

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

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 Schieman
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 | 318 – 378

- 318** | **Der Referentenentwurf zur Reform der Ersatzfreiheitsstrafe**
von Dr. Frank Wilde
- 326** | **Eckpunktepapier für die Errichtung einer Freiheitskommission**
von Prof. Dr. Robert Esser, Prof. Dr. Mark A. Zöller et al.
- 339** | **Die kriminalstrafrechtliche Sanktionierung der Eizellspende**
von Julia Lisa Engelbert
- 346** | **Sollte die Leihmutterchaft in Deutschland zulässig sein?**
von Luise Paetow
- 355** | **Einschränkungen der Funktionalität des Zwischenverfahrens im Strafprozess und Möglichkeiten diesen zu begegnen**
von Carla Ellbrück
- 363** | **Je länger desto besser? – Europols neue extensive Speicherfrist für die Voranalyse nicht-kategorisierter Datensätze**
von Lewin Rexin, LL.M.
- 371** | **„Catcalling“ – Möglichkeiten und Grenzen einer strafrechtlichen Regulierung**
von Nora Labarta Greven, Laura-Romina Goede und Paul Brodtmann

ENTSCHEIDUNGEN | 379 – 392

- 379** | **Deutsche Regelung zur Vorratsdatenspeicherung nicht mit Unionsrecht vereinbar**
EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C-793/19 und C-794/19

BUCHBESPRECHUNGEN | 393 – 397

- 393** | **David Nink: Justiz und Algorithmen**
von Prof. Dr. Anja Schieman
- 396** | **Stephan Schindler: Biometrische Videoüberwachung**
von Prof. Dr. Anja Schieman

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Der Referentenentwurf zur Reform der Ersatzfreiheitsstrafe – mehr Tradition als Fortschritt

von Dr. Frank Wilde*

Abstract

Die Ersatzfreiheitsstrafe (§43 StGB) stellt seit Jahrzehnten ein kriminalpolitisches Dauerthema. Jährlich werden geschätzt 50.000 Menschen inhaftiert, obwohl gegen sie eigentlich nur eine Geldstrafe verhängt wurde. Das Bundesjustizministerium hat einen Referentenentwurf vorgelegt, der eine deutliche Reduzierung der Anwendung der Ersatzfreiheitsstrafe erreichen will. Allerdings dürfte das Ziel mit den vorgeschlagenen Maßnahmen nicht zu erreichen sein. Dies liegt insbesondere daran, weil der Entwurf Armut als Kernproblem der uneinbringlichen Geldstrafe ignoriert. Dadurch wird nicht die Frage gestellt, warum es so viele uneinbringliche Geldstrafe gibt und welche Reformen im Prozess der Verurteilung notwendig wären. Der Entwurf wird in diesem Beitrag dargestellt und kritisch diskutiert. Anschließend wird begründet, warum eine Reform der Ersatzfreiheitsstrafe bei einer Reform der Geldstrafe anfangen muss.

The imprisonment for non-payment (Section 43 of the Criminal Code) has been an ongoing issue in criminal policy for decades. Every year, an estimated 50,000 people are imprisoned even though they have actually sentenced only to a fine. The Federal Ministry of Justice has presented a draft bill that aims to achieve a significant reduction in the use of alternative custodial sentences. However, the proposed measures are unlikely to achieve this goal. This is particularly because the draft ignores poverty as a core problem of irrecoverable fines. As a result, we also fail to address the question of why there are so many uncollectible fines and what reforms would be needed in the sentencing process. The draft is presented and critically discussed in this paper. It then argues why reform of the alternative sanction must begin with reform of the fine.

I. Einleitung

Erstmals seit Beginn der 2000er Jahre beschäftigt sich wieder eine Bundesregierung mit dem seit Jahrzehnten

andauernden kriminalpolitischen Problem der Ersatzfreiheitsstrafe. Der Gesetzentwurf des Bundesministeriums für Justiz liegt vor¹ und beinhaltet eine wesentliche Änderung: Der Umrechnungsfaktor von Geld- in Ersatzfreiheitsstrafe soll verändert werden. Aktuell wird ein Tagessatz Geldstrafe durch einen Tag Freiheitsstrafe ersetzt, sofern die Geldstrafe uneinbringlich ist (§ 43 S. 2 StGB). Dieser Maßstab soll so geändert werden, dass zukünftig zwei Tagessätze Geldstrafe durch einen Tag Freiheitsstrafe getilgt werden. Damit halbiert sich die Anzahl der Tagessätze bei der Ersatzfreiheitsstrafe. Das Ministerium folgt dem Vorschlag einer Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die 2019 ihren Abschlussbericht vorgelegt hatte.² Hintergrund ist, dass die Anzahl der Personen, die eine (Ersatz-)Freiheitsstrafe verbüßen, obwohl sie eigentlich nur zu einer Geldstrafe verurteilt wurden, in den letzten Jahrzehnten angestiegen ist.

Der Referentenentwurf benennt als Ziel, eine „substantielle Reduzierung der zu vollstreckenden Ersatzfreiheitsstrafen“ zu befördern.³ Im Folgenden wird der Entwurf mit seinen Vorschlägen und Begründungen dargestellt und danach gefragt, inwieweit mit diesen Maßnahmen das Ziel erreicht werden kann. Abschließend werden alternative Vorschläge unterbreitet.

II. Der Referentenentwurf zur Ersatzfreiheitsstrafe (RefE)

Das Wesen der Ersatzfreiheitsstrafe (EFS) ist keineswegs eindeutig. Sie tritt nach § 43 StGB „an die Stelle“ der uneinbringlichen Geldstrafe und wird wie eine Freiheitsstrafe vollstreckt. Gleichzeitig bleibt sie aber immer eine Geldstrafe. Anders als bei einer echten Freiheitsstrafe kann die betroffene Person zu jeder Zeit, also auch nach Antritt der Haft, durch Zahlung die Inhaftierung beenden oder verkürzen. Dies verweist auf die doppelte Funktion der EFS, die der Referentenentwurf gleich zu Beginn betont: „Auch wenn die Ersatzfreiheitsstrafe echte Strafe ist, kein Beugemittel ..., ist es ihre zentrale Aufgabe, als

* Der Verfasser dankt Nicole Bögelein für wertvolle Kommentare zum Beitrag und den Teilnehmer*innen des Arbeitskreises zur Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen in Berlin für die produktiven Diskussionen.

¹ BMJ 2022, Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz. Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Sanktionenrechts, online abrufbar unter: <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Sanktionenrecht.html> (zuletzt abgerufen am 6.9.2022)

² Bund-Länder-Arbeitsgruppe 2019 (unveröffentlicht), online abrufbar unter: <https://fragdenstaat.de/blog/2021/12/03/fahren-ohne-fahrschein/> (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

³ RefE, S. 1.

Druckmittel eine effektive Durchsetzung der Geldstrafe zu ermöglichen.“⁴ Die EFS soll zum einen die „effektive Durchsetzung der Geldstrafe“ ermöglichen, indem allein mit ihrer Androhung erreicht werden soll, dass Personen die Geldstrafe zahlen. Die Zahlung der Geldstrafe kann, sofern Zahlungsfähigkeit besteht, diskret per Mausclick erfolgen. Demgegenüber stellt die Inhaftierung eine andere Dimension von Strafe dar, die jeder, der zahlen kann, vermeiden wird.

Der Entwurf hält aber auch an der zweiten Funktion der EFS fest. Danach wird sie nicht nur angedroht, sondern auch tatsächlich vollstreckt – und das, obwohl zwei Gründe dagegensprechen: Erstens hat das Gericht im Rahmen der Strafzumessung eine Geldstrafe als schuldangemessen befunden und gerade nicht eine Freiheitsstrafe. Ein Vergleich der beiden Sanktionen ergibt: „... nach tatrichterlicher Festlegung der Strafe ist die Freiheitsstrafe gegenüber der Geldstrafe unstreitig das schwerere Übel und damit auch die Ersatzfreiheitsstrafe gegenüber der ursprünglich ausgesprochenen Geldstrafe.“⁵ Die EFS ist danach nicht schuldangemessen und beinhaltet ein „Zusatzübel“. Zweitens spricht gegen die EFS, dass sie insbesondere aufgrund ihrer Kürze „zumeist gerade keine resozialisierende Wirkung“ habe.⁶

Trotz dieser Kritikpunkte spricht sich das Bundesministerium nicht für die Abschaffung der EFS aus, wie sie in Politik⁷ und Wissenschaft⁸ teilweise gefordert wird. Ihr Reformvorhaben liegt in einer Milderung des „Zusatzübels“. Zu diesem Zweck soll der Umrechnungsmaßstab verändert und mit einem Tag Freiheitsstrafe zukünftig zwei Tagessätze der Geldstrafe getilgt werden. Wurden im Urteil 30 Tagessätze verhängt und nicht getilgt, so müssen 15 Tage Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt werden. Die Anzahl der Hafttage halbiert sich damit. Das Strafgefälle soll reduziert und das Strafübel damit stärker an dem der verhängten Geldstrafe ausgerichtet werden.⁹ Zugleich wird der Strafvollzug entlastet, für den die hohe Anzahl an Vollstreckungen eine erhebliche Belastung darstellt.

Als begrüßenswerte Auswirkung der Halbierung der Ersatzfreiheitsstrafe sieht der RefE weiter, dass sich gleichzeitig auch die alternativ zu leistende freie gemeinnützige Arbeit halbieren würde.¹⁰ Die Tilgung durch freie Arbeit könnte damit gerade für Personen mit vielfältigen Problemen besser „durchzuhalten“ sein. Hieraus erhofft sich der RefE eine weitere Reduzierung der EFS.

Auch die Kommunikation mit den Verurteilten soll verändert werden. So müssen Vollstreckungsbehörden zukünftig auf die Möglichkeit der Ratenzahlung und freie Arbeit

hinweisen.¹¹ Zudem kann vor Anordnung der Ersatzfreiheitsstrafe die Gerichtshilfe eingeschaltet werden, um Ratenzahlung oder freie Arbeit zu fördern.¹²

Als Leitmotiv formuliert der Entwurf: Die Ersatzfreiheitsstrafe erfüllt „... ihren Zweck am besten, wenn sie ihrer Funktion als Druckmittel gerecht und nicht vollstreckt wird.“¹³

III. Kritik am Festhalten an der Ersatzfreiheitsstrafe

Die Bundesregierung will mit der Reform erreichen, dass die Ersatzfreiheitsstrafe möglichst nicht vollstreckt wird, aber ihre wichtige Funktion als Druckmittel beibehält. Kann dies in dieser Form gelingen?

1. Die Ersatzfreiheitsstrafe als Druck- und Beugemittel

Dass die Androhung einer Gefängnisstrafe ein Drohpotential hat, steht außer Frage. Die Frage ist, ob es verhältnismäßig und gerechtfertigt ist, mit einer Freiheitsstrafe die Tilgung einer Geldstrafe zu erzwingen. Der Referentenentwurf beantwortet diese Frage mit dem Verweis auf die Wirksamkeit der EFS. Studien würden zeigen, dass Personen erst bei der Zustellung der Ladung bereit wären zu zahlen. Auch dieses Ergebnis ist einleuchtend. Wenn eine Person mit Geld knapp haushalten muss, wird sie die Zahlung möglicherweise hinausschieben, aber sie wird immer die Zahlung einer Inhaftierung vorziehen. Hieraus lässt sich aber nicht schlussfolgern, dass nur die Androhung der Gefängnisstrafe wirkt. Auch die Androhung der Einschaltung von Gerichtsvollzieher*innen oder Lohnpfändungen erzeugen einen Tilgungsdruck und würde viele Menschen zur Zahlung bewegen (sofern sie zahlen können). Bei Personen, deren Einkommen über der Pfändungsgrenze liegt, gibt es also andere Mittel, die Geldstrafe zwangsweise einzutreiben. Die Ersatzfreiheitsstrafe ist hier nicht nötig. Damit zielt das Argument auf den Personenkreis, bei dem nicht gepfändet werden kann. Ist es hier legitim, Pfändungsgrenzen zu umgehen, indem mit dem Gefängnis gedroht wird? Der Rentnerin, die von der Grundsicherung lebt, kann zwangsweise nichts entzogen werden, ebenso nicht dem selbst ernannten Reichsbürger, der von seiner Familie lebt. Kann hier nur die Androhung der Inhaftierung für eine Zahlungsbereitschaft sorgen? Befürworter der EFS sehen, dass das derzeitige Verfahren ohne Ersatzfreiheitsstrafe bei diesem Personenkreis ins Leere laufen würde.¹⁴ Die Staatsanwaltschaft wäre, wie andere Gläubiger, nicht in der Lage, Zahlungen zwangsweise einzuziehen. Jetzt kommt die Ersatzfreiheitsstrafe ins Spiel. Sie erwirkt bei diesem Personenkreis die Zahlungsbereitschaft – häufig in Form der Ratenzahlung. Was ist daran zu beanstanden?

⁴ RefE, S. 9.

⁵ RefE, S. 39. Selbst gegenüber der Freiheitsstrafe ist sie die „härtere Sanktion“, weil eine Aussetzung zur Bewährung nicht möglich ist (ebd. S. 40). „Viele der mit der Freiheitsentziehung verbundenen Einschränkungen und Unannehmlichkeiten – wie etwa die zwangsweise Unterbrechung der bisherigen Lebensgewohnheiten, die Sorge vor einer stigmatisierenden Wirkung des Freiheitsentzugs und der Eintritt in ein ungewisses, womöglich sogar als bedrohlich empfundenen Umfeld – treten bereits mit dem Antritt einer Ersatzfreiheitsstrafe ein“ (ebd. S. 43).

⁶ RefE, S. 10.

⁷ Gesetzentwurf der Fraktion Die LINKE: BT-Drs. 19/1689.

⁸ Zuletzt *Dünkel*, NK 2022, 253.

⁹ RefE, S. 37.

¹⁰ RefE, S. 44.

¹¹ RefE, S. 37.

¹² RefE, S. 38.

¹³ RefE, S. 10.

¹⁴ Z.B. *Rebmann* 2019, Stellungnahme, online abrufbar unter: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2019/04/stellungnahme-rebmann-ersatzfreiheitsstrafe.pdf> (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

Diese Anwendung der Ersatzfreiheitsstrafe als „Beugemittel“ hat nur Sinn, so der heutige Bundesrichter *Dirk von Selle* in seiner Monographie *Gerechte Geldstrafe*, „soweit der Täter die gegen ihn verhängte Geldstrafe überhaupt bezahlen kann. Ihr Einsatz als Erzwingungsmittel, ob rechtlich zulässig oder nicht, setzt die Einbringlichkeit der Geldstrafe voraus. Deshalb kann es letztlich dahinstehen, ob die Ersatzfreiheitsstrafe in dieser Funktion tatsächlich unverzichtbar ist. Selbst wenn sie es wäre, wäre es zugleich eine Funktionsbedingung, daß die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters die äußerste Grenze bildet, die die Geldstrafe nicht übersteigen darf.“¹⁵

Die Funktion als Beugemittel hat also ihre Grenze, die sich aus dem Strafzweck der Geldstrafe ergibt. Die Geldstrafe zielt nicht darauf, eine vom Gericht verhängte Geldsumme um jeden Preis einzutreiben, unabhängig davon, ob die betroffene Person dann noch etwas zum Leben hat. Vielmehr soll ein Konsumverzicht erzwungen werden, der eine Denkfunktion hat. Die Vollstreckungsbehörde dürfte also nicht, selbst wenn sie es könnte, das gesamte Einkommen pfänden, sondern müsste der Person einen Lebensunterhalt belassen.

Im aktuellen Verfahren, an dem der RefE auch nichts ändern will, spielt diese Grenze der Belastung jedoch keine entscheidende Rolle. Auch zahlungsunfähige Personen werden bestraft. Ein Indikator hierfür ist, dass trotz des erheblichen Strafgefälles jedes Jahr geschätzt in über 50.000 Verfahren die EFS vollstreckt wird. Welche weiteren Schäden die Überforderung bei Personen anrichtet, die eigentlich nicht zahlen können, es aber aus Angst vor einer Inhaftierung trotzdem tun, ist unbekannt.¹⁶ Die Idee des Bundesjustizministeriums, die EFS hauptsächlich als Druckmittel zu sehen, läuft fehl, weil nicht der Unwillen zur Zahlung der Grund für die EFS ist, sondern die Zahlungsunfähigkeit. Daran wird auch die Halbierung der EFS wenig ändern, weil die zu zahlenden Geldstrafen nicht gleichzeitig halbiert werden. Der Grund für die Inhaftierung, die Zahlungsunfähigkeit, ändert sich nicht.

Demgegenüber behauptet der Gesetzentwurf sehr überraschend, dass eine „... echte Zahlungsunfähigkeit keineswegs regelmäßig ursächlich für die Verbüßung von Ersatzfreiheitsstrafe“ sei.¹⁷ Das Justizministerium bezieht sich dabei auf eine Studie des Kriminologischen Dienstes von Nordrhein-Westfalen, nach der selbst nach dem Haftantritt ein erheblicher Teil der Strafe noch gezahlt wurde.¹⁸ In den in der Untersuchung ausgewerteten 1.254 Verfahren wurden von den bei Haftantritt noch zu tilgenden Tagessätzen 63 % tatsächlich verbüßt. Gut 1/3 der Tagessätze wurde noch gezahlt.¹⁹ Woher kam nun das Geld? Waren die Betroffenen doch zahlungsfähig, wie es der Referentenentwurf behauptet?

Die Studie weist ausdrücklich darauf hin, dass nicht zu überprüfen sei, ob die Personen noch eigenes Geld beschaffen konnten oder ob die Zahlung durch Dritte erfolgte.²⁰ In 47 Fällen wurde in den Akten ausdrücklich vermerkt, dass Verwandte die Zahlung vorgenommen hätten. Wenn ein junger Mann aus der Haft heraus bei seiner Oma anruft und erzählt, wie schlimm es in der Haft sei, und diese ihn daraufhin auslöst, ist dies kein Beleg für die Zahlungsfähigkeit des Mannes. Im Gegenteil ist es, sofern man den Studien zum betroffenen Personenkreis folgt, die in der Regel in mehr als prekären Lebensverhältnissen leben, höchst unwahrscheinlich, dass diese zu Hause noch 700 € finden. Mit dieser Studie lässt sich also nicht zeigen und *Lobitz* und *Wirth* behaupten dies auch nicht, dass die Verurteilten in Wirklichkeit zahlungsfähig seien.²¹ Vielmehr zeigt sich, dass ein hoher Vollstreckungsdruck bei Personen, die kein Geld haben, in die falsche Richtung führen kann. Denn wem ist geholfen, wenn Verwandte die Strafe zahlen oder das Kindergeld hierfür verwendet wird? Der Strafzweck der Geldstrafe besteht in einem zeitlich befristeten Konsumverzicht der betroffenen Person. Dass es grundsätzlich ein Problem der Geldstrafe ist, dass andere sie zahlen können, ist richtig. Es sollte dem Rechtsstaat aber nicht egal sein, woher das Geld kommt.²² Die oben zitierte Einschätzung, dass eine „echte Zahlungsunfähigkeit“ keineswegs „regelmäßig“ vorliegen

¹⁵ *Selle*, *Gerechte Geldstrafe*, 1997, S. 98.

¹⁶ Die Anzahl der Personen, die darüber hinaus aufgrund der Angst vor einer Inhaftierung auf weit mehr verzichten als ihre Konsummittel, dürfte erheblich größer sein.

¹⁷ RefE, S. 9.

¹⁸ *Lobitz/Wirth*, *Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen*, 2018, online abrufbar unter: <https://fragdenstaat.de/dokumente/142091-evaluation-ersatzfreiheitsstrafe-nrw/> (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

¹⁹ Von den 74.836 zu tilgenden Tagessätzen wurden 47.458 in Haft verbüßt (ebd., S. 18). Diese Zahl wird vom RefE nicht verwendet. Dieser bezieht sich auf die Anzahl der Verfahren. Hier dreht sich das Verhältnis um: In 2/3 der Verfahren findet eine vorzeitige Auslösung statt (ebd. S. 17). Allerdings werden auch in diesen Fällen durchschnittlich 46 % der Tagessätze verbüßt. In der Studie von *Bögelein* et al. kommt zu einem anderen Ergebnis: Hier können sich weniger als ein Drittel vorzeitig auslösen (*Bögelein/Graaf/Geisler*, FS 2021, 59 [62]).

²⁰ A.a.O., S. 20.

²¹ Von einer evidenzbasierten Kriminalpolitik sollte man einen korrekten Umgang mit wissenschaftlichen Studien verlangen dürfen.

²² Die Initiative „Freiheitsfond“, die ganz öffentlich Gelder sammelt und mit diesen Gefangene „freikauf“, indem sie ihre Strafen bezahlt, führt in dieser Hinsicht gerade den staatlichen Strafanspruch aufs äußerste vor. Mit der Vollstreckung der Geldstrafe wird, wenn Fremde sie zahlen, kein Strafzweck mehr verbunden, sondern lediglich wie bei einem Inkassounternehmen Geld eingetrieben (online abrufbar unter: <https://www.freiheitsfonds.de>). Nach Rechtsprechung des BGH erfüllt die Bezahlung einer Geldstrafe – unmittelbar oder mittelbar – aus dem Vermögen eines Dritten nicht den Tatbestand der Strafvereitelung, denn die Vollstreckungsbehörde habe die Zahlung der Geldstrafe durchzusetzen; nicht durchsetzbar sei dagegen die „persönliche Betroffenheit“. Sie könne deshalb auch nicht durch Zahlung von Fremden vereitelt werden (BGH, Urt. v. 7.11.1990 – 2 StR 439/90, online abrufbar unter: <https://openjur.de/u/203890.html> [zuletzt abgerufen am 6.9.2022]). *Ronen Steinke* zitiert diesbezüglich einen Rechtsanwalt, der die geltende Gesetzeslage so zusammenfasst: „Der Staat verlangt nicht, dass es wehtut. Das kann er gar nicht verlangen.“ (*Steinke*, Vor dem Gesetz sind nicht alle gleich, 2022, S. 137).

würde, widerspricht sämtlichen Studien²³ und Erfahrungen,²⁴ die zum Personenkreis vorliegen. Dass die Ersatzfreiheitsstrafe die Vollstreckung einer Geldstrafe für die Staatsanwaltschaft erleichtert, steht außer Frage. Die massenhafte Inhaftierung zeigt aber, dass dieses Druckmittel in tausenden von Fällen versagt und in der aktuellen Konstruktion die EFS als Druckmittel nicht davon zu trennen ist, dass sie als echte Strafe regelmäßig zur Anwendung kommt. Der Vorschlag im Referentenentwurf, die Umrechnung zu ändern und damit die Strafe zu halbieren, ändert an dieser Sachlage nichts. Denn die Geldstrafe wird nicht halbiert und damit hat die Änderung keine Auswirkungen auf die Zahlungsunfähigkeit.

2. Die Ersatzfreiheitsstrafe als echte Strafe

Die Ersatzfreiheitsstrafe ist nicht nur ein Druckmittel. Sie ist vielmehr eine „echte Strafe“ und wird vollstreckt wie eine Freiheitsstrafe. Die Kritik an dieser Umwandlung ist alt. Schon in den juristischen Debatten der Kaiserzeit wurde dieses Verfahren als „Klassenjustiz“ problematisiert, weil die Bemittelten die Geldstrafe bezahlen, während die Unbemittelten aufgrund ihrer Armut eine Freiheitsstrafe verbüßen müssen.²⁵

Das Bundesministerium für Justiz hält an der Ersatzfreiheitsstrafe als „echter Strafe“ fest, ohne auf die Kritik einzugehen oder sich selbst zu positionieren. Stattdessen zitiert es die Ergebnisse der Bund-Länder-Arbeitsgruppe von 2019, die zu dem Schluss kam, „... auch in den Fällen, in denen tatsächlich Mittellosigkeit vorliege, sei ein Sanktionsverzicht trotz [sic?] der Begehung kriminellen Unrechts nicht gerechtfertigt ...“.²⁶ Eine Auseinandersetzung mit dem grundsätzlichen Problem der Umwandlung erfolgt nicht. Es wird lediglich die Befürchtung formuliert, dass ohne den Tilgungsdruck der EFS die Anzahl der Personen ansteigen würde, die zahlen können, aber nicht wollen. Wie lässt sich aber bei Personen, die nachweislich nicht zahlen können, die Umwandlung einer Geldstrafe in eine (Ersatz-)Freiheitsstrafe und damit das „Zusatzübel“ rechtfertigen?

In der Literatur und Kommentierung findet sich seit Jahrzehnten das klassische Argument für die Ersatzfreiheitsstrafe. „Ein Staat, der sein Recht zu strafen nicht gegenüber jedermann durchsetzen vermag, kapituliert nicht nur vor dem Unrecht: Er setzt kriminogenen Kräfte frei.“ In dieser Weise formuliert es der Strafrechtler *Herbert Tröndle* in den 1970er Jahren: Wenn mittellose Rechtsbrecher straffrei ausgingen, sei dies eine „Klassenjustiz neuer

Art“.²⁷ Die Zuführung eines Strafübels dürfe nicht ausbleiben. In diesem Sinne hat aktuell auch der Strafrechtler *Michael Kubiciel* die Notwendigkeit der Ersatzfreiheitsstrafe begründet. Normverletzungen, die strukturell folgenlos blieben, bewirken, so *Kubiciel*, eine schleichende Erosion der Norm. „Androhung und Vollzug von Strafe sichern also die Normgeltung und haben damit auch in Fällen ihre Berechtigung, in denen sich spezialpräventive Ziele kaum erreichen lassen.“²⁸

Die Inhaftierung begründet sich nicht in der notwendigen Einwirkung auf die Täterin oder den Täter, sondern in der Wirkung für die Allgemeinheit, wonach Taten nicht ohne Strafe bleiben dürfen. Dies ist jedoch eine verkürzte Problembeschreibung, denn es geht hier nicht nur darum, dass sich spezialpräventive Ziele kaum umsetzen lassen, sondern dass anstelle der vom Gericht verhängten Strafe eine andere und deutlich härtere Sanktion vollstreckt werden soll. Der Strafrechtler *Eberhard Schmidt* pointierte diesen Punkt in der großen Strafrechtsreform der Bundesrepublik: „Wenn man jemanden, der eine Geldstrafe zu zahlen einfach nicht in der Lage ist, dafür, daß er kein Geld hat, einsperrt, so ist das dasselbe, als wenn man einen zur Freiheitsstrafe Verurteilten, wenn er haftunfähig ist, tötet“.²⁹ Lässt sich also der Norm Geltung verschaffen, indem gegen andere Grundsätze verstoßen wird? Ist es legitim, eine Strafe, die mit dem Schuldgrundsatz nicht zu vereinbaren ist, zu vollstrecken, um die Rechtstreue der Bürger*innen zu festigen? Die Strafrechtlerin *Tatjana Hörnle* benennt Grenzen: Generalpräventive Begründungen laufen dann Gefahr, gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) zu verstoßen, wenn der „Abschreckungsgedanke unter eindeutiger, grober Mißachtung des Schuldprinzips die Strafzumessung geprägt hat“.³⁰ Der Vollzug von 24 Stunden Freiheitsentzug, mit der damit verbundenen Einschränkung sämtlicher Grundrechte, übersteigt um ein Vielfaches den für einen Tag erzwungenen Konsumverzicht. Hier lässt sich von einer groben Missachtung des Schuldprinzips sprechen, die sich mit generalpräventiven Zwecken nicht begründen lässt.³¹

Die Ersatzfreiheitsstrafe lässt sich nicht einfach mit der Notwendigkeit begründen, dass auf ein Urteil auch eine Strafe erfolgen muss, denn die in der Strafzumessung als angemessen bewertete Strafe war eine Geldstrafe. Das darüberhinausgehende Zusatzübel der Freiheitsstrafe ahndet etwas, für das die Verurteilte oder den Verurteilten keine Schuld trifft: die Zahlungsunfähigkeit. Strafe ohne Schuld widerspricht aber den Grundsätzen unseres Rechtsstaates.

²³ Seit den 1980er Jahren gibt es keine Studie, die zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, als dass es sich bei den ESFlern um Personen handelt, die in der sozialen Randständigkeit leben (zuletzt *Bögelein/Graaff/Geisler*, S. 59 ff.).

²⁴ Man lese hierzu den Bericht des JVA Leiters *Dr. Meyer-Odewald* zum Personenkreis der EFSler: 40-50 % ohne festen Wohnsitz, 60-70 % mit langjähriger Alkohol- und Drogenproblematik, oftmals psychisch erkrankt, die meisten in einem desolaten gesundheitlichen Zustand (*Meyer-Odewald*, Stellungnahme, 2019, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/633058/e43f3ef7d61213935bbdc632c63e2dd3/meyer-odewald-data.pdf> [zuletzt abgerufen am 6.9.2022]).

²⁵ Vgl. *Wilde*, Armut und Strafe, 2016, S. 44 ff.

²⁶ *Refe*, S. 9.

²⁷ *Tröndle*, Die Geldstrafe in der Praxis und Probleme ihrer Durchsetzung, ZStW 1974, 569.

