Letztlich seien aber alle vier Instrumente entwickelt worden, um durch Laien ohne besondere psychologisch-kriminologische Ausbildung bedient zu werden. Schließlich käme auch die Anwendung polizeilicher Kriminalprognose auf psychisch Kranke in Betracht. Hierzu gebe es auch in Deutschland erste Bestrebungen (S. 99 f.).

Die Verfasserin hebt hervor, dass sich ein algorithmisches Modell nicht spontan aus einer Datengrundlage heraus ergebe, sondern es eines vielstufigen, von Menschen gesteuerten Prozesses bedarf, an dessen Ende das Modell stehe. Insofern seien im Rahmen dieses Prozesses zahlreiche Wert- und Ermessensentscheidungen zu treffen, die rechtlich zu untersuchen seien.

Die rechtlichen Grenzen zeigt *Sommerer* dann in einem ersten Hauptteil in Kapitel 2 auf rund 150 Seiten auf und steckt zunächst den polizeirechtlichen Rahmen ab. Als erstes Zwischenergebnis hält sie fest, dass ein algorithmischer Risikoscore ein tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Gefahr sei, auf den aufbauend ein Mensch eine eigene Prognose zu treffen habe. Gelangt dieser zur Bejahung eines Gefahrenverdachts, so könnten Folgemaßnahmen zur Gefahrforschung vorgenommen werden. Insofern seien Predictive-Policing-Programme nach derzeitiger Gesetzeslage nur als algorithmische Entscheidungsunterstützungssysteme für Menschen zu betrachten, nicht aber als den Menschen ersetzende eigenständig handelnde Entscheidungssysteme. Daher ersetzen solche Straftatenvorhersagen den Menschen nicht, sondern verändern die Arbeit, die er zu leisten habe. Fehler im personenbezogenen Predictive-Policing führten demnach stets zur Rechtswidrigkeit einer darauf basierenden Maßnahme (S. 136).

Insofern wird eine Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz solcher Systeme für erforderlich erachtet und im nächsten Untersuchungsschritt in den Polizeigesetzen gesucht. Die Verfasserin arbeitet knapp heraus, dass weder spezialgesetzliche Normen noch die allgemeine polizeirechtliche Generalklausel hierfür in Betracht kommen. Auch das Datenschutzrecht halte keine Ermächtigungsgrundlage bereit, allerdings erlaube der auf EU-RL 2016/681 basierende § 4 Abs. 1, 2 FlugDaG einen automatisierten Musterabgleich, jedoch nur für den Spezialfall der Fluggastdaten. Daher müsse das Fazit gezogen werden, dass weder für das Gefahrverdacht erzeugende noch für das Gefahrverdacht bestätigende personenbezogene Predictive-Policing, abgesehen vom Sonderfall des Flug-

DaG, eine Ermächtigungsgrundlage existiere (S. 153). Insofern müssten beim Einsatz entsprechender Systeme neue Rechtsgrundlagen geschaffen werden (S. 154), so dass *Sommerer* in einem nächsten Schritt den verfassungsrechtlichen Rahmen absteckt.

Hierzu untersucht sie die verfassungsrechtlichen Dimensionen des personenbezogenen Predictive-Policing mit Blick auf informationelle Selbstbestimmung, Diskriminierungsverbot, Transparenzgebot und Unschuldsvermutung. Nach ausführlicher Wertung kommt die Verfasserin zu dem Ergebnis, dass dieses System nur dann eingesetzt werden könne, wenn sich eine Sachlage bereits auf eine konkrete Gefahr hin zugespitzt hat, jedoch die vermutlichen Täter noch unbekannt seien. Zusätzlich könne das personenbezogene Predictive-Policing zur Ressourcenallokation angewandt werden, wenn aus Sicht der Polizei bei mehreren Personen eine konkrete Gefahr vorliegt, jedoch nur Ressourcen zum polizeilichen Eingriff bei einzelnen Personen vorhanden sei (S. 169).

Hinsichtlich des Diskriminierungsverbots wird kritisch gesehen, dass es im Rahmen von algorithmischen Prognosen zu einer faktischen Umkehr der Argumentations- und Beweislast kommen könne. Den Betroffenen würde hier eine doppelte Darlegungslast einmal im Hinblick auf das Vorliegen einer Ungleichbehandlung und einmal im Hinblick auf die Widerlegung der statistischen Rechtfertigungen auferlegt. Angesichts der Komplexität sei hier zu befürchten, dass die gerichtliche Überprüfung zu einer Willkürkontrolle verkümmere und dem Staat auch im grundrechtssensiblen Bereich ein weiter Entscheidungsspielraum bei Auswahl und Bewertung von Korrelationen zugestanden werde. Dem sei entgegenzutreten, zumal das *BVerfG* von den Gerichten fordert, einen besonders strengen Rechtfertigungsmaßstab anzulegen (S. 193). Es müsse also sichergestellt werden, dass dem Staat weiterhin eine gesteigerte Darlegungs- und Beweislast zukomme, was in zwei Schritten erfolgen könne: Erstens habe eine stärkere Sensibilisierung des Rechts für statistisches, computerwissenschaftliches Wissen zu erfolgen und zweitens dürfe die Diskriminierungskontrolle von Algorithmen nicht individuellen Gerichtsverfahren überlassen bleiben, sondern müsse von einer unabhängigen staatlichen Stelle systematisch und präventiv vorgenommen werden (S. 194).

Bei der Untersuchung des Transparenzgebots beschreibt *Sommerer* zunächst die drei Schichten algorithmischer Intransparenz: die Unzulänglichkeit qua Geheimhaltung, die Unzugänglichkeit qua fehlendem Fachwissen und die Unzugänglichkeit qua systemimmanenter Komplexität (s. auch die Abbildung auf S. 200). Wichtig sei, alle drei Schichten der Intransparenz stets klar voneinander zu trennen (S. 205). Transparenz sei zum einen ex ante durch öffentlich zugängliche Registrierungserfordernisse aller Entscheidungen der Designphase und der abstrakten Wirkungsprinzipien des Algorithmus sicherzustellen. Diese ex ante Erfordernisse seien idealer Weise von einer zentralen staatlichen Kontrollstelle sicherzustellen, die Einsicht in Quellcode und Trainingsdaten des Algorithmus nehmen und bei Mängeln den Einsatz untersagen könne.

Zudem seien ex post von der Kontrollstelle regelmäßige Algorithmenaudits durchzuführen, so dass Risiken minimiert und in rechtsstaatlich akzeptable Bahnen gelenkt werden könnten (S. 220 f.). Die Verfasserin plädiert dafür, personenbezogene Predictive-Policing-Systeme erst einzusetzen, sobald eine Kontrollstelle geschaffen worden ist (S. 240). Ein effektives Transparenzregime habe drei Säulen zu umfassen, nämlich Registrierung, staatliche Kontrolle und die Wahrung subjektiver Rechte (S. 241).

Schließlich wird der Frage der Vereinbarkeit des personenbezogenen Predictive-Policing mit der Unschuldsvermutung nachgegangen, aber sehr knapp und zutreffend ausgeführt, dass eine Anwendung der Unschuldsvermutung auf die Gefahrenabwehr schlicht nicht möglich ist. Allerdings bedeute dies nicht, dass der Staat pauschal ohne jegliche Schwellen von der Gefährlichkeit seiner Bürger ausgehen dürfe. Die Grenzen staatlichen Handelns im Bereich der Gefahrenabwehr seien aber insbesondere im Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu suchen (S. 244).

In einem strafprozessualen Annex stellt *Sommerer* fest, dass mangels Rechtsgrundlage präventiv erstellte Risikoscores nach geltendem Recht nicht ins Strafverfahren importiert werden dürfen (S. 258).

Trotz dieser rechtlichen Limitierungen sei der Gesetzgeber nicht generell daran gehindert, solche Systeme einzuführen und der „Vormarsch ... in Deutschland (dürfte) realpolitisch kaum aufzuhalten sein“ (S. 258). Daher wird die „algorithmische Wende in der Kriminalitätskontrolle“ (S. 260) in Kapitel 3 einer kriminologischen, soziologischen und rechtstheoretischen Analyse unterzogen. Hierzu wird zunächst ein Blick auf Vorfeldverlagerungen generell im Strafrecht geworfen und Normen wie § 89a und § 129a StGB unter dem Aspekt der Strafbarkeit im Vorfeld eigentlicher Rechtsgutsverletzungen kurz angerissen. Auch die Vorverlagerungen im Bereich strafprozessualer Ermittlungsbefugnisse seien zu beobachten, wie bspw. bei § 100b Abs. 2 Nr. 1 lit. a, b StPO oder § 81b Alt. 2 StPO. Daneben sei auch dem Sanktionenrecht eine Risikoorientierung immanent. Diese Tendenz zeichne sich auch in den Polizeigesetzen ab, bei denen vermehrt vom Erfordernis einer konkreten Gefahr abgerückt werde. Insofern wird resümiert, dass die zunehmende Fokussierung auf Risiken im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen sich faktisch für alle Gebiete der Kriminalitätskontrolle konstatieren lasse (S. 283).

Als Fazit zum dritten Kapitel merkt die Verfasserin an, dass der Einsatz personenbezogenen Predictive-Policing zwar aus rechtlicher Sicht nicht grundsätzlich zu untersagen ist, jedoch gerade hinsichtlich der tatsächlichen Auswirkungen in der polizeilichen Arbeit auch bei Einhaltung rechtlicher Rahmenbedingungen deutlichen Bedenken ausgesetzt ist. Die Anwendung komplexer neuer Technologien in der Kriminalitätskontrolle sei daher genau zu hinterfragen und bei Intransparenz zu untersagen (S. 341 f.).

Dementsprechend formuliert *Sommerer* in Kapitel 4 Empfehlungen für Mindestanforderungen an algorithmusgestützte Straftatenprognose. Differenziert wird hinsichtlich dreier Gebiete, nämlich den Entwicklungsmodalitäten, den Einsatzmodalitäten und Kontrollmodalitäten. Es sei entscheidend, dass die Mindestanforderungen nicht erst beim Einsatz von personenbezogenen Predictive-Policing-Systemen ansetzen, sondern bereits in der Entwicklungsphase, da hier die entscheidende Weichenstellung stattfände. So müsste sichergestellt werden, dass alle Entscheidungen des Entwicklungsprozesses eines solchen Systems in nachvollziehbarer Weise protokolliert werden. Diese Protokollierungspflicht umfasse die Auswahl der Trainingsdatenbasis, die Formulierung der Zielvariablen, d.h. welche Straftaten für welchen Zeitraum vorhergesagt werden sollen, die Auswahl der Inputvariablen und Entscheidungen in der Kalibrierungsphase des Lernprozesses. Insoweit müssten die Herkunft aller Datenquellen, die in die Trainingsdatenbasis einfließen, sowie die Auswählerwägungen für die Inputvariablen festgehalten werden. Auch die Gewichtung der einzelnen Inputvariablen in einem Modell müsse protokolliert werden sowie der Cut-Off-Point, ab dem Personen als hochgefährlich eingestuft werden. Auch müsse ersichtlich sein, wie die Fehlerquote eines Systems kalibriert werde und wie in der Designphase auf das Verhältnis von falsch-positiven zu falsch-negativen Fehlern eingewirkt wird. Die Transparenz müsse dergestalt sein, dass es möglich ist, nachträglich die für einen erzielten Score entscheidenden Inputvariablen zu identifizieren und die Gewichtung zu bestimmen.