²⁸ *Kubiciel*, Abschaffung wäre keine Alternative, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/ersatzfreiheitsstrafe-bmj-referentenentwurf-reform-sanktionenrecht-geldstrafe-halbierung-tagessatz/> (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

²⁹ *BMJ*, Materialien I, 1954, S. 22; ebenso *Zipf*, Die Geldstrafe, 1966, S. 34.

³⁰ *Hörnle*, in: Schumann, Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat 2010, S. 105 (117).

³¹ So bereits *Zipf*, S. 59 f.

3. Sanktionsverzicht oder Verstoß gegen die Menschenwürde?

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass die Bundesregierung eine Linderung schaffen will. Das Strafgefälle zwischen Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe wird gesenkt. Ein Tagessatz EFS wird zwei Tagessätzen Geldstrafe gleichgesetzt. Das verbundene Strafübel soll „stärker an dem der eigentlichen Strafe (=Geldstrafe) ausgerichtet werden“.³² Die Formulierung verweist schon darauf, dass die Strafübel von Geld- und Freiheitsstrafe so unterschiedlich sind, dass auch diese Reform das oben beschriebene Problem nicht behebt. Eine Halbierung schafft für die betroffenen Personen und auch für die Justizvollzugsanstalten eine „Linderung“, wird aber voraussichtlich nichts an der hohen Anzahl der vollstreckten Strafen ändern, weil sich, wie oben bereits beschrieben, die Geldstrafe nicht halbiert, so dass das Problem der Zahlungsunfähigkeit unvermindert weiterbesteht. Damit kommt man dem Ziel, die EFS nur als Beugemittel zu verwenden, nicht näher.

Der Entwurf wird dem Problem der Ersatzfreiheitsstrafe damit nicht gerecht. Hier wirkt sich negativ aus sich, dass das Bundesjustizministerium lediglich dem Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe gefolgt ist, der in vielfacher Hinsicht gravierende Mängel aufweist.³³ Stattdessen ist vielmehr das Verfahren in den Blick zu nehmen, welches zu der hohen Anzahl von uneinbringlichen Geldstrafen führt. Dort lässt sich erkennen, dass eine Reform der Ersatzfreiheitsstrafe bei der Geldstrafe anfangen muss. Will man dem Ziel des Entwurfs näherkommen, die Ersatzfreiheitsstrafe weitestgehend zu vermeiden, sind weitere Schritte notwendig.

IV. Mängel und Reformbedarf im aktuellen Verfahren der Geldstrafe

Gemeinhin geht man davon aus, dass das Verfahren der Geldstrafe mit der Einführung der Tagessatzgeldstrafe sozial gerecht funktionieren kann. Die Anzahl der Tagessätze wird nach den Regeln der allgemeinen Strafzumessungsregeln bestimmt und zielt auf gerechten Schuldausgleich. In einem zweiten Schritt wird die Höhe des Tagessatzes anhand der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters bestimmt. Damit soll „eine Opfergleichheit bei denjenigen hergestellt werden, deren Taten im Unrechts- und Schuldgehalt vergleichbar sind“.³⁴ Doch schaut man sich den Prozess an, so stellt man fest, dass Armut nicht angemessen berücksichtigt wird, son-

dern auf verschiedenen Stufen zu einer prinzipiellen Benachteiligung führt. Die hohe Anzahl an uneinbringlichen Geldstrafen, so die These, ist hausgemacht.

1. Ermittlung der wirtschaftlichen Verhältnisse

Zunächst geht man davon aus, dass die Staatsanwaltschaft zur angemessenen Bemessung der Tagessatzhöhe die wirtschaftliche Situation der zu verurteilenden Person kennen muss. Dem ist nicht so. Geldstrafen werden überwiegend im Strafbefehlsverfahren erstellt. Das ist bei der Masse der Fälle für die Staatsanwaltschaften eine ökonomische Vorgehensweise. Laut der Berliner Justizministerin *Lena Kreck* hat die Staatsanwaltschaft bei Alltagsdelikten pro Verfahren im Durchschnitt acht Minuten Zeit.³⁵ In München wird ein Strafbefehl aufgrund des Delikts Erschleichen von Leistungen laut Oberstaatsanwalt *Udo Gramm* „mit einem oder zwei Klicks in fünf Minuten“ erledigt.³⁶ Ermittlungen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen erfolgen in der Regel nicht. Dies belegen sämtliche Studien der letzten Jahrzehnte. Zuletzt hat die Kriminologin *Jana Kolsch* nach einer Aktenauswertung diese Praxis so zusammengefasst, dass die Tagessätze „ins Blaue hinein“ festgelegt werden:

„Den Strafverfolgungsbehörden fehlen in den meisten Fällen die für die richtige Bemessung der Geldstrafen notwendigen Informationen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Angeschuldigten. Das Nettoeinkommen, das nach dem Gesetz die Grundlage der Bemessung der Tagessatzhöhe bilden soll (§ 40 Abs. 2 StGB), war in der Stichprobe nur zu 18,8 % aus der Akte ersichtlich; in der Regel standen auch keine anderen Informationen zur Verfügung, aus denen die Staatsanwaltschaften zuverlässig auf die Höhe des Nettoeinkommens hätten schließen können.“³⁷

Gerechtfertigt wird diese Praxis mit der Zulässigkeit der Schätzung der Einkünfte (§ 40 Abs. 3 StGB). Das *BVerfG* hat diese regelhafte Praxis jedoch klar abgelehnt, denn auch eine Schätzung darf nicht auf Mutmaßungen beruhen. Stattdessen müsse gelten: „Grundlagen, auf welche sich die Schätzung stützt, müssen festgestellt und erwiesen sein sowie im Urteil überprüfbar mitgeteilt werden“.³⁸ Diese Praxis, bei der der Verurteilte für die Justiz „meist ein unbekanntes Wesen“³⁹ bleibt, muss geändert werden. Es handelt sich nicht um ein rechtsstaatliches Verfahren, wenn es dem Zufall bzw. der Willkür überlassen bleibt, ob ein Tagessatz mit 10 € oder mit 20 € festgesetzt wird, denn dies bedeutet einen Unterschied von 100 % bei der

³² RefE, S. 12.

³³ Vgl. hierzu *Bögelein NK* 2022, 205 (206 ff.).

³⁴ BVerfGE – 2 BvR 67/15, Rn. 18.

³⁵ Diskussionsveranstaltung am 25.4.2022 in Berlin, online abrufbar unter: https://www.youtube.com/watch?v=AA_Ruzt51E (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

³⁶ Deutscher Bundestag, Wortprotokoll der 25. Sitzung am 7.11.2018, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/635546/553033325326fab6c15acbad377325e2/wortprotokoll-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

³⁷ *Kolsch*, online abrufbar unter: <https://www.jura.uni-hannover.de/de/forschung/forschungsbereiche/einzelansicht/projects/soziooekonomische-ungleichheit-im-strafverfahren/> (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

³⁸ BVerfGE – 2 BvR 67/15, Rn. 22, online abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/06/rk20150601_2bvr006715.html (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

³⁹ *Hennig, BewHi* 1999, 298 (302).

Summe der Geldstrafe und einen maßgeblichen Unterschied bei der späteren Frage der Uneinbringlichkeit.⁴⁰ Der RefE kann hier klar formulieren, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse zu ermitteln sind. Dies wird mehr Aufwand für die Staatsanwaltschaft bedeuten. Aber wenn das Geld für die EFS vorhanden ist,⁴¹ sollte es auch für die Ermittlung einer gerechten Geldstrafe zur Verfügung stehen.

2. Berechnung der Tagessatzhöhe

Doch selbst wenn das Einkommen einer Person bekannt ist, stößt die derzeitige Praxis auf grundlegende Probleme: Wie ist mit Armut umzugehen?⁴² Die Höhe des Tagessatzes bestimmt das Gericht „unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters“ (§ 40 Abs. 2 Satz 1 StGB). Dabei soll es dann, so Satz 2, „in der Regel vom Nettoeinkommen“ ausgehen. Hier sind wir am Kern der Frage angekommen, wie eine (sozial) gerechte Geldstrafe ausgestaltet werden kann. Diese soll als Strafübel einen Konsumverzicht erzwingen. Was bedeutet der Entzug des Nettoeinkommens aber bei Personen, die vom Existenzminimum leben: Personen, die arbeitslos sind, niedrige Renten bekommen oder in Teilzeit oder dem Niedriglohnssektor arbeiten? Dies ist ein Personenkreis, der von seinem Nettoeinkommen lebt und es am Ende des Monats verbraucht hat. Der Entzug des Einkommens bewirkt hier keinen Konsumverzicht, sondern einen Verzicht auf die Lebensgrundlagen. Die Justiz fordert, wie *Bernd-Dieter Meier* es zutreffend beschrieben hat, eine »unmögliche Leistung«, nämlich den Verzicht auf das existentiell Notwendige.⁴³ Denn die Möglichkeit, die Geldstrafe aus dem Vermögen zu zahlen, ist den Betroffenen in der Regel ebenso wenig möglich wie auf große Teile ihres Einkommens zu verzichten.

Diese besondere Belastung bei den unteren Einkommen und Transferleistungsbeziehern und -bezieherinnen wird aktuell durchaus anerkannt und in der Berechnung der Tagessatzhöhe wird nach unten abgewichen. So wird bspw. bei einem Bezieher von Arbeitslosengeld II ein Tagessatz von 15 € verhängt, obwohl dessen Monatseinkommen

(Regelsatz und Miete) schematisch einen Tagessatz von 30 € rechtfertigen würde (900 €/30). Jedoch entsprechen diese 15 € pro Tag genau dem Betrag, der ihm vom Jobcenter pro Tag als Existenzminimum gezahlt wird (Regelsatz). Wie soll der Betroffene darauf verzichten können? Gefordert wird hier nicht ein Konsum-, sondern ein Existenzverzicht. Das Ziel der Opfergleichheit kann nicht erreicht werden. Ein Strafgefälle tritt bereits bei der Geldstrafe auf. Für die Vollstreckung der Geldstrafe bedeutet dies, dass die Uneinbringlichkeit bereits impliziter Teil des Urteils ist.

Der RefE muss die Bemessung der Tagessatzhöhe ändern. Die Höhe des Tagessatzes galt bereits in der großen Strafrechtsreform als das „Kernproblem“.⁴⁴ Nach langer Diskussion entschied man sich 1969 für folgende Definition: „Als Tagessatz ist derjenige als Bewertungseinheit gedachte Geldbetrag aufzufassen, dessen Einbuße dem Täter aufgrund seiner erzielbaren Einkünfte, seines verwertbaren Vermögens und seines tatsächlichen Lebenszuschnittes unter Berücksichtigung seiner Unterhalts- und sonstigen angemessenen Zahlungsverpflichtungen sowie seiner persönlichen Verhältnisse im Durchschnitt täglich zuzumuten ist“.⁴⁵ Die Einbuße sollte also eine maximale individuelle Strafwirkung haben, aber zumutbar bleiben. Dies würde bedeuten, dass Personen, die an der Armutsgrenze leben, deutlich geringere Geldstrafen bekommen würden. Tagessatzhöhen von 1–3 € wären je nach persönlicher Situation angemessen.

Um dies zu ermöglichen, muss der Bezug zum „Nettoeinkommen“ im § 40 Abs. 2 S. 2 StGB gestrichen werden und in der Begründung des Entwurfs eine klare Bekundung des Gesetzgebers im obigen Sinne der maximal zumutbaren Einbuße formuliert werden.⁴⁶

3. Anhörung und anwaltliche Vertretung

Das Strafbefehlsverfahren ist aus Sicht der Staatsanwaltschaft und der Gerichte eine Möglichkeit, mit der hohen Anzahl der Fälle effizient umzugehen. Als rechtsstaatliches Verfahren wirft es aber Fragen auf.⁴⁷ Aktuell kann

⁴⁰ In der Studie von *Mitali Nagrecha* und *Nicole Bögelein* ist bei Bezieher*innen von ALG II eine Spanne von 7 bis 20 € in einem Gerichtsbezirk dokumentiert. Dabei haben diese im Prinzip alle die gleichen Leistungen zur Verfügung (*Nagrecha/Bögelein*, KrimOJ 2019, 267 (276), online abrufbar unter: <https://doi.org/10.18716/ojs/krimoj/2019.2.11> [zuletzt abgerufen am 6.9.2022]).

⁴¹ Die Vollstreckung der EFS kostet jährlich 200 Millionen Euro. *Hötte*, Ersatzfreiheitsstrafen, 2018, online abrufbar unter: <https://www1.wdr.de/daserste/monitor/sendungen/ersatzfreiheitsstrafen-100.html> (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

⁴² Ausführlich hierzu: *Wilde*, MschrKrim 2015, 348. Dass dies kein neues Thema ist, lässt sich auch schon bei Kurt Tucholsky im Jahr 1929 nachlesen, online abrufbar unter: <http://www.zeno.org/Literatur/M/Tucholsky,+Kurt/Werke/1929/Die+Geldstrafe> (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

⁴³ *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2009, S. 61.

⁴⁴ Vgl. hierzu auch ausführlich *Selle*, a.a.O.

⁴⁵ BT-Drs. 5/4095, S. 20.

⁴⁶ Zur Gesetzgebungsgeschichte und der Entscheidung fürs Nettoeinkommensprinzip vgl. ausführlich *Wilde*, Armut und Strafe, 2016, S. 74 ff. Das zentrale Argument für das Nettoeinkommensprinzip bezieht sich, gestern wie heute, auf die Sorge vor der Wirkung von geringen Geldstrafensummen. *Franz Streng* spricht bspw. davon, dass ein Abgehen vom Nettoeinkommensprinzip zur Folge hätte, dass „für Täter mit geringem Einkommen die Geldstrafe nur noch eine symbolische Bestrafung ohne nennenswerte Strafwirkung bedeuten würde“ (*Streng*, ZStW 1999, 827 [847]). Aber wie soll eine Geldstrafe, die sich der tatsächlichen Leistungsfähigkeit anpasst und den Strafzweck im Auge hat, zu gering sein? Auch gegen generalpräventive Bedenken, wonach die Geldstrafe auf jeden Fall eine bestimmte Höhe erreichen müsse, hatte bereits in der Weimarer Zeit *Gustav Radbruch* argumentiert: Die abschreckende Wirkung der Geldstrafe auf Dritte kann sich nicht an den Vermögensverhältnissen dieser Dritten oder an denen der Allgemeinheit orientieren, sondern nur an den wirtschaftlichen Verhältnissen des Verurteilten. Die Wirkung auf Dritte ergibt sich vielmehr daraus, dass diese ein auf ihre Verhältnisse abgestimmtes Strafmaß fürchten müssen, *Radbruch*, JW 1931, 2432; ebs. *Selle*, S. 133 ff.

⁴⁷ Vgl. *Blessing/Loyola Daiquie*, Ohne Anhörung ins Gefängnis, Verfassungsblog v. 24.1.2022, online abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/ohne-anhoerung-ins-gefängnis/> (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

eine Person, ohne etwas von dem Verfahren verstanden und zu diesem beigetragen zu haben, verurteilt werden und am Ende im Strafvollzug landen. Der Strafbefehl muss nur zugestellt werden und wird nach zwei Wochen rechtskräftig. Der Journalist *Ronen Steinke* hat in seinen Reportagen aus den Gerichtssälen eindrücklich belegt, dass der betroffene Personenkreis aufgrund von Suchterkrankungen, psychischen Störungen oder Sprachbarrieren oftmals nicht in der Lage ist, dem Verfahren zu folgen und seine Rechte wahrzunehmen.⁴⁸ Ein Rechtsbeistand steht ihnen nicht automatisch zu. Bezahlen können sie ihn nicht. Auch beim Übergang von der Geld- in die Freiheitsstrafe ist keine persönliche Anhörung vorgesehen.

Auch an dieser Stelle sind Reformen notwendig: Die Frist von zwei Wochen ist viel zu kurz, um eine Rechtsberatung aufzusuchen und die Entscheidung über einen Widerspruch zu fällen. Zweitens bedarf es flächendeckend eines Angebots an Rechtsberatungsstellen, die für einkommensschwache Personen kostenfrei sind. Drittens ist sicherzustellen, dass die Person das Verfahren auch verstanden hat. Das schwedische Modell könnte hier Vorbild sein. Hier ist der Strafbefehl von der Zustimmung des Angeklagten abhängig.⁴⁹

4. Geldstrafe bleibt Geldstrafe – das schwedische Modell

Diese ersten drei Punkte betreffen Anforderungen an ein sozial gerechtes und angemessen rechtsstaatliches Verfahren, an dessen Ende eine Geldstrafe steht, die den Strafzweck erreichen kann und einbringlich ist. Die Möglichkeit der Ratenzahlung (§ 42 StGB) bietet Tilgungsperspektiven für Geldstrafen mit hohen Tagessatzanzahlen. Eine Sanktionsalternative wie die freie Arbeit ist prinzipiell nicht nötig⁵⁰ und auch die Ersatzfreiheitsstrafe ist nicht notwendig. Dabei wäre es unbedenklich, die EFS beizubehalten, sofern sie, wie im schwedischen Modell, die absolute Ausnahme bleibt. Schweden folgt der *Maxime*, wonach, wenn eine Geldstrafe verhängt wurde, auch nur eine Geldstrafe vollstreckt werden kann.⁵¹ Sind Personen aktuell nicht zahlungsfähig, wird die Vollstreckung zurückgestellt. Bleiben Personen auch nach fünf Jahren zahlungsunfähig, wird von einer weiteren Vollstreckung abgesehen. Nach Auskunft der zuständigen Behörde wurden im Jahr 2020 ca. 40% der Geldstrafen auf diesem Wege eingestellt. Nur in ca. 10% dieser eingestellten Fälle wurde teilweise gezahlt. Bei jeder dritten Geldstrafe findet am Ende also keine Tilgung statt. Dies verweist darauf, wie groß das Problem der Zahlungsunfähigkeit ist.⁵² Andererseits macht Schweden vor, dass man auch in dieser Situation dem Grundsatz Geldstrafe bleibt Geldstrafe treu bleiben kann, ohne dass der Rechtsstaat in

Gefahr gerät. Die Verurteilung und die jahrelange finanzielle Kontrolle sind Strafe genug. Denn die EFS kommt nur in einzelnen Fällen zur Anwendung (unter 20 Fälle pro Jahr). Bei diesen muss anders als in Deutschland eine Anhörung vor Gericht stattfinden.

Für deutsche Verhältnisse klingt dies wie eine Revolution, gilt hier doch, dass jeder Tagessatz vollstreckt werden muss.⁵³ Ansonsten droht das Strafrecht „seiner Funktion der Verhaltenssteuerung und des Rechtsgüterschutzes nicht mehr gerecht“ werden zu können.⁵⁴ Aber gilt dies für alle? Über 50 % der Strafverfahren werden von der Staatsanwaltschaft im Vorfeld bereits eingestellt. Zwei Drittel der Freiheitsstrafen werden zur Bewährung ausgesetzt. Und bei der Geldstrafe: Aktuell ist es erwünscht, dass Freunde oder Verwandte Inhaftierte auslösen. Es wird akzeptiert, wenn der Freiheitsfond öffentlich Gelder sammelt, um Gefangene zu befreien. Es ist legal, wenn ein Manager sich die gegen ihn gerichtete Geldstrafe offiziell (mit Begründung fürs Finanzamt) von seinem Arbeitgeber zahlen lässt.⁵⁵ Gleichzeitig soll der Rechtsstaat in Gefahr sein, wenn gegen einen obdachlosen Mann mit offenem Fuß, der wegen Ladendiebstahls mit einem Wert unter 20 € verurteilt wurde, die Geldstrafe nicht ganz vollstreckt werden kann?

Bei den einen wird akzeptiert, dass keine Strafwirkung erfolgt, weil man diese nicht erzwingen kann.⁵⁶ Bei letzterem wird sogar eine härtere Strafe vollstreckt, weil man es kann und immer schon so gemacht hat. Die Annahme die Abkehr von der traditionellen Praxis würde zu einem Flächenbrand führen, ist widerlegt. Schweden macht seit Jahrzehnten vor, dass es anders geht.⁵⁷

5. Statistische Materialien

Zuletzt: Obwohl die Geldstrafe seit fast 50 Jahren mehr als 80 % unserer Strafen ausmacht, herrscht ein erheblicher Wissensmangel vor. Auf die einfache Frage, wie Geldstrafen getilgt werden, gibt es keine Antwort. Wie viele Tagessätze werden gezahlt oder in Haft verbüßt? Hierüber gibt es keine offiziellen Statistiken. Damit lassen sich auch keine Entwicklungen nachvollziehen. Lediglich die Anzahl der Personen, die freie Arbeit leisten, und die dadurch getilgten Tagessätze werden veröffentlicht.⁵⁸ Hier muss eine Änderung erfolgen, die technisch auch keinen Aufwand bedeutet, weil die Daten bereits digital erfasst werden.

V. Schluss

Indem man die unteren Einkommensschichten härter bestraft, sichert man nicht den Rechtsfrieden. Vielmehr ist

⁴⁸ *Steinke*, a.a.O.

⁴⁹ *Bögelein/Wilde/Holmgren*, MschrKrim 2022, 102 (108).

⁵⁰ Änderungsvorschläge zur freien Arbeit vgl. *Wilde*, NK 2017, 205.

⁵¹ *Bögelein et al.*, S. 108 f.

⁵² Dabei ist zu berücksichtigen, dass die schwedischen Vollstreckungsbehörden sehr viel weitreichendere Befugnisse haben, sich über die finanzielle Situation der Personen zu erkundigen (*Bögelein et al.*, S. 109).

⁵³ Selbst die Härtefallregelung nach § 459f StPO ist so eng ausgelegt, dass sie in der Praxis keine Bedeutung hat.

⁵⁴ RefE, S. 10.

⁵⁵ *Steinke*, S. 137.

⁵⁶ Vgl. Fußnote 22.

⁵⁷ Dass Schweden hier eine Kehrtwende gemacht hätte, wie es der Justizminister *Buschmann* teilweise behauptet hat, ist nicht richtig. Die Gesetzesänderung von 2021 ändert ausdrücklich nichts an der Leitlinie, dass bei Zahlungsunfähigkeit die EFS nicht vollstreckt wird (vgl. *Bögelein et al.*, S. 110).

⁵⁸ Destatis Fachserie 10 – 2.6. Hier ließen sich auch die Daten bezüglich Zahlung und EFS anfügen.

die Ersatzfreiheitsstrafe ein dauerhafter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und gegen die Menschenwürde von einkommensschwachen Personen. Sie verstärkt das Misstrauen in den Rechtsstaat und dessen Grundsatz, wonach vor dem Gesetz alle gleich sind. Das Ziel, diese „Freiheitsstrafe für Arme“ zumindest faktisch abzuschaffen, ist richtig. Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums greift aber viel zu kurz. Mit der Halbierung der Ersatzfreiheitsstrafe wird zutreffend von

einer Milderung der Ungleichbehandlung gesprochen. An der Anzahl der Personen, die inhaftiert werden, obwohl sie zu einer Geldstrafe verurteilt wurden, wird sich vermutlich nichts ändern.⁵⁹ Dies sollte einer sozial-liberalen Fortschrittskoalition nicht genügen. Möglich und notwendig ist vielmehr für mehr soziale Gerechtigkeit im Strafrecht zu sorgen. Einige Maßnahmen hierfür wurden vorgeschlagen.

⁵⁹ Die Anzahl könnte sich mit den aktuell steigenden Verbraucherpreisen, die insbesondere die unteren Einkommenschichten trifft, sogar noch erhöhen.

Eckpunktepapier für die Errichtung einer Freiheitskommission

Vorschlag zur gesetzlichen Verankerung eines unabhängigen Gremiums für eine Evaluation der Sicherheitsgesetze und die Erstellung einer Überwachungsgesamtrechnung

von Prof. Dr. Robert Esser, Prof. Dr. Mark A. Zöller, Beate Büttner, Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich,
Dr. Oliver Harry Gerson, Prof. Dr. Dieter Kugelman, Prof. Dr. Markus Löffelmann,
Dr. Markus Mavany, Dr. Tanja Niedernhuber und Dr. Martin Wiacek*

Abstract

Im aktuellen Koalitionsvertrag (2021-2025) der Regierungsparteien der „Ampelkoalition“ ist im Zusammenhang mit dem Themenbereich „Sicherheit und Freiheit“ auch die Einrichtung einer sog. Freiheitskommission als unabhängiges Expertengremium vorgesehen. Mit dieser Kommission sollen für den Bereich der Sicherheitsgesetzgebung die Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger stärker in den Fokus rücken und insgesamt die Qualität der Gesetzgebung im Zusammenhang mit staatlichen Überwachungsbefugnissen verbessert werden. Klare Konturen und Inhalte für die Arbeit einer solchen Freiheitskommission lassen sich allerdings im politischen Raum derzeit allenfalls in Ansätzen erkennen. Insofern stellen sich drängende Fragen nach Aufgaben, Befugnissen sowie der rechtlichen und organisatorischen Verankerung eines solchen Gremiums, das die Gesetzgebungspraxis im Bereich des Rechts der Inneren Sicherheit zukünftig maßgeblich prägen und verändern könnte. Zur möglichen Beantwortung solcher Fragen sollen mit dem vorliegenden Eckpunktepapier erste Vorschläge unterbreitet werden, um die rechtspolitische Diskussion über die Einrichtung der Kommission weiter anzuregen und nach Möglichkeit zu einer besseren Rechtssetzungspraxis beizutragen.

The current coalition agreement (2021-2025) signed by the parties of the “traffic light coalition” under the heading of “security and freedom” contains plans for introducing a so called “freedom commission” as an independent committee of experts. This commission shall shift the focus to civil liberties and improve the quality of legislation in the area of security law with regard to surveillance powers by the state. In the political sphere, clear shapes and structures for the work of such a freedom commission cannot be found so far. This leads to pressing questions concerning responsibilities, powers as well as the legal and organizational anchoring of such a

committee which might cause significant changes of the legislation process in the area of internal security law. To provide possible answers to these questions, the position paper at hand aims at providing first proposals to stimulate the legal discussion on the establishment of the commission and wants to contribute to a better legislative practice.

I. Einleitung

1. Ausgangslage: Koalitionsvertrag

Um die Qualität der Gesetzgebung im Recht der Inneren Sicherheit war es in den vergangenen Jahren nicht immer gut bestellt. Große Visionen fehlten. Stattdessen ging und geht es häufig darum, Einzelvorhaben möglichst schnell abzuwickeln und als Stückwerk in Gesetzesform zu gießen. Zwingende verfassungsrechtliche Vorgaben wie die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern, der Bestimmtheits- und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz werden dabei ebenso wie internationale rechtliche Rahmenbedingungen bis heute häufig nur als unverbindliche Handlungsempfehlungen betrachtet.¹ Insbesondere der Frage, ob und wie sich neu zu schaffende Überwachungsbefugnisse in die bereits bestehende Sicherheitslandschaft einfügen, wurde nicht immer die nötige Beachtung geschenkt. In den einschlägigen Bundestags- oder Landtagsdrucksachen finden sich unter der Kategorie „Alternativen“ meist nur nichtssagende Floskeln wie „Keine“ oder „die Beibehaltung des bisherigen, als unbefriedigend empfundenen Zustandes“. Eine tiefergehende inhaltliche Auseinandersetzung mit den Aspekten der Geeignetheit und Erforderlichkeit neuer Gesetze und der mit ihnen geschaffenen Regelungsinstrumente findet kaum statt. Stattdessen verlässt sich die Politik darauf, dass es das BVerfG oder spätestens der EGMR – meist mehrere Jahre und mindestens eine Legislaturperiode später – schon richten werden. Die Folge sind aufwändige Korrektur- und Nachbesserungsverfahren.

* Die Verfasser*innen sind Mitglieder des Forschungsprojektes „Sicherheitsgesetzgebung und Überwachungsgesamtrechnung“ (LMU München/IDRIS, Deutscher Anwaltverein – DAV, Arbeitskreis Strafprozessrecht und Polizeirecht – ASP, Universität Passau/HRCP). Das Papier beruht auf den Erkenntnissen aus insgesamt vier Arbeitssitzungen (Stand: September 2022).

¹ Vgl. dazu bereits Zöller/Niedernhuber, Sicherheitsrecht und Ampelkoalition: Was bringt die „Überwachungsgesamtrechnung“?, LTO v. 18.3.2022, online abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/sicherheit-gesetze-polizei-nachrichtendienste-ueberwachung-gesamtrechnung-ampel-koalitionsvertrag-gesetzgebung/> (zuletzt abgerufen am 9.9.2022).

Dieses fehlende Problembewusstsein überrascht schon deshalb, weil das *BVerfG* bereits in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung aus dem Jahr 2010² vor einer unkontrollierten Kumulation verschiedener Überwachungsmaßnahmen gewarnt hatte. Dass die Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf, gehört nach Ansicht des höchsten deutschen Gerichts sogar zur „verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland“.³ Auch in seinem Urteil zum Bundeskriminalamtgesetz (BKAG) aus dem Jahr 2016 hält das *BVerfG* eine Totalüberwachung der Bürgerinnen und Bürger für unzulässig.⁴

Dies hat zur Folge, dass der Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einzelner Überwachungsmaßnahmen im Gesetzgebungsverfahren nicht isoliert betrachten darf. Vielmehr muss er sowohl bei der Einführung neuer als auch bei der Erweiterung bestehender Befugnisse das Wechselspiel und die Überschneidungen mit den bereits bestehenden Überwachungsbefugnissen im gesamten Recht der Inneren Sicherheit in einer Gesamtschau beachten.

An entsprechenden Mahnungen von höchster, verfassungsgerichtlicher Stelle für eine Verbesserung der Gesetzgebungspraxis mangelt es also nicht. Erst der Koalitionsvertrag der aktuellen Regierungsparteien aus dem Herbst 2021 hat jedoch eine stärker qualitätsverpflichtete Sicherheitsgesetzgebung mit einem ausgewogenen Verhältnis zwischen individueller Freiheit und kollektiver Sicherheit endlich auf die bundespolitische Agenda gesetzt. Dort heißt es zu den Stichworten „Freiheit und Sicherheit“:

„Die Eingriffe des Staates in die bürgerlichen Freiheitsrechte müssen stets gut begründet und in ihrer Gesamtwirkung betrachtet werden. Die Sicherheitsgesetze wollen wir auf ihre tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen sowie auf ihre Effektivität hin evaluieren. Deshalb erstellen wir eine Überwachungsgesamtrechnung und bis spätestens Ende 2023 eine unabhängige wissenschaftliche Evaluation der Sicherheitsgesetze und ihrer Auswirkungen auf Freiheit und Demokratie im Lichte technischer Entwicklungen. Jede zukünftige Gesetzgebung muss diesen Grundsätzen genügen. Dafür schaffen wir ein unabhängiges Expertengremium (Freiheitskommission), das bei zukünftigen Sicherheitsgesetzgebungsvorhaben berät und Freiheitseinschränkungen evaluiert.“⁵

Schon aus diesen wenigen Sätzen ergeben sich drei verschiedene Großvorhaben der Ampelkoalition:

1. die Erstellung einer Überwachungsgesamtrechnung,
2. eine unabhängige wissenschaftliche Evaluation der (bereits existierenden) Sicherheitsgesetze sowie

3. die Einrichtung einer sog. *Freiheitskommission* als unabhängiges Expertengremium.

Diese drei Vorhaben weisen untereinander *erhebliche inhaltliche Überschneidungen* auf. Sie sind daher stets im Zusammenhang zu betrachten. Dabei wird insbesondere der Freiheitskommission zukünftig eine entscheidende Überprüfungs- und Beratungsfunktion zukommen. Da im rechtspolitischen Raum allerdings bislang noch kein feststehendes Konzept für die Ausgestaltung einer solchen Kommission existiert, sollen mit dem vorliegenden Beitrag erste *Eckpunkte für mögliche Aufgaben, Befugnisse und die rechtliche Verankerung* der Kommission unterbreitet werden. Das Ziel der nachfolgenden Ausführungen besteht somit darin, erste Gedanken für ein Konzept einer Freiheitskommission zu unterbreiten und auf diese Weise die rechtspolitische Diskussion über ein Gremium anzustoßen, das zumindest das Potenzial besitzt, die Rechtsstaatlichkeit der deutschen Sicherheitsarchitektur in Zukunft nicht nur maßgeblich zu beeinflussen, sondern auch nachhaltig zu verbessern.

2. Implikationen

Der politische Auftrag zur Schaffung effektiverer Sicherheitsgesetze verlangt nach einem Perspektivenwechsel in der Herangehensweise an die künftige Gesetzgebung im Bereich der Inneren Sicherheit. Anders als in der Vergangenheit kann es in Zukunft nicht mehr darum gehen, immer neue und damit „mehr Gesetze“ für „mehr Sicherheit“ auf den Weg zu bringen. Das politisch erklärte Ziel ist, *qualitativ bessere Gesetze schon im Gesetzgebungsverfahren zu garantieren*, um so eine spätere Fehl- oder Übersteuerung in der Gesamtwirkung sich „ergänzender“ Überwachungsmaßnahmen aufgrund von inkohärenten Überwachungsbefugnissen und letztlich sogar ein drohendes Testat der Verfassungswidrigkeit durch das *BVerfG* von vornherein zu vermeiden.

Auch die Sicherheitsgesetzgebung steht damit vor einer derzeit vielbeschworenen Zeitenwende: „weg von Quantität, hin zu mehr Qualität“. Dies impliziert vor allem mehr Übersichtlichkeit in Bezug auf bereits bestehende gesetzliche Regelungen für Überwachungsmaßnahmen (Transparenz), ihre Anwendung und Häufigkeit, ihre Wirkungen und Konsequenzen auf das Handeln des Einzelnen sowie auf die freiheitliche Gesamtbelastung (Evaluierung und Institutionalisierung) der Bürgerinnen und Bürger. Nicht zuletzt werden durch stimmigere und verständlichere Sicherheitsgesetze auch die Sicherheitsbehörden besser in die Lage versetzt, ihre wichtigen Aufgaben wirkungsvoll wahrzunehmen.

Eine neue Institution zur Sicherung gesetzlicher Qualitätsstandards bereits in einem frühen Stadium der Entstehung und Beratung von Gesetzen könnte substanziell zum Erreichen dieser Zielsetzungen beitragen. Diese Aufgabe soll laut Koalitionsvertrag eine Freiheitskommission mit

² BVerfGE 125, 260 (323).

³ BVerfGE 125, 260 (324).

⁴ BVerfGE 141, 220 (280 f.).

⁵ Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 86.

zwei Tätigkeitsbereichen übernehmen: Einerseits soll sie „bei zukünftigen Sicherheitsgesetzgebungsvorhaben beraten“ und andererseits „Freiheitseinschränkungen evaluieren“. Des Weiteren könnte sie durch Stellungnahmen und Berichte wichtige praxisorientierte und wissenschaftlich fundierte Impulse liefern, um Debatten über neue Befugnisse im Sicherheitsbereich zu versachlichen.⁶

Schon die Implementierung eines solchen unabhängigen Gremiums zur Beratung der Bundesregierung bzw. des jeweils federführenden Bundesministeriums bei zukünftigen Vorhaben in der Sicherheitsgesetzgebung und zur Evaluation von Freiheitseinschränkungen stellt einen epochalen Schritt zur Veränderung des Prozesses der Entstehung von Gesetzen und der an ihm beteiligten Institutionen dar. Die diesbezügliche Strategie der Bundesregierung wirft aber auch Fragen auf. Im Koalitionsvertrag wird nicht geklärt, wie die Freiheitskommission zusammengesetzt werden soll, wo sie institutionell zu verorten ist und worin genau ihr Aufgabenbereich bestehen könnte. Zudem wird nicht hinreichend deutlich, was speziell unter einer „Überwachungsgesamtrechnung“ zu verstehen ist.

Das im Folgenden vorgeschlagene Konzept versteht die einzurichtende Freiheitskommission als Institution mit Evaluations-, Prüf- und Beratungskompetenzen („institutionalisierte Qualitätssicherung“). Der Begriff der Überwachungsgesamtrechnung kann in zweifacher Hinsicht verstanden werden: einerseits als ein konkretes Instrument zur Prüfung der Beeinträchtigung bürgerlicher Freiheiten, andererseits als eine Bezeichnung für den Mechanismus der Beteiligung der Freiheitskommission an Gesetzgebungsvorhaben im Bereich der Sicherheitsgesetzgebung.

3. Freiheitskommission und Überwachungsgesamtrechnung

Bei der Mitwirkung der Freiheitskommission im Rahmen der Gesetzgebung handelt es sich um die prozedurale Dimension der Überwachungsgesamtrechnung (*Überwachungsgesamtrechnung als Prozess*). Diese umfasst unter anderem die Beratung, Begleitung und Prüfung der Tätigkeiten des Gesetzgebers bei Gesetzgebungsvorhaben im Bereich der Sicherheitsgesetzgebung.

Dieser Tätigkeit der Kommission vorgelagert ist die *Erstellung und Präsentation der Überwachungsgesamtrechnung*. In erster Linie ist diese ein Instrument zur Ermöglichung guter Gesetzgebung. Dieses Instrument kann von der Freiheitskommission im Rahmen ihres zukünftigen materiellen Prüfprogramms genutzt werden (*Überwachungsgesamtrechnung als Produkt*). Mit seiner Hilfe können Beeinträchtigungen bürgerlicher Freiheiten durch Anwendung von Überwachungsbefugnissen bestimmt

und dargestellt werden (Ermittlung der Belastung der Bürger einerseits, komparative/überblicksartige Darstellung der Belastung andererseits).

Dogmatisch beschränkt sich das heute wohl überwiegende Verständnis der Überwachungsgesamtrechnung nicht mehr nur auf die vom *BVerfG* in der Vorratsdatenspeicherung zu betrachtende Massendatensammlung, sondern betrifft in einem hiervon abstrahierten Sinne einen an den Gesetzgeber adressierten Auftrag zur generellen Prüfung der „doppelten Verhältnismäßigkeit“ von Überwachungsmaßnahmen.⁷ Auf Grundlage der Wirkungen eines jeden Überwachungsinstruments muss zunächst im jeweiligen Einzelfall separat die Verhältnismäßigkeit der Befugnis als solcher beurteilt werden (1. Stufe). Zusätzlich ist dann auf der Basis einer Gesamtbetrachtung aller bereits verfügbaren staatlichen Überwachungsmaßnahmen die Verhältnismäßigkeit der Gesamtbelastung der Freiheit(en) der Bürger unter Einschluss des konkreten, zur Überprüfung anstehenden Überwachungsinstruments in das Überwachungsinstrumentarium zu analysieren (2. Stufe).⁸

Diese Aufgabe gestaltet sich in der Umsetzung außerordentlich heikel und komplex. Ein grundsätzliches Problem dabei ist die „Berechenbarkeit“ der Intensität von Grundrechtseingriffen. Erforderlich ist die Anwendung eines „Methodenmixes“ aus präskriptiven und normativen Wertungsparametern. Dieser Methodenmix muss zum einen – *quasi-empirisch* – die objektive und subjektive Belastung der Bürger „messen“, andererseits eine Abwägung der widerstreitenden Interessen der Sicherheitsbehörden, der Bevölkerung als Gesamtheit und des Einzelnen im konkreten Fall vornehmen. Ein starrer Schematismus wäre an dieser Stelle weder konstruierbar noch hilfreich. Vielmehr bedarf es eines Mechanismus, der sowohl gewichtende als auch graduierende Wertungen zulässt und zueinander in Beziehung setzt.

II. Beteiligung der Freiheitskommission im Gesetzgebungsverfahren

1. Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung

In der Absicht, fachliche Expertise bereits im Entwurfsstadium bei sicherheitsrechts- und kriminalpolitischen Gesetzesvorlagen zu verankern und auf diese Weise Gesetzesvorhaben „schon frühzeitig vor verfassungsrechtlichem Schiffbruch und unnötigen rechtspolitischen Streitereien zu bewahren“,⁹ schafft die Bundesregierung mit der Freiheitskommission eine zentrale Institution im Rahmen der von ihr beabsichtigten Reform der Sicherheitsgesetzgebung auf Bundesebene. Die Freiheitskommission soll bei sicherheitsrechts- und kriminalpolitischen Gesetzesvorhaben prüfen und dahingehend beraten, ob entspre-

⁶ Vgl. hierzu BT-Drs. 19/19009, S. 3.

⁷ In diesem Sinne wohl *Poscher/Kilchling/Landerer*, GSZ 2021, 225 (226 f.); *Moser-Knierim*, Vorratsdatenspeicherung – Zwischen Überwachungsstaat und Terrorabwehr, 2014, S. 248; a.A. *Braun/Albrecht*, VR 2017, 151 (152 ff.).

⁸ *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 (1240); deduziert aus *BVerfG*, NJW 2010, 833 (Vorratsdatenspeicherung); nunmehr auch *Friedewald/Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga*, DuD 2022, 572; a.A. *Löffelmann*, Überwachungsgesamtrechnung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 2022, S. 80: Beschränkung auf die „Kosten“ von Überwachung, d.h. auf die Überwachungsgesamtbelastung.

⁹ *Zöller/Niedernhuber* (Fn. 1).

chende Entwürfe mit den grundrechtlichen Freiheiten vereinbar sind.

Die Pläne treffen dabei auch auf eine anhaltende Diskussion über die Beteiligung von Expertengremien an politischen Entscheidungsprozessen und die Frage, welchen Stellenwert diese Gremien in einem solchen Prozess haben sollen.

Es geht dabei nicht um eine Entparlamentarisierung von Gesetzgebung oder die Beschneidung der Kompetenzen von Kontrollgremien.¹⁰ Auch neben der Tätigkeit der Freiheitskommission wird es Gutachtertätigkeit zu Gesetzesvorlagen geben; im Rahmen der parlamentarischen Behandlung werden weiterhin Sachverständigenanhörungen in den Ausschüssen stattfinden. Es sollen und müssen auch weiterhin parlamentarische Kontrollgremien und gesetzlich vorgesehene Evaluierungen existieren, die sich mit der Umsetzung von Sicherheitsgesetzen befassen. Insofern soll die Freiheitskommission – schon von Verfassung wegen – weder die parlamentarische noch die gerichtliche Kontrolle von Gesetzen ersetzen, sondern diese sinnvoll und notwendig *ergänzen*.

Um wirkungsvoll ihrem präventiven Zweck und der Ergänzung bestehender Beratungs- und Kontrollstrukturen gerecht zu werden, müssen die Aufgaben der Freiheitskommission klar definiert und ihre Unabhängigkeit sichergestellt sein. Zudem muss die Kommission organisatorisch einer Institution angegliedert werden, bei der sie ihrem Auftrag wirkungsvoll nachgehen kann. Zudem muss sie personell und im Hinblick auf ihre Mittel – insbesondere einer Geschäftsstelle – so ausreichend ausgestattet werden, dass ihre Arbeitsfähigkeit stets gesichert ist.

Zur Gewährleistung einer ausreichenden und dauerhaften Legitimation der Freiheitskommission sollte ihre Institutionalisierung auf einer *gesetzlichen* Grundlage geschehen. Dafür spricht bereits die praktische Erwägung, dass eine Verankerung der Kommission in einem Parlamentsgesetz ihr ein gewisses und vor allem notwendiges Maß an Kontinuität verschafft und die beabsichtigte Ernsthaftigkeit dieses neuen Gremiums zum Ausdruck bringt. Andernfalls könnte die Kommission – etwa nach einem möglichen Regierungswechsel – rasch, unbürokratisch und nahezu unbemerkt, d.h. ohne Mitwirkung des Parlaments, wieder aufgelöst werden.

Das Deutsche Ethikratgesetz (EthRG)¹¹ könnte dabei als mögliche Vorlage für ein Gesetz zur Einrichtung der Freiheitskommission auf Bundesebene dienen.¹² Zu den Aufgaben des Deutschen Ethikrats¹³ gehört u.a. die Erarbeitung von Stellungnahmen sowie von Empfehlungen für politisches und gesetzgeberisches Handeln und die Berichtspflicht gegenüber Bundestag und Bundesregierung über seine Tätigkeit und den Stand der gesellschaftlichen

Debatte über ethische, gesellschaftliche, naturwissenschaftliche, medizinische und rechtliche Fragen sowie die voraussichtlichen Folgen für Individuum und Gesellschaft, die sich im Zusammenhang mit der Forschung und den Entwicklungen insbesondere auf dem Gebiet der Lebenswissenschaften und ihrer Anwendung auf den Menschen ergeben (vgl. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 4 EthRG). Nach § 2 Abs. 3 EthRG erarbeitet der Deutsche Ethikrat seine Stellungnahmen auf Grund eigenen Entschlusses, im Auftrag des Bundestags oder im Auftrag der Bundesregierung und leitet seine Stellungnahmen dem Bundestag und der Bundesregierung vor der Veröffentlichung zur Kenntnis zu. Eine gesetzliche Verpflichtung des Gesetzgebers oder der Bundesregierung, ihr gesetzgeberisches oder politisches Handeln an den Stellungnahmen und Empfehlungen sowie den Berichten auszurichten, besteht zwar nicht. Ähnlich wie beim Deutschen Ethikrat sollten die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Freiheitskommission aber gesetzlich verankert werden. Auf diese Weise wird die Prüfung von Grundrechtseinschränkungen zu einem unselbständigen „Huckepackverfahren“ des Gesetzgebungsverfahrens. Im fachplanerischen Planfeststellungsverfahren existiert ein solches Verfahrenselement zur Erhebung von Umweltauswirkungen als „Umweltverträglichkeitsprüfung“. Das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) regelt Details. Die Aufgabe der Freiheitskommission im Gesetzgebungsverfahren ließe sich insofern als eine Art „Überwachungsverträglichkeitsprüfung“ bezeichnen.

2. Mitwirkungszeitpunkt im Gesetzgebungsverfahren

Um eine sinnvolle Tätigkeit der Freiheitskommission gewährleisten zu können, sollte diese *zum frühestmöglichen Zeitpunkt* in den Gesetzgebungsprozess einbezogen werden. Damit sie ihre Überprüfungs- und Beratungsfunktion erfüllen kann, käme eine Beteiligung erst im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess von Bundestag und Bundesrat deutlich zu spät. Vielmehr sollte die Freiheitskommission schon *durch das sachlich federführende Ministerium*, im Kontext des Rechts der Inneren Sicherheit also im Regelfall durch das Bundesministerium der Justiz (BMJ) oder das Bundesministerium des Innern und für Heimat (BMI), eingeschaltet werden. Sofern spezielle Materien wie z.B. das Gesetz über den Bundesnachrichtendienst (BNDG) oder das Gesetz über das Zollkriminalamt und die Zollfahndungsämter (ZfFg) betroffen sind, stünden dementsprechend Behörden wie das Bundeskanzleramt (BKAm) oder das Bundesministerium der Finanzen (BMF) in der Pflicht.

In der Praxis arbeitet meist auf Initiative des zuständigen Fachministers das in seinem Haus zuständige Referat einen ersten Entwurf für ein neues Gesetz aus. In diesem Stadium (Referentenentwurf) werden von dort aus im Rahmen der sog. Verbändeanhörung Stellungnahmen von

¹⁰ So auch *Ahmed/Kroll/Stephanblome*, Grundrechtsschonende Sicherheit – eine Freiheitskommission für Deutschland, IFSH-Policy-Brief 1/22, S. 2.

¹¹ Das EthRG regelt die Bildung des Deutschen Ethikrats, seine Aufgaben und Stellung, die Zahl seiner Mitglieder, deren Berufung und Amtszeit, deren Aufwandsentschädigung u.a.

¹² Für eine Anlehnung an den Ethikrat auch *Ahmed/Kroll/Stephanblome* (Fn. 10).

¹³ Ausführlich *Vöney*, Recht, Moral und Ethik, 2010, S. 240 ff.

Interessenverbänden (z.B. Polizeigewerkschaften, Anwaltskammern, Sozialverbänden oder Datenschutzbeauftragten) eingeholt. Zudem erfolgt eine Ressortabstimmung mit anderen Ministerien. Den fertigen Entwurf leitet das federführende Referat anschließend dem Minister zu, der diesen prüft und danach dem Kabinett, also der gesamten Bundesregierung, vorlegt.

Billigt das Kabinett den Entwurf, wird er als Regierungsentwurf dem Bundesrat zugeleitet und anschließend – mit der Stellungnahme des Bundesrates – dem Bundestag. Auch wenn zu diesem Zeitpunkt das offizielle parlamentarische Gesetzgebungsverfahren erst beginnt, haben oft bereits monatelange Entwurfs- und Verhandlungsprozesse der Ministerialbeamten, Staatssekretäre und Minister stattgefunden, häufig abgeschlossen in Gestalt von mühsam errungenen Kompromissvorschlägen. Ein Blick in die (rechts-)politische Praxis zeigt, dass ab diesem Zeitpunkt in der Politik nur noch wenig Bereitschaft zu grundlegenden inhaltlichen Änderungen besteht.

Die Beteiligung der Freiheitskommission sollte somit, damit sie die gebotene Beratung im Gesetzgebungsprozess sicherstellen kann, idealerweise bereits dann erfolgen, wenn das federführende Ministeriumsreferat „sprechfähig“ ist, also einen ersten internen Entwurf erarbeitet hat. Spätestmöglicher Zeitpunkt wäre insoweit der Beginn der Verbändeanhörung. Letzteres hätte allerdings den Nachteil, dass das Votum der Freiheitskommission häufig nur eines von vielen wäre, möglicherweise im Reigen der Verbändestellungnahmen unterginge und noch dazu inhaltlich keine Berücksichtigung mehr für den Referententwurf (Verbändeanhörung) fände.

Allerdings wäre ein solches Beteiligungsverfahren nur für Gesetzesvorlagen der Regierung(en) brauchbar. Ressortanhörungen oder eine Verbändeanhörung finden bei Gesetzesvorlagen von Fraktionen oder Abgeordneten grundsätzlich nicht statt. Daher sollte auch für Gesetzesvorlagen aus der Mitte des Parlaments oder im Auftrag von Fraktionen und Abgeordneten in Anlehnung an § 2 Abs. 3 EthRG gesetzlich die Möglichkeit einer Selbstbefassung der Freiheitskommission geschaffen werden.

Damit Aufgabe und Wirkungsweise der Freiheitskommission für Gesetzesvorlagen, die aus der Mitte des Parlaments eingebracht werden, ebenfalls fruchtbar gemacht werden können, erscheint es sinnvoll, die Freiheitskommission in diesen Fällen spätestens in die parlamentarische Gesetzgebung einzubinden. Bundestag bzw. Bundesrat sollten daher dafür sorgen, dass jede Gesetzesinitiative der Freiheitskommission zur Bewertung bzw. Stellungnahme hinsichtlich ihrer Eingriffe in die Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger vorgelegt wird, *bevor* die eigentliche parlamentarische Behandlung der Gesetzesvorlage beginnt. In einem solchen Verfahren, das durch die Geschäftsordnungen der jeweiligen Parlamente abzuschern wäre, läge kein unzulässiger Eingriff in das Gesetzesinitiativrecht.

3. Mitwirkungsmaterien

Darüber hinaus wäre klar zu definieren, für welche *Gesetzgebungsmaterien* der Freiheitskommission ein Recht zur Stellungnahme einzuräumen ist. Insbesondere ist zu vermeiden, dass das federführende Ministerium die Mitwirkungsrechte durch einseitigen Verweis auf fehlende Zuständigkeiten ausschließt, um das weitere Verfahren aus seiner Sicht entschlacken und beschleunigen zu können. Ein „Recht“ auf Stellungnahme (s. dazu unter 4.) bedeutet, dass die Mitglieder der Kommission auf dieses Recht auch selbstbestimmt verzichten können sollten, etwa weil sie selbst eine solche Stellungnahme nicht für erforderlich halten. Umgekehrt darf – schon zur Wahrung der Unabhängigkeit der Kommission – ein solches Recht nicht einseitig durch das Ministerium vorenthalten werden. Bestehen Zweifel an der Zuständigkeit der Kommission, so sollte die Befugnis zur Letztentscheidung bei der Kommission liegen.

In der Praxis ließen sich potenzielle Konflikte beispielsweise durch eine Voranfrage des zuständigen Referatsleiters an die Kommission lösen, ob diese beabsichtigt, zu einem bestimmten Gesetzgebungsverfahren Stellung zu nehmen. Eine solche Anfrage ließe sich, sofern die zur Stellungnahme erforderlichen Unterlagen gleich mitübersandt werden, auch in die gesamte Stellungnahmefrist integrieren, um für den Gesetzgebungsprozess insgesamt nicht zu viel Zeit zu verlieren.

Im Übrigen empfiehlt es sich, die *Zuständigkeit der Freiheitskommission* nicht formell an die Zuständigkeit einzelner Ministerien, sondern an *materielle Kriterien zu binden*. Schon ein kurzer Blick auf die gesetzliche Sicherheitsarchitektur der Bundesrepublik Deutschland zeigt, dass sich grundrechtssensible Überwachungsbefugnisse *de lege lata* auch in zahlreichen Spezialgesetzen befinden. Insofern bietet es sich an, an Aufgabenbeschreibungen wie die „Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten“, die „Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ oder die „nachrichtendienstliche Aufklärung“ anzuknüpfen.

Zu beachten ist allerdings, dass mit Blick auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern eine Freiheitskommission durch die Bundesregierung nur in Bezug auf solche Regelungsmaterien eingerichtet werden kann, die auch der *Gesetzgebungskompetenz des Bundes* unterfallen. Dazu zählen Gegenstände wie das materielle Strafrecht, das Strafverfahrensrecht, das Bundespolizeigesetz, das Bundeskriminalamtgesetz oder die Nachrichtendienstgesetze des Bundes.

Auf Landesebene müssten die einzelnen Länder selbst entscheiden, ob sie eine solche Kommission nach dem Vorbild des Bundes auch für Sicherheitsgesetze einrichten, die in die Zuständigkeit des Landesgesetzgebers fallen.

4. Rechtsform der Mitwirkung (*amicus curiae*-Modell)

Um die Expertise des unabhängigen Expertengremiums nicht ins Leere laufen zu lassen, wäre verfahrensrechtlich ein zwingendes Beteiligungsrecht zu etablieren. Diesen Weg hat der Gesetzgeber auch im Falle des Nationalen Normenkontrollrates (NKR) gewählt. Er wurde durch das Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates (NKRK)¹⁴ im Jahr 2006 konstituiert¹⁵ und ist derzeit beim Bundesministerium der Justiz (BMJ) eingerichtet. Die frühzeitige Beteiligung des NKR folgt bereits mittelbar aus der Aufgabennorm des § 1 Abs. 3 NKRK, indem ihm die Prüfung der Darstellung des Erfüllungsaufwandes neuer Gesetze gem. § 44 Abs. 4 i.V.m. §§ 42 Abs. 1, 43 Abs. 1 Nr. 5 GGO auferlegt wird. Direkt folgt sie in Form der Abgabe von Stellungnahmen zu Gesetzentwürfen aus § 4 Abs. 1 Nr. 1-4 i.V.m. § 6 Abs. 1 S. 1 NKRK. Hieraus ergibt sich ein Recht des NKR zur Beteiligung¹⁶ in der genannten Form an Gesetzgebungsverfahren.

Praktisch bietet sich an, der Freiheitskommission ein *Recht zur Stellungnahme binnen angemessener Frist* einzuräumen. Damit würde sich die Kommission dem vor allem im anglo-amerikanischen Recht verbreiteten Modell eines „amicus curiae“ annähern, dem es (in gerichtlichen Verfahren) gestattet wird, zu wichtigen Rechtsfragen Stellung zu nehmen. Die Stellungnahmefrist muss es allerdings gerade bei umfangreichen Gesetzgebungsvorhaben faktisch zulassen, zu den inhaltlichen Fragen wissenschaftlich fundiert Stellung zu nehmen. Insoweit kann man sich etwa an der Widerspruchsfrist nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO orientieren. Jedenfalls sollte der bislang im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren immer wieder anzutreffenden Praxis, Sachverständigen nur eine Stellungnahmefrist von wenigen Werktagen einzuräumen, mit Blick auf die freiheitswahrende Funktion der Tätigkeit der Freiheitskommission entgegen gewirkt werden. Die Freiheitskommission wäre danach als *unabhängige, externe Stelle* ohne unmittelbare organisatorische Anbindung an ein Fachministerium oder ein Gesetzgebungsorgan zu konzipieren. Sie könnte dem Referat, das den Gesetzentwurf schreibt, beratend zur Seite stehen und schließlich zum fertigen Entwurf eine Stellungnahme abgeben – bevor der Entwurf zur Kabinettsabstimmung übersandt wird. So hätte die Kommission die Möglichkeit, ihre Expertise bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt ein-

zubringen und die Referenten bei der schwierigen Aufgabe eines Gesetzentwurfs zu unterstützen. Das Gremium wäre damit kein Organ im Gesetzgebungsprozess, sondern eine im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zwingend hinzuzuziehende Institution außerhalb des Bundestags, des Bundesrats und der Bundesministerien.¹⁷

5. Beifügung der Stellungnahmen zum Gesetzentwurf

Die Gesetzesbegründung ist für die Rechtsanwendung und die richterliche Kontrolle, insbesondere durch das *BVerfG*, von besonderer Bedeutung. Insbesondere das Te-los einer Regelung lässt sich kaum ohne Rückgriff auf die Gesetzesbegründung und Gesetzesmaterialien erfassen. Die *Beifügung der Stellungnahme der Freiheitskommission zu den Gesetzesmaterialien* kann somit einen Beitrag leisten, die Einschätzungen der Kommission nicht nur im Gesetzgebungsprozess zu berücksichtigen, sondern auch in die Rechtspraxis zu implementieren. Eine solche Pflicht zur Beifügung bestimmter Materialien zu einer Gesetzesbegründung kennt die deutsche Rechtsordnung allerdings nicht. Dies ergibt sich konsequent aus der zwar umstrittenen,¹⁸ aber herrschenden Meinung¹⁹ in der verfassungsrechtlichen Literatur, wonach eine Pflicht zur Begründung eines Gesetzes für den Gesetzgeber nicht besteht. Auch das *BVerfG* hat sich in dieser Hinsicht positioniert:²⁰ Ist ein Gesetz per se schon nicht zu begründen, kommt eine Inhaltsbestimmung erst recht nicht in Betracht. Allerdings hat das *BVerfG* insoweit auch Ausnahmen anerkannt.²¹ Im Übrigen ist jedenfalls ein verfassungsrechtliches Verbot, einfachrechtlich eine Begründungspflicht (im Sinne einer Selbstverpflichtung des Gesetzgebers) zu schaffen, nicht ersichtlich.