Darüber hinaus müsse die Unvoreingenommenheit des Algorithmus sichergestellt werden. Hierzu müsse bereits in der Entwicklungsphase im Trainingsdatensatz gezielt nach Diskriminierungen gesucht werden. Zudem seien die Gleichheit der Gesamtbetrachtung und Gleichheit der Fehlerhäufigkeit zu beachten und die Ergebnisse der Untersuchung zu protokollieren. Zur Beseitigung erkannter Diskriminierungen seien computerwissenschaftliche Methoden der „Ent-Diskriminierung“ anzuwenden.

Im Hinblick auf die Einsatzmodalitäten sei eine Rechtsgrundlage für das personenbezogene Predictive-Policing zu schaffen. Das System dürfe nur zur Entscheidungsunterstützung eingesetzt werden und nicht, um die eigene Gesamtbetrachtung und Entscheidung von Polizisten zu ersetzen. Zudem dürfe ein Riskoscore nicht flächendeckend und nur im Einzelfall und bei Vorliegen einer konkreten Gefahr für ein besonders bedeutendes Rechtsgut erfragt werden.

Auch bei der Kommunikation der Wahrscheinlichkeit einer Straftatbegehung seien verschiedene Aspekte zu beachten. So sei neben der Wahrscheinlichkeit einer Straftatbegehung auf die Fehlerraten des Systems hinzuweisen sowie die Basisrate der vorhergesagten Straftaten zu kommunizieren, also die Häufigkeit eines Delikts in der untersuchten Population und in der Gesamtbevölkerung. Darüber hinaus ist mitzuteilen, welche Inputvariablen das Ergebnis des Algorithmus im Einzelfall am stärksten beeinflusst haben.

Abschließend wird auf das Erfordernis der Etablierung von Kontrollmodalitäten für beide Stadien hingewiesen. Dabei habe sich die Kontrolle an der Transparenz bestehend aus öffentlicher Registrierungspflicht, subjektiven Betroffenenrechten und der Einrichtung einer staatlichen Kontrollstelle zu orientieren. Insofern seien die in der Entwicklungsphase des Algorithmus protokollierten Entscheidungen vor dem ersten Einsatz in öffentlich zugänglicher Weise bei einer Registrierungsstelle zu hinterlegen und Personen, zu denen ein Risikoscore erstellt wurde, die zentralen Inputvariablen für ihr individuelles Scoreergebnis mitzuteilen. Zudem muss ihnen die Möglichkeit gegeben werden, diesen Scorewert und eine darauf basierte polizeiliche Maßnahme gerichtlich anzugreifen.

Eine interdisziplinär ausgerichtete staatliche Stelle müsse schließlich eine Standardsetzung und systematische Kontrolle personenbezogener Predictive-Policing-Systeme vornehmen. Die Entwicklung und der Einsatz solcher Systeme sollte erst nach der Etablierung einheitlicher Standards vorgenommen werden. Die insoweit für die drei Komplexe ausformulierten Mindestanforderungen an algorithmengestützte Straftatenprognosen werden im Anschluss in einem guten Überblick zusammengestellt (S. 350). Hilfreich ist zudem, dass die Kernthesen der Dissertation in einem Abschlusskapitel nochmals zusammengefasst werden (S. 353 ff.).

Im Eingangskapitel wurde herausgestellt, dass der Weg des personenbezogenen Predictive-Policing mit unterschiedlichen Ansätzen in Deutschland längst beschritten wurde und in das Spektrum zwischen Gefahrverdacht bestätigendem und Gefahrverdacht erzeugenden Predictive-Policing fällt. Insofern sei der nächste Schritt zum personenbezogenen Predictive-Policing kein rein hypothetisches Szenario mehr. Die Verfasserin macht durch eine umfassende Würdigung aber deutlich, dass nicht alles, was technisch umsetzbar ist und Erfolg im Bereich der Strafverfolgung verspricht, auch rechtlich legitimierbar ist. Insoweit schafft die Dissertation von *Sommerer* nicht nur ein technisches Grundverständnis des Phänomens, sondern steckt – unter Einbettung der verfassungsrechtlichen Limitierungen – den rechtlichen Rahmen ab. Dabei wird deutlich, dass der Gesetzgeber gefordert ist, hier neue Vorschriften zu etablieren, die den verfassungsrechtlichen Implikationen Rechnung tragen und doch einen Einsatz mit Augenmaß legitimieren. Überzeugend sind insoweit auch die Empfehlungen für Mindestanforderungen an die algorithmengestützte Straftatenprognose unter Differenzierung nach Entwicklungs-, Einsatz- und Kontrollmodalitäten. An diesen Mindestanforderungen kann man sich orientieren, um auf einem organisatorisch und rechtlich gesicherten Fundament personenbezogene Predictive-Policing-Systeme zu schaffen. Ob all das, was sich *Sommerer* diesbezüglich wünscht, auch praktikabel ist, muss sich zeigen. Ganz sicher aber legt sie eine wertvolle Monographie vor, die einen ausgewogenen, aber auch kritischen Blick auf die „algorithmische Wende“ wirft und zur weiteren Diskussion anregt.

## TAGUNGSBERICHT

## Erlanger Cyber<sup>2</sup> Crime Tag 2021: Internationale Strafverfolgung von Cybercrime Delikten

von Dr. Christian Rückert und  
Nicole Scheler\*

Der Tagungsbericht enthält sprachlich bereinigte und teils vom Englischen ins Deutsche übersetzte Zusammenfassungen der Transkriptionen der Vorträge und Diskussionsbeiträge des Erlanger Cyber<sup>2</sup> Crime Tages 2021. Der Vortragsstil der einzelnen Beiträge wurde überwiegend beibehalten. Dementsprechend wurde generell auch auf Fußnoten verzichtet. Der Erlanger Cyber<sup>2</sup> Crime Tag 2021 und die Erstellung dieses Tagungsberichts wurden vom Bundesministerium des Innern und für Heimat gefördert.

Im Anschluss an die erste erfolgreiche Online-Veranstaltung im Jahr 2020 aus der Veranstaltungsreihe des Erlanger Cybercrime Tages, fand am 23.9.2021 der fünfte Erlanger Cyber<sup>2</sup> Crime Tag 2021 (EC<sup>2</sup>CT 2021) im virtuellen Format statt, in diesem Jahr auch mit zahlreichen Teilnehmer:innen aus dem Ausland. Grußworte kamen in diesem Jahr vom bayerischen Staatsminister der Justiz, *Georg Eisenreich*, der sich live aus der Schlossaula auf die heimischen Bildschirme schaltete. Mithilfe einer intuitiv bedienbaren und vielseitigen Tagungsplattform konnten *Prof. Dr. Christoph Safferling*, LL.M. (LSE) und sein Team der International Criminal Law Research Unit (ICLU) den Besucher:innen auch dieses Jahr wieder die Möglichkeit bieten, während der Q&A-Sessions im Anschluss an die Vorträge Fragen an die Referierenden zu stellen, in den Workshop-Räumen interaktiv mit diesen zu diskutieren und sich auch jederzeit untereinander auszutauschen.

Mit dem Thema „Internationale Strafverfolgung von Cybercrime Delikten“ widmete sich der vom Bundesinnenministerium geförderte EC<sup>2</sup>CT 2021 den schwierigen Fragen des nationalen und internationalen Rechts, die damit einhergehen und die es zu lösen gilt: Angefangen bei nationalen Vorschriften in Bezug auf grenzüberschreitende Sachverhalte, die Zusammenarbeit der verschiedenen ermittelnden nationalen und internationalen Strafverfolgungsbehörden untereinander und mit privaten Dienstleistenden, den bereits bestehenden und geplanten internationalen Abkommen, eine effektive internationale Strafverteidigung und der Grund- und Menschenrechtsschutz der weltweit von Ermittlungsmaßnahmen betroffenen Personen.

Bereits in der Begrüßungsrede des Veranstalters, *Prof. Dr. Christoph Safferling*, LL.M. (LSE), wurde die Notwendigkeit transnationaler Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung von Cybercrime deutlich. Nach Art. 6 EMRK (der Beschleunigungsmaxime) hat jeder Mensch das Recht, dass in Bezug auf die gegen ihn erhobene Anklage innerhalb einer angemessenen Frist verhandelt wird. Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* hat etwa 30 % seiner Beanstandungen auf diese Vorschrift gestützt. Auch deutsche Gerichtsverfahren waren häufig betroffen: Von den 199 Verurteilungen, die seit 1959 gegen Deutschland ergangen sind, sind 102 auf Verfahrenslänge zurückzuführen (51 %). Die Verfahrenslänge in erstinstanzlichen Strafverfahren nimmt dabei immer weiter zu. Mittlerweile beträgt die durchschnittliche Verfahrenslänge 8 Monate, an Landgerichten sogar bis zu 20 Monate. Das liegt zunächst an den immer größer werdenden Datenmengen und an dem zunehmenden Auslandsbezug der Verfahren.<sup>1</sup> Eben diesen Auslandsbezug im Bereich der Cyberkriminalität und die damit einhergehenden Herausforderungen thematisierte der diesjährige EC<sup>2</sup>CT 2021.

### I. International Darknet Investigations – Dark Web Monitor (englischer Vortrag ins Deutsche übersetzt) von Dr. Mark van Staalduinen (CFLW Cyber Strategies) und OStA Thomas Goger (ZCB)

Eröffnet wird die Vortragsrunde von *Dr. Mark van Staalduinen* und OStA *Thomas Goger*. Sie präsentieren den „Dark Web Monitor“<sup>2</sup> – eine Technologie, die Strafverfolgungsbehörden bei der täglichen Arbeit von Darknet-Ermittlungen unterstützen soll.

Die Idee, das Projekt des „Dark Web Monitors“ weiterzuentwickeln und auf die Bedarfe von Strafverfolgungsbehörden anzupassen, entstand durch eine Kollaboration der beiden Referenten und wurde seit Ende 2019 von TNO (einer niederländische Forschungsorganisation), CFLW Cyber Strategies (unter der Leitung von *Mark Staalduinen*) und der ZCB (stellvertretend durch *Thomas Goger*) geplant und umgesetzt.