Infolgedessen ist die Einführung einer Pflicht zur Beifügung einer Stellungnahme der Freiheitskommission zu einem Gesetzentwurf möglich. Zwar besteht im Regelfall auch für die Gesetzesinitianten keine generelle verfassungsrechtliche Begründungspflicht hinsichtlich eines Gesetzentwurfs.²² Anders als bei Gesetzen selbst kann eine sinnvolle Arbeit an einem Gesetzentwurf aber nur erfolgen, wenn die Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren den Zweck und die Begründung des Entwurfs nachvollziehen können. Daher sehen die GOBT²³, die GOBR²⁴ und die GGO²⁵ Begründungspflichten für Gesetzentwürfe vor. Hierbei handelt es sich zwar nur um parlamentarisches Binnenrecht;²⁶ ein Verstoß ist verfassungsrechtlich

¹⁴ Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates vom 14.8.2006 (BGBl. I S. 1866), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 19.6.2022 (BGBl. I S. 920).

¹⁵ Näher dazu Röttgen, ZRP 2006, 47 (47 ff.); kritisch Schröder, DÖV 2007, 45 (45 ff.); diff. Kirchhoff, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 293.

¹⁶ Vgl. Linke, JZ 2016, 1081 (1082) m.w.N., der nicht von einem Recht des NKR, sondern der Vorlagepflicht des federführenden Ressorts spricht.

¹⁷ S. insoweit auch den Gesetzgebungs- und Beratungsdienst (GBD) im Niedersächsischen Landtag, der weisungsunabhängig und parteipolitisch neutral arbeitet, sich aus erfahrenen Juristinnen und Juristen mit der Befähigung zum Richteramt zusammensetzt und durch eine Geschäftsstelle unterstützt wird; <https://www.landtag-niedersachsen.de/der-landtag/landtagsverwaltung/gesetzgebungs-und-beratungsdienst/>.

¹⁸ Krit. Redeker/Karpenstein, NJW 2001, 2825 ff.; zur Funktion der Gesetzesbegründung Spitzlei, JuS 2022, 315 ff.

¹⁹ Statt vieler Hebler, DÖV 2010, 754 (762); Schwarz/Bravidor, JZ 2011, 653 (659), jew. m.w.N.

²⁰ Vgl. nur BVerfGE 143, 246 (Rn. 278 ff.); 130, 263 (301 f.).

²¹ Z.B. BVerfGE 143, 246 (Rn. 279); 130, 263 (301 f.); siehe auch Schwarz/Bravidor, JZ 2011, 653 (654 f.); krit. Hebler, DÖV 2010, 754 (759 ff.).

²² BVerfGE 75, 246 (268); 132, 134 (162); 137, 34 (73 f.); 143, 246 (Rn. 278 f.); Dietlein, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG (Stand: 15.5.2022), Art. 76 Rn. 2.2; Masing/Risse, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 76 Rn. 70; Mann, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 76 Rn. 7.

²³ § 76 Abs. 2 GOBT.

²⁴ § 26 Abs. 3 S. 2 GOBR.

²⁵ § 42 Abs. 1, 43 GGO.

²⁶ Masing/Risse (Fn. 22), Art. 76 Rn. 70; Mann (Fn. 22), Art. 76 Rn. 7; vgl. auch Hebler, DÖV 2010, 754 (754); Dietlein (Fn. 22), Art. 76 Rn. 2.2.

irrelevant und nicht justiziabel. Dennoch führen diese Regelungen zu einer Selbstbindung der Gesetzesinitianten, die ein Abweichen in der Praxis nur schwer möglich macht.

Eine solche Pflicht zur Beifügung von Stellungnahmen zu Gesetzentwürfen kennt die deutsche Rechtsordnung bereits. Stellungnahmen des NKR sind gem. § 6 Abs. 1 S. 2 NKR²⁷ dem Gesetzentwurf der Bundesregierung bei Einbringung in den Bundestag bzw. bei der Zuleitung an den Bundesrat beizufügen. Eine korrespondierende Regelung findet sich auch in § 42 Abs. 1 S. 2 GGO.²⁸ Hierbei handelt es sich lediglich um Formvorschriften und keine sachliche Begrenzung des Initiativrechts, sodass dies verfassungsrechtlich unbedenklich ist.²⁹ Eine vergleichbare Regelung für die Freiheitskommission ist mithin möglich. Hinsichtlich der *Veröffentlichung von Stellungnahmen der Freiheitskommission* und damit ihrer Sichtbarmachung im Gesetzgebungsverfahren könnte man sich an den einschlägigen Regelungen über den „legislativen Fußabdruck“ in den Lobbyregistergesetzen und deren Veröffentlichung durch die Parlamente orientieren. Jedenfalls sollte faktisch sichergestellt werden, dass Stellungnahmen der Freiheitskommission der Gesetzesvorlage beigelegt werden und anders als sog. Vorgangsmappen über ein Gesetzgebungsverfahren, in welche nicht veröffentlichte (Ausschuss)Protokolle eingestellt werden, auch über das Inter- und nicht nur über ein Intranet für jede und jeden abrufbar sind.

6. Pflicht zur Berücksichtigung der Stellungnahme

Eine Pflicht zur sachlichen Befassung mit dem Inhalt der Stellungnahme ergibt sich aus der Pflicht zur Einholung und Beifügung allerdings nicht. Eine solche Pflicht gesetzlich zu verankern, begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Aufgrund der dargestellten Freiheit der beteiligten Organe in Bezug auf den Gesetzgebungsprozess,³⁰ die das *BVerfG*³¹ weit versteht und die nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Regelungen der Art. 65, 70-82 GG ff. begrenzt werden kann, ist eine Pflicht zur Befassung mit bestimmten Materialien im Gesetzgebungsprozess ausgeschlossen. Gleiches gilt für eine Pflicht zur Begründung einer Abweichung von einer fachkundigen Stellungnahme.³² Solche Pflichten sind auch unter Beachtung der Grundsätze der Gesetzgebungslehre, insbesondere der Durchführung einer (prospektiven) Gesetzesfolgenabschätzung, verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten. Gerade im Sicherheitsrecht handelt es sich jedoch um eine Obliegenheit des Gesetzgebers, der er

Folge leisten kann und sollte (vgl. § 44 Abs. 1 GGO).³³

Denkbar wäre daher eine Reform der einschlägigen Geschäftsordnung in der Form, dass bei den Ausschussberatungen ein Vertreter der Freiheitskommission gehört oder deren, ggf. in Bezug auf Änderungen zum Referentenentwurf aktualisierte, Stellungnahme verlesen werden kann. Die Einbeziehung in die Arbeiten zum Gesetzentwurf ist beispielsweise für den NKR in § 45 GGO niedergelegt. § 45 Abs. 1 GGO regelt, dass das federführende Ministerium den NKR frühzeitig in die Vorarbeiten und Ausarbeitung einzubeziehen hat. § 45 Abs. 2 GGO verpflichtet das federführende Ministerium im Falle der Stellungnahme des NKR zur Prüfung, ob die Bundesregierung ihrerseits zu einer Stellungnahme veranlasst ist. Eine Aufnahme der Freiheitskommission in die Regelung des § 45 Abs. 1 GGO wäre somit eine Möglichkeit, die Beteiligung und Berücksichtigung der Freiheitskommission zumindest im Verfahren der Erstellung eines Regierungsentwurfes zu sichern. Sie böte zudem das politische Potenzial, die Entwicklung des Gesetzentwurfs im Wege des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens zu beeinflussen.

7. Alternative Umsetzungsmodelle

a) Aufwertung der Stellung der Datenschutzbeauftragten

Primäres Ziel der Tätigkeit der Freiheitskommission ist der Schutz der Freiheitsrechte. Darin begegnet sie den Aufgaben der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, die die Einhaltung des Datenschutzrechts überwachen und Beschwerden von Bürgerinnen und Bürgern bearbeiten (insbesondere Art. 58 Abs. 1 lit. a und lit. f DS-GVO³⁴). Diesen Aufgaben liegt das Ziel der DS-GVO zu Grunde, die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren Recht auf den Schutz personenbezogener Daten zu schützen (Art. 1 Abs. 2 DS-GVO). In seiner abwehrrechtlichen Funktion richtet sich das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gerade auch gegen den Staat und ist insbesondere bei der Sicherheitsgesetzgebung und der Einräumung oder Erweiterung von Eingriffsbefugnissen an Sicherheitsbehörden von großer Bedeutung.³⁵ In der modernen Sicherheitsarchitektur verfügen eine Vielzahl gerade der neu geschaffenen Eingriffsbefugnisse über eine informationelle Komponente. Auch der Einsatz von algorithmischen Systemen wird künftig verstärkt die polizeilichen

²⁷ § 6 Abs. 1 NKR²⁷ hat folgenden Wortlaut: „Der Nationale Normenkontrollrat gibt seine Stellungnahmen zu den Gesetzentwürfen nicht öffentlich ab. Diese Stellungnahmen und die Stellungnahmen der Bundesregierung dazu werden dem Gesetzentwurf bei der Einbringung in den Bundestag beziehungsweise bei der Zuleitung an den Bundesrat beigelegt.“

²⁸ § 42 Abs. 1 GGO hat folgenden Wortlaut: „Gesetzesvorlagen bestehen aus dem Entwurf des Gesetzestextes (Gesetzentwurf), der Begründung zum Gesetzentwurf (Begründung) und einer vorangestellten Übersicht (Vorblatt) entsprechend Anlage 3. Gibt der NKR eine Stellungnahme ab (§ 45 Abs. 2 GGO), ist diese der Gesetzesvorlage beizufügen; das Gleiche gilt für eine Stellungnahme der Bundesregierung dazu.“

²⁹ *Masing/Risse* (Fn. 22), Art. 76 Rn. 70; *Mann* (Fn. 22), Art. 76 Rn. 7.

³⁰ *Kersten*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. Aufl. (2022), Art. 77 Rn. 14; *Bryde*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 77 Rn. 5; *Wolff*, in: Hömig/Wolff, GG, 13. Aufl. (2022), Art. 77 Rn. 3.

³¹ *BVerfGE* 1, 144 (151); 29, 221 (234); 36, 321 (330).

³² Zur Begründungsbedürftigkeit siehe *Ahmed/Kroll/Stephanblome* (Fn. 10).

³³ Dazu *Thiel*, VM 2019, 224 m.w.N.

³⁴ VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

³⁵ Vgl. *BVerfGE* 141, 220 Rn. 141 (BKAG); Beschl. v. 27.5.2020 – 1 BvR 1873/13 u.a. – Bestandsdatenauskunft II, NJW 2020, 2699 m. Anm. *Holzengel*.

und nachrichtendienstlichen Tätigkeiten prägen.³⁶

Vor diesem Hintergrund könnte die Aufgabe der Freiheitskommission theoretisch auch auf die Datenschutzbeauftragten in den Ländern und im Bund übertragen werden. Ihre völlige Unabhängigkeit in Datenschutzfragen (Art. 52 DS-GVO, Art. 42 JI-RL³⁷) wäre davon nicht betroffen, soweit zusätzliche Aufgaben auf sie übertragen würden.³⁸ Diese Aufgaben der Freiheitssicherung verschränken sich mit den spezifisch datenschutzbezogenen Aufgaben, sodass der vorhandene Sachverstand und die Erfahrung der Datenschutzaufsichtsbehörden fruchtbar gemacht werden könnten. Eine personelle Aufstockung wäre dann allerdings unabdingbar.

Dagegen spricht aber der Charakter der Freiheitskommission, die gerade einen breitbandigen Blick auf die Sicherheitsgesetzgebung haben soll, um sämtliche Grundrechte so weit als möglich zur Geltung kommen zu lassen. Dazu ist ein Ansatz praktischer Konkordanz erforderlich. Die Datenschutzaufsichtsbehörden sind bisher rechtlich gehalten, gesetzliche Regelungen aus der Perspektive des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu bewerten. Denn die konkretisierenden Regelungen in Art. 57 DS-GVO, Art. 46 JI-RL und auf Bundesebene § 14 BDSG weisen den Datenschutzbeauftragten Aufgaben der Überwachung des Datenschutzrechts zu. Zwar sind auch weitere Ziele zu verfolgen. Im Anwendungsbereich der DS-GVO soll der freie Datenverkehr (Art. 1 Abs. 3 DS-GVO) und im Anwendungsbereich der JI-RL soll der Austausch von Daten zwischen Behörden der Mitgliedstaaten nicht beschränkt werden. In der Abwägung der Ziele, die von den Datenschutzaufsichtsbehörden unabhängig vorgenommen werden, verfügt aber der Grundrechtsschutz über besonderes Gewicht, da sich die Datenschutzaufsichtsbehörden als Grundrechtsschutzbehörden verstehen.³⁹

Aufgrund der technischen Entwicklung ist die Wahrung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung gerade auch im Sicherheitsbereich von elementarer Wichtigkeit, weil hier klare rechtliche Bewertungen mit Bezug zum europäischen Recht erforderlich sind. Diese Zuspitzung der Sichtweise durch die Datenschutzaufsichtsbehörden dient der Freiheit der Bürgerinnen und Bürger gerade dann, wenn daneben ein auch stärker auf die Wahrung der Freiheitsrechte in ihrer Gesamtheit ausgerichtetes Gremium auftritt: die Freiheitskommission. Datenschutzaufsichtsbehörde und Freiheitskommission können

sich in ihren Aufgaben ergänzen. Die Datenschutzaufsichtsbehörden beraten den Gesetzgeber, verfügen aber auch über eine Reihe von Abhilfemaßnahmen, mit denen ein Datenschutzverstoß im Einzelfall sanktioniert werden kann (Art. 58 DS-GVO; Art. 47 JI-RL). Demgegenüber bleibt die Freiheitskommission auf der abstrakt-generellen Ebene, ist dort aber aufgrund ihrer politiknahen Funktion und ihrer dauerhaft angelegten Tätigkeit wirkmächtig.

b) Schaffung eines echten unabhängigen Kontrollgremiums im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses

Theoretisch wäre es auch denkbar, mit der Freiheitskommission ein unabhängiges Kontrollgremium zu schaffen, das im Gesetzgebungsverfahren eine eigenständige Rolle und ggf. sogar ein eigenes Vetorecht besitzt. Dieser Ansatz scheidet jedoch bereits daran, dass durch eine solche Kontrolltätigkeit die verfassungsmäßigen Rechte der einzelnen Organe im Gesetzgebungsverfahren, insbesondere das Initiativrecht aus Art. 76 Abs. 1 GG, unzulässig eingeschränkt würden.⁴⁰ Ein solches Kontrollgremium, das weisungsfrei agierte und nicht aus (mittelbar) vom Volk gewählten Vertretern bestünde, litte auch unter einem gravierenden Legitimationsdefizit und verstieße gegen das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, wenn es die gewählten Gesetzgebungsorgane kontrollieren könnte.⁴¹

8. Zwischenergebnis

Im Vergleich zu den vorstehend skizzierten Alternativmodellen erscheint das hier befürwortete *Amicus curiae*-Modell am erfolgversprechendsten. Eine solche Tätigkeit der Freiheitskommission ist verfassungsrechtlich zulässig, gewährleistet die unabhängige Prüfung von Gesetzentwürfen aus mehreren Blickwinkeln – nicht lediglich aus datenschutzrechtlicher Perspektive – und hat aufgrund der beratenden Funktion zum frühestmöglichen Zeitpunkt im Gesetzgebungsverfahren die größten Chancen, inhaltlich Berücksichtigung zu finden. Dieses Modell, bei dem sich Freiheitskommission, Datenschutzaufsichtsbehörden und weitere Akteure ergänzen, könnte eine echte Verbesserung hinsichtlich der Qualität zukünftiger Sicherheitsgesetze bewirken.

Durch eine Beteiligung der Freiheitskommission im Rahmen der Kabinettsvorlagen würde die Kommission in diesem Stadium die bereits nach geltender Rechtslage zu beteiligenden Institutionen, die nicht zu den betroffenen Ressorts zählen, ergänzen.⁴² Das Ergebnis könnte eine

³⁶ BVerfG, NVwZ 2021, 226 (Antiterrordateigesetz II); dazu Golla, NJW 2021, 667.

³⁷ RL (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates.

³⁸ Zur Unabhängigkeit vgl. *EuGH*, Urt. v. 9.3.2010 – C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125 (Kommission/Deutschland); *EuGH*, Urt. v. 16.10.2012 – C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631 (Kommission/Österreich); *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014 – C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237 (Kommission/Ungarn).

³⁹ Kugelmann/Buchmann, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. (2020), Art. 57 Rn. 23, 27.

⁴⁰ BVerfGE 1, 144 (153 f.); 145, 348 (Rn. 35); *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 76 Rn. 6.

⁴¹ S. etwa BVerfGE 38, 258 (270 ff.); 47, 253 (27); 77, 1 (40 f.); 83, 60 (72 ff.); 93, 37 (66 ff.); 135, 155 (221 f.); *Pieroth*, JuS 2010, 473 (481); *Schröder*, JA 2017, 809 (814); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 20 Rn. 7 ff.

⁴² So bestimmt bspw. § 7 Abs. 4 der Geschäftsordnung der Bayerischen Staatsregierung, dass u. a. der Landesbeauftragte für den Datenschutz bei allen thematisch einschlägigen Vorhaben frühzeitig zu beteiligen und seine Haltung in der Ministerratsvorlage darzustellen ist.

Stellungnahme der Freiheitskommission mit einer Bewertung der gegenständlichen Ministerratsvorlage und möglichen Änderungs- und Ergänzungsvorschlägen sein. Mit diesen könnte sich dann der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren auseinandersetzen, wenn spätestens bis zur endgültigen Beschlussfassung des Kabinetts bzw. des Ministerrats nach Abschluss der Verbandsanhörung und ggf. einer 2. Ressortanhörung über den Normentwurf die Differenzpunkte der Freiheitskommission zu dem Normentwurf aufrechtzuerhalten sind, weil Stellungnahme und Empfehlung der Freiheitskommission in der Gesetzesvorlage unberücksichtigt geblieben sind.

III. Verhältnis der Freiheitskommission zu anderen, am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Institutionen

Die Arbeit der Freiheitskommission sollte im Konzert mit anderen Stellen erfolgen, die ebenfalls in das Gesetzgebungsverfahren einbezogen sind oder zukünftig einbezogen werden sollen. Da Doppelzuständigkeiten oder unklare Kompetenzverhältnisse zu vermeiden sind, ist eine Abgrenzung der jeweiligen Aufgabenbereiche erforderlich.

Eine wichtige Beratungsfunktion soll im Gesetzgebungsverfahren dem Nationalen Normenkontrollrat (NKR) zukommen. Gemäß § 1 Abs. 1 NKRGG hat dieser die Aufgabe, die Bundesregierung bei der Umsetzung ihrer Maßnahmen auf den Gebieten des Bürokratieabbaus und der besseren Rechtssetzung zu unterstützen. Letzteres erfolgt durch Prüfung der Darstellung des sog. Erfüllungsaufwandes neuer Regelungen für Bürgerinnen und Bürger, Wirtschaft und öffentliche Verwaltung. Der Erfüllungsaufwand bezeichnet die gesamten Folgekosten eines Gesetzes oder einer Verordnung. Der NKR überprüft die Angaben des im Gesetzentwurf prognostizierten Erfüllungsaufwands auf ihre Nachvollziehbarkeit und Methodengerechtigkeit. § 1 Abs. 4 NKRGG macht deutlich, dass die angestrebten Ziele und Zwecke von Regelungen nicht vom Prüfungsumfang umfasst sind. Nach § 45 Abs. 1 S. 1 GGO muss das im Gesetzgebungsverfahren federführende Bundesministerium den NKR im Rahmen seiner gesetzlichen Zuständigkeit frühzeitig bei den Vorarbeiten und der Ausarbeitung einbeziehen, bevor der Entwurf einer Gesetzesvorlage der Bundesregierung zum Beschluss vorgelegt wird. Die Stellungnahmen des NKR werden Bestandteil der Parlamentsdrucksachen und sind öffentlich einsehbar. Die Prüfung der Transparenz von Gesetzesfolgekosten *ex ante* macht den Kern der Arbeit des NKR aus. Auf der Grundlage eines Beschlusses des Staatssekretärsausschusses „Bessere Rechtsetzung und Bürokratieabbau“ ist darüber hinaus im Wege der „Fortentwicklung der Evaluierungskonzeption der Bundesregierung“ im Sommer 2019 die Möglichkeit geschaffen worden, den NKR mit einer systematischen Evaluierung zu befassen, wie sich der Erfüllungsaufwand nach dem Erlass eines Gesetzes

tatsächlich entwickelt hat.⁴³ In Abgrenzung zu möglichen Aufgabenfeldern einer Freiheitskommission zeigt sich nach alledem, dass die Zuständigkeit des NKR im Gesetzgebungsverfahren vorwiegend auf die Transparenz von Kostenfolgen beschränkt ist.

Gleichfalls in den Gesetzgebungsprozess involviert ist der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI). Er fungiert als unabhängige Datenschutzaufsichtsbehörde nach Art. 51 Abs. 1 DS-GVO und ist gem. § 8 Abs. 1 BDSG als oberste Bundesbehörde mit Dienstsitz Berlin eingerichtet.⁴⁴ § 12 Abs. 2 IFG sieht vor, dass die Aufgabe des Bundesbeauftragten für die Informationsfreiheit von dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz wahrgenommen wird.⁴⁵ Im Gesetzgebungsverfahren wirkt der BfDI beratend gegenüber Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung und anderen Einrichtungen und Gremien mit, soweit es um legislative oder administrative Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten geht. § 14 Abs. 2 BDSG zufolge kann der BfDI zur Erfüllung dieser Aufgabe zu allen Fragen, die im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten stehen, von sich aus oder auf Anfrage Stellungnahmen abgeben. Damit korrespondiert § 20 Abs. 1 S. 2 GGO, wonach der BfDI auch in ressortübergreifend tätigen Ausschüssen beratend mitwirkt. Der BfDI wird demgemäß im Gesetzgebungsverfahren vorwiegend aus eigener Initiative tätig, ohne dass hierfür ein bestimmter Zeitpunkt festgelegt ist. Seine Beratungsfunktion ist materiell auf den Datenschutz und die Informationsfreiheit beschränkt. Die Tätigkeit der Freiheitskommission ginge hierüber deutlich hinaus.

Dem Koalitionsvertrag zufolge beabsichtigt die Regierungskoalition ebenfalls die Einrichtung eines „Zentrums für Legistik“.⁴⁶ Was sich genau dahinter verbirgt, ist noch Gegenstand regierungsinterner Diskussionen.⁴⁷ Während manche Stimmen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum darin einen „Forschungsansatz“, eine „Gesetzgebungstheorie“ oder eine „Gesetzgebungslehre“ ausmachen wollen,⁴⁸ wird der Begriff in der Praxis eher im Sinne (guter) Gesetzestechnik verstanden. Als „Legisten“ werden im letzteren Falle insofern Referenten und Referentinnen in den Ressorts bezeichnet, die mit Rechtsetzung und ihrer Prüfung betraut sind.⁴⁹ Die Rede ist auch von „Normprüferinnen“ bzw. „Normprüfern“.⁵⁰ Aus ihrer Mitte hat sich Anfang 2017 das „Netzwerk Normprüfung“ gegründet, welches einem niederschweligen Arbeitsaustausch innerhalb der Ministerialbürokratie dienen soll; auf der Suche nach Kriterien guter Gesetzgebung hat das Netzwerk einen signifikanten Bedarf der Normprüfungspraxis an wissenschaftlicher Beratung identifiziert.⁵¹ Es spricht viel dafür, dass das im Koalitionsvertrag erwähnte „Zentrum für Legistik“ in diesem Zusammenhang zu sehen ist und Be-

⁴³ Siehe dazu schon Nationaler Normenkontrollrat, Der Nationale Normenkontrollrat, Informationsbroschüre, 2016, S. 12.

⁴⁴ Ausführlich, *Wolff*, in: Schantz/Wolff (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1078 ff.

⁴⁵ Zur Doppelfunktion *Schnabel*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, IFG (Stand: 1.5.2022), § 12 Rn. 31 ff.

⁴⁶ Koalitionsvertrag (Fn. 5), S. 9.

⁴⁷ So die Antwort der BReg in einer Kleinen Anfrage der CDU/CSU-Fraktion, s. BT-Drs. 20/1277, S. 2 f.

⁴⁸ Vgl. *Meßerschmidt*, ZJS 2008, 111 (111 ff.).

⁴⁹ Nationaler Normenkontrollrat, Erst der Inhalt, dann die Paragraphen, McKinsey&Company Studie, Oktober 2019, S. 23.

⁵⁰ Vgl. *Hamann*, ZG 2020, 65 (66).

⁵¹ Ausführlich *Hamann*, ZG 2020, 65 (66 ff.).

ratungsangebote für Regierung und Parlament bereithalten soll. Mit Blick auf vergleichbare Einrichtungen in der Schweiz⁵² ist ebenfalls denkbar, das Zentrum mit Forschungs- und Entwicklungsaufgaben zu betrauen, um einer Verwissenschaftlichung der Gesetzestechnik Vorschub zu leisten.⁵³ Signifikante Überschneidungen mit dem Aufgabenspektrum der Freiheitskommission ergeben sich jedenfalls nicht.

IV. „Prüfprogramm“ der Freiheitskommission

1. Grundgesetz, Unionsgrundrechte, Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Die Freiheitskommission ist angehalten, die Spezifität und Addition der „Belastung“ von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen in erster Linie am Maßstab des Grundgesetzes zu analysieren und als „Gesamt“-Ergebnis festzustellen. Eine beratende Funktion der Freiheitskommission impliziert zudem eine Überprüfung neuer Überwachungsinstrumente anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Zudem spielen Fragen der Gesetzgebungstechnik eine Rolle.

Soweit sich eine Maßnahme der Überwachung allerdings im Anwendungsbereich des Unionsrechts bewegt (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh) und unter dem Blickwinkel der Judikatur des *BVerfG* („Recht auf Vergessen/EuHb III“)⁵⁴ eine unionsrechtlich vollständig determinierte Materie betrifft, ist die Charta der Grundrechte auch für die Freiheitskommission alleiniger Prüfungsmaßstab. Maßgeblich für die Messung der Intensität einer Überwachung sind dann die vom *EuGH* ausgelegten Garantien der Charta – mit den vom *BVerfG* proklamierten Vorbehalten der Ultra-vires-Kontrolle und der Identitätskontrolle, die nach der Vorstellung des *BVerfG* auch im vollständig vereinheitlichten Bereich des Unionsrechts unberührt bleiben.⁵⁵

Da die Grundrechte des Grundgesetzes über das Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung auch im Lichte der EMRK und der zu ihren Einzelgarantien vom *EGMR* entwickelten Leitsätze zu interpretieren sind,⁵⁶ muss die Freiheitskommission auch die für Überwachungsmaßnahmen relevanten Garantien der EMRK im Blick haben (Art. 8, Art. 10 EMRK). Soweit die Garantien der Charta der Grundrechte Prüfungsmaßstab sind, ergibt sich diese Notwendigkeit aus Art. 52 Abs. 3 GRCh. Da die Rechte aus

Art. 7 GRCh (Achtung des Privat- und Familienlebens, Wohnung, Kommunikation), Art. 8 GRCh (Schutz personenbezogener Daten) und Art. 11 GRCh (Freiheit der Meinungsäußerung, Presse-/Medienfreiheit; Schutz journalistischer Quellen) den durch Art. 8 und Art. 10 EMRK garantierten Rechten entsprechen, haben diese die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird.

Im Hinblick auf die in seiner Judikatur zu den Anforderungen an die *gesetzliche Grundlage* (Art. 8 Abs. 2 EMRK) und die Durchführung von Überwachungsmaßnahmen entwickelten Parameter führt der *EGMR* auch im Rahmen von Art. 8 EMRK eine abschließende menschenrechtsspezifische Gesamtbetrachtung durch und beurteilt auf diese Weise, ob die Maßnahme bezogen auf den Einzelfall mit Art. 8 EMRK vereinbar ist („viewed as a whole“; „the assessment depends on ‘all of the circumstances of the case’“)⁵⁷ – genau an dieser Stelle könnte ein tauglicher Anhaltspunkt für die *menschenrechtliche* Absicherung einer zu entwickelnden Überwachungsgesamtrechnung liegen.