\* *Dr. Christian Rückert* ist Habilitand an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und Lehrstuhlvertreter an der Universität Mannheim; *Nicole Scheler* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<sup>1</sup> <https://www.drb.de/newsroom/presse-mediencenter/nachrichten-auf-einen-blick/nachricht/news/strafjustiz-am-limit-1> (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

<sup>2</sup> <https://cflw.com/dwm/>



### 1. Ziel der Tool-Entwickler:innen

Ziel war es, ein Tool zu entwickeln, das die tägliche Arbeit von Strafverfolger:innen bei den schwierigen Ermittlungen im Darknet erleichtert. Strafverfolgungsbehörden und Geheimdienstorganisationen sind vor die große Herausforderung gestellt, die sich ständig ändernden Muster und Phänomene im (verschlüsselten) Dark Web im Blick zu behalten, um beurteilen zu können, welches Verhalten strafrechtlich relevant ist, welche neuen Technologien sich entwickeln, welche Dienste auf welchen Servern angeboten werden und welche neuen Untergrundorganisationen sich bilden. Da die Vorgehensweisen immer raffinierter werden, besteht ein großer Bedarf an verbesserten Überwachungsfunktionen für das Dark Web, um einen Vorteil gegenüber den Kriminellen zu erlangen. Der „Dark Web Monitor“ unterstützt Organisationen in den Bereichen Strafverfolgung, Cybersicherheit und Finanzwesen bei verdächtigen Aktivitäten und ermöglicht es ihnen, verdächtige Infrastrukturen durch den Einsatz von Crawling-Mechanismen und fortschrittlicher Analysemethoden aufzuspüren und digitale Spuren zu untersuchen, um sie zu unterbrechen und zu verfolgen.

### 2. Anforderungen und Code of Conduct

Ein sehr wichtiges Anliegen der Beteiligten war es nicht nur die technischen Features an die Suchmaschine zu formulieren oder die Ausgabe des Datensatzes zu verbessern, sondern auch sog. nichtfunktionale Anforderungen aufzustellen, um die geltenden Rechtsrahmen einzuhalten. Es soll Transparenz geschaffen werden: Wer nutzt das Tool, wie werden die Datensätze verarbeitet und wie wird der Datenschutz umgesetzt? Neben den datenschutz- und anderen rechtlichen Anforderungen war und ist es ein wichtiges Ziel, bei der Entwicklung des Tools forensische Standards einzuhalten, d.h. Ergebnisse zu produzieren, die sowohl transparent als auch nachvollziehbar sind.

Für all diese Anforderungen und Fragen haben die Entwickler:innen einen Code of Conduct verfasst, der auch ständig aktualisiert und angepasst wird. So wollen die Entwickler:innen nicht zuletzt sicherstellen, dass das Tool in einem offenen und vertrauenswürdigen Umgang angewendet wird. Es soll klar sein, wer hinter dem Tool steht, wer es verwendet, wie es funktioniert und wie es angewendet werden soll.

### 3. Der „Dark Web Monitor“ in der Anwendung

Anschließend führen die Referenten das Publikum durch die Anwendung des Tools und präsentieren erste gewonnene Erkenntnisse mithilfe des „Dark Web Monitors“.

2013, als der erste Darkweb-Crawler entwickelt wurde, wurde bereits die Überwachung einer einzigen .onion-Adresse als Erfolg gefeiert. Allerdings ist es häufig so, dass die meisten .onion-Seiten nicht lange online sind und nach wenigen Wochen offline gehen. Manchmal schalten sie sich nach einiger Zeit wieder an, manchmal aber auch

nicht („dynamisches Ökosystem“). Deshalb wurde schnell klar, dass es Ziel sein muss, so viele .onion-Adressen wie möglich zu überwachen. Mit dem „Dark Web Monitor“ werden derzeit rund eine Million .onion-Adressen überwacht (wovon ca. 120.000 Seiten aktiv sind) und es war eine große Herausforderung, dabei einen guten Überblick zu bekommen und zu behalten.

Bei der Anwendung des „Dark Web Monitors“ wird versucht, jede .onion-Adresse zu klassifizieren, um zu verstehen, ob und welches strafrechtlich relevante Verhalten auf der Seite beobachtet werden kann, bspw. welcher Service dort angeboten wird. Außerdem werden die jeweiligen Adressen dokumentiert und gespeichert: Die Links und Namen werden in der Datenbank hinterlegt, Screenshots der Seite und Angebote bewahrt und zudem bestimmte „Tags“ vermerkt (z.B. „Ransomware“). Hinter der Datenerhebung und -sammlung steht eine durchdachte und ständig weiterentwickelte Taxonomie. Die gesammelten Inhalte können dann in einer übersichtlichen Ausgabemaske angezeigt und mit verschiedenen Filterfunktionen selektiert werden. Wenn man also Ermittlungen im Bereich „Ransomware“ tätigt, kann man sich so alle Adressen anzeigen lassen, die mit „Ransomware“ getaggt wurden – also bspw. welche Seiten mutmaßlich mit Ransomware handeln, welche Art von Daten bereits veröffentlicht wurden mittels Ransomware-Angriffen oder um einen Überblick zu bekommen welche Arten an Ransomware derzeit im Umlauf sind.

Mark van Staalduijn zeigte auch einige Beispiele und Details des Tools. So führt er die Zuschauer:innen über verschiedene Links der Ausgabemaske, zu Screenshots der verschiedenen Seiten, die der Dark Web Monitor derzeit überwacht. Einige dieser Seiten werben mit Geschäftsmodellen, die auf Schneeballsysteme schließen lassen. Andere Seiten bieten verschiedene Dienstleistungen (wie das Hacken von Paypal Accounts) und Produkte (wie Prepaidkarten, Drogen oder kinderpornografisches Material) an. Am Beispiel von „BITCARDS“, die Prepaidkarten anbieten, hat Dr. van Staalduijn dem Publikum gezeigt, wie solche Seiten (typischerweise) aufgebaut sind und wie detailliert sie ihre Dienste und Produkte beschreiben.<sup>3</sup> Allein schon diese Darstellungen sind sehr wertvoll für die Strafverfolgungsbehörden, da sie viel über das Täterverhalten und den modus operandi verraten.

#### a) Der Dark Web Monitor als „Way-back-machine“ für TOR

Zur Beobachtung des Status (online/offline) der .onion Seite (sehr dynamisches Ökosystem, vgl. oben), gibt es auch ein Feature, das alle 18 Stunden einen Zwischenstand der Seite speichert und dokumentiert. Er fertigt Screenshots an und greift alle erwähnten Kryptowährungsadressen, PGP-Keys oder E-Mail-Adressen auf. Vor allem für Darknet-Ermittlungen von Strafverfolgungsbehörden ist das eine sehr wertvolle Anwendung. Oft tauchen in einem Verfahren .onion Adressen auf, von denen 90 % zum Stand der Ermittlungen nicht mehr aktiv sind.

<sup>3</sup> Für mehr Informationen vgl. Tagungsbericht Erlanger Cybercrime Tag 2018: Darknet und Underground Economy: KriPoZ 2018, 247.

Bei diesen bestünde keine Möglichkeit mehr, auf die relevanten Inhalte zuzugreifen. Der Dark Web Monitor funktiert mithilfe des Zwischenspeichers jedoch als eine Art „Way-back-machine“ für Tor, denn so können die Inhalte von inaktiven Seiten bis weit in die Vergangenheit zurück nachvollzogen werden.

Mithilfe dieser Funktion war es beispielsweise in einem Fall möglich, den Tatnachweis im Zusammenhang mit kinderpornografischen Schriften zu erbringen. Und das, obwohl der Angeklagte jegliche Vorwürfe abstritt, die im Speicher gefundenen Adressen lediglich zu .onion-Seiten führten, die bereits offline waren und ansonsten keine belastenden Beweise vorlagen. Dank der angefertigten Screenshots konnte nachvollzogen werden, was auf den ehemaligen .onion-Seiten gehostet wurde. Damit gelang die Führung des Tatnachweises und das Gericht konnte sich von der Schuld des Angeklagten überzeugen.

#### *b) Verknüpfung von Duplikaten*

Mithilfe der gesammelten Informationen über die verschiedenen .onion Seiten wird es auch möglich, „Duplikate“ zu erkennen. Solche Duplikate sind nichts anderes als genau die gleichen Inhalte von denselben Urheber:innen – nur unter einer neuen Domain. Das wird häufig aus Gründen der Resilienz gemacht, um bei Angriffen oder technischen Störungen eine stabile und widerstandsfähige Infrastruktur zu gewährleisten. Durch die Verknüpfung dieser „zusammengehörenden Seiten“ lassen sich Rückschlüsse auf die dahinterstehende Organisation bzw. Tatverdächtigen ziehen. Vor allem für Strafverfolgungsbehörden ist diese Übersicht sehr wertvoll, denn so erhöht man die Wahrscheinlichkeit, die gesamte Infrastruktur der strafrechtlich relevanten Inhalte vom Netz zu nehmen und nicht nur vereinzelte Seiten.

In diesem Zusammenhang berichtete *Thomas Goger* von der erfolgreichen Beschlagnahme von „Boys Town“ durch die Frankfurter Strafverfolgungsbehörden. Der Erfolg bestand vor allem darin, dass es ihnen gelungen war, alle Seiten, die mit „BoysTown“ im Zusammenhang standen, vom Netz zu nehmen. Zum Zeitpunkt der Beschlagnahme tauchte allerdings schon wieder eine neue Seite im Dark Web auf: „BoysTown2“. Dieses Beispiel zeigt die Wichtigkeit des Features auf, sich die komplette Infrastruktur der im Zusammenhang stehenden Seiten anzeigen zu lassen und direkt sehen zu können, ob die Operation – alle verfahrensrelevanten Seiten offline zu nehmen – erfolgreich war bzw. welche neuen Duplikate im Dark Web gefunden werden konnten.

#### *c) Verlinkungen der Onion Adressen untereinander*

Ein anderes wertvolles Feature ist die Dokumentation darüber, welche Domains sich gegenseitig verlinken und empfehlen. Der Dark Web Monitor kann ein Ranking der meistverlinkten Seiten erstellen. So kann festgestellt werden, welche Seiten wahrscheinlich wichtiger bzw. prominenter sind als andere. Diese Differenzierung gibt Hinweise auf Ermittlungsansätze.

Im Fall von „Lenas Bioladen“ konnten die Ermittler:innen sehen, wo dieser erwähnt bzw. empfohlen wurde, um sowohl einen Überblick über die Zusammenhänge und Infrastrukturen der verschiedenen .onion-Seiten zu bekommen, als auch Rückschlüsse auf die dahinterstehende Organisation ziehen zu können. So haben auch hier die erfolgreichen Ermittlungen zu einer Hauptverhandlung vor Gericht geführt.

#### *d) Weitere Erkenntnisse durch die Anwendung des „Dark Web Monitors“*

Erste Erkenntnisse der Anwendung des Tools weisen darauf hin, dass viele der Domains im Dark Web strafrechtlich relevanten Inhalt aufweisen. Ein Blick auf die ausgegebene Statistik zeigt, dass „Spitzenreiter“ – nicht wie vermutet der Drogenhandel – sondern Dienstleistungen im Bereich der Finanzkriminalität sind. Schon allein diese Erkenntnis demonstriert, wie wichtig es ist, mit echten Datensätzen und Erkenntnissen der Forschung zu arbeiten und sich bei Ermittlungen nicht allein von Vermutungen leiten zu lassen.

Ein anderes Beispiel verdeutlicht, dass der Dark Web Monitor zwar nicht immer zu Ermittlungserfolgen verhelfen kann, aber in jedem Fall strategische Einblicke in das Dark Web bietet. Auf einer Seite wurden gefälschte bayerische Impfpässe angeboten. Die Ermittlungen waren allerdings recht schnell am Ende, weil die Seite direkt mit einem „Sicherstellungsbanner“ (sog. Splashpage) versehen wurde, den sonst nur Strafverfolgungsbehörden für den Erfolg einer beschlagnahmten Seite verwenden. Die Ermittler:innen vermuten, dass das von der dahinterstehenden Organisation selbst vorgenommen wurde, um sich noch am Anfang der Ermittlungen schnell aus der Affäre zu ziehen, ohne Vertrauenswürdigkeit gegenüber der Kund:innen einbüßen zu müssen. So konnte der Dark Web Monitor also nicht dabei helfen Ermittlungen zum Erfolg zu verhelfen, allerdings machte er die Behörden auf neues Täterverhalten aufmerksam, das verhindert werden muss.

#### *e) Anwendungen über das TOR Netz hinaus*

Nachdem Strafverfolgungsbehörden schon einige Ermittlungserfolge im Bereich des TOR Netzes feiern konnten (Silk Road, Silk World 2, BoysTown, Hansamarket etc.), liegt die Annahme nicht fern, dass sich die Täter:innen nach anderen Darknet-Technologien umsehen wie bspw. i2P oder ZERONet. Wissenschaftler:innen überprüfen das mithilfe des Dark Web Monitor und konnten zwar kriminelle Aktivitäten und Handelsplattformen feststellen, allerdings handelt es sich immer noch um eine Nische. Bisher kann (noch) nicht davon gesprochen werden, dass sich die kriminellen Verhaltensweisen vom TOR Netz auf i2p oder ZeroNet verlagern. Weiter gibt es Anhaltspunkte, dass die Täter:innen auf Messenger-Dienste wie Telegram ausweichen, um dort Deals abzuwickeln. Diese gewonnenen Erkenntnisse zeigen, dass die Anwendung des Dark Web Monitor nicht nur für spezifische Ermittlungen hilfreich ist, sondern eben auch um strategische Einblicke in das Dark Web als Ganzes zu bekommen.

### 3. Q&A-Session

In der sich dem Vortrag anschließenden Q&A-Session wurde insbesondere nochmals darauf eingegangen, dass es sich um öffentlich zugängliche Daten handelt, die vom Dark Web Monitor gesammelt werden (wie auf den Seiten verwendete E-Mail-Adressen und Bitcoin-Adressen). Diese bieten vor allem den Vorteil, dass sie verlinkt werden und Zusammenhänge und Infrastrukturen aufzeigen können. Die Erkenntnisse, die mithilfe des Dark Web Monitor erlangt werden, und als Beweis in die Hauptverhandlung eingeführt werden sollen (wie die Screenshots in dem Beispielfall) werden in den meisten Fällen durch Sachverständige eingebracht.

Dass andere Darknet-Technologien (noch) nicht wirklich genutzt werden, liegt vor allem daran, dass TOR im Vergleich zu alternativen Technologien sehr einfach zu bedienen ist. Was aber wohl nicht unterschätzt werden darf, ist die Verlagerung der kriminellen Geschäfte auf Messenger-Dienste wie Telegram.

Um zu verhindern, dass Kriminelle den Dark Web Monitor missbrauchen, haben die Entwickler:innen Sicherheitsmechanismen vorgesehen. So wird beispielsweise überprüft, welche E-Mail-Adresse angegeben wird, welcher Organisation man angehört und zu welchen Zwecken das Tool angewendet werden soll.

## II. Kritische Reflexionen zur E-Evidence-VO und zur Reform der Europol-VO von Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen (Galen Rechtsanwälte)

Bei beiden Verordnungskonzepten handelt es sich um Verordnungsvorschläge der europäischen Kommission, die sich noch im Gesetzgebungsverfahren befinden. In ihrem Vortrag konzentriert sich die Referentin vor allem auf das Thema des Zugriffs durch Strafverfolgungsbehörden auf Daten und Informationen, die bei Privaten gespeichert sind.

### 1. Reform der EEA durch die E-Evidence-Verordnung

Die aktuell geltende Rechtslage grenzüberschreitender Ermittlungen bestimmt sich nach der Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA)<sup>4</sup>. Die Kommission sieht allerdings die Befugnisse und Möglichkeiten der EEA als nicht ausreichend an und will diese mit den beiden Verordnungsvorschlägen erweitern. Der Vorschlag der europäischen Kommission für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über die europäische Herausgabeanordnung und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen, sog. E-Evidence-VO, wurde 2018 eingeführt<sup>5</sup>. Zusammengefasst geht es inhalt-

lich darum, schnell und effektiv auf elektronische Beweismittel, die in der EU gespeichert sind (bei Privatpersonen, bei Diensteanbietenden sowie privaten Unternehmen), zugreifen zu können. Und das möglichst ohne Zwischenschaltung von Gerichten oder (weiteren) staatlichen Stellen.

### a) Drei verschiedene Vorschläge und der Trilog

Neben dem Vorschlag der Kommission gibt es eine sog. Ausrichtung des Rates vom 30.11.2018<sup>6</sup> und den Bericht des europäischen Parlaments vom 11.12.2020<sup>7</sup>. Sie wandeln den ursprünglichen Vorschlag der Kommission an verschiedenen Stellen ab. Mit diesen drei Varianten hat am 10.2.2021 der Trilog zwischen Kommission, dem Rat und dem Parlament begonnen. Der Knackpunkt liegt wohl im Unterschied zwischen dem Rats- und dem Parlamentsvorschlag, bspw. die Frage, inwieweit der Vollstreckungsstaat (dort wo die Ermittlungsmaßnahme umgesetzt werden soll) eingebunden werden soll. Bevor es um die Differenzen zwischen dem Rats- und dem Parlamentsentwurf gehen soll, führt die Referentin die Zuhörer:innen durch die grundlegenden Punkte der E-Evidence-VO.

### b) Grundlegendes zur E-Evidence-VO

Die E-Evidence-VO kennt die Herausgabeanordnung und die Sicherungsanordnung. Die Herausgabeanordnung meint, dass der Mitgliedstaat A (Anordnungsstaat) für sein Ermittlungsverfahren notwendige elektronische Beweismittel aus dem Mitgliedstaat B (Vollstreckungsstaat) direkt von einem in B ansässigen privaten Diensteanbieter herausverlangen darf. Unterhalb der Herausgabeanordnung gibt es die Sicherungsanordnung. Sie betrifft die (vorläufige) Sicherung der Daten, um ihren Verlust zu vermeiden.

### c) Einzelheiten des Vorschlags des Rates

Voraussetzung für eine Herausgabeanordnung ist, dass sie in einem vergleichbaren Fall auch im Vollstreckungsstaat zulässig wäre. Außerdem muss sie notwendig und verhältnismäßig sein. Ob diese Generalklausel in den Einzelfällen Anwendung findet, ist der Referentin zweifelhaft. Die betroffenen Personen, egal ob Beschuldigter oder Dritte, dürfen nicht informiert werden.

Der Vorschlag unterscheidet dabei zwischen Teilnehmerdaten (am eingriffsschwächsten), Zugangsdaten, Transaktionsdaten und Inhaltsdaten (am eingriffintensivsten). Je nachdem um welche Daten es sich handelt, variieren auch die Voraussetzungen eines Herausgabeverlangens. Bei weniger sensiblen Daten (wie bspw. Teilnehmerdaten) ist eine behördliche Entscheidung, die von der Staatsanwaltschaft validiert wurde, ausreichend – bei sensibleren Daten (wie Inhaltsdaten) muss die Entscheidung gerichtlich

<sup>4</sup> Richtlinie 2014/41/EU Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.4.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, online abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0041&from=DE> (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

<sup>5</sup> Online abrufbar unter: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:639c80c9-4322-11e8-a9f4-01aa75ed71a1.0003.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:639c80c9-4322-11e8-a9f4-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF) (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

<sup>6</sup> Online abrufbar unter: <https://db.europol.europa.eu/db/de/doc/3117.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

<sup>7</sup> Online abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0256\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0256_DE.pdf) (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

validiert sein. Der Entwurf sieht keine Möglichkeit vor, Graubereiche noch einmal überprüfen zu lassen.

Zu wenig behandelt wird auch das Thema der Herausgabe von „bevorrechtigten“ Daten. Das sind solche Daten, die nicht aus dem Verfügungsbereich der berechtigten Person (Stichwort: Zeugnisverweigerungsrecht) oder des Staates (Stichwort: nationale Sicherheit) gelangen sollten. So findet beispielhaft überhaupt keine Kontrolle oder Differenzierung bezüglich der Datenkategorie statt, wenn die betroffene Person ihren Wohnsitz im Anordnungsstaat hat. Wenn die betroffene Person dagegen ihren Wohnsitz nicht im Anordnungsstaat hat, wird zunächst unterschieden zwischen Transaktions- und Inhaltsdaten und weiter wird bestimmt, wann die Anordnungsbehörde die Vollstreckungsbehörde kontaktieren muss. Wenn es sich um Transaktionsdaten handelt und die Anordnungsbehörde berechtigten Grund zur Annahme hat, dass entsprechende bevorrechtigte Daten darunter sind, kann sie zur weiteren Klärung Kontakt mit der Vollstreckungsbehörde aufnehmen. Ob aber die Staatsanwaltschaft des Anordnungsstaates, die schließlich ein sehr starkes Herausgabeinteresse an diesen Daten hat, bei Zweifeln tatsächlich Kontakt zur Vollstreckungsbehörde aufnimmt, geschweige denn ganz von einem Herausgabeverlangen absieht, ist höchst fraglich. Stellt sich schließlich heraus, dass es sich auch um bevorrechtigte Daten handelt, die herausgegeben werden sollen, richten sich die weiteren Schritte nach den Vorgaben des nationalen Rechts des Anordnungsstaates. Wenn die Daten beispielsweise im Vollstreckungsstaat bevorrechtigt wären, im Anordnungsstaat jedoch nicht, würde die Herausgabeanordnung trotzdem ergehen. Handelt es sich dagegen um Inhaltsdaten, wird die Vollstreckungsbehörde immer kontaktiert, egal ob die Anordnungsbehörde Bedenken bzgl. bevorzogter Daten hat oder nicht. Es ist dann Aufgabe der Vollstreckungsbehörde die Anordnungsbehörde gegebenenfalls über bevorrechtigte Daten zu unterrichten. Wie die Vollstreckungsbehörde allerdings an diese Informationen gelangen soll, ist auch noch weitestgehend ungeklärt. Sie kann sich zwar an den Dienstleister wenden, dieser ist aber nicht zur Auskunft verpflichtet.