2. Best Practice Guidelines für gute Sicherheitsgesetzgebung

Um den Gesetzgebungsprozess bestmöglich begleiten zu können, müssen zum materiellen Prüfprogramm einer Freiheitskommission auch die bereits existierenden *Forschungsergebnisse aus dem Bereich des Sicherheitsrechts* zählen. Dazu gehören neben thematisch einschlägigen, wissenschaftlichen Publikationen auch aktuelle empirische Studien. Zudem insinuiert bereits der Koalitionsvertrag, dass die Freiheitskommission sowohl möglicherweise schon für die Erstellung, jedenfalls aber für die weitere Anwendung und Fortschreibung einer Überwachungsgesamtrechnung als auch für eine unabhängige wissenschaftliche Evaluation der Sicherheitsgesetze⁵⁸ geschaffen werden soll.

Es spricht vieles dafür, dass die Freiheitskommission nach ihrer Einrichtung diese Aufgaben übernehmen soll. Schließlich handelt es sich angesichts eines sich schon durch den technischen Fortschritt dynamisch entwickelnden Sicherheitsrechts weder bei der Überwachungsgesamtrechnung noch bei der Evaluation um statische Aufgaben, die nach einmaliger Erledigung abgeschlossen

⁵² Siehe z.B. Zentrum für Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich, <https://www.zfr.uzh.ch/de.html> (zuletzt abgerufen am 9.9.2022).

⁵³ In diesem Sinne die Forderungen von *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (870); *Hamann*, ZG 2020, 65 (68 ff.); *Sack/Jacoby*, ZG 2017, 132 (141).

⁵⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 1845/18 u.a. = NJW 2021, 1518 (1519, Rn. 35; „Verfahren der Überstellung im Anwendungsbereich des RB-EuHb“).

⁵⁵ *BVerfGE* 123, 267 (353 f.) = NJW 2009, 2267; *BVerfGE* 126, 286 (302 ff.) = NJW 2010, 3422; *BVerfGE* 134, 366 (382 ff.) = NJW 2014, 907, Rn. 22 ff.; *BVerfGE* 140, 317 (336 f.) = NJW 2016, 1149, Rn. 42 f.; *BVerfGE* 142, 123 (194 ff.) = NJW 2016, 2473, Rn. 136 ff.; *BVerfGE* 146, 216 (252 ff.) = NJW 2017, 2894, Rn. 52 ff.; *BVerfGE* 151, 202 (287 ff.) = NJW 2019, 3204, Rn. 120 ff.; *BVerfG*, NJW 2020, 1647, Rn. 105 ff.; *BVerfG*, NJW 2021, 1518, Rn. 40 ff.

⁵⁶ *BVerfGE* 111, 307 (317) = NJW 2004, 3407 (3408) – Görgülü.

⁵⁷ Vgl. etwa: *EGMR*, Weber u. Saravia/Deutschland (E), 29.6.2006, Nr. 54934/00, § 106; *Dragojević/Kroatien*, 15.1.2015, Nr. 68955/11, § 83; *Hambardzumyan/Armenien*, 5.12.2019, Nr. 43478/11, § 61; (GK) *Big Brother Watch u.a./UK*, 25.5.2021, Nr. 58170713, § 425; (GK) *Centrum för rättsvisa/Schweden*, 25.5.2021, Nr. 35252/08, § 373; vgl. Vortrag von *Esser*, 3. Projektsitzung des Arbeitskreises am 11.2.2022.

⁵⁸ Zu den unterschiedlichen Ansätzen der Evaluation von Sicherheitsgesetzen siehe *Weingärtner*, Die Evaluation von Sicherheitsgesetzen, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2021.

sind. Sie müssen vielmehr dynamisch weiterentwickelt und in regelmäßigem Turnus fortgeführt werden.

Im Übrigen dürfte es sich empfehlen, einer Freiheitskommission eine „Checkliste“ mit *Best Practice-Guidelines* an die Hand zu geben, die stichwortartig diejenigen Prüfpunkte enthalten, die bei Gesetzgebungsvorhaben mit Überwachungsnormen zwingend zu durchlaufen oder zumindest zu durchdenken sind.

3. Konzeption einer Überwachungsgesamtrechnung („Berechnungsfragen“)

Was genau die Überwachungsgesamtrechnung bedeuten und als Arbeitsauftrag der Freiheitskommission umfassen soll, ist noch nicht eindeutig definiert. Gemeint ist ein Konzept, dass die tatsächlichen Belastungen des Bürgers durch Sicherheitsgesetzgebung transparent macht und damit als Instrument dient, um bei der zukünftigen Gesetzgebung in diesem Bereich die Belastungshärte für den Bürger zu bestimmen. Im Rahmen des Forschungsprojekts, aus dem das vorliegende Eckpunktepapier entstanden ist, werden bislang zwei konkrete Modelle einer Überwachungsgesamtrechnung als Prüfmaterie ergebnisoffen diskutiert:

a) Vergleichsmatrix als Instrument zur Bemessung der Intensität und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen

Wie bereits die Bezeichnung „Überwachungsgesamtrechnung“ suggeriert, geht es dabei um die „Berechnung“ der Auswirkungen von Überwachungsmaßnahmen, d.h. die Überwachungsgesamtrechnung muss Elemente der *Summierung*, *Faktorisierung* und *Relationierung* beinhalten. Sie stellt hingegen keinen Tatbestand in Form einer einzelnen Norm oder eines Normengeflechts dar, sondern beschreibt eine besondere Form der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen.⁵⁹ Insofern zeigt sich, dass die gewöhnliche juristische Methode – die Subsumtion – an ihre Grenzen gerät.⁶⁰

Für die Handhabarmachung bieten sich Methoden an, die zum einen empirisch unterlegt sind, zum anderen mit Gewichtungsfaktoren arbeiten.⁶¹ Es geht dabei darum, mögliche Auswirkungen von Sicherheitsgesetzen zu bestimmen, in ihrer konkreten Ausprägung auf den Bürger zu

messen und sie sodann in Beziehung zueinander sowie in Beziehung zu den Auswirkungen anderer Sicherheitsgesetze zu setzen. Insofern geht es eher um die Bestimmung einer idealen Belastung der Freiheitsrechte. Die „Berechnung“ ist demzufolge nicht so zu verstehen, dass eine simple Addition oder Subtraktion von Wirkungen durchgeführt werden soll. Vielmehr muss in der Art einer gewichteten Matrix aufgezeigt werden, welche partikularen Intensitäten von und durch Sicherheitsgesetzgebung und mittels der Verschränkung ihrer Rechtsfolgen auf den Bürger einwirken.

Statt der „gewöhnlichen“ Subsumtion müssen für die Anwendung der Überwachungsgesamtrechnung somit Instrumente genutzt werden, die sowohl qualitative Gewichtungen als auch quantitative Vergleiche ermöglichen. Eine – denkbare – Umsetzungsmöglichkeit wäre die Nutzbarmachung einer der Subsumtion zumindest artverwandten, rechtstheoretisch aber leicht differenzierten Methode, die es zulässt, statt der starren Abarbeitung eines Schemas eine fluide Bewertung von Umständen vorzunehmen (sog. „bewegliches System“⁶²).⁶³ Zudem bedarf es zusätzlich einer – wenn nicht empirisch so doch zumindest „mathematisiert“ grundierten – jura-externen Grundkonzeption, die Gewichtungen entschlüsseln und veranschaulichen kann.⁶⁴ Eine vertiefte Ausarbeitung des beispielhaften Modells einer Überwachungsgesamtrechnung bleibt aus Platzgründen einer gesonderten Publikation vorbehalten.⁶⁵

b) Repräsentative Bestimmung der Überwachungsbelastung

Versteht man die Überwachungsgesamtrechnung als „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung“⁶⁶, bedarf einer Klärung, ob und wie weit der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sich als Fundament einer solchen „Gesamtrechnung“ eignet. Das macht einen Rückgang auf die umstrittenen methodischen Grundlagen der Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich.⁶⁷ Dabei spielt eine wichtige Rolle, dass die zu berücksichtigenden Faktoren – Eingriffskosten in Gestalt der Verletzung von Grundrechtssubstanz einerseits und der durch Überwachung zu erwartende Nutzen andererseits – nicht unmittelbar anhand eines gemeinsamen Maßstabs miteinander „verrechnet“ werden können. Kosten und Nutzen von

⁵⁹ Instrukтив *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 (1240); deduziert aus *BVerfG*, NJW 2010, 833 (Vorratsdatenspeicherung).

⁶⁰ Subsumtion führt stets zu binären Ergebnissen, d.h. sie ist weder geeignet zu gewichten noch Abwägungen vorzunehmen.

⁶¹ In diese Richtung auch der Vorschlag eines „Periodischen Überwachungsbarometers“; vgl. hierzu die Konzeptstudie von *Poscher/Kilchling/Landerer* (2022) sowie die Beiträge von *Poscher/Kilchling/Landerer*, GSZ 2022, 225 ff. und *Poscher/Kilchling*, DRiZ 2022, 110 ff.

⁶² Hierzu erstmals *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1951; *Wilburg*, AcP 163 (1964), 346 ff.; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, 74 ff.; *Westerhoff*, Die Elemente des Beweglichen Systems, 1991; *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1 (28); aus neuerer Zeit *Maurer*, Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB, 2017; *Paas*, Das bewegliche System. Zur Karriere einer juristischen Denkfigur, 2021.

⁶³ Die exemplarische Ausarbeitung des aufgezeigten ÜGR-Mechanismus geht auf einen Vortrag von *Gerson* im Rahmen der 4. Projekt-sitzung des Arbeitskreises am 20.5.2022 an der LMU zurück.

⁶⁴ Für diese Zwecke kann die sog. „Lieferantenmatrix“ herangezogen werden, dazu näher *Arnolds/Heege/Röh/Tussing*, Materialwirtschaft und Einkauf, 13. Aufl. (2016), S. 21 ff.

⁶⁵ Hierzu *Gerson*, KriPoZ 6/2022.

⁶⁶ *Roßnagel*, NJW 2010, 1238, 1240; *ders.*, NJW 2016, 533 (534).

⁶⁷ Vgl. nur *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976; *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981; *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2015.

Überwachung verhalten sich verfassungsrechtlich asymmetrisch zueinander, weil Nutzenparameter (außerhalb des Untermaßverbots) nicht verfassungsrechtlich determiniert sind, die Kosten hingegen schon.⁶⁸ Wie groß der Nutzen von Überwachung ist, stellt mit anderen Worten keine verfassungsrechtliche Frage dar, sondern eine Zuschreibung durch den die Überwachung legitimierenden Gesetzgeber unter Berücksichtigung rechtstatsächlicher Erkenntnisse.

Vor diesem Hintergrund kann eine als spezifische Verhältnismäßigkeitsprüfung verstandene Überwachungsgesamtrechnung keine Saldierung der Kosten und des Nutzens von Überwachung und auch keine Bestimmung von deren zulässiger Höchstgrenze leisten. Eine Überwachungsgesamtrechnung kann aber ein Instrument sein, um die Eingriffskosten von Überwachung – die Überwachungsbelastung – systematisch und fortschreibungsfähig zu erfassen. Hierfür ist es erforderlich, im Wege einer konkreten Betrachtung verfassungsrechtlich verankerte Parameter zur Bestimmung der Eingriffsintensität ausgewählter Überwachungsmaßnahmen zu definieren und mit statistischen Daten (etwa zur Häufigkeit der Maßnahmen und Anzahl betroffener Personen) zu unterlegen.⁶⁹ Die Überwachungsbelastung kann so zwar nicht absolut, aber repräsentativ ermittelt werden. Bei der Bestimmung der Parameter und der Auswahl der Maßnahmen können rechtstatsächliche Erkenntnisse in Form von Expertenwissen einfließen. Die Verfügbarkeit der benötigten statistischen Daten kann durch eine Berichtspflicht der Sicherheitsbehörden in Bund und Ländern auf der Grundlage der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für statistische Zwecke (Art. 73 Abs. 1 Nr. 11 GG) gewährleistet werden. Die kontinuierliche Bestimmung einer repräsentativen Überwachungsgesamtbelastung könnte wiederum ein Instrument zur Evaluation der Sicherheitsgesetzgebung durch eine Freiheitskommission sein (Überwachungsgesamtrechnung als Prozess).

V. Aufbau, Struktur und Zusammensetzung der Freiheitskommission

Nähere Angaben zu Größe und Zusammensetzung der Freiheitskommission sucht man im Koalitionsvertrag vergeblich. Eine Orientierung für die potenzielle Zielrichtung und Zusammensetzung der Freiheitskommission bieten frühere Anträge der aktuellen (Mit-)Regierungspartei FDP an den Deutschen Bundestag, wonach „eine unabhängige Freiheitskommission mit Experten aus den Bereichen Justiz, Wissenschaft und Zivilgesellschaft eingesetzt werden“ solle. In Form eines langfristig institutionalisierten, ständigen Beratungsgremiums solle diese im Gesetzgebungsverfahren mitwirken und „ähnlich der Monopolkommission, dem Deutschen Ethikrat oder den „Wirtschaftsweisen“ ausgestaltet sein.“⁷⁰

Konkrete Angaben zur zahlenmäßigen Zusammensetzung sind den Anträgen nicht zu entnehmen. Insoweit könnte sich die Freiheitskommission zwischen bestehenden Regelungsvorbildern wie dem Ethikrat (26 Mitglieder)⁷¹ und der Monopolkommission sowie dem Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (fünf sog. „Wirtschaftsweisen“)⁷² bewegen. Angesichts der vorstehend skizzierten, umfangreichen Aufgaben der Freiheitskommission liegt es zunächst nahe, die Freiheitskommission mit ausreichenden Personalressourcen auszustatten, um ihre Arbeitsfähigkeit sicherzustellen. Wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter können die Mitglieder bei der Vorbereitung von Kommissionssitzungen unterstützen. Vorzugswürdig erscheint bei der binnenstrukturellen Aufgabenverteilung ein Bericht-er-statter-Modell.

Eine ähnliche Funktion wie die des Ethikrats, der im Rahmen der Corona-Pandemie die Bundesregierung hinsichtlich der Umsetzung grundrechtsintensiver und die Gesamtgesellschaft betreffender Maßnahmen zur Eindämmung der Weiterverbreitung des Corona-Virus beraten hat, könnte auch der Freiheitskommission zukommen: Sie könnte über die Beratung im Einzelfall hinaus generell zu einem verstärkten Diskurs über freiheitseinschränkende Überwachungsmaßnahmen führen und damit einen zentralen Beitrag zur gesellschaftlichen Meinungsbildung leisten.⁷³

Um dieser anspruchsvollen Aufgabe gerecht zu werden, bedarf es einer pluralistischen Zusammensetzung der Freiheitskommission mit im Kern hohem juristischem Sachverstand. Da es letztlich immer um die Begleitung von Gesetzesvorhaben geht, sollte sich die Kommission im Schwerpunkt aus renommierten und einschlägig ausgewiesenen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus den juristischen Teildisziplinen des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts zusammensetzen. Weiterhin ist – auch zur Absicherung der Praktikabilität der Stellungnahmen – die Einbindung erfahrener Praktiker mit einschlägiger wissenschaftlicher Betätigung zu empfehlen, wobei die Mitglieder immer nur für ihre Person sprechen sollten. Weiterer Sachverstand könnte zudem etwa aus Bereichen wie Soziologie, Politologie, Philosophie, Geschichte, Psychologie und Ökonomie sowie von zivilgesellschaftlichen Organisationen für die Beratungen der Freiheitskommission beigezogen werden. Um klar zwischen Politikberatung einerseits und politischer Entscheidung andererseits zu trennen und um zu verhindern, dass die Freiheitskommission zum Spielball partei- bzw. fraktionspolitischer Interessen wird, sollten deren Mitglieder weder einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes noch der Bundes- oder einer Landesregierung oder den diesen zugeordneten Ministerien angehören dürfen.⁷⁴ Ansonsten bestünde die Gefahr, dass Abgeordnete, Minister oder Ministeriumsbeamte im „Gewand“ des Experten letztlich sich selbst beraten.

⁶⁸ Teilweise wird in diesem Zusammenhang im Schrifttum auch von der Inkommensurabilität der Abwägungsgegenstände gesprochen; näher Löffelmann, Überwachungsgesamtrechnung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 2022, S. 39 ff. m.w.N.

⁶⁹ Ausf. hierzu Löffelmann (Fn. 68), S. 95 ff.

⁷⁰ BT-Drs. 19/19009, S. 3; BT-Drs. 19/23695, S. 4, 6.

⁷¹ § 4 Abs. 1 EthRG.

⁷² Bzgl. der Monopolkommission s. § 45 Abs. 1 GWB; bzgl. der „Wirtschaftsweisen“ s. § 1 Abs. 2 SachvRatG.

⁷³ Vgl. hierzu die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zum EthRG, BT-Drs. 16/2856, S. 7.

⁷⁴ Vgl. BT-Drs. 16/2856, S. 8 f.

Wie im Ethikratgesetz sollte auch hinsichtlich der Freiheitskommission gesetzlich festgehalten werden, dass dieses Gremium und deren Mitglieder unabhängig und nicht an Weisungen gebunden sind.⁷⁵

VI. Eckpunkte

Aus alledem lassen sich zusammenfassend die folgenden Eckpunkte für die Einführung der im Koalitionsvertrag vorgesehenen Freiheitskommission ableiten:

1. Die Freiheitskommission sollte auf der Grundlage eines Gesetzes im formellen Sinn eingerichtet werden.
2. Vorzugswürdig erscheint eine Konzeption als unabhängige, externe Stelle, die im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zwingend hinzuzuziehen ist.
3. Die Kommission sollte in einem möglichst frühen Stadium des Erlasses von Sicherheitsgesetzen eingebunden werden.
4. Um eine effektive Kommissionsarbeit zu gewährleisten, sollte der Freiheitskommission ein Recht zur Stellungnahme binnen angemessener Frist eingeräumt werden.
5. Für die Mindestdauer der Stellungnahmefrist kann man sich an der Monatsfrist nach § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO orientieren.
6. Die Stellungnahme der Freiheitskommission sollte dem jeweiligen Gesetzentwurf beigelegt werden.
7. Eine faktische Berücksichtigung der Stellungnahmen durch die Gesetzgebungsorgane des Bundes kann durch eine entsprechende Änderung der einschlägigen Geschäftsordnungen (von Bundestag und Bundesrat) sichergestellt werden.
8. Es empfiehlt sich, die Zuständigkeit der Freiheitskommission an materielle Kriterien wie die „Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten“, die „Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ oder die „nachrichtendienstliche Aufklärung“ zu binden.
9. Zum Prüfprogramm einer solchen Freiheitskommission gehören neben dem Verfassungsrecht auch die EU-Grundrechtecharta und die EMRK. Zudem sind neben einschlägigen *Best Practice*-Regelungen auch Erkenntnisse aus der Evaluation von Sicherheitsgesetzen sowie die Überwachungsgesamtrechnung zu berücksichtigen.
10. Um ihren anspruchsvollen Aufgaben auch praktisch gerecht werden zu können, bedarf es einer interdisziplinären und pluralistischen Zusammensetzung der Freiheitskommission mit einer ausreichend großen Mitgliederzahl.

⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 16/2856, S. 8.

Die kriminalstrafrechtliche Sanktionierung der Eizellspende – Schutz christlicher Moralvorstellungen im säkularen Staat am Beispiel des ESchG

von Julia Lisa Engelbert*

Abstract

Der Beitrag untersucht die Legitimität des in § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2 ESchG strafrechtlich sanktionierten Verbots der Eizellspende. Ausgehend von der Entscheidung des BayObLG vom 04.11.2020, welche eine 2-PN-Spende als strafbare Eizellspende einordnet, wird dargelegt, welchen Anforderungen eine Strafnorm genügen muss, um als legitim zu gelten und inwiefern diese im vorliegenden Fall durch die Reproduktionsfreiheit beeinflusst werden. Die Rechtfertigungsversuche für das Eizellspendeverbot – Schutz der Spenderin, Schutz des Kindeswohls, Schutz bestimmter Wertvorstellungen – werden dargelegt und anhand der Maßstäbe für legitimes Strafrecht wird erläutert, warum jene diesen Maßstäben nicht genügen. Daraus folgt ein dringender kriminalpolitischer Appell an den Strafgesetzgeber.

The article examines the legitimacy of the legislative decision in § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2 ESchG to prohibit egg donation by criminal law. Starting from the BayObLG's ruling on 4th November 2020 deeming the donation of cells in the pronucleus stage to be punishable as the criminal offence of an egg donation, the article elaborates on the requirements for a criminal norm to be viewed as legitimate and how they are influenced in this case by reproductive freedom. The attempts to justify the prohibition of egg donation are described – donor protection, child protection and the protection of specific moral values – and why they do not meet the requirements for legitimate criminal law. This leads to an urgent appeal to the legislator for changes in criminal policy.

I. Aktualität und Einführung in grundsätzliche Fragen

Im Dezember 2020 sorgte das BayObLG mit einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 Nr. 2 Embryonenschutzgesetz (ESchG) für Aufsehen.¹ Gegen Mitglieder des Vereins Netzwerk Embryonenspende wurde in insgesamt 33 Fällen aus den Jahren 2014 und 2015 Anklage erhoben. Nach Freisprüchen in erster² und zweiter³ Instanz gab das BayObLG der Revision der Staatsanwaltschaft statt und ordnete die Tätigkeit der Ärzte in 17 Fällen als Durchführung einer Eizellspende

ein – die im Gegensatz zur Embryonenspende u.a. in § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Grund dafür ist, dass den Medizinerinnen nicht nur die Implantation von Blastozysten (Embryonen ca. 5–6 Tage nach der Befruchtung mit bereits mehrfacher Zellteilung), bei denen das BayObLG eine Strafbarkeit ablehnte,⁴ nachgewiesen werden konnte, sondern auch von Zellen, die sich noch im sog. 2-PN-Stadium befinden. Zur Erklärung dieser Dichotomie ist ein kurzer Blick auf den biologischen Befruchtungsvorgang zu werfen.

Die Entwicklung des Embryos durchschreitet ab der Imprägnation, dem Eindringen der Samen- in die Eizelle, mehrere Stadien. So bilden sich zunächst zwei Vorkerne (die sog. Pronuclei, daher der Begriff 2-PN-Stadium) aus je einer der Gameten, bei denen es erst nach einigen Stunden zur Konjugation – zur Kernverschmelzung – kommt. Dieser eine Kern bildet die Grundlage für die darauffolgende Zellteilung, die bis zur vollständigen Entwicklung zum überlebensfähigen Fötus im Laufe der Schwangerschaft weiter fortschreitet. Als Embryo i.S.d. ESchG gilt nach der Legaldefinition des § 8 Abs. 1 ESchG eine menschliche Keimzelle ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung. Dessen Kryokonservierung und Freigabe zur Implantation in eine genetisch fremde Frau – mit Einverständnis der genetischen Eltern, die die nach Abschluss der eigenen Reproduktionsbehandlung verbleibenden Embryonen ‚spenden‘ wollen – stellt eine von den strafrechtlichen Verboten des ESchG nicht erfasste und daher straflose Embryonenspende dar.⁵ Nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 ESchG ist ab dem Zeitpunkt der Kernverschmelzung eindeutig von einer befruchteten Eizelle auszugehen, sodass deren Auftauen unstrittig kein Unternehmen der Befruchtung i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG darstellen kann. Streitig hingegen ist die Rechtslage hinsichtlich der 2-PN-Zelle, die keine ‚bloße‘ Eizelle mehr ist, da es bereits zur Imprägnation und Bildung der Pronuclei gekommen ist; eine Konjugation dieser Vorkerne und damit eine ‚vollständige‘ Befruchtung hat jedoch auch nicht stattgefunden. Ob die 2-PN-Zelle deshalb i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG noch ‚befruchtet‘ werden kann, indem die imprägnierte und kryokonservierte Zelle aufgetaut und der Entwicklungsprozess der Zelle wieder in Gang gesetzt

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln. Sie erzielte mit ihrem Beitrag den ersten Platz des KriPoZ-Aufsatzwettbewerbs 2022.

¹ BayObLG, Urteil v. 4.11.2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19 = MedR 2021, 460.

² AG Dillingen a.d. Donau, Ur. v. 20.03.2018 – 306 Cs 202 Js 143548/17.

³ LG Augsburg, Ur. v. 13.12.2018 – 16 Ns 202 Js 143548/14 = MedR 2019, 483.

⁴ BayObLG, Ur. v. 04.11.2020 – 206 St RR 1459/19-1461/19, juris Rn. 67.

⁵ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. (2018), § 1 ESchG Rn. 8.

wird,⁶ wurde deshalb selbst nach der Entscheidung des *BayObLG* breit diskutiert. Den Wortlaut⁷ und die Systematik⁸ beanspruchen beide Positionen als Argumentationshilfen für die jeweils eigene Ansicht. An der Verfassungskonformität der Entscheidung lässt letztlich der Blick auf die betroffenen grundrechtlichen Positionen zweifeln. Der Schutz des Lebens nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG könnte dafür sprechen, die 2-PN-Spende nicht unter das strafrechtliche Verbot des ESchG einzuordnen, um dem potenziellen Leben eine legale Chance zur Entfaltung zu gewähren. Schutz wird jedoch frühestens ab der Befruchtung gewährt,⁹ die hier aber gerade Streitgegenstand ist. Die Einbeziehung des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG verhindert eine tautologische Argumentation. Sachliche Gründe dafür, die Spende von 2-PN-Zellen mit Freiheitsstrafe zu bedrohen, die Embryonenspende jedoch nicht, lassen sich nicht benennen.¹⁰ In beiden Fällen ist der Befruchtungsvorgang durch die Imprägnation bereits in Gang gesetzt und wurde nur zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterbrochen. Hinzu kommt das Bestimmungsrecht der Spender über ihre Gameten, die ein legitimes Interesse daran haben, dass auf die überzählige Zelle nicht nur das Schicksal des Verwerfens oder der dauerhaften Kryokonservierung wartet, sondern eine weitere Option in Form der Freigabe zur Adoption.¹¹ Letztlich besteht der Verdacht, dass das *BayObLG*, konfrontiert mit zwei plausiblen Auslegungsvarianten des „Befruchten“, bestehende Zweifel an der Eindeutigkeit seines Ergebnisses unterschlagen und somit eine strafrechtliche Norm zu Lasten des Täters interpretiert hat.¹² Teilweise wird dem *BayObLG* nicht nur vorgeworfen, in dubio contra reo entschieden,¹³ sondern die Wortlautgrenze überschritten zu haben.¹⁴ Auch die Regierungsparteien formulieren in ihrem Koalitionsvertrag auf S. 116: „Wir stellen klar, dass Embryonenspenden im Vorkernstadium legal sind [...]“¹⁵; gehen somit also von einer falschen Gesetzesinterpretation durch das *BayObLG* aus.¹⁶

Das eigentliche Problem, das mit dem Urteil zu Tage tritt, ist jedoch, dass überhaupt eine Auslegungsmöglichkeit besteht, die zur Strafbarkeit von Reproduktionsmedizinern führt. Das *BayObLG* konnte eine Strafe nur verhängen, weil das ESchG die Eizellspende in § 1 Abs. 1 Nr. 1,

Nr. 2 sowie Abs. 2 unter Strafe stellt. Die Trennung zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit an dem Zeitpunkt der Befruchtung der Eizelle festzumachen, erscheint unter den dargelegten Gesichtspunkten bereits willkürlich. Weitergehend muss nun die Frage gestellt werden, warum die Sphäre des strafbaren Handelns spätestens bei der Imprägnation der Eizelle mit dem Ziel, die Schwangerschaft einer anderen Frau herbeizuführen, erreicht sein soll; m.a.W., ob die Eizellspende überhaupt strafbar sein sollte. Trotz des langjährigen Bestehens des ESchG bedeutet ein kritischer Blick auf die Eizellspende nicht, ein bereits hinreichend diskutiertes Thema erneut auszubreiten,¹⁷ bei dem wegen der festgefahrenen Positionen keine Dynamik zu erwarten ist. Angesichts der Ankündigung großer Veränderungen im Fortpflanzungsrecht mit dem Koalitionsvertrag von November 2021 scheint eine Reform seit Jahrzehnten erstmals in greifbarer Nähe.¹⁸ Diese Realisierungschance für eine Entkriminalisierung sowie die erst kürzlich ergangene Verurteilung auf Grundlage des ESchG, die vor Augen führt, dass Bürgern für die Durchführung einer Eizellspende Freiheitsentzug droht, rechtfertigen einen erneuten Blick auf die Frage, welche Zwecke das Strafrecht im Rahmen der grundgesetzlichen Ordnung verfolgen darf und ob das strafrechtliche Verbot der Eizellspende diese Zwecke erfüllt.

II. Die Legitimität des Eizellspendeverbots

1. Legitimes Strafrecht

Die Legitimität von Strafnormen bestimmt sich nach der Aufgabe des Strafrechts in der jeweiligen Rechtsordnung. Damit ist nicht primär die Frage gemeint, zu welchen Zwecken auf den Täter eingewirkt werden darf, sondern die vorgeordnete Frage, wegen welcher Verhaltensweisen Strafen verhängt werden dürfen, m.a.W., welches Verhalten „strafwürdig“ ist.¹⁹ Während nach einem positivistischen Ansatz all jene Tätigkeiten strafwürdig sein sollen, die der Gesetzgeber durch den Erlass von Strafgesetzen als solche bezeichnet, sind dem Gesetzgeber nach einem kritischeren Ansatz inhaltliche Grenzen gesetzt, deren Überschreiten zu illegitimen Strafnormen führt.²⁰ Ob

⁶ Bejahend das *BayObLG*, Urt. v. 4.11.2020 – 206 St RR 1469/19-1461/19, juris Rn. 31–33.