Dass es keine „Rechtsbeziehung“ zwischen Dienstleistenden und der zuständigen Stelle im Vollstreckungsstaat gibt, stellt aus Sicht der Referentin ein weiteres Problem dar. Konsequenterweise gibt es auch keine offizielle Unterstützung für die Dienstleister durch die Vollstreckungsbehörde. Sie müssen als Adressaten selbstständig entscheiden, wie sie der Herausgabeanordnung nachkommen. D.h. sie müssen innerhalb einer sehr kurzen Frist (von 10 Tagen bis hin zu 6 Stunden) liefern oder im Ausnahmefall unverzüglich Informationen über Hindernisse mitteilen und die Daten sichern. Kommen die Dienstleister der Herausgabeanordnung nicht nach, drohen ihnen erhebliche Sanktionen (bis zu zwei Prozent des weltweiten Jahresumsatzes des Unternehmens). Weigern sich die Dienstleister, obwohl es keine Hinderungsgründe gibt, tritt die Vollstreckungsbehörde in Aktion und kann tatsächlich vollstrecken.

Dem geschuldet ist auch der Umstand, dass sich die anschließende Frage der Verwertung der (möglicherweise rechtswidrig) erlangten Daten erst verhältnismäßig spät in einem Strafverfahren ergibt – faktisch erst wenn diese schon in das Strafverfahren „geflossen“ sind. Die Gefahr, dass ein Verwertungsverbot erst sehr spät geltend gemacht werden kann, wird noch deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass die herausgegebenen Daten unter bestimmten Voraussetzungen auch in anderen Verfahren verwendet werden und an Mitgliedstaaten sowie an Drittstaaten weitergeleitet werden dürfen.

Auch sind die Rechtsbehelfe, die der Verordnungsentwurf vorsieht, sehr eingeschränkt: Dienstleistern stehen keine Rechtsbehelfe im Vollstreckungsstaat zur Verfügung. Auch Dritte haben nur einen Rechtsbehelf vor dem Gericht des Anordnungsstaates. Nachdem diese aber nicht über die Maßnahmen informiert werden, bleibt offen, wie und wann sie diese überhaupt geltend machen können. Für die beschuldigte Person besteht die Möglichkeit, zu den üblichen nationalen Rechtsbehelfen während des Strafverfahrens zu greifen. Vor allem in diesem Zusammenhang wird die Gefahr deutlich, die mit der Zersplitterung in nationales Recht einhergeht. So kann es am Ende sein, dass es zwar ein einheitliches Instrument der Herausgabeanordnung gibt, aber gleichzeitig ein zersplittertes – also uneinheitliches – System der Rechtsbehelfe.

#### *d) Einzelheiten des Entwurfs des europäischen Parlaments*

Einen Punkt, den das Parlament eingefügt haben möchte, ist bspw., dass auch der Beschuldigte das Recht haben soll, eine europäische Herausgabeanordnung zu beantragen (Waffengleichheit). Auch will es andere Datenbegriffe und -kategorien verwenden, die dem europäischen Recht bereits bekannt sind: Teilnehmerdaten, Verkehrsdaten und Inhaltsdaten. Ganz allgemein zieht das Parlament klarere und höhere Hürden. Es konkretisiert u.a. den sehr offen gehaltenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit der Formulierung, dass ausreichend Grund zu der Annahme bestehen muss, dass eine Straftat begangen wurde, die schwerwiegend genug ist.

Ein weiterer wichtiger Unterschied besteht darin, dass die Person, deren Daten angefordert werden, informiert werden soll. Die herausgegebenen Daten sollen nur für das eigene Verfahren verwendet werden dürfen. Außerdem gibt es Regelungen zur Löschungspflicht. Daneben ist eine Regelung vorgesehen, dass rechtswidrig erlangte Informationen nicht vor Gericht verwendet werden dürfen, diese Entscheidung wird also nicht mehr dem nationalen Recht überlassen. Das Parlament hat außerdem von den schwerwiegenden Sanktionen gegen die Dienstleister Abstand genommen. Zuletzt soll es für alle Beteiligten Rechtsbehelfe vor den Gerichten sowohl des Anordnungs- als auch des Vollstreckungsstaates geben.

Eine wesentliche Änderung, die das Parlament vornehmen möchte, ist, dass jede Anordnung an den Dienstleister und an die Vollstreckungsbehörde gerichtet werden



muss. Dem Parlament ist wichtig, dass die Vollstreckungsbehörde in jedem Fall eingebunden wird und auch verschiedene Ablehnungsmöglichkeiten zur Verfügung hat.

## 2. Verordnungsvorschlag für eine Änderung von Europol

Die Tendenz, dass der Zugriff direkt auf Private erfolgen darf, setzt sich auch in den Änderungen der Europol-Verordnung fort.<sup>8</sup> Neben verschiedenen anderen Reformvorschlägen beziehen sich verschiedene Punkte nämlich auch auf die Zusammenarbeit von Europol und privaten Parteien. So heißt es in Art. 26 Abs. 2 des Verordnungsvorschlags zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/794, dass Europol personenbezogene Daten direkt von Privaten entgegennehmen kann, um die betreffenden nationalen Ermittlungsbehörden (nach Abs. 1 lit. a) zu ermitteln.

Durch die unklare Formulierung liegt die Gefahr allerdings nicht fern, dass Europol darin eine Möglichkeit sieht und den Austausch von Daten eben nicht nur zur Feststellung der Zuständigkeit und Gerichtsbarkeit nutzt, sondern auch um Strafverfahren in den Mitgliedstaaten zu initiieren (was von Art. 88 AEUV nicht mehr gedeckt wäre). Ebenfalls kritisiert worden ist, dass damit ein großes Risiko geschaffen wird, dass bevorrechtigte Daten ausgehändigt und grundlegende gerichtliche Schutzmechanismen umgangen werden. Auch werden datenschutzrechtliche Vorgaben nicht eingehalten: Art. 6 DSGVO bietet aus Sicht der Referentin keine ausreichende Rechtsgrundlage für die Übermittlung von Daten durch Private an Europol. Deutschland hat in § 24 BDSG geregelt, dass eine Weitergabe möglich ist, wenn sie zur Strafverfolgung nötig ist. Nach Art. 26 des Verordnungsvorschlags ist der Datenaustausch allerdings nicht für die Strafverfolgung, sondern zur Feststellung der Zuständigkeiten gedacht. Wenn Private jetzt der Forderung von Europol nachkommen, allerdings ein Verstoß gegen die DSGVO vorliegt, drohen ihnen sehr hohe Strafen (bis zu 20 Mio. Euro oder 4% des weltweiten Jahresumsatzes).

## 3. Fazit

Ohne Frage ist die Forderung nach Beschleunigung der Ermittlungen von grenzüberschreitenden Sachverhalten gerechtfertigt. Dass sie allerdings sorgfältig unter Auslassung der rechtsstaatlich erforderlichen Garantien umgesetzt werden soll, erscheint der Referentin nicht gerechtfertigt. Die Referentin schlägt vor, mit der eingriffsschwächeren Sicherungsanordnungen zu agieren und die Schnelligkeit und Effektivität der internationalen Strafverfolgung mit Geld und Personal voranzutreiben. Die Lösung kann jedenfalls keine Verordnung sein, die Schutzmechanismen einfach ausblendet, weil sie das Verfahren verzögern würden.

## III. Internationale Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Cybercrime – Täter, Partner und Vorgehensweisen vom Leitenden Kriminaldirektor Heiko Löhr (BKA)

Nach der Mittagspause ist der Leitende Kriminaldirektor Heiko Löhr vom BKA auf der virtuellen Hauptbühne zu sehen. Mit seinem Vortrag „Internationale Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Cybercrime – Täter, Partner und Vorgehensweise“ gibt er dem Publikum Einblicke in die aktuelle polizeiliche Arbeit.

### 1. Big Game Hunting und Ransomware

Ein maßgeblicher Punkt, der die aktuelle Lage im Bereich Cybercrime kennzeichnet, ist das „Big Game Hunting“. Das soll zum Ausdruck bringen, dass sich die Täter:innen vermehrt auf große Opfer und Unternehmen, aber auch auf öffentliche Einrichtungen als Angriffsziele konzentrieren. Ein gutes Beispiel ist in diesem Zusammenhang der massive Anstieg von Ransomware. Denn auch hier liegt ein verstärkter Fokus auf das „Big Game“, d.h. auf der Verschlüsselung von zahlungskräftigen großen Unternehmen und öffentlichen Einrichtungen in der Erwartung, dass diese aufgrund ihrer Eigenschaft als Kritische-Infrastruktur oder als wirtschaftlich potentes Ziel eine entsprechende Zahlungsbereitschaft zeigen werden. Die durchschnittliche Höhe von Lösegeldforderungen hat sich gegenüber den Jahren 2019/2020 sogar verdreifacht. Auch heute existieren unterschiedliche Arten von Ransomware. Neben der Verschlüsselung von IT-Systemen, gibt es die sog. Wiper-Ransomware, bei der die angegriffene Infrastruktur dauerhaft zerstört wird, unabhängig davon, ob gezahlt wird. Die bekanntesten Varianten sind derzeit Ryuk, Doppelpaymer und Conti.<sup>9</sup>

### 2. Der Vierfache Angriff

Herr Löhr schildert anschließend, wie sich ein typischer Ransomware-Angriff darstellt. Die Täter:innen infiltrieren zunächst die betroffenen IT-Systeme, entweder indem Schwachstellen ausgenutzt werden, Fishing-Mails versendet werden, oder – das ist ein klarer Trend – die Täter:innen sich gestohlene Zugangsdaten kaufen. Durch die Infiltration des IT-Systems können sie sich nun Zugang zu dem System verschaffen. Daran schließt sich eine Phase des Auskundschaftens an. Das Lösegeld wird festgelegt. Schließlich kommt es zum „Action-Day“. An dem erfolgt eine – auch für den Betroffenen wahrnehmbare – Verschlüsselung der Daten und die entsprechende Erpressung mit digitalem Lösegeld.

Standardmäßig werden diese Angriffe als sog. Double Extortion (zweifache Erpressung) ausgeführt. D.h. neben der Erpressung mit Lösegeld, damit die verschlüsselten Daten wieder entschlüsselt werden, wird zudem damit Lösegeld abgepresst, dass die durch den Angriff erlangten Daten nicht auf entsprechenden Leak-Seiten veröffent-

<sup>8</sup> Online abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0796&from=DE> (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

<sup>9</sup> Ein interessantes Infoportal in diesem Zusammenhang ist „No more Ransom“.

licht werden, womit die Reputation des Unternehmens geschädigt würde. Mittlerweile gibt es außerdem die „Tripple-Extortion“, d.h. zu der Ransomware Erpressung durch Verschlüsselung und Veröffentlichung ist die Durchführung von DDoS-Attacken hinzugekommen. Diese sind sog. Überlastungsangriffe, die die Webseiten der Unternehmen „lahm legen“. Auch diese werden stets mit eigenständigen Lösegeldforderungen ausgeführt. Neuester Trend ist die vierfache, die „Quadruple Extortion“. Mithilfe der Daten und Kundenbeziehungen, die durch das Auskundschaften des betroffenen Unternehmens gewonnen wurden, wird gedroht, Kontakt zu den Kunden aufzubauen, um auch dort einen Ransomware-Angriff durchzuführen, wenn kein entsprechendes Geld gezahlt wird.

### 3. Die neun Säulen der Dienstleistungsindustrie

Die Dimension dieser Angriffe lässt den Schluss zu, dass in vielen Fällen nicht nur eine Person alle Tathandlungen und Prozessschritte selbst vornimmt. Stattdessen gibt es Arbeitsteilung und Spezialisierung, die über die ganze Welt verteilt ist, wobei man sowohl IT-Fachleute, Cybercrime-Service-Provider und OK-Gruppierungen findet – aber eben auch den „digitalen Jedermann“, der sich ohne jegliche Kenntnisse eine Komplettlösung kaufen kann. In anderen Worten: Es ist eine kriminelle Dienstleistungsindustrie.

Das kriminelle Serviceangebot in der Underground Economy kann auf mindestens neun Dienstleistungssektoren zurückgeführt werden: 1) Es gibt die Malware-Programmierung, 2) die Stärkung der Malware gegen Erkennung und Deaktivierung durch die betroffenen Unternehmen oder Anti-Viren-Scanner, und 3) das Testen der Malware auf Anti-Viren-Software-Resistenz – erst wenn die gängigen Anti-Viren-Software nicht anschlagen, kann die Software mit einem kriminellen TÜV-Siegel versehen und 4) vertrieben werden. Daneben gibt es 5) einen Sektor, der Handelsplattformen für kompromittierte Zugangsdaten oder Zahlungsdaten anbietet, um Systeme infiltrieren zu können (s.o.). Ein sehr großer Sektor sind 6) die sog. Foren, in denen Expertisen ausgetauscht, Aufgaben verteilt, und Modi Operandi besprochen werden können. Weiter gibt es 7) die Malware-Auslieferung, bildlich gesprochen: Die digitalen Paketdienste, die die Malware zum betreffenden Unternehmen bringen und dort hineinschleusen. Wenn das geschehen ist, geht es 8) darum, das Geld, das erwirtschaftet worden ist, zu sichern. Letztendlich gibt es da auch 9) den Dienstleistungssektor, der sich mit dem „Cashout“ beschäftigt und die Gewinne z.B. über Strohmänner an die Tatbeteiligten weiterleitet.

### 4. Aufgabe des BKA

Nach den geschilderten Herausforderungen im Bereich der Cyberkriminalität geht Herr Löhr auf die Rolle des BKA ein. Ein Bereich ist die internationale Zusammenarbeit (§ 3 BKA-Gesetz). Das BKA vermittelt für die Bundesländer nach außen in die Welt und umgekehrt nach innen. Das BKA führt auch eigene Ermittlungen durch (§ 4 BKA-Gesetz). Es hat eine originäre unmittelbare Zuständigkeit bei bestimmten Cyberangriffen auf Behörden des

Bundes oder „kritische Infrastrukturen“ gemäß Bundesrecht. Daneben ermittelt das BKA aber auch im Rahmen der sog. Auftragszuständigkeit, d.h. auf Antrag der Länder. Das BKA ist auch zuständig für das Thema der Früherkennung und Strategie. Es beobachtet, wo sich neue Verhaltensweise auf tun. Sie sind auch „Tool- und Solutionprovider“ für die deutsche Polizei, wodurch verhindert werden soll, dass sich jede Polizeidienststelle eigene Tools baut, sondern dass die Werkzeuge zentral (in internationalen Kooperationen) entwickelt und zur Verfügung gestellt werden. Und schließlich (als wichtigsten Punkt) betreibt das BKA Kooperationen, denn in keinem anderen Phänomenbereich wie im Bereich Cybercrime ist das von gleicher immenser Bedeutung. Die Strafverfolgung ist in besonderer Weise auf die Zusammenarbeit mit der IT-Sicherheitswirtschaft, mit den betroffenen Unternehmen und potentiell betroffenen Opferunternehmen angewiesen.

### 5. Die „Werkzeugkiste“ des BKA

Anschließend präsentierte Herr Löhr den Zuhörer:innen einige Tools aus der Werkzeugkiste, die dem BKA bei der internationalen Bekämpfung von Cyberkriminalität helfen: Zum einen hat das BKA ein weltweites Netzwerk aus sog. BKA-Verbindungsbeamten. Diese sind zwar nicht spezialisiert auf das Thema „Cyber“, sie sind aber der erste Anknüpfungspunkt zu Dienststellen im Ausland, zu denen bis dato noch kein direkter Kontakt bestand. Daneben gibt es Europol auf europäischer Ebene, die die Strafverfolgungsmaßnahmen in den Nationalstaaten auf unterschiedliche Weise wie bspw. durch Informationsaustausch oder weitere europäische Kooperationsrahmen unterstützen können. Dort angesiedelt sind auch das EC3 (das europäische Zentrum zur Bekämpfung von Cybercrime) und J-Cat (Joint Cybercrime Action Taskforce), die bei der Initiierung und Unterstützung grenzübergreifender Ermittlungen gegen „Cybercrime-Keyplayer“ eine große Rolle spielen. So konnte J-Cat bspw. schon knapp 80 internationale Exekutiveinsätze und Verfahren unterstützen. Es existieren aber auch EU-Förderprogramme, mit denen ganz konkret operative Maßnahmen finanziert, aber auch Präventionsarbeit und die Aus- und Fortbildung in Mitgliedstaaten unterstützt werden können, wie bspw. EMPACT. Sobald es den europäischen Rahmen verlässt, kann auf Interpol zurückgegriffen werden. Neben diesen supranationalen Einrichtungen, in denen das BKA als Ansprechpartner für die deutsche Polizei fungiert, gibt es auch eine Reihe bilateraler Kooperationen mit Cybercrimedienststellen. Ein weiterer Trend, der beobachtet werden kann, ist der Zusammenschluss zwischen Strafverfolgungsbehörden und Wirtschaftsunternehmen. Ein weiteres effektives Werkzeug sind die 24/7-Netzwerke – v.a., wenn es ganz schnell gehen muss. Eines der wichtigsten Netzwerke ist das auf der Basis der Budapester Konvention und dient der Beschleunigung des Vorabsicherungsverfahrens in bestimmten Fällen (die Bitte die Daten in einem vorläufigen Status zu sichern und einzufrieren bis das offizielle Rechtshilfeersuchen greift).

## 6. Fazit

Der internationalen Cybercrime-Bekämpfung stehen im Werkzeugkasten ein System von Verbindungsbeamten im Ausland zur Verfügung, das auf einer Reihe von bilateralen Premiumpartnerschaften gründet, sowie sehr engen Kooperationen, sowohl im Bereich der Entwicklung als auch der Strafverfolgung im engeren Sinne, ein weitverzweigtes 24/7-Netzwerk der Cybercrime-Dienststellen und die supranationalen Polizeieinrichtungen Europol (insb. J-Cat) und Interpol. So ein spezialisiertes Verbindungsbeamtenzentrum und Netzwerk an Kooperationen gibt es bisher für keinen anderen Phänomenbereich, hat aber aufgrund der Erfolgsgeschichte durchaus Potential auf andere Felder „abzufärben“.

## 7. Q&A

In der anschließenden Q&A-Session wurde noch einmal hervorgehoben, dass es nicht nur eine Spezialisierung auf die verschiedenen Dienstleistungssektoren auf Täter:innen-Seite gibt, sondern auch unter den Polizeibehörden, die diese Bereiche durchaus auch separat verfolgen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen für präventive oder repressive Maßnahmen erfüllt sind. Die Möglichkeit mittels „Hackbacks“ auf die Infrastrukturen der Angreifer:innen zuzugreifen endet an der Landesgrenze für die deutsche Polizei. Eine große Herausforderung bei der Kooperation mit den (geschädigten) Unternehmen ist die Abstimmung der Maßnahmen und die Terminierung, denn diese fürchten einen Reputations- bzw. Geschäftsschaden und möchten die Kundeninteressen schützen. Die Polizeibehörden müssen dahingehend sensibilisiert werden, um eine verbesserte Maßnahmenplanung durchzuführen, so dass sich die Unternehmen öffnen und häufiger auf die Strafverfolgung zugehen. Für die erfolgreiche Bekämpfung von Cybercrime geht es sowohl darum, ein internationales Netzwerk aufzubauen und sich externes Knowhow in die Dienststellen zu holen (bspw. durch die Zusammenarbeit mit der IT Sicherheitswirtschaft) als auch darum, das eigene Skillset der Beamten:innen auszubauen.

## IV. Knowledge Management and Obstacles to International Cybercrime Investigations (englischer Vortrag ins Deutsche übersetzt) von Prof. Dr. Marie-Helen Maras, John Jay College, NY, USA

Als letzte Referentin des Veranstaltungstages richtete sich Prof. Dr. Marie-Helen Maras vom John Jay College live aus New York an die heimischen Bildschirme. Sie teilt ihre Sicht bzgl. der internationalen Zusammenarbeit mit den Zuschauer:innen. Dabei geht sie auf verschiedene Faktoren ein, die solche Kooperationen überhaupt erst möglich machen und belegt das mit einigen Erfolgsbeispielen. Sie nennt aber auch Hindernisse, die einer internationalen Zusammenarbeit im Bereich der Cyberkriminalität entgegenstehen.