⁷ Pro „Befruchten“: *Gassner/Ruf*, MedR 2021, 429 (431).

⁸ Contra „Befruchten“: *BayObLG*, Urt. v. 4.11.2020 – 206 St RR 1469/19-1461/19, juris Rn. 40; *Frister*, JRE 2015, 42 (54); *Taupitz/Hermes*, NJW 2015, 1802 (1805); Pro „Befruchten“: *Dorneck*, medstra 2018, 259 (261); *Dorneck*, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, 2018, S. 94 f.; *Kudlich*, NJW 2021, S. 359 (360).

⁹ *Kersten*, NVwZ 2018, 1248 (1250) unter Verweis auf BVerfGE 88, 203 (251) in Fn. 15; *Müller-Terpitz*, Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 223 ff.; *Rixen*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 2 Rn. 145; a.A. zur Rspr. des BVerfG: *Dreier*, GG, 3. Aufl. (2013), Rn. 82; Schutz erst ab der Nidation: *Dorneck* (Fn. 8), S. 61 f.

¹⁰ *Dorneck*, medstra 2018, 259 (261); *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. (2020), Rn. 1009; so bereits Landtag Baden-Württemberg, LT-Drs. 10/831, Anlage, S. 48 f.

¹¹ *Dorneck*, ZfL 2019, 139 (148 f.); *Gassner/Ruf*, MedR 2021, 429 (431); zur psychischen Belastung infolge der Verwerfung vgl. *Leopoldina*, Fortpflanzungsmedizin in Deutschland – für eine zeitgemäße Gesetzgebung, 2019, S. 76.

¹² *Frommel*, Gutachten Netzwerk Embryonenspende, 2011, i.d.F. von 2014, S. 2 (abrufbar unter: <https://www.netzwerk-embryonenspende.de/recht/Gutachten-Prof-Dr-Frommel.pdf>, zuletzt abgerufen am 1.9.2022); *Hufen*, JRE 2015, 42 (54); *Kudlich*, NJW 2021, 359 (360).

¹³ *Dorneck*, medstra 2018, 259 (263); a.A.: *Taupitz/Hermes*, NJW 2015, 1802 (1807).

¹⁴ *Gaede*, medstra 2019, 252 (254 f.); *Gassner/Ruf*, MedR 2021, 429 (430 f.; 439); *Kudlich*, NJW 2021, 359 (360 f.).

¹⁵ Koalitionsvertrag, 2021, S. 116 (abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800>, zuletzt abgerufen am 1.9.2022).

¹⁶ *Helling-Plahr*, medstra 2022, 137 (138).

¹⁷ Zum umfassenden Schrifttum pars pro toto *Taupitz*, in: Günther/Kaiser/Taupitz, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. (2014), § 1 Abs. 1 Nr. 1, Vor Rn. 1 m.w.N.

¹⁸ Koalitionsvertrag, S. 116; *Helling-Plahr*, medstra 2022, 137 ff.

¹⁹ *Awart*, Strafwürdiges Versuchen, 1982, S. 24; *Karsten*, Die Strafbarkeit von Fahrlässigkeitsdelikten, 1969, S. 23 u. 26 ff.; *Sax*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Grundrechte III.2 (1959), S. 923 ff.

²⁰ *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 342; *Engländer*, ZStW 127, 616 (620 f.) m.w.N.

diese Grenzen bestehen (sollten) und wie genau sie beschaffen sind, ist Gegenstand einer jahrhundertalten Debatte, die mit dem *ius puniendi* begann,²¹ über die Rechts-²² und Rechtsgutsverletzung²³ fortgeführt wurde und heute unter Einfluss des Grundgesetzes andauert. Im Wesentlichen konkurrieren zwei Ansätze miteinander.

Auf der einen Seite sollen nach der (systemkritischen) Rechtsgutslehre nur solche Straftatbestände legitim sein, die schützenswerte Rechtsgüter vor Angriffen bewahren.²⁴ Auf der anderen Seite wird die Rechtsgutslehre u.a. mit den Vorwürfen der Inhaltsleere²⁵ und Demokratiefeindlichkeit²⁶ abgelehnt und ein rein verfassungsrechtlicher Ansatz verfolgt, der den grundrechtsdogmatischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anwendet.²⁷ Danach kann der Gesetzgeber die Rechte der Bürger durch den Erlass von Strafgesetzen einschränken, wenn er mit der strafrechtlichen Sanktionierung auf geeignete, erforderliche und angemessene Weise einen legitimen Zweck verfolgt. Spätestens seit den Entscheidungen zum Cannabisverbot²⁸ und Geschwisterinzent²⁹ – letztere wird als Ablehnung der Rechtsgutslehre gelesen –³⁰ wird dem *BVerfG* diese Position zugeschrieben.³¹ Inwiefern sich diese Ansätze im Ergebnis unterscheiden, hängt insbesondere davon ab, wie das schützenswerte Rechtsgut und der legitime Zweck definiert werden. Ein vermittelnder Ansatz will die Rechtsgutslehre verfassungsrechtlich implementieren, indem ein Zweck nur dann als legitim anzusehen ist, wenn ein i.S.d. Rechtsgutslehre schützenswertes Rechtsgut geschützt werden soll.³² In der Grundrechtsdogmatik wird der legitime Zweck traditionell sehr weit verstanden, sodass dem Gesetzgeber nur bei offensichtlich verfassungswidrigen Zwecken ein Einschreiten versagt wird.³³ Bei der kritischen Überprüfung der strafgesetzgeberischen Tätigkeit spricht jedoch einiges dafür, höhere Hürden zu setzen.³⁴ So wird die Kriminalstrafe wegen ihrer weitreichenden Konsequenzen – Möglichkeit des totalen Freiheitsentzugs sowie das sozialetische Unwerturteil,³⁵ das mit einer Verurteilung einhergeht, – als besonders schweres Eingriffsmittel des Gesetzgebers angesehen, das nur als *ultima ratio* anzuwenden ist.³⁶ Dane-

ben könnten sich höhere Anforderungen aus den jeweils spezifisch betroffenen Grundrechten ergeben. In diese greift die Strafnorm auf der Ebene der Verbots- und der Sanktionsnorm ein.³⁷ Das implizit in der Strafnorm enthaltene Handlungsverbot beschränkt jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG sowie je nach Fall spezifischere Grundrechte.³⁸ Mit der kriminalstrafrechtlichen Sanktionierung erfolgt ein Eingriff in die Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 GG³⁹ sowie wegen des sozialetischen Unwerturteils, das mit einer staatlicherseits verhängten Kriminalstrafe einhergeht, in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.⁴⁰ Anders als der Eingriff in die Freiheit der Person liegt letzterer mittelbar auch bezüglich der rechtlichen Mutter vor, obwohl ihr § 1 Abs. 3 ESchG Straffreiheit gewährt und nur die Person strafrechtlich verurteilt werden kann, die die Eizellspende durchführt. Indem der Staat für die Eizellspende eine Kriminalstrafe androht, bringt er das sozialetische Unwerturteil der Gesellschaft bezüglich dieses Verhaltens zum Ausdruck. Diese Missbilligung schlägt mittelbar auch auf die Frau durch, die die Eizellspende in Anspruch nehmen will.⁴¹

2. Das Recht auf Reproduktion

Als spezifisches, durch das Verbot betroffenes Grundrecht kommt bei der Eizellspende die Reproduktionsfreiheit in Betracht. Sie umfasst die Entscheidung für und gegen die eigene Fortpflanzung; jedoch nicht als Leistungsrecht, sondern allein in der abwehrrechtlichen Dimension, sodass Schutz gegen Eingriffe in dieses Recht gewährt wird.⁴² Dass dazu auch die Freiheit gehört, moderne Reproduktionstechniken in Anspruch zu nehmen und in dieser Entscheidung nicht durch staatliche Verbote gehindert zu werden, ist heute nahezu unumstritten.⁴³ Ein Verbot der Eizellspende stellt somit einen Eingriff in das Reproduktionsrecht von Eltern dar,⁴⁴ die nur mit einer Eizellspende ein Kind bekommen können. Dieses ist für die Mutter zwar genetisch fremd, wird von ihr aber ausgetragen und geboren, sodass es nach § 1591 BGB rechtlich deren Kind ist und zumindest vom Vater auch genetisch abstammen

²¹ Klose, ZStW 86, 51 m.w.N.

²² Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl. (1832), S. 20, § 21.

²³ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1872, S. 189; Birnbaum, Archiv des Criminalrechts, N.F. 1834, S. 149 (150).

²⁴ Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. (2020), § 2 Rn. 7 ff.; Schünemann, ZIS 2016, 654 (662 ff.); Sternberg-Lieben, in: FS Paeffgen, 2015, S. 33 ff.; Zur „mittlerweile kaum noch zu überschauenden Anzahl von Definitionsvorschlägen“ m.w.N. Engländer, ZStW 127, 616 (619 f.); Roxin/Greco, § 2 Rn. 3.

²⁵ Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB 5. Aufl. (2017), Vor § 1 Rn. 122 ff.; Stuckenberg, GA 2011, 653 (656 f.); a.A.: Schünemann, ZIS 2016, 654 (662 f.).

²⁶ Appel, S. 388 ff.; Gärditz, JZ 2016, 641 (647 f.); Stuckenberg, GA 2011, 653 (658 f.); a.A.: Schünemann, ZIS 2016, 654 (659).

²⁷ Appel, S. 390; Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 139 ff.; Stuckenberg, GA 2011, 653 ff.

²⁸ BVerfGE 90, 145.

²⁹ BVerfGE 120, 224.

³⁰ Gärditz, JZ 2016, 641 (643); a.A.: Greco, ZIS 2008, 234 (238); Sternberg-Lieben, in: FS Paeffgen, 2015, S. 31 (37).

³¹ Schünemann, ZIS 2016, 654 (660); Vogel, StV 1996, 110 (112 ff.).

³² Freund, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), Vor § 13 Rn. 61 f.; Stächel, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 163 f.; ablehnend: Stuckenberg, GA 2011, 653 (656).

³³ Lagodny, S. 138 ff.; BVerfGE 80, 182 (186); Manssen, Staatsrecht II, 18. Aufl. (2021), Rn. 215.

³⁴ Greco, ZIS 2008, 234 ff.; Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 40; Sternberg-Lieben, in: FS Paeffgen, 2015, S. 31 (38).

³⁵ BVerfGE 25, 269 (286).

³⁶ BVerfGE 6, 389 (433); 39, 1 (47); 88, 203 (258); 90, 145 (172); Schünemann, ZIS 2016, 654 (658 ff.); a.A., ohne die grundsätzliche Eingriffsschwere zu verneinen: Frisch, NSTZ 2016, 16 (23 f.); Gärditz, JZ 2016, 641 (644 ff.).

³⁷ Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 112 ff. m.w.N.; Lagodny, S. 77 ff.

³⁸ Appel, S. 570; Lagodny, S. 89 ff.; Stächel, S. 107 f.

³⁹ BVerfGE 90, 145 (172); Lagodny, S. 122 ff.

⁴⁰ Appel, S. 574 f.; Lagodny, S. 96 ff.; Stächel, S. 113 f.

⁴¹ Günther, in: Günther/Kaiser/Taupitz, Embryonenschutzgesetz, 2. Aufl. (2014), Rn. B 59, 61, 94.

⁴² Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Art. 6 GG Rn. 3 f.

⁴³ Dorneck (Fn. 8), S. 69 m. Fn. 251 f.; a.A.: Hüppe, ZRP 2015, 126.

⁴⁴ Gassner, ZRP 2015, 126.

kann. Uneinigkeit besteht bezüglich der grundgesetzlichen Verankerung in Art. 6 Abs. 1 GG⁴⁵ oder dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht⁴⁶. Für eine Herleitung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG spricht neben der Nähe des Fortpflanzungs- zum Sexualakt,⁴⁷ der eindeutig durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt wird,⁴⁸ vor allem der starke Würdebezug der reproduktiven Selbstbestimmung.⁴⁹ Das Reproduktionsrecht ist deshalb als spezielle Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen, dessen Schutzniveau durch Art. 6 Abs. 1 GG allenfalls ergänzt wird.⁵⁰ Folgt man nicht dem Konzept einer starren Trennung zwischen Intim-, Privat- und Sozialsphäre hinsichtlich des Schutzniveaus,⁵¹ sondern ordnet man das Reproduktionsrecht auf einer Skala ein, die vom Kernbereich der engsten Intimsphäre bis zum Randbereich der öffentlichen Sozialsphäre reicht,⁵² gelangt man aufgrund des starken Würdebezugs der Reproduktion und der großen Bedeutung, die die Fortpflanzung für die eigene Identitätsentwicklung und Gestaltung des persönlichen Lebensweges hat,⁵³ zu einer Einordnung in den sehr stark geschützten Kernbereich, ohne Unantastbarkeit zu erreichen.⁵⁴ Damit geht ein hohes Schutzniveau einher.⁵⁵ Somit ergeben sich sowohl aus dem Eizellspende-Verbot, das in die Intimsphäre des allgemeinen Persönlichkeitsrecht der potenziellen Eltern eingreift, als auch aus der strafrechtlichen Sanktionierung in § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 u. Abs. 2 ESchG, die über die Eltern mittelbar ein sozialetisches Unwerturteil fällt und somit in anderer Gestalt in deren allgemeines Persönlichkeitsrecht eingreift, hohe Anforderungen an die Rechtfertigung dieser Eingriffe.

3. Rechtfertigungsansätze im konkreten Fall

Gerechtfertigt werden sollen das Eizellspende-Verbot und dessen strafrechtliche Sanktionierung zuvorderst mit dem Schutz der Spenderin und dem Kindeswohl.⁵⁶

a) Spenderschutz

Anders als bei einer Samenspende ist für die Entnahme von Eizellen ein medizinischer Eingriff erforderlich. Nach hormoneller Stimulation, die zur Reifung mehrerer Eizellen innerhalb eines Zyklus führt, werden diese operativ

entnommen. Erfolgt dies ohne Einwilligung der Spenderin, liegt bereits eine Körperverletzung vor, sodass das Eizellspende-Verbot zum Schutz der körperlichen Integrität nicht erforderlich ist. Bei der Spende von überzähligen Eizellen fehlt es an einem körperlichen Eingriff, zu dem die Spenderin durch eine Zwangslage gedrängt worden sein könnte. Da das Verbot nicht zwischen der primären Spende und derjenigen überzähliger Eizellen unterscheidet sowie die Entnahme von Eizellen im homologen System gestattet ist, liegt es nahe, den Schutzzweck in einer beiden Fällen gemeinen Lage zu sehen.⁵⁷ Hier kommt der Schutz der Spenderin vor den psychischen Belastungen in Betracht, die mit der Freigabe ihrer Eizellen in einer Drucksituation einhergehen, nämlich gegen ihren ‚eigentlichen‘ Willen genetische Mutter von rechtlich fremden Kindern zu werden. Ein Verbot, das sich über die freie Entscheidung der Spenderin hinwegsetzt, ist eine paternalistische Regelung, die mit dem Menschenbild des Grundgesetzes als selbstbestimmt und eigenverantwortlich handelndes Individuum bricht.⁵⁸ Der Staat kann jedoch – ähnlich wie bei der Organspende, §§ 8, 17 Transplantationsgesetz (TPG),⁵⁹ – sicherstellen, dass die Spenderin ihre Einwilligung nicht infolge einer wirtschaftlichen Notlage gibt, um bspw. eine finanzielle Entschädigung zu erhalten.⁶⁰ Mangels positiven Saldo bietet der bloße Nachteilsausgleich keinen finanziellen Anreiz. Er wird bei der Organspende seit langem akzeptiert und verhindert die Kommerzialisierung der Spende.⁶¹ Eine legale Spendemöglichkeit bedeutet somit auch für Frauen in finanzieller Notlage keine Drucksituation, wenn der Gesetzgeber ein altruistisches, auf bloßen Nachteilsausgleich gerichtetes Modell wählt,⁶² wie es beispielsweise in Österreich mit § 16 Fortpflanzungsmedizinengesetz (öFMedG) gilt.

Neben wirtschaftlichem ist auch sozialer Druck zur Spende denkbar,⁶³ für den bislang aber keine Anhaltspunkte bestehen. Außerhalb eines paternalistischen Modells kann den Bürgern zudem durchaus zugestanden werden, einem solchen Druck in Selbstbehauptung zu widerstehen – so, wie der Gesetzgeber es auch für die Organspende angenommen hat. Diese ist in den Fällen des § 3 Abs. 1 S. 2 TPG sogar ausschließlich bei nahestehenden Personen erlaubt, die einem solchen Druck in besonders hohem Maße ausgesetzt sind.

⁴⁵ Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Rn. 117; Grziwotz, NZFam 2014, 1065 (1068); Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Art. 6 GG Rn. 2; Reinert, MedR 2021, 444 f.; Reinke, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 194 f.

⁴⁶ BGH, NJW 1986, 2043 (2045); Dorneck (Fn. 8), S. 69; Gassner, ZRP 2015, 126.

⁴⁷ Hieb, Die gespaltene Mutterschaft im Spiegel des deutschen Verfassungsrechts, 2005, S. 22.

⁴⁸ BVerfGE 47, 46 (73).

⁴⁹ Gassner, ZRP 2015, 126; Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth, Fortpflanzungsmedizinengesetz, 2013, S. 32; a.A.: Gärditz, ZfL 2014, 42 (50).

⁵⁰ Hieb, S. 20 ff.; Schächinger, Menschenwürde und Menschheitswürde, 2014, S. 137 f.; Taupitz, ESchG, § 1 Abs. 1 Rn. 7; Velte, Die postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht, 2015, S. 46–50; a.A.: Gärditz, ZfL 2014, 42 (50).

⁵¹ BVerfGE 27, 1 (6); 32, 373 (378f.); 33, 367 (376 f.).

⁵² Dreier, Art. 2 Abs. 1 GG, Rn. 93.

⁵³ Dorneck (Fn. 8), S. 69; Gassner et al., (Fn. 49), S. 31 f.; Velte, S. 49 f.

⁵⁴ Balz, Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen, 1980, S. 20; Gassner et al., (Fn. 49), S. 31 f.; Heun, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst, Umwege zum eigenen Kind, 2008, S. 49 (51); Hieb, S. 22 ff.; Klein, Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Verbots der Eizellspende mit dem Argument des Schutzes des Kindeswohls, 2019, S. 85; Schächinger, S. 137 f.

⁵⁵ Dreier, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 93.

⁵⁶ BT-Drs. 22/5460, S. 6 f.; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, § 1 ESchG, Rn. 6.

⁵⁷ EGMR, Urt. v. 1.4.2010 – Nr. 57813/00, Rn. 78.

⁵⁸ Fink, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 1992, S. 190; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1991, S. 114–121; Kersten, NVwZ 2018, 1248 (1253); Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 97 f. u. S. 177 f.; Reinert, MedR 2021, 444 (447 m. Fn. 48); BVerfG, NJW 2011, 2113 (2116 Rn. 55) m.w.N.

⁵⁹ Scholz/Middel, in: Spickhoff, § 17 TPG Rn. 1; Taupitz, ESchG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7.

⁶⁰ BT-Drs. 14/9020, S. 37; BVerfGE 153, 182 (271) Rn. 235.

⁶¹ König, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, TPG, 2005, Vor § 17 Rn. 6.

⁶² Müller-Terpitz, in: Spickhoff, § 1 ESchG Rn. 7.

⁶³ BT-Drs. 14/9020, S. 37.

Hinzu kommt, dass der aufgedrängte Schutz vor psychischen Belastungen im Widerspruch zur Legalität der Embryonenspende steht. Diese Belastungen müssten, da die Entwicklung zum überlebensfähigen Fötus aus den eigenen Gameten bereits angestoßen ist, sogar größer sein, sodass mit dem Verbot der Eizellspende eine sachwidrige Differenzierung entgegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt.

Damit scheidet der Schutz der Spenderin als Motiv für die Strafnorm aus – soweit finanzielle Drucksituationen mit einem altruistischen Modell ausgeschlossen werden.⁶⁴

b) Kindeswohlgefährdung

Das auch in den Gesetzesmaterialien zentrale Motiv für ein Verbot der Eizellspende bleibt jedoch das Kindeswohl.⁶⁵ Befürchtet wird dessen Gefährdung in Gestalt psychischer Probleme und einer gestörten Beziehung zur Mutter, wenn das Kind erfährt, dass es genetisch nicht von der leiblichen Mutter abstammt. Es lägen „keine Erkenntnisse darüber vor, wie junge Menschen [...] seelisch den Umstand verarbeiten vermögen [...]“⁶⁶. Das künftige Leid des Kindes kann nicht gegen seine Nichtexistenz abgewogen werden, deshalb verbietet sich die Anwendung dieses Arguments per se.⁶⁷ Selbst, wenn über dieses Paradox hinweggesehen wird, ist die Kindeswohlgefährdung nicht mehr als eine diffuse Befürchtung, eine „raunende[...] Spekulation[...]“⁶⁸, die der Gesetzgeber seit mehreren Jahrzehnten anführt, obwohl sie nicht nur nicht bestätigt, sondern durch empirische Studien sogar widerlegt werden konnte.⁶⁹ Es zeigt sich wiederholt, dass für das psychische Wohlergehen des Kindes eine stabile, vertrauensvolle Eltern-Kind-Beziehung maßgeblich ist,⁷⁰ unabhängig vom Grad der genetischen Verwandtschaft.⁷¹ Da es sich bei Kindern infolge von Eizellspenden um Wunschkinder handelt, ist die Prognose für eine gesunde Beziehung oftmals sogar besser.⁷² Grundsätzlich ist dem Gesetzgeber ein großer Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Einschätzung von Gefahren und der Wahl der Mittel zu ihrer Bekämpfung zuzugestehen.⁷³ Sorgen angesichts der neuen Reproduktionsmethoden mussten aber bereits im Jahre 1990 in der Realität wurzeln und nicht vollkommen spekulativ sein.⁷⁴

Darüber hinaus liegt eine sachwidrige Ungleichbehandlung zur zulässigen Samenspende nahe.⁷⁵ Der Beziehung zur Mutter soll eine höhere Bedeutung zukommen, weswegen eine gespaltene Mutterschaft stärker das Kindeswohl beeinträchtigt als eine gespaltene Vaterschaft.⁷⁶ Diese Zuschreibung weist eine verdächtige Nähe zu solchen Rechtfertigungen für Ungleichbehandlungen auf, die das *BVerfG* zu Recht als nicht in den natürlichen Unterschieden der Geschlechter begründet angesehen hat, sondern die infolge von Stereotypen zugeschrieben werden.⁷⁷ Daneben tritt die Argumentation mit der ‚Natürlichkeit‘ der Einheit von genetischer und biologischer Mutterschaft, der zufolge eine Aufspaltung zwischen Weitergabe des genetischen Materials und Austragen des Kindes während der Schwangerschaft erstmals durch die Eizellspende (und Leihmutterschaft) ermöglicht wird und nicht auf ‚natürliche Weise‘ vorkommt.⁷⁸ Bei der Samenspende hingegen kommt es allein zu einer Aufteilung von genetischer und rechtlicher Vaterschaft, die infolge wechselnder Partnerschaft oder der Adoption bereits erprobt ist, sodass mit deren Legalisierung keine ‚unnatürliche‘ Eltern-Kind-Beziehung geschaffen wird.⁷⁹ Solchen Natürlichkeitsargumenten ist im Medizinrecht mit Vorsicht zu begegnen.⁸⁰ Insbesondere die katholische Kirche verweist regelmäßig auf die Unnatürlichkeit eines Verfahrens, um dessen Moralwidrigkeit zu belegen. Unnatürlichkeit wird dann mit Sündhaftigkeit gleichgesetzt, da der Mensch gegen die von Gott geschaffene Ordnung verstößt und sich dessen Position anmaßt, wie es bei der Ablehnung der In-Vitro-Fertilisation deutlich wird.⁸¹ Dann kann aber kaum ein noch als natürlich zu bezeichnendes medizinisches Verfahren gefunden werden, von der Gabe von Schmerzmitteln über Krebstherapien bis hin zu Organtransplantationen.⁸² Eine konsequente Argumentation ist letztlich nur möglich, wenn die Trennung zwischen ‚natürlich‘ und ‚künstlich‘ selbst als eine künstliche erkannt wird und der Verweis auf die angebliche Unnatürlichkeit einer Tätigkeit alleine nicht für die Rechtfertigung eines Verbots ausreicht.

c) Schutz gesellschaftlicher Moralvorstellungen

An dieser Stelle sind erneut die Maßstäbe für eine legitime strafrechtliche Sanktionierung in den Blick zu nehmen, und ob das Eizellspendeverbot des ESchG diesen genügt.

⁶⁴ a.A.: Hüppe, ZRP 2015, 126.

⁶⁵ BT-Drs. 11/5460, S. 7; BT-Drs. 14/9020, S. 35 ff.; vor Erlass des ESchG bereits Lanz-Zumstein, in: Lanz-Zumstein, Embryonenschutz und Befruchtungstechnik, 1986, S. 93, 110.

⁶⁶ BT-Drs. 11/5460, S. 7.

⁶⁷ Gutmann, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015, 2016, S. 45 (57); Hieb, S. 188 f.; Müller-Terpitz, in: Frister/Olzen, Reproduktionsmedizin – Rechtliche Fragestellungen, 2010, S. 20; Reitter, Rechtspaternalismus und Biomedizinrecht, 2020, S. 342 f.; Seibert, in: Lanz-Zumstein, S. 62, 66–69; a.A.: Kersten, NVwZ 2018, 1248 (1250); Taupitz, ESchG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 8.

⁶⁸ Gutmann, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, S. 45 (54 Fn. 41).

⁶⁹ Blake et al., Reproductive Biomedicine Online 2012, 678 (680 f.); Golombok et al., Developmental Psychology 2017, Vol. 53 (10), S. 1966 f.; siehe zu den einzelnen Phasen der Studie (Ergebnisse nach 1, 2, 3, 7, 10 und 14 Jahren seit Geburt) die Auflistung der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages, WD 9 – 3000 – 039/18, S. 16 f.; ähnliche Diskussion in Österreich, vgl. Spranger, Recht und Bioethik, 2010, S. 351 f. m.w.N.

⁷⁰ BVerfGE 96, 375 (402 f.).

⁷¹ Leopoldina, S. 70.

⁷² Höffe, Kritik der Freiheit, 2015, S. 79 f.; Reinert, MedR 2021, 444 (450).

⁷³ BVerfGE 109, 279 (336); 152, 68 (130 f.); zuletzt BVerfG, NJW 2022, 139 Rn. 171 u. 185.

⁷⁴ Reinke, S. 156–160.; Rüttsche/Wildhaber, AJP/PJA 2010, 803 (807).

⁷⁵ Heun, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst, S. 49 (61); Khosravi, Die Strafbarkeit nach dem Embryonenschutzgesetz und Stammzellgesetz, 2017, S. 35; Müller-Terpitz, ZRP 2016, 51 (53).

⁷⁶ Ablehnend Reitter, S. 357 ff.

⁷⁷ BVerfGE 57, 335 (344); 84, 9 (18); 85, 191 (207 ff.); Heun, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst, S. 49 (61).

⁷⁸ Keller, in: FS Tröndle, 1989, S. 705 (720).

⁷⁹ Günther, ESchG, Rn. B 90; Landtag Baden-Württemberg, LT-Drs. 10/831, Anlage, S. 51.

⁸⁰ Reinke, S. 196 f.; Rostalski, Das Natürlichkeitsargument bei biotechnologischen Maßnahmen, 2019, S. 45 ff.

⁸¹ Kongregation für die Glaubenslehre, Instruktion Donum Vitae, 5. Aufl. (2000), S. 23.

⁸² Reinke, S. 197; Spranger, S. 352.

Hier wird nun die Frage relevant, was ein schützenswertes Rechtsgut bzw. ein legitimer Zweck sein kann. Die Betrachtung der Gesetzesbegründung hat gezeigt, dass weder die Gesundheit der Spenderinnen noch das Kindeswohl als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen. Die Spenderinnen sind schlicht nicht schutzbedürftig; der Prognose für ein erhöhtes Risiko an Kindeswohlgefährdungen fehlt es an Evidenz. Hält der Gesetzgeber weiterhin an Ängsten fest, die dem Stand der Wissenschaft widersprechen bzw. für die es keine tatsächlichen Indizien gibt, überschreitet er den ihm grundsätzlich zustehenden Prognose- und Beurteilungsspielraum und verletzt die ihn treffende Nachbesserungspflicht.⁸³ Zu diesen Ängsten hinzu tritt die Vorstellung einer ‚natürlichen‘ Mutterschaft, die als schützenswert angesehen wird, ohne dass dafür ein Grund genannt werden könnte, der über Tradition und Religion hinausgeht.⁸⁴ Dieses Festhalten verdeutlicht, dass es bei dem Eizellspende-Verbot tatsächlich nicht um evidenzbasierten (Rechtsgüter-)Schutz geht, sondern dass bestimmte Wertvorstellungen bewahrt werden sollen, die jedenfalls bei Erlass des ESchG im Jahre 1990 vorherrschten. Die wesentliche Frage im Hinblick auf die Eizellspende ist somit, ob allein moralische Wertvorstellungen ein strafrechtliches Verbot rechtfertigen können,⁸⁵ ob sie ein schützenswertes Rechtsgut darstellen oder einen legitimen Zweck i.S.d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begründen.