Der Schlüssel, den sie zur Überwindung sieht, ist Wissensmanagement.

### 1. Harmonisierung der Vorschriften

Ein wichtiger Schritt für die internationale Zusammenarbeit ist die Rechtsharmonisierung – also eine einheitliche und strukturierte Antwort auf Cyberkriminalität. Einige Länder verfügen über Gesetze, die speziell auf die Bekämpfung der Cyberkriminalität ausgerichtet sind, andere (bspw. Japan und China) haben ihre einschlägigen Bestimmungen im Strafgesetzbuch geändert, um die Cyberkriminalität anzusprechen. Weitere Länder haben bestehende Gesetze, die eigentlich für die Offline-Kriminalität gedacht sind, genutzt, um bestimmte Arten von Cyberkriminalität anzugehen, ohne den bestehenden Wortlaut zu ändern. Hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Bestimmungen stellt die Cyberkriminalität neben dem Beweisrecht vor allem auch die internationale Zusammenarbeit, die Rechtshilfe, die Auslieferung und die Verpflichtungen der Diensteanbieter vor große Herausforderungen. Grund dafür ist, dass die Normen, wie die Beweisregeln, nicht universell standardisiert sind. Im Bereich der Cyberkriminalität braucht es aber unbedingt ähnliche Beweisregeln und Strafverfahren, da diese Form der Kriminalität Grenzen überschreitet und sich auf digitale Geräte und Systeme überall auf der Welt mit Internetanschluss auswirkt. Die Harmonisierung von Gesetzen und ihrer Durchsetzung sind für die internationale Zusammenarbeit von entscheidender Bedeutung, da sie dabei helfen können, Orte, die sich durch schwache Strafverfolgung auszeichnen (sog. sichere Häfen), zu beseitigen. Ganz allgemein führt eine Harmonisierung auch zu einer Erleichterung der Zusammenarbeit und zu einer effektiveren Verfolgung von Cyberkriminellen und deren Auslieferung.

### a) Bilaterale und multilaterale Abkommen

Ein Instrument für die Harmonisierung und den Informationsaustausch sind die regionalen und nationalen Konventionen, Abkommen und Verträge in Bezug auf Cybercrime. Sie zielen darauf ab, die nationalen Gesetze zu harmonisieren, die Ermittlungstechniken im Bereich der Computerkriminalität zu verbessern und die internationale Zusammenarbeit zu intensivieren. Beispiele sind die Budapest Konvention (the Council of Europe's Convention on Cybercrime of 2001)<sup>10</sup>, das Abkommen der Gemeinschaft Unabhängiger Staaten über die Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Straftaten im Zusammenhang mit Computerinformationen von 2001, die „League of Arab States“ und ihre Konvention über die Bekämpfung von Straftaten im Bereich der Informationstechnologie von 2010<sup>11</sup>, das Abkommen der Shanghaier Organisation für Kooperation über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Informationssicherheit von 2010<sup>12</sup>, den Entwurf des Übereinkommens der Afrikanischen Union über die Schaffung eines Rechtsrahmens für

<sup>10</sup> Online abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/documents/libe/dv/7\\_conv\\_budapest/7\\_conv\\_budapest\\_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/7_conv_budapest/7_conv_budapest_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

<sup>11</sup> Online abrufbar unter: <https://www.asianlaws.org/gcld/cyberlawdb/GCC/Arab%20Convention%20on%20Combating%20Information%20Technology%20Offences.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

<sup>12</sup> Online abrufbar unter: <http://eng.sectesco.org/news/20210913/778271.html> (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

die Cybersicherheit in Afrika von 2012<sup>13</sup>, und das Übereinkommen der Afrikanischen Union über Cybersicherheit und den Schutz personenbezogener Daten von 2014<sup>14</sup>.

#### b) Rechtshilfeabkommen

Daneben gibt es auch Rechtshilfeabkommen, die als Mechanismus für den Informationsaustausch dienen und die internationale Zusammenarbeit erleichtern. Da es bei Rechtshilfeersuchen allerdings keine zeitlichen Anforderungen gibt, kann es sein, dass sie den Ermittlungsprozess verlangsamen und eine rechtzeitige Reaktion verhindern, die erforderlich ist, um digitale Beweise zu beschaffen. Zeit ist in Cybercrime-Ermittlungen ein ausschlaggebendes Kriterium. Es braucht daher unbedingt eine rechtzeitige Beantwortung von Anfragen.

#### c) Informeller Austausch

Um diesen Prozess des Informationsaustausches zu beschleunigen und die Zusammenarbeit zu erleichtern, werden häufig auch informelle Mechanismen genutzt. So gibt es beispielsweise zwischen dem öffentlichen Sektor, den Strafverfolgungsbehörden und dem privaten Sektor informelle Informationsaustauschnetze (bspw. der US Cyber Security and Information Sharing Act von 2015). In einigen Ländern gibt es allerdings rechtliche Beschränkungen, die die Behörden daran hindern bzw. einschränken, über informelle Kanäle Unterstützung zu leisten. Sobald also ein strafrechtliches Ziel und die Erlangung von Beweismitteln verfolgt werden, muss die informelle Zusammenarbeit formalisiert werden, so dass die erlangten Beweise vor dem einzelstaatlichen Gericht zulässig sind.

#### d) Einrichtung offizieller gemeinsamer Ermittlungsgruppen

Eine weitere Möglichkeit zur Erleichterung der internationalen Zusammenarbeit ist die Einrichtung offizieller gemeinsamer Ermittlungsmaßnahmen. Es gibt einige rechtliche und praktische Fragen im Zusammenhang mit gemeinsamen Ermittlungen im Bereich der Cyberkriminalität: Beispielsweise müssen die unterschiedlichen Regeln für Beweismittel und Strafverfahren in den Ländern, die an den gemeinsamen Ermittlungen beteiligt sind, berücksichtigt werden. Damit gemeinsame Ermittlungen erfolgreich sein können, muss eine Vereinbarung darüber getroffen werden, wer die Ermittlungen leitet, welche Rolle die einzelnen Personen bei den gemeinsamen Ermittlungen spielen, welche Verantwortlichkeiten bestehen und wie die gemeinsamen Ermittlungen überwacht werden sollen. Außerdem muss geregelt sein, wie Konflikte zwischen den konkurrierenden Interessen der an den gemeinsamen Ermittlungen beteiligten Länder gelöst werden können.

### 2. Beispiele für eine erfolgreiche internationale (formelle und informelle) Zusammenarbeit

Prof. Maras erwähnt als Erfolgsgeschichte der internationalen Zusammenarbeit die Zerschlagung der „Emotet-Malware“, die etwa 1,6 Millionen Computer weltweit infizierte und insbesondere kritische Infrastrukturen angriff, durch die Kooperation mehrerer Länder (USA, Kanada, Frankreich, Deutschland, Niederlande, Litauen, Schweden und Ukraine) unter der Führung von Europol und Eurojust. Auch die Beschlagnahme von INFRAUD ist ein bekanntes Beispiel für eine gelungene internationale Zusammenarbeit, die u.a. von den USA, dem Vereinigten Königreich, Australien, Frankreich, Italien, Kosovo und Serbien gegen die Organisation geführt wurden. Ein weiteres sehr bekanntes Beispiel für eine erfolgreiche gemeinsame Ermittlung im Bereich der internationalen Cyberkriminalität sind die gemeinsamen Ermittlungen gegen Alphabay und Hansa Market zwischen dem FBI, der US Drug Enforcement Administration, Europol und der niederländischen Polizei. Weitere erfolgreiche Operationen waren DisrupTor und Wallstreet Market. Es konnten auch schon erfolgreiche gemeinsame Ermittlungen gegen Verkäufer:innen proprietärer Geräte, die zur Erleichterung krimineller Handlungen eingesetzt werden, durchgeführt werden. Ein gutes Beispiel hierfür ist EncroChat. EncroChat war ein international erhältliches Mobilgerät, das ein verschlüsseltes Netzwerk bot und bei dem die Kamera, das Mikrofon, das GPS sowie der USB-Anschluss entfernt wurden. Also alles, was zur Überwachung der Nutzer:innen verwendet werden konnte. An den Ermittlungen beteiligt waren französische und niederländische Strafverfolgungs- und Justizbehörden sowie Europol und Eurojust. Die Informationen, die aus den EncroChat-Ermittlungen gewonnen wurden, konnten und werden immer noch in zahlreichen laufenden strafrechtlichen Ermittlungen zu Mord, Drogenhandel und anderen Verbrechen verwendet werden.

### 3. Schwierigkeiten bei internationalen Ermittlungen im Bereich der Cyberkriminalität

Es gibt also einige Faktoren, die zu erfolgreichen internationalen Ermittlungen im Bereich der Cyberkriminalität führen. Daneben gibt es aber auch einige Hindernisse, die einer erfolgreichen internationalen Bekämpfung von Cyber-Kriminalität entgegenstehen. Technologien zur Verbesserung der Privatsphäre und Anonymitätsnetzwerke wie TOR erschweren die internationale Ermittlung, denn so wird eine Identifizierung von Cyberkriminellen und ihren Geräten oft unmöglich. Auch der Einsatz von mit Malware infizierten Zombie-Computern, Botnetzen oder digitalen Geräten, die von Fernzugriffswerkzeugen gesteuert werden, hemmt eine Zuordnung. Weitere Hindernisse für internationale Ermittlungen im Bereich der Cyberkriminalität sind zeitliche Aspekte. Neben der Schwierigkeit der Terminfindung unter den weltweit verteilten Strafverfolgungsbehörden, kann die Beantwortung von Ersuchen

<sup>13</sup> Online abrufbar unter: <https://ccdcoe.org/uploads/2018/11/AU-120901-DraftCSConvention.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).

<sup>14</sup> Online abrufbar unter: <https://issafrica.org/ctafica/uploads/AU%20Convention%20on%20Cyber%20Security%20and%20Personal%20Data%20Protection.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.5.2022).



nach Informationen oder Beweisen Monate oder sogar Jahre dauern. Einen weiteren Zeitfaktor stellt die Übersetzung der beschafften Dokumente aus den verschiedenen Ländern dar; daneben kostet es das ersuchende Land auch viel Geld. Dies ist vor allem in Entwicklungsländern problematisch, die nicht über die notwendigen Mittel verfügen.

#### 4. Kapazitätenausbau und Wissensmanagement

Der Aufbau von Kapazitäten sowie die Zusammenarbeit und Koordinierung von Ermittlungsbemühungen sind von entscheidender Bedeutung für erfolgreiche Ermittlungen. Die meisten Strafverfolgungsbehörden (als erste Ansprechstelle) benötigen erhebliche Investitionen in personelle, finanzielle und technische Ressourcen sowie aktuelle Informationen über Fälle von Cyberkriminalität, Schulungen und Technologien, um Cyberkriminalität wirksam untersuchen zu können. Aktuell fehlt es Ländern auf der ganzen Welt an qualifizierten und ausgebildeten Fachkräften, die über Grundkenntnisse im Bereich Cyberkriminalität und digitale Forensik verfügen, sowie finanzierten Schulungsprogrammen. Es sollten Initiativen ergriffen werden, um die Ausbildung von nicht spezialisierten Strafverfolgungsbeamten im Bereich der Cyberkriminalität zu verbessern. Eine dieser Initiativen könnte darin bestehen, Schulungen zu Internetkriminalität und digitaler Forensik in den Lehrplan der Polizeiakademien aufzunehmen.

An dieser Stelle kann auch das Wissensmanagement helfen. Es zielt darauf ab, Wissen und Wissensquellen denjenigen zur Verfügung zu stellen, die es suchen und benötigen. Wissensmanagement ist kein linearer Prozess. Man kann es sich als einen kontinuierlichen Zyklus vorstellen, der mit der Ermittlung und Formulierung des Wissensbedarfes beginnt. In einem nächsten Schritt geht es darum, vorhandenes Wissen zu ermitteln und zu bewerten, Wissenslücken zu eruieren, Prozesse und Praktiken zu entwickeln, um die Wissenslücken zu schließen, diese Prozesse und Praktiken umzusetzen und schließlich die umgesetzten Prozesse und Praktiken zu bewerten, um festzustellen, ob die Wissenslücken geschlossen wurden. Falls nicht, beginnt der Prozess von vorne. Dieses Wissen wird schließlich in Content-Management-Systemen verwaltet und auf einer Website oder in einer durchsuchbaren Datenbank zur Verfügung gestellt. Ein Beispiel dafür ist das „Sherlock-Portal“.

#### 5. Fazit

Der Erlanger Cybercrime Tag ist schon ein Schritt in die richtige Richtung und eine Form des Wissensaustauschs. Es sind jedoch weitere Anstrengungen erforderlich, um das Wissen über Ermittlungen im Bereich der Cyberkriminalität zu verwalten und auszutauschen. Die derzeitigen Herausforderungen für die Zusammenarbeit bei internationalen Ermittlungen im Bereich der Cyberkriminalität können wirklich nur mit einem vielschichtigen Ansatz überwunden werden, der sich mit Hindernissen und Defiziten bei den nationalen Kapazitäten, mit den be-

grenzten personellen, finanziellen und technischen Ressourcen für die Durchführung von Ermittlungen, mit den Unterschieden in der Qualität der Ausbildung von Ermittler:innen im Bereich der Cyberkriminalität und Spezialist:innen für digitale Forensik befasst und der schließlich die derzeitigen begrenzten Wissensmanagementsysteme in diesem Bereich überwindet.

#### 6. Q&A

In der sich dem Vortrag anschließenden Q&A-Session wird noch einmal die Wichtigkeit der Berücksichtigung von nationalen materiell-rechtlichen und vor allem prozess-rechtlichen Vorschriften bei der internationalen Strafverfolgung von Cybercrime anhand der EnchroChat-Fälle verdeutlicht, um entscheiden zu können, ob die dadurch gewonnenen Beweismittel vor einem nationalen Gericht zugelassen werden dürfen oder nicht. In Deutschland sind sich die meisten Gerichte einig, dass die Beweismittel, die durch die EnchroChat-Ermittlungen erlangt wurden, zulässig sein sollen. Im Gegensatz zu Deutschland gibt es in den USA eine große akademische Teilhabe in politischen und gesetzgeberischen Entscheidungen. Auf der internationalen Ebene fehlt es hier aber noch an entsprechenden Institutionen.

#### V. Grußworte des Präsidiums der FAU und des Staatsministers Eisenreich (MdL, Bayerisches Staatsministerium der Justiz)

Die Vorträge der Referent:innen wurden abgerundet durch Grußworte des Präsidiums der FAU und des bayerischen Staatsministers der Justiz, *Georg Eisenreich*.

Zunächst berichtet *Prof. Joachim Hornegger*, Präsident der FAU, stellvertretend für die Universität, dass die FAU die innovativste Universität Deutschlands ist und weltweit Platz vierzehn belegt. Diesen Erfolg verdankt die Universität u.a. der tatkräftigen Unterstützung von innovativen Köpfen, wie des Veranstalters *Prof. Safferling*, und solchen Events wie dem EC<sup>2</sup>CT 2021. Für Innovation und Informationsaustausch steht auch die Kooperation zwischen der FAU und der ZCB (Zentralstelle Cybercrime Bayern). Auch mithilfe des interdisziplinären Graduiertenkollegs „GRK 2475 Cyberkriminalität und Forensische Informatik“ an der FAU wird ein innovatives Feld erschlossen.

Anschließend übernahm Staatsminister *Eisenreich* das Mikrofon und bedankt sich für die Einladung, vor allem weil das Thema Cyberkriminalität das bayerische Justizministerium sehr beschäftigt. Die Cyberkriminalität ist auf dem Vormarsch, sie wird professioneller und immer vernetzter. Das Internet darf dabei kein rechtsfreier und kein rechtsverfolgungsfreier Raum sein. Der Staat muss hinschauen und das Recht durchsetzen. Dafür gibt es Ansätze auf verschiedenen Ebenen: Zunächst müssen die Strafverfolgungsstrukturen optimiert werden. Es braucht Spezialist:innen. Als bestes Beispiel dient die Entwicklung der ZCB, welche mit zwei Staatsanwält:innen begonnen hat und jetzt eine Stärke von achtzehn Staatsan-

wält:innen mit IT Expert:innen aufweist. Auf einer zweiten Ebene braucht es Austausch und Zusammenarbeit zwischen den vielen Behörden, die involviert sind – sowohl auf bundes-, europäischer und internationaler Ebene. Als dritten Schritt brauchen Ermittler:innen in der digitalen Welt weitergehende Befugnisse, um effektiv ermitteln zu können. Dieser Schritt ist jedoch nach wie vor sehr umstritten, wie das Thema der Verkehrsdatenspeicherung zeigt. Zuletzt müssen die Polizei- und Justizbehörden technisch auf dem neuesten Stand sein. Ein Beispiel hierfür ist die Investition und Unterstützung des Tools „Dark Web Monitor“. Darüber hinaus ist eine Vernetzung und der Austausch zwischen Behörden und der Wissenschaft von entscheidender Bedeutung – dafür steht sowohl der EC<sup>2</sup>CT 2021 als auch die Kooperation zwischen der FAU und der ZCB. Nur so ist es möglich, Impulse zu setzen, Rechtsfragen zu diskutieren und neue beobachtete Phänomene zu erforschen.

Zum Abschluss bedankt er sich bei den Teilnehmer:innen, die sich dem Kampf gegen Cybercrime verschrieben haben und übergibt die Bühne wieder *Prof. Safferling* und den Referent:innen für eine abschließende Diskussionsrunde.

## VI. Abschlussdiskussion, Schlusswort und Fazit

Die vom Veranstalter *Prof. Christoph Safferling* geleitete Abschlussdiskussion fasste noch einmal die gewonnenen Erkenntnisse und wichtigsten Punkte des heutigen Tages zusammen.

Aus Sicht der Strafverfolgung im Kampf gegen die Cyberkriminalität lässt sich zusammenfassend sagen: „Wir sind auf dem richtigen Weg, aber definitiv noch nicht da.“ Um dieses Ziel zu erreichen, braucht es eine starke Zusammenarbeit untereinander, mit der Regierung, mit dem privaten Dienstleistungssektor, den geschädigten Unternehmen und mit der Wissenschaft. Je enger und besser zusammengearbeitet wird, desto effektiver kann den Herausforderungen der internationalen Bekämpfung von Cyberkriminalität begegnet werden. Diese vielseitigen Kooperationen sind ein Alleinstellungsmerkmal des Kriminalitätsfeldes der Cyberkriminalität.

Ein Punkt, der die Zusammenarbeit erleichtern würde, wäre die Harmonisierung des Strafrechts. Aber das Prin-

zip der gegenseitigen Anerkennung, auf dem eine Harmonisierung beruht, ist vor allem für das Strafrecht problematisch. Das Verständnis von Grundrechten und Strafrechtspflege divergiert teilweise zu sehr. Die Wahrung der Schutzstandards der Menschenrechte und Grundrechte der Betroffenen muss aber stets berücksichtigt werden. Nichtsdestotrotz sind international durchführbare Maßnahmen und eine funktionierende Zusammenarbeit unerlässlich für eine effektive internationale Strafverfolgung. Die einzelnen nationalen Systeme sind auf diese Situation noch nicht richtig eingestellt. Ein Vorschlag, um das zu beheben ist es die Ressourcen, v.a. Geld für Personal und Technik zu erhöhen und einem nationalen „Klein-Klein“ aktiv entgegenzuwirken.

Die Zahlen und Trends der Entwicklung von Cyberkriminalität lassen auf den ersten Blick wenig Raum für Hoffnung. Man darf jedoch nicht übersehen, dass die Bekämpfung des Kriminalitätsfeldes Cybercrime ein strategischer Schwerpunkt in der Strafverfolgung geworden ist. Die Bearbeitung der Delikte wird deutlich gestärkt und die nationale und internationale Zusammenarbeit wird enger denn je. Es kann ein erheblicher personeller Aufwuchs verzeichnet werden, ebenso eine verstärkte Kooperation mit der IT-Sicherheitswirtschaft. Es wird viel Zeit und Aufwand in Vernetzung investiert, um der internationalen Dimension der Cyberkriminalität schnell und effektiv begegnen zu können. Es wird noch einmal betont, dass der Informationsaustausch und die dadurch gewonnene Expertise weitergegeben werden muss. Es müssen noch mehr Individuen und Länder in die Kooperationen und Diskussionen mit einbezogen werden.

Die Vorträge und Diskussionsbeiträge des EC<sup>2</sup>CT 2021 machten deutlich, wie wichtig die interdisziplinäre Zusammenarbeit und der Informationsaustausch ist. Aus diesem Grund bedarf es solcher Diskussionen, wie sie im Rahmen des EC<sup>2</sup>CT 2021 geführt wurden, um die aktuellen Schwächen und Stärken der internationalen Strafverfolgung von Cyberkriminalität auszutarieren und mögliche Ansätze und Ideen auszutauschen. Vor diesem Hintergrund freuen sich *Prof. Safferling* und sein Team der International Criminal Law Research Unit über eine gelungene Tagung und blicken der Fortsetzung der Veranstaltungsreihe „Erlanger Cybercrime Tag“ im Herbst 2022 mit dem Thema „KI in der Strafverfolgung“ entgegen (hoffentlich wieder in Präsenzform).