4. Grenzen des legitimen Strafrechts im konkreten Fall

Dies ist mit der Rechtsgutslehre zu bejahen, sofern ein stärker gesellschaftsbezogener Ansatz vertreten wird, wie er sich bei *Amelung* findet.⁸⁶ Ähnliche Leitgedanken entwickelt *Jakobs*, der nicht auf den Rechtsgüterschutz, sondern die Normgeltung abstellt.⁸⁷ Danach sind auch Vorstellungen und Prinzipien schützenswert, die die Gesellschaft für ihren Fortbestand als konstitutiv und für ein friedliches Zusammenleben als unabdingbar betrachtet. Die personale Rechtsgutslehre hingegen betont, dass ein Individuum substantiell in solchen Rechtsgütern betroffen sein muss, die ihm persönlich zugeordnet sind und seine Freiheitsausübung beeinträchtigen.⁸⁸ Strafbarkeitserweiterungen durch gesellschaftsbezogene „Scheinrechtsgüter“ werden abgelehnt.⁸⁹ Da bei der (altruistischen) Eizellspende weder das Wohl des Kindes noch der Spenderin

beeinträchtigt werden, sondern allein eine bestimmte Vorstellung bezüglich der Merkmale einer ‚natürlichen‘ Mutterschaft, fehlt es bei der Eizellspende an einer solchen personalen, substantiellen Rechtsgutsverletzung. Aus dem verstärkt gesellschaftsbezogenen Ansatz heraus ließe sich hingegen ähnlich wie auch beim strafrechtlichen Verbot der Tierquälerei oder § 130 Abs. 4 StGB argumentieren,⁹⁰ dass bestimmte Verhaltensweisen – unabhängig von ihrem Übergreifen in die personale Freiheitssphäre Dritter – das friedliche Zusammenleben in einer Gesellschaft stören und deshalb auch strafrechtlich sanktioniert werden können.⁹¹ *Jakobs* greift hier *Durkheims* Konzept des „Minimum[s] an Ähnlichkeiten“⁹² auf, das die Voraussetzung für ein gesellschaftliches Miteinander bilden soll.⁹³ Auch nach der personalen Rechtsgutslehre sind gesellschaftsbezogene Güter nicht per se schutzwürdig.⁹⁴ Es ist aber eine Rückbeziehung auf schützenswerte Individualinteressen erforderlich.⁹⁵ Eine zunehmende Zahl an Fällen ‚unnatürlicher‘ Mutterschaft würde nicht zu einer solchen Erosion des gesellschaftlichen Zusammenhalts führen, dass ein friedliches Zusammenleben nicht mehr möglich wäre und der Einzelne um sein persönliches Wohl fürchten müsste; niemand würde an seiner personalen Entfaltung gehindert.⁹⁶ Der gesellschaftsbezogene Ansatz droht zudem die mühsam erkämpfte Trennung⁹⁷ von Recht und Moral wieder aufzuheben und birgt die Gefahr, Wertvorstellungen von Minderheiten mit der ultima ratio des Strafrechts zu unterdrücken.⁹⁸ Hier besteht eine Ergebnissnähe zu dem rein verfassungsrechtlichen Ansatz, der Pönalisierungen dann als legitimiert betrachtet, wenn sie auf einer demokratischen Mehrheitsentscheidung beruhen.⁹⁹ Im Fall der Eizellspende spricht einiges dafür, dass allein die demokratische Mehrheit für das ESchG im Jahr 1990 das strafrechtliche Verbot nicht rechtfertigen kann. Mit dem Schutz moralischer Wertvorstellungen liegt nämlich ein Verstoß gegen die staatliche Neutralitätspflicht nahe.¹⁰⁰ Nach der Konzeption *Husters* muss sich der Staat religiös/weltanschaulich fundierter Begründungen vollkommen enthalten.¹⁰¹ Eingriffe sind nur mit Begründungen möglich, die von allen gesellschaftlichen Gruppen anerkannt werden können, weil sie sich beispielsweise auf wissenschaftliche Erkenntnisse stützen.¹⁰² Eine Begründung, die sich darauf beschränkt, auf die Geltung von Prinzipien eines ethischen Liberalismus oder einer religiösen Moraltheologie zu verweisen, genügt dem nicht, da

⁸³ BVerfGE 143, 216 (245) Rn. 71; 132, 334 (358) Rn. 67 m.w.N. zur st. Rspr.; 110, 141, 158; zuletzt *BVerfG*, NJW 2022, 139 Rn. 186; *Gutmann*, in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, S. 54; *Kersten*, NVwZ 2018, 1248 (1251); *Klein*, S. 222; *Sarafi*, Das Rechtsgut als legitimer Zweck bei der Kriminalisierung im Rechtsstaat und die staatliche Pflicht einer Entkriminalisierung, 2019, S. 83 f.

⁸⁴ *EKD*, Zur Achtung vor dem Leben, 1987, S. 5; *Keller*, in: FS Tröndle, 1989, S. 705 (720); *Kongregation für die Glaubenslehre*, S. 12 u. 26; *Taupitz*, ESchG, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7.

⁸⁵ Zweifelnd: *EGMR*, NJW 2012, 207 (211) Rn. 100; laut *Greco*, ZIS 2008, 234 (235) schreibt das *BVerfG* seit BVerfGE 120, 224 dem Strafrecht diese Aufgabe zu.

⁸⁶ *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 394.

⁸⁷ *Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, S. 20 ff.

⁸⁸ *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 231 ff.; *Roxin*, GA 2013, 433 (435); i.E. ähnlich dem Mill'schen

Schadensprinzip, vgl. *Mill*, On Liberty, 2012, S. 21 f.; dazu *Hoers-ter*, ZStW 82, 538 (544 ff.); *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 123 ff.

⁸⁹ *Roxin/Greco*, § 2 Rn. 10 f.

⁹⁰ *Jakobs*, S. 29 ff.

⁹¹ *Jakobs*, S. 23 ff. u. 27.

⁹² *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung, 2. Aufl. (1988), S. 157.

⁹³ *Jakobs*, S. 34; vgl. *Kongregation für die Glaubenslehre*, S. 25–27 u. insb. S. 37 als Beispiel für eine solche Annahme.

⁹⁴ *Sternberg-Lieben*, in: FS Paeffgen, 2015, S. 31 (33 f.).

⁹⁵ *Hassemer*, S. 233.

⁹⁶ Ähnlich zu § 177 StGB a.F., § 173 Abs. 2 StGB: *Roxin*, GA 2013, 433 (437 f.).

⁹⁷ *Hart*, Recht und Moral, 1971, S. 20 f. u. 46 ff.

⁹⁸ BVerfGE 153, 182 (271) Rn. 234; *Greco*, ZIS 2008, 234 (237); *Hörnle*, S. 82; *Roxin*, GA 2013, 433 (446).

⁹⁹ *Gärditz*, JZ 2016, 641 (649); *Stuckenberg*, GA 2011, 653 (658).

¹⁰⁰ *Sternberg-Lieben*, FS Paeffgen, 2015, S. 31 (41).

¹⁰¹ *Huster*, ZPhF 55, 258 (271 ff.).

¹⁰² *Huster*, ZPhF 55, 258 (271 ff.).

diese für Anhänger anderer Weltanschauungen als Okroyieren einer für sie nicht tragbaren Weltanschauung empfunden werden.¹⁰³ Wie gesehen, kann das Verbot der Eizellspende nur mit einem diffusen Gemenge aus Wertvorstellungen und theologisch instrumentalisierten Natürlichkeitsargumenten begründet werden, aber nicht mit einer wissenschaftlich fundierten Prognose für Kindeswohlgefährdungen. Mangels einer weltanschaulich neutralen Begründung muss dieser staatliche Eingriff konsequenterweise unterbleiben.

Hinzu tritt der bereits oben dargelegte schwere Eingriff in die Intimsphäre der Betroffenen. In diesem Kernbereich der Intimsphäre, in dem es um höchstpersönliche Entscheidungen der Sexualität und Fortpflanzung geht, sollte der Gesetzgeber auf eine Verurteilung einer bestimmten Lebensweise grundsätzlich verzichten.¹⁰⁴ Das gilt natürlich nur, soweit keine personalen Rechtsgüter Dritter in substantieller Weise betroffen sind, wie bei der Eizellspende – und z.B. nicht bei einem für die persönliche Lebensführung als essentiell empfundenen Verlangen, Dritte körperlich zu verletzen.¹⁰⁵ Der bereits in anderen Teilaspekten vollständig vollzogene Wertewandel bei Entscheidungen der höchstpersönlichen Lebensführung – sei es die homosexuelle Partnerschaft, das Aufziehen unehelicher Kinder oder die Samenspende, für die lange Zeit ein strafrechtliches Verbot gefordert wurde¹⁰⁶ – verdeutlicht,¹⁰⁷ dass mit dem Instrument des Strafrechts in diesem Intimbereich, der innerhalb weniger Jahrzehnte Veränderungen der gesellschaftlichen Wertvorstellungen unterworfen ist, besonders zurückhaltend agiert werden sollte. Die im ESchG verwirklichte Entscheidung, Moralvorstellungen einer gesellschaftlichen Gruppe mit dem Instrument des Strafrechts Verbindlichkeit zu verleihen, verstößt mithin gegen die staatliche Neutralitätspflicht, stellt einen un gerechtfertigten Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Wunscherlern dar und sanktioniert ein nicht strafwürdiges Verhalten.

III. Fazit

Die Frage, ob und wie die Straftatbestände des ESchG zu reformieren sind, ist aktueller denn je. Dass das *BayObLG* Ärzte verurteilte, die nicht unzweifelhaft eine explizit verbotene Eizellspende vornahmen, sondern das Verfahren der an sich straflosen Embryonenspende minimal variierten, verdeutlicht die schweren Konsequenzen der §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 ESchG. Infolge der Rechtsprechung des *BayObLG* werden Verhaltensweisen strafrechtlich verurteilt, deren Strafwürdigkeit mehr als zweifelhaft ist – allen voran das zugrundeliegende Eizellspendeverbot.

Ein Verbot der Eizellspende, das strafrechtlich sanktioniert wird, lässt sich mit keiner der in der Diskussion genannten Gründe rechtfertigen. Dies gilt sowohl für den

Fall, dass der Maßstab der personalen Rechtsgutslehre angewandt wird, als auch für eine verfassungsrechtliche Überprüfung unter Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Unter Berücksichtigung der besonderen Schwere der kriminalstrafrechtlichen Sanktion und dem Eindringen in den höchstpersönlichen Bereich der privaten Lebensführung ist dieses zu modifizieren, sodass besonders hohe Anforderungen an eine verfassungskonforme strafrechtliche Sanktionierung zu stellen sind. Diesen kann keiner der für das Verbot diskutierten Gründe genügen. Unter dem Schutz der Eizellspenderin lässt sich – wenn nicht von einem unzulässigen paternalistischen Ansatz ausgegangen wird – nur die Gewährleistung ihrer Selbstbestimmungsfreiheit verstehen. Hierfür ist ein absolutes Verbot aber nicht erforderlich. Eine Entscheidung ohne unzulässigen Druck ist – in Anlehnung an die Regelungen des TPG und § 16 öFMedG – auch in einem altruistischen Modell sichergestellt. Die insbesondere in den Gesetzesmaterialien befürchteten Kindeswohlgefährdungen entbehren nach der aktuellen Studien- und Forschungslage noch stärker jeder Grundlage als bereits 1990. Die Sorge um negative Auswirkungen auf die Entwicklung der betroffenen Kinder muss als Ablehnung abweichender Lebensentwürfe und als Festhalten an religiös motivierten Natürlichkeitsvorstellungen gelesen werden, nicht als faktenbasierte Risikoprognose. Als Grundlage für ein Verbot der Eizellspende verbleiben allein moralische Wertvorstellungen. Dass diese ein (unbenanntes) Motiv des Gesetzgebers bei Erlass des ESchG im Jahre 1990 darstellten, liegt angesichts des Inhalts der Stellungnahmen verschiedener kirchlicher Vertreter und der vorangegangenen Diskussionen sowie der Formulierungen in den Gesetzgebungsmaterialien nahe. Solche Wertvorstellungen dürfen jedoch, selbst bei starker Verbreitung in der Bevölkerung, nicht als einziger Grund für eine strafrechtliche Sanktionierung herangezogen werden. Ausgehend von einem weltanschaulich-religiös neutral konzipierten Staat ist der Gesetzgeber vielmehr gehalten, eine neutrale Begründung für Verbote zu finden, sodass diese nicht auf religiösen oder moralischen Grundvorstellungen aufbauen muss. Das gelingt im Falle der Eizellspende nicht.

Das strafrechtliche Verbot der Eizellspende ist folglich als illegitim anzusehen,¹⁰⁸ was den dringenden Reformbedarf im Fortpflanzungsrecht verdeutlicht. Die Umsetzung der angekündigten Modernisierungen bedeutet für die Koalition aus SPD, Grünen und FDP somit eine große Chance, dem Ideal einer liberalen und pluralistischen Gesellschaft unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen Anforderungen an eine religiös und weltanschaulich neutrale Gesetzgebung zu entsprechen, indem das Strafrecht mit der Legalisierung der Eizellspende eine weitere Entmoralisierung erfährt.

¹⁰³ Huster, ZPhF 55, 258 (265 ff. u. 274).

¹⁰⁴ Greco, ZIS 2008, 234 (237 f.); Roxin/Greco, § 2 Rn. 17a u. 19a.

¹⁰⁵ Dorneck (Fn. 8), S. 70 f.

¹⁰⁶ Jofe, Regulierung der Reproduktionsmedizin, 2014, S. 65 m. Fn. 101; Keller, in: FS Tröndle, 1989, S. 705 (712).

¹⁰⁷ Bernat, in: Arnold/Bernat/Kopetzki, S. 9 (37); Keller, in: FS Tröndle, S. 705 (719).

¹⁰⁸ So u.a. schon Gassner, ZRP 2015, 126; Müller-Terpitz, ZRP 2016, 51 (54); Reinke, S. 114; Reitter, S. 363.

Sollte die Leihmutterschaft in Deutschland zulässig sein? Abstammung und gesellschaftlicher Wandel

von Luise Paetow*

Abstract

Die Leihmutterschaft stellt für manche Paare die einzige Möglichkeit dar, sich den langersehnten Kinderwunsch zu erfüllen. Der folgende Beitrag setzt sich kritisch mit den zur Gesetzesbegründung genannten und weiterhin vorgebrachten Argumenten auseinander, die einer Legalisierung vermeintlich entgegenstehen. Im Ergebnis können nach der hier vertretenen Meinung die Prämissen der Kindeswohl- und Leihmuttergefährdungen nicht überzeugen. Ein allumfassendes strafrechtliches Verbot ist weder mit dem Recht auf Fortpflanzungsfreiheit der Wunscheltern zu vereinbaren, noch stellt es die überzeugendste Lösung zum Schutze der Beteiligten dar.

For some couples, surrogacy presents itself as the only possible solution to fulfil their long-awaited desire to have children. The following article deals with the arguments mentioned and further put forward to justify the law, which supposedly oppose a legalization. As a result, according to the opinion represented here, the premises of endangering the child's welfare and the surrogate mother are not convincing. An all-encompassing prohibition under criminal law is neither compatible with the intended parents' right to reproductive freedom, nor is it the most convincing solution for protecting those involved.

I. Einleitung

In Deutschland sind, je nach Schätzung, 850.000¹ bis 1,6 Millionen Paare ungewollt kinderlos.² Dabei gibt es seit einigen Jahren eine medizinische, aber bislang strafbare Methode, diese Paare potenziell bei der Umsetzung ihrer Fortpflanzungspläne zu unterstützen: die Leihmutterschaft. Im Koalitionsvertrag wird nun eine mögliche Legalisierung der Leihmutterschaft in Aussicht gestellt. Der Beitrag untersucht, mit welchen Argumenten das strafbewährte Verbot begründet und aufrechterhalten wird. Es wird argumentiert, dass 30 Jahre nach dem Inkrafttreten des Verbots der Leihmutterschaft in Deutschland ein Umdenken erforderlich ist.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften an der Universität Leipzig. Der folgende Aufsatz folgte der wissenschaftlichen Seminararbeit „Sollte die Leihmutterschaft in Deutschland zulässig sein? Abstammung und gesellschaftlicher Wandel“, welche die Autorin im WS 2021/2022 am Lehrstuhl von Herrn PD Dr. Konrad Duden vorgelegt hat. Der Dank der Autorin gilt Frau Prof. Dr. Elisa Hoven für die Unterstützung und die Anregung zur Veröffentlichung.

¹ Kaiser, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl. (2014), Kap. A.IV. Rn. 167.

² Arbeitsgemeinschaft der wissenschaftlich medizinischen Fachgesellschaften.

II. Begriffsklärung und rechtliche Situation

1. Leihmutterschaft

Ganz allgemein bedeutet Leihmutterschaft³, dass die fehlende Gebärfähigkeit einer Frau bzw. bei gleichgeschlechtlichen Paaren das Fehlen einer austragenden Frau generell, dadurch ersetzt wird, dass eine (andere) Frau das gewünschte Kind austrägt und es nach der Geburt an die Wunscheltern zum Zweck der Adoption abgibt.⁴

Dabei ist zwischen zwei Arten der Leihmutterschaft zu unterscheiden: der traditionellen und der gestationellen. Bei ersterer wird die eigene Eizelle der Leihmutter zumeist mittels der sog. Intrauterinen Insemination (IUI), d.h. Samenübertragung direkt in die Gebärmutter, befruchtet.⁵ Leihmutter und Kind sind somit verwandt. Gestationelle Leihmutterschaft hingegen bedeutet, dass die Wunschmutter eine fremde Eizelle mittels In-vitro-Fertilisation (IVF)⁶ außerhalb ihres Körpers befruchten und in die Gebärmutter der Leihmutter einsetzen lässt. Im Gegensatz zur traditionellen Leihmutterschaft sind genetische und austragende Mutter hier nicht identisch.

Es ist weiterhin bezüglich der moralischen Bewertung zwischen zwei Erscheinungsformen der Leihmutterschaft zu differenzieren: der kommerziellen und der altruistischen. Bei ersterem erhält die Leihmutter ein über eine reine Aufwandsentschädigung hinausgehendes Entgelt.⁷ Letzteres beschreibt eine Leihmutterschaft, bei welcher keine Bezahlung vereinbart wurde oder die Bezahlung in Form einer bloßen Aufwandsentschädigung hinter weiteren, altruistischen Motiven in den Hintergrund rückt.⁸

2. Rechtliche Situation in Deutschland

a) Verbot der Leihmutterschaft

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages fassen die rechtliche Ausgangslage der Leihmutterschaft in Deutschland wie folgt zusammen: „Die deutsche

³ Es sind zwar mehrere Begriffe hierfür geläufig (Ersatz-, Miet- oder Surrogatmutterschaft), in Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung soll in dieser Arbeit aber einheitlich der Terminus der Leihmutterschaft verwendet werden.

⁴ Markwardt, in: BeckOGK-EGBGB (Stand: 1.6.2022), Art. 22 Rn. 33.

⁵ Depenbusch/Schultze-Mosgau, in: Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin, 2013, S. 298.

⁶ Kaiser, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, S. 61 Rn. 187.

⁷ Esser, Ist das Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland noch haltbar? – eine rechtsphilosophische Analyse, 2020, S. 39.

⁸ Esser, S. 39.

Rechtsordnung steht der Leihmutterchaft ablehnend gegenüber, verbietet sie aber nicht direkt und generell, sondern versucht, sie [...] mit rechtlichen Hürden zu unterbinden“.⁹

Mit diesen Hürden sind zum einen die §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 7 des Embryonenschutzgesetzes (ESchG), das als strafrechtliches Nebengesetz konzipiert ist, gemeint.¹⁰ Strafbar macht sich hiernach, wer die aufgelisteten Eingriffe zur Umsetzung einer gestationellen Leihmutterchaft vornimmt. Für die Wunscheltern sowie die künftige Leihmutter gilt der persönliche Strafausschließungsgrund des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 ESchG.¹¹ Daher richtet sich das Verbot, auch auf Grund der Voraussetzung bestimmter fachlicher Qualifikationen, primär an Ärzte und Naturwissenschaftler als Täter.¹² Diese können sich zudem mitunter in Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB), als Gehilfe (§ 27 Abs. 1 StGB) aber auch durch Anstiftungshandlungen (§ 26 StGB) strafbar machen.¹³

aa) Beihilfe

Problematische Konstellationen ergeben sich hierbei, wenn ein deutscher Arzt an einer im Inland untersagten, im Ausland aber gestatteten und durchgeführten Kinderwunschbehandlung teilnimmt. Denkbar wäre beispielsweise die Verschreibung von Hormonpräparaten in Deutschland, welche den Eizellentransfer für die Leihmutterchaft überhaupt erst ermöglichen, aber auch eine vorbereitende Ultraschalluntersuchung käme in Frage. Beide Taten wären kausal für die spätere Leihmutterchaft und würden die Haupttat zudem tatsächlich fördern.¹⁴ Grundsätzlich gilt für den Arzt, sofern er Kenntnis über den beabsichtigten Sachverhalt hat und unabhängig von der Rechtslage im Ausland, gem. § 3 StGB bzw. insbesondere § 9 Abs. 2 StGB das deutsche Strafrecht.¹⁵

Bei der Frage, ob die berufstypische Arzttätigkeit auf Grund ihrer „Neutralität“ überhaupt als Beihilfehandlung ausreichen kann, kommen Rechtsprechung und Literatur mitunter zu unterschiedlichen Ergebnissen. Nach einer Meinung der Literatur¹⁶ ist eine Beihilfe gegeben, wenn die Beihilfehandlung die Haupttat objektiv messbar fördert und sich der Gehilfe auch subjektiv maßgeblich an der Haupttat orientiert.¹⁷ Folgt man dieser Annahme, so wäre der Arzt, sofern er nicht direkt im Zusammenhang mit ausländischen Medizinern vorgeht¹⁸, zumeist nicht

der Beihilfe schuldig. Zwar orientiert sich der möglicherweise als Gehilfe tätig werdende Arzt subjektiv an der Haupttat und fördert diese sogar, allerdings fehlt es zumeist dennoch an der notwendigen Abstimmung auf die Haupttat.¹⁹ Denn laut dieser Ansicht ist die Behandlung auch losgelöst von der späteren Leihmutterchaft eine eigenständige Arztbehandlung, welche als rein medizinische Dienstleistung keinen kriminellen Rechtsakt darstellen kann.²⁰

Die Rechtsprechung allerdings knüpft ihre Entscheidung daran an, ob das Verhalten des Haupttäters ausschließlich auf die Verwirklichung einer Straftat abzielt und ob dies dem Teilnehmer bekannt war.²¹ Das heißt, sollte der Arzt annehmen, die Frau werde mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Leihmutterchaft im Ausland durchführen lassen, so ist von einer Beihilfe auszugehen.²²

bb) Anstiftung

Eine Strafbarkeit wegen Anstiftung könnte in Frage kommen, wenn der Arzt Patienten die Durchführung der hierzulande verbotenen Praktik im Ausland lediglich vorschlägt und dadurch den Wunsch nach einer illegalen Behandlung in ihnen hervorruft. Hierbei ist eine Strafbarkeit aufgrund der sog. „Kettenanstiftung“ denkbar²³, welche sich aus einem „Erst-Recht-Schluss“ aus § 30 Abs. 1 Var. 2 StGB ergibt.²⁴ Sollte der Arzt die Frau dazu anstiften, eine Leihmutterchaft durchführen zu lassen, und sollte diese Frau dann wiederum einen Arzt im Ausland zur Tat bestimmen, würde der deutsche Arzt auf den Willen des Haupttäters einwirken. Somit ist in dieser Konstellation eine Strafbarkeit des Arztes als Anstifter möglich.

Da Ärzte wie aufgezeigt bereits durch vorbereitende Untersuchungen oder Hinweise auf die Möglichkeit einer Leihmutterchaft in Gefahr laufen, sich strafbar zu machen, droht die aktuelle rechtliche Regelung oftmals eine adäquate medizinische und psychosoziale Beratung der (Wunsch-)Eltern zu untergraben.²⁵ Dies steht auch einer umfangreichen Aufklärung über mögliche Risiken im Weg.

cc) Sonstige Regelungen

Der Fall der traditionellen Leihmutterchaft ist nicht strafbar. Jedoch lassen sich die (Wunsch-)Eltern in diesem Fall auf eine rechtlich unsichere Situation ein, da bereits vor

⁹ Deutscher Bundestag WD 9 – 3000 – 039/18, S. 8 (v. 22.8.2018).

¹⁰ Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C.II. vor § 1 Rn. 8; Böckheler, Rescriptum 2016/2, S. 128.

¹¹ Pelchen/Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Band 1, 190. EGL, 2012, § 1 ESchG Rn. 12.

¹² Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, S. 162 Rn. 21, Pelchen/Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 1 Rn. 12.

¹³ Graf, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2017), § 1 ESchG Rn. 43.

¹⁴ Conte, Gynäkologe 2013, 841 (843); genauere Ausführungen s. Magnus, NSTZ 2015, 57 (58-59).

¹⁵ Graf, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 1 ESchG Rn. 44; so auch Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, 2019, S. 69, online abrufbar unter: https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

¹⁶ Magnus, NSTZ 2015, 57 (59); Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 27 Rn. 13 m.w.N.

¹⁷ Magnus, NSTZ 2015, 57 (59); Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 13 m.w.N.

¹⁸ Magnus, NSTZ 2015, 57 (59).

¹⁹ Magnus, NSTZ 2015, 57 (59).

²⁰ Magnus, NSTZ 2015, 57 (59).

²¹ BGHSt 46 112; BGH NJW 2014, 1100; BGH NSTZ 2000, 34, (17); Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, StGB, § 27 Rn. 10.

²² Magnus, NSTZ 2015, 57 (59).

²³ Günther, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C.II. vor § 1 Rn. 26; Magnus, NSTZ 2015, 57 (60).

²⁴ Kindhäuser, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2009), § 38 Rn 5; Koch/Wirth, JuS 2010, 303 (309); Kühl, Strafrecht AT, § 20 Rn. 193.

²⁵ So auch Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, 2019, S. 10, 70, 80, online abrufbar unter: https://www.leopoldina.org/uploads/tx_leopublication/2019_Stellungnahme_Fortpflanzungsmedizin_web_01.pdf (zuletzt abgerufen am 6.9.2022).

der Geburt geschlossene Verträge über die Änderung der Mutterschaft gem. § 138 BGB sittenwidrig und somit nichtig sind.²⁶

Weitere rechtlichen Hürden werden mittels des Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG) geschaffen. So ist es nach § 13c AdVermiG untersagt, eine Ersatzmutter (d.h. Leihmutter) zu vermitteln. Ersatzmuttervermittlung bedeutet gem. § 13b AdVermiG das Zusammenführen von Personen, die das aus einer Ersatzmutterschaft entstandene Kind annehmen oder in sonstiger Weise auf Dauer bei sich aufnehmen wollen (Bestellern), mit einer Frau, die zur Übernahme einer Ersatzmutterschaft bereit ist. Es gibt demnach zwar kein ausdrückliches Verbot der Leihmutterschaft an sich, allerdings wurde durch das Untersagen der dafür notwendigen Praktiken ein mittelbares Verbot geschaffen.

b) Leihmutterschaft: Familienrechtlicher Ausblick

Sofern Eltern eine Leihmutterschaft im Ausland in Anspruch genommen haben, ergeben sich auch bei der Frage der abstammungsrechtlichen Zuordnung der Elternschaft rechtliche Probleme.

Einige ausländische Rechtsordnungen erkennen diametral zu der deutschen²⁷ die intendierte Mutter anstelle der Leihmutter als rechtliches Elternteil an.²⁸ Daraus resultierende Probleme sind vorprogrammiert.²⁹ Der BGH hat 2014³⁰ sowie erneut in 2018³¹ festgestellt, dass, sofern das Kind genetisch vom Wunschelternteil abstamme, kein *ordre public* Verstoß bei der Anerkennung abweichender Elternschaftsbestimmungen vorliege. Daher seien, von vorherigen Urteilen abweichend,³² jedenfalls ausländische Gerichtsentscheidungen zu respektieren, die die rechtliche Verwandtschaft feststellen.³³ Sofern eine solche Gerichtsentscheidung fehlt, ist die einzige Möglichkeit der Wunschmutter die rechtliche Mutterschaft nachträglich zu erhalten ein Adoptionsverfahren.³⁴ Hierbei ist eine umfassende Prüfung des Kindeswohles vorgesehen.³⁵ Die aktuelle Lösung ist mehrfach problematisch. Das Leihmutter-Kind wäre ohne klare elterliche Zuordnung,

sollten die Wunscheltern ihre Meinung ändern und von einer Adoption absehen,³⁶ auch besteht das Risiko einer möglichen Ablehnung des Adoptionsverfahrens durch deutsche Gerichte.³⁷ Zum anderen ist die Wunschmutter auf Grund der massiven Unterschiede bei der Anerkennung der Mutter- und Vaterschaft³⁸ in ihrer Rechtsposition schlecht gestellt.³⁹ Ohne erfolgreiche Adoption könnte sich diese im Fall einer Trennung vom Wunschvater nur auf ein Umgangsrecht als Bezugsperson des Kindes nach § 1685 Abs. 2 BGB stützen.⁴⁰

III. Einwände gegen eine Zulässigkeit der Leihmutterschaft

Kategorische strafrechtliche Verbote – insbesondere im Rahmen der Fortpflanzungsmedizin – könnten nicht absehbare naturwissenschaftliche Erkenntnisse zum Wohle der Gemeinschaft ungewollt verzögern und mitunter sogar verhindern.⁴¹ Strafrechtliche Verbote wären daher nur dann angezeigt, soweit gewichtige schutzwürdige Rechtsgüter beeinträchtigt wären und die Grundätze der Verhältnismäßigkeit beachtet sind.⁴² Kritiker argumentieren für ein strafrechtliches Verbot der Leihmutterschaft hauptsächlich mit dem Schutz des Kindes sowie der Leihmutter.

1. Argument: Schutz des Kindes

a) Kindeswohl

Dabei wird von der Literatur⁴³ sowie vom Gesetzgeber⁴⁴ eine Vielzahl an Kindeswohlbedenken als Grundlage für das Verbot der Leihmutterschaft vorgebracht. Bei dem Kindeswohl handelt es sich zudem um das intendierte geschützte Rechtsgut der §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 7 ESchG.⁴⁵ Das Kindeswohl ist im Grundgesetz Art. 6 Abs. 2 GG sowie einfachgesetzlich insbesondere in §§ 1666, 1697a BGB verbürgt. International ist es z.B. unter Art. 24 der EU-Grundrechte-Charta und Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention geschützt.⁴⁶ Dies unterstreicht den Stellenwert des Kindeswohles als international anerkanntes Rechtsprinzip. Im Fokus der Argumentation gegen das Prinzip

²⁶ *OLG Braunschweig*, NZFam 2017, 522 = FamRZ 2017, 972; *OLG Hamm*, NJW 1986, 781; *Markwardt*, in: BeckOGK-EGBGB, Art. 22 Rn. 35; *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, Band 10, 8. Aufl. (2020), § 1591 Rn. 20.

²⁷ Hier ist gem. § 1591 BGB unumstößlich die Leihmutter die rechtliche Mutter; der intendierten Mutter kommt keinerlei Rechtsstellung zu, s. *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 19; *Gutzeit*, in: NK-BGB, 4. Band, 4. Aufl. (2020), § 1591 Rn. 2.

²⁸ *Behrentin/Grünenwald*, NJW 2019, 2057 (2057); *Oldenburger*, NZFam 2020, 457 (457, 458).

²⁹ *Behrentin/Grünenwald*, NJW 2019, 2057 (2057).

³⁰ *BGH*, NJW 2015, 479.

³¹ *BGH*, DNotZ 2019, 54.

³² *OLG Braunschweig*, Urt. v. 12.4.2017 – 1 UF 83/13; NZFam 2017, 522; *VG Berlin*, FamRZ 2013, 738; BeckRS 2013, 14333 (nicht rechtskräftig); *Makoski*, in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. (2020), § 19 Recht der Reproduktionsmedizin Rn. 142.

³³ *BGH*, NJW 2015, 479.

³⁴ *BGH*, NJW 2019, 1605; NJW 2019, 1608; *Makoski*, in: Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 19 Recht der Reproduktionsmedizin Rn. 142.

³⁵ *Heiderhoff*, in: BeckOK-BGB, 62. Edition (Stand: 1.5.2022) Art. 22 EGBGB Rn. 19.

³⁶ *Heiderhoff*, in: v. Münch/Kunig, GG, Band 1, 7. Aufl. (2021), Art. 6 GG Rn. 233.

³⁷ *AG Hamm*, FamFR 2011, 551; *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 21.

³⁸ Die Vaterschaftszuordnung kann im Gegensatz zur Mutter nach § 1592 BGB grundsätzlich korrigiert und der genetische Vater auch ohne Adoptionsverfahren als rechtlicher Vater festgestellt werden, siehe *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 19; *Gutzeit*, in: NK-BGB, § 1591 Rn. 2.

³⁹ So *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 46.

⁴⁰ *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 21.

⁴¹ *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. B. IV Rn. 41.

⁴² *Günther*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. B. IV Rn. 49; *Gallas*, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, 1968, S. 1 ff.; *Hanack*, Gutachten zum 47. DJT, 1968, S. 1 ff.

⁴³ *Engel*, ZEuP 2014, 538 (556); *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C.II. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 5.

⁴⁴ Siehe Gesetzesentwurf zum ESchG, BT-Drs. 11/5460, S. 7 und BT-Drs. 11/4154, S. 6 f.

⁴⁵ *Keller*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 16; *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 10; BT-Drs. 11/5460, S. 6.

⁴⁶ *Engel*, ZEuP 2014, 538 (551).

der Leihmutterschaft stehen vor allem die Folgen für das Kind, die eine gesplante Mutterschaft, d.h. hier das Auseinanderfallen genetischer und biologischer Mutter, mit sich führen könnte. Befürchtet werden seelische Konflikte, Identitätsfindungsprobleme sowie ein mögliches Trauma bei postnataler Trennung des Kindes.⁴⁷

aa) Trauma bei postnataler Trennung

Kritiker argumentieren, dass der Embryo vor der Geburt eine Beziehung zur Tragemutter aufbaue, welche per se erhaltenswert sei.⁴⁸ Diese könne bei Trennung von Kind und Geburtmutter das Kindeswohl negativ beeinträchtigen.⁴⁹ Für diese Annahme spricht, dass sich der Fötus ab dem letzten Drittel der Schwangerschaft an die Sprache und Sprechmelodie der Mutter gewöhnen kann. So wurden Wiedererkennungsfähigkeiten der Kinder nach der Geburt festgestellt.⁵⁰ Diese Tatsache deutet darauf hin, dass der Fötus zumindest in Ansätzen eine Art Bindung zu der austragenden Mutter entwickelt. Allerdings fehlt es an gesicherten Kenntnissen die belegen, dass ein Wechsel dieser, dem Kind bekannten Merkmale, tatsächlich eine negative Reaktion bei Neugeborenen auslöst.⁵¹ Zudem setzt die spezifische Beziehungsentwicklung bei Kindern erst ab einem Alter von ca. 3 Monaten ein, weswegen sie daher den Mutterwechsel direkt nach der Geburt vermutlich entweder nicht bemerken oder schnell adaptieren können.⁵² Weiterhin ist festzuhalten, dass Leihmutterkinder Wunschkinder sind, für deren Entstehung die Eltern zumeist hohe Kosten und vermehrten Aufwand betrieben haben.⁵³ Daher haben deren Eltern häufig ein großes Interesse an einem Bindungsprozess mit ihren Kindern, was die Eltern-Kind-Beziehung positiv beeinflussen kann.⁵⁴

bb) Identitätskonflikte

Ein zweites, häufig eingebrachtes Argument für das Verbot der Leihmutterschaft stellt das mögliche Auftreten von Identitätskonflikten dar, unter denen das Kind leiden könnte.⁵⁵ Zunächst ist dabei anzumerken, dass den befürchteten Identitätskonflikten mittels der Sicherung eines Rechts auf Kenntnis der Abstammung entgegengewirkt werden kann.⁵⁶ Umsetzbar wäre dies beispielsweise mittels einer verpflichtenden Dokumentation der Daten der Leihmutter und möglicher Gametenspende.⁵⁷ Zwar kann eine gesplante Elternschaft durchaus zu Konflikten bezüglich der Identitätsfindung führen,⁵⁸ allerdings treten

solche scheinbar zumeist in Situationen auf, in denen das Kind die Kenntnis über seine Zeugung/Geburt überraschend erlangt.⁵⁹ Auch diesem kann durch angemessene, einfühlsame und rechtzeitige Aufklärung seitens der Eltern vorgebeugt werden. Obwohl Konflikte gleicher Art auch im Zuge einer Adoption auftreten können,⁶⁰ ist jene gestattet. Die Frage, womit diese Unterscheidung gerechtfertigt ist, bleibt dabei offen. Zudem hat der Gesetzgeber bereits eingeräumt, dass diese Bedenken mangels zum Zeitpunkt der Verabschiedung des ESchG vorhandener empirischer Erkenntnisse über die Auswirkungen einer gesplanten Elternschaft auf das Wohl des Kindes auf „Annahmen“, „Bedenken“ und „Befürchtungen“ gestützt sind.⁶¹ Auch jetzt noch, rund 30 Jahre nach Erlass des ESchG, bleibt die Studienlage zum Thema Kindeswohl bei Leihmüttern dünn.⁶² Eine der wohl wichtigsten Studien⁶³ zu diesem Thema hat ergeben, dass keine negativen Langzeit-Effekte bei Kindern, die von Leihmüttern ausgetragen wurden, ersichtlich seien. Hierbei wurden Untersuchungen an 36 – mit Hilfe altruistischer Leihmutterschaft geborenen – Kindern jeweils 2, 3, 7 und 10 Jahre nach der Geburt durchgeführt. Abgesehen von einer geringfügig negativen Abweichung bei den 7-jährigen Kindern konnten bei der Studie keine signifikanten Wertabweichungen vom Normbereich festgestellt werden. Dies betrifft sowohl die Eltern-Kind-Bindung (aus beiderlei Sicht) als auch die Beurteilung des Verhaltens der Kinder durch Lehrkräfte in Bezug auf Interaktionen in der Außenwelt sowie Sozialverhalten. Auch eine andere Studie aus dem Jahre 1991 mit über 110 Leihmutterschaftskindern aus Nordamerika ergab, dass die psychische und kognitive Entwicklung der Kinder keine Auffälligkeiten gegenüber der Vergleichsgruppe ergaben.⁶⁴

Zwar ist die hier verwendete Stichprobe äußerst gering und die Studienlage insgesamt noch unzureichend, um eine klare Aussage über das Kindeswohl im Falle einer Leihmutterschaft zu treffen. Dennoch lässt sich mit zumindest einer gewissen Validität festhalten, dass seit dem praktischen Verbot der Leihmutterschaft in Deutschland vor 30 Jahren bis zum heutigen Zeitpunkt keine negativen Effekte auf das Kindeswohl eindeutig nachgewiesen werden konnten. Da die oben genannten Argumente bei der Ge-

⁴⁷ BT-Drs. 11/5460 S. 7; BT-Drs. 11/4154 S. 6 f.; *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, 2014, S. 48 ff.

⁴⁸ *Engel*, ZEuP 2014, 538 (556); *Schlag*, Verfassungsrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung, Band 6, 1991, S. 14.

⁴⁹ *Markwardt*, in: BeckOGK-EGBGB, Art. 22 Rn. 39; BT-Drs. 11/4154 S. 6 f.; *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 48 ff.; *Eser*, Humangenetik, in: Freiburger Universitätsblätter 95, 1987, S. 47.

⁵⁰ *Bassereau et al.*, A melodic contour repeatedly experienced by human near-term fetuses elicits a profound cardiac reaction one month after birth, 2011, S. 3; *Schölmerich*, in: Schramm/Wermke, Leihmutterschaft und Familie – Impulse aus Recht, Theologie und Medizin, 2018, S. 209 ff.

⁵¹ *Böckheler*, Rescriptum 2016, 126; *Fechner* in: Günther/Keller, Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik – strafrechtliche Schranken?, 1991, S. 55.

⁵² *Schölmerich*, in: Schramm/Wermke, S. 211 f.

⁵³ *Eser*, S. 49; Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 83.

⁵⁴ *Eser*, S. 49; Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 83.

⁵⁵ So z.B. BT-Drs. 11/5460, S. 15; *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 48 ff.

⁵⁶ *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band I, 7. Aufl. (2018), Art. 1 Abs. 1 Rn. 97; *Merrem*, Reformbedürftigkeit des Fortpflanzungsmedizinrecht, 2021, S. 210.

⁵⁷ *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 97; *Merrem*, S. 210.

⁵⁸ Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 70.

⁵⁹ Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 70.

⁶⁰ *Hörnle*, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, Menschenwürde und Medizin – ein interdisziplinäres Handbuch (2013), S. 743.

⁶¹ Deutscher Bundestag WD 9 – 3000 – 039/18, S. 15.

⁶² BT-Drs. 17/3759, S. 94; *Engel*, ZEuP 2014, 538 (538).

⁶³ *Golombok et al.*, Families Created Through Surrogacy Arrangements: Parent-Child Relationships in the 1st Year of Life, Development Psychology 40 (3), 400 – 411.

⁶⁴ *Serafani*, Outcome and Follow-Up of Children Born After IVF-Surrogacy, Human Reproduction Update 27 (1) 2001, 23 – 27.

setzesbegründung durch den Gesetzgeber mehrmals genannt und wiederholt wurden,⁶⁵ ist davon auszugehen, dass sie einen signifikanten Anteil zu der Entstehung und Aufrechterhaltung der strafrechtlichen Sanktion beitragen. Dies lässt die Problematik erwachsen, dass der Gesetzgeber ein umfassendes Verbot der Leihmutterchaft auf Grundlage einer nicht bewiesenen Tatsache stützt.

b) Menschenwürde des Kindes

Eine weitere Befürchtung ist, dass die Leihmutterchaft die Menschenwürde des Kindes verletze.⁶⁶ Am häufigsten wird damit argumentiert, dass das Kind auf Grund der ggf. sogar entgeltlichen Transaktion wie „Ware“ respektive ein Objekt behandelt werde.⁶⁷ Die Vereinbarung, das Kind noch vor der Geburt abzugeben, verletze dessen Menschenwürde derart, dass es zu einer handelbaren Dienstleistung gemacht werde.⁶⁸

Zumindest in Bezug auf die altruistische Leihmutterchaft kann dieses Argument nicht überzeugen. Der Weggabewille der austragenden Frau stellt an sich keine Degradierung des Kindes zum Objekt dar.⁶⁹ Dies ergibt sich auch schon im Vergleich zur Adoption, welche ebenso einen Willen zur Abgabe des Kindes seitens der Mutter voraussetzt, rechtlich indes nicht missbilligt ist. Gleichermäßen findet die Übertragung von Elternrechten bereits in Adoptionsverfahren sowie im Falle von Vaterschaftsanfechtungen ihre Anwendung.⁷⁰ Auch der Umstand, dass das Kind unter Aufteilung in eine genetische und biologische Mutterchaft gezeugt wurde, stellt keine Verletzung der Menschenwürde des Kindes dar,⁷¹ da das Kind seine Zeugung überhaupt dem Umstand verdankt, dass seine Mutter eine Eizelle gespendet bekam. Es ist daher allein durch die Art und Weise seiner Zeugung nicht in seiner Menschenwürde verletzt.⁷²

Im Falle der kommerziellen Leihmutterchaft muss hinterfragt werden, unter welchen Umständen ein menschenunwürdiges Entgelt vorliegt. Bei der Schwangerschaft, Austragung und Entbindung treten erhebliche Risiken und Schmerzen auf. Zudem sind mögliche Arztkosten, Verdienstauffälle und auftretende Schwangerschaftsbedürfnisse auszugleichen. Geldzahlungen, die Unkosten und Schwangerschaftsbeeinträchtigungen ausgleichen sollen, stellen keine Verletzung der Menschenwürde dar, sofern nicht ein regelrechter Verkauf des Kindes stattfindet.⁷³ Das bedeutet, dass, solange das Kind nicht selbst zum In-

strument der Gewinnerzielung wird, eine mögliche Verletzung der Menschenwürde nicht ersichtlich ist.⁷⁴ Eine solche Situation wäre gegeben, wenn das Entgelt für die Leihmutter nicht vergangenheitsorientiert ist und beispielsweise zusätzliche Prämien für bestimmte Merkmale des Kindes ausbezahlt werden.⁷⁵ Im Falle einer Legalisierung der Leihmutterchaft sollten solche Entwicklungen aber dennoch mittels gesetzlicher Vorgaben vorgebeugt werden. Statt einer Verletzung der Menschenwürde des Kindes liegt somit ein zulässiger Verzicht auf Ausübung des Elternrechts seitens der Leihmutter und seitens der Wunscheltern eine Inanspruchnahme des Rechtes auf Familiengründung vor.⁷⁶ Ob das Rechtsgut des Kindeswohles durch ein Verbot der Leihmutterchaft tatsächlich besser geschützt wird als ohne, ist geringstenfalls in Frage zu stellen.

c) Problem der Nichtidentität

Grundlage dieser Argumentation ist die Annahme, dass die Würde eines Menschen bereits vor der Nidation (Einnistung der Eizelle) seinem Träger zugeschrieben wird.⁷⁷ Selbst wenn man dieser Auffassung folgen sollte, ist es höchst zweifelhaft, ob das Argument des Kindeswohles in diesem Falle überhaupt als legitimer Schutzzweck des strafrechtlichen Verbotes herangezogen werden kann. Die Konstellation der Leihmutterchaft wirft die Frage auf, ob der Staat, um das Wohl eines Kindes zu schützen, eine Handlung verbieten darf, wenn die Existenz dieses Kindes gerade von der Handlung selbst abhängt (sog. „Nicht-Identitätsproblem“).⁷⁸ Ist es demnach vertretbar anzunehmen, um das Wohl eines Kindes wäre es bessergestellt, wenn es niemals geboren wäre, statt mittels Inanspruchnahme einer Leihmutter?

Folgt man der Argumentation des *BVerfG*⁷⁹ so ist jedes menschliche Leben um seiner selbst willen zu achten und grundsätzlich als Wert zu verstehen.⁸⁰ Daher ist eine Verhinderung der Existenz zum Schutze des Kindeswohles nur in Ausnahmefällen ein geeignetes Eingriffskriterium.⁸¹ Im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 1 GG kommen dabei Tatbestände in Betracht, bei welchen die Lebensumstände des Kindes derart unwürdig wären und/oder Kindeswohlbeeinträchtigungen erheblichen Ausmaßes anzunehmen sind, aus denen sich folglich ergibt, dass es im Interesse des Kindes sein könnte, nicht geboren zu sein.

Wie bereits dargelegt hat die bisherige, wenn auch

⁶⁵ BT-Drs. 11/5460, S. 15; BT-Drs. 13/4899, S. 82; BT-Drs. 11/4154, S. 6 f.

⁶⁶ Benda, NJW 1985, 1730 (1733).

⁶⁷ LG Düsseldorf, Urt. v. 17.3.2017 – II-1 UF 10/16 Rn. 40; OLG Hamm, JZ 1986, 441 ff.; Laufs, in: Günther/Keller, S. 105.

⁶⁸ AG Düsseldorf, Urt. v. 2.12.2015 – 270 F 223/14.

⁶⁹ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 14.

⁷⁰ Esser, S. 198.

⁷¹ Starck, Gutachten zum 56. DJT, 1986, S. A 37; Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 97; Herdegen, in: Dürrig/Herzog/Scholz, GG, Band I, 95. EL (2021), Art. 1 Abs. 1 Rn. 100.

⁷² Starck, Gutachten zum 56. DJT, S. A 37.

⁷³ Hörnle, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, S. 747; Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 14.

⁷⁴ Hörnle, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, S. 747.

⁷⁵ Hörnle, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, S. 747.

⁷⁶ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 14.

⁷⁷ Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (483).

⁷⁸ Esser, S. 132; Roberts, „The Nonidentity Problem“, The Stanford Encyclopedia of Philosophy 2015; Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. B. III., Rn. 25.

⁷⁹ BVerfGE 88, 2013.

⁸⁰ Esser S. 134; so auch Coester-Waltjen, Gutachten zum 56. DJT 1986, S. B 46.

⁸¹ Esser S. 134; Duden, Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, S. 177.

dünne,⁸² Studienlage zum Wohl der Kinder bei Leihmutterschaft keine erheblichen Auffälligkeiten ergeben.⁸³ Insbesondere wurden keine Kindeswohlbeeinträchtigungen in einem solch beschriebenen Ausmaß nachgewiesen. Aus diesem Grund ist den Stimmen in der Literatur zu folgen, die zu Recht behaupten, dass die vom Gesetzgeber bloß vermuteten Beeinträchtigungen des Kindeswohles kein Verbot der Zeugung durch Leihmutterschaft rechtfertigen können.⁸⁴ Insofern erscheint es nicht fernliegend, dass das strafbewehrte Verbot der Leihmutterschaft gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot verstoßen könnte,⁸⁵ insbesondere mit Blick auf das Recht der Familiengründung der Wunscheltern⁸⁶.

2. Argument: Schutz der Leihmutter

Als weitere, häufig genannte Legitimation eines Verbots wird der Schutz der Leihmutter vorgetragen. Dies umfasst die Elemente der Gefahr der Ausbeutung und der Verletzung ihrer Menschenwürde.

a) Ausbeutung

Das mögliche Risiko, das die Leihmutterschaft für die Gebärenden darstellen kann, liegt laut Kritikern vor allem in einer möglichen finanziellen „Ausbeutung“⁸⁷ dieser durch die Wunscheltern. Die Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils ohne Rücksicht auf die Belange des Opfers, wie es eine Ausbeutung voraussetzt,⁸⁸ könnte auf Grund des ökonomischen Ungleichgewichts zwischen Leihmutter und Auftraggeber in Frage kommen. Die These, dass die Wunscheltern überwiegend aus gut situierten Verhältnissen kommen und die Leihmütter aus wirtschaftlich weniger begüterten, spiegelt nicht die gesamte Wahrheit wider, ist aber durchaus zu großen Teilen zutreffend.⁸⁹

Eine in Indien durchgeführte Studie⁹⁰ ergab, dass sämtliche der befragten Leihmütter primär aus ökonomischen Gründen handelten. 15 der 15 Befragten gaben an, dass sie auf Grund ihrer finanziellen Situation keine andere Möglichkeit sahen, diese zu verbessern, als Leihmutter zu werden. Im Gegensatz dazu stellte eine Studie zur altruistischen Leihmutterschaft in Großbritannien⁹¹ fest, dass 91 % der befragten 35 Leihmütter aus der Motivation heraus handelten, einem kinderlosen Paar helfen zu wollen. Nur eine einzige Frau brachte die Bezahlung als primären

Motivationsfaktor vor. Eine weitere, in den USA durchgeführte Studie mit 125 beteiligten Leihmüttern ergab, dass die finanziellen Gründe überwiegend (89 %) nicht das einzige Fundament für die Entscheidung zur Leihmutterschaft bildeten.⁹² Stattdessen schlussfolgerte *Phillip Parker*, dass das Zusammenspiel verschiedener Faktoren die Teilnehmerinnen letztendlich zu ihrer Entscheidung bewegte: der finanzielle Ausgleich, die Freude an und der Wunsch nach einer Schwangerschaft und den positiven psychologischen Begleiterscheinungen. Diese sind zum Beispiel der Wunsch, den künftigen Eltern eine Freude zu machen oder auch der emotionale Ausgleich einer negativen Erfahrung im Zusammenhang mit Schwangerschaft (wie Abtreibung oder Fehlgeburt).

Aus den genannten Ergebnissen lässt sich schlussfolgern, dass die Entscheidung für eine Leihmutterschaft durchaus auf Grund einer finanziellen Notlage getroffen wird. Allerdings betrifft dies nicht pauschal sämtliche Leihmütter; diese können ihre Entscheidung aus vielfältigeren Gründen treffen. „Ausnutzung“ ist kein der Leihmutterschaft inhärentes Element, stattdessen bedarf es einer Lösung für eine längerfristig akzeptable Ausgestaltung.⁹³ Dazu ist außerdem anzumerken, dass die Situation in Deutschland im Falle einer Legalisierung anders zu bewerten wäre als beispielweise in Indien, da eine tatsächliche existenzielle Not in einem funktionierenden Sozialstaat grundsätzlich gering ausgeprägt ist.⁹⁴ Die Gesetzeslage in Deutschland führt zu einer generalisierenden Sanktionierungslage, die davon ausgeht, dass hinreichende Gründe bestehen, Leihmüttern ihre Entscheidung abzunehmen. Dies bedarf der kritischen Prüfung.

bb) Menschenwürde

Damit einhergehend ist das häufig für ein Verbot herangetragene Argument anzubringen, die Menschenwürde der Leihmütter wäre verletzt⁹⁵, da sie als „Gebärmaschine“ und „bloßes Mittel fremder Zwecke“⁹⁶ eingesetzt werde und es zu einer „Kommerzialisierung reproduktiver Körperfunktionen“⁹⁷ komme. Die Leihmutter sei also nicht nur in finanzieller Hinsicht ausgebeutet, sondern auch in einem der wichtigsten verfassungsrechtlichen Grundsätze verletzt.

Maßgeblich schützt die Menschenwürdegarantie im

⁸² Engel, ZEuP 2014, 538 (538).

⁸³ So auch *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 19; *Dietrich*, Mutterschaft für Dritte, 1989, S. 258 ff.

⁸⁴ *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 19; vgl. *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Band 64, 3. Auflage (2018), § 1 ESchG Rn. 21; Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 38; *Oldenburger*, NZFam 2020, 985 (989); *Esser*, S. 138.

⁸⁵ *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 19.

⁸⁶ *Möller/Makoski*, in: Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin, (2020), S. 585–614.

⁸⁷ *Günther*, in: Günther, Fortpflanzungsmedizin, S. 159; *Diel*, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 87 ff.

⁸⁸ *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Band 6, 3. Aufl. (2017), § 323a Rn. 33.

⁸⁹ *Bernard*, StAZ 2013, 136 (139); *Engel*, ZEuP 2014, 538 (537); Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 84.

⁹⁰ *Karandika/Sharvari et al.*; Economic Necessity or Noble Cause?, *Affilia* 2014, 29 (2), S. 224–236.

⁹¹ *Jadva et al.*, the experiences of surrogate mothers, *Human Reproduction*, Volume 18, Issue 10, 2003, S. 2196 f.

⁹² *Parker*, Motivation of surrogate mothers: initial findings, *Am J Psychiatry* 140, 1983, S. 118.

⁹³ *Hörnle*, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, S. 750.

⁹⁴ *Majer*, NJW 2018, 2294 (2296); *Sitter*, Grenzüberschreitende Leihmutterschaft: eine Untersuchung des materiellen und internationalen Abstammungsrechts Deutschlands und der USA, Schriften zum internationalen Recht, Band 216 (2017), S. 78.

⁹⁵ So z.B. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.12.2015 Nr. 115, 8-0470/2015.

⁹⁶ Vgl. *Kienle*, ZRP 1995, 201 (202); *Coester-Waltjen*, NJW 1982; 2528 (2532).

⁹⁷ Zusammenfassung der kritischen Stimmen bei *Taupitz*, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15.

Grundgesetz den Einzelnen in seinem konkreten Anspruch auf Achtung als Person.⁹⁸ Ein Verstoß dagegen wird in der Regel dort angenommen, wo die Rechtsverletzung dazu führt, dass die menschliche Subjektsqualität in Frage gestellt wird.⁹⁹ Dies ist einhergehend mit dem die Menschenwürde prägenden Autonomiegedanken des Einzelnen.¹⁰⁰ Zur Bewertung der Verletzung der Menschenwürde der Leihmutter bedeutet das also, dass diese insb. verletzt wäre, wenn die Leihmutter auf Grund ihrer Dienstleistung nicht mehr als Person geachtet werden würde und keine autonome Entscheidung zu treffen vermöge. Die in den oben genannten Studien¹⁰¹ beteiligten Leihmütter waren allesamt volljährig, hatten zum Teil bereits selbst erfolgreiche Schwangerschaften durchstanden und sind sich damit einhergehenden möglichen Beschwerden bewusst gewesen. Sie waren demnach durchaus in der Lage, dass auf sie zukommende Risiko mit Kreditibilität einzuschätzen. Zudem ergab eine longitudinale Studie aus dem Jahre 2005, dass bei den untersuchten Leihmüttern sechs Monate postpartum keine psychologischen Auffälligkeiten auftraten.¹⁰² Daraus lässt sich schließen, dass Leihmütter ihre Wahl auch freiwillig, informiert und autonom treffen können. Zwar spielt es durchaus eine Rolle, dass finanzielle Ungleichheiten zwischen Auftraggebern und Austragenden eine Entscheidung begünstigen, allerdings ist auch eine ökonomisch motivierte Entscheidung eine selbstgetroffene.¹⁰³ Hinzu tritt, dass eine Unterstellung fehlender Selbstbestimmung durch den Staat mit einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung unvereinbar ist, da diese den Menschen die Fähigkeit selbstbestimmen Handelns zuschreibt.¹⁰⁴ Dieses Argument kann daher nicht vorgebracht werden, um ein Verbot der Leihmutter-schaft zu tragen.

Vielmehr kommt die „Subjektqualität“ der Leihmütter gerade in der Form zum Ausdruck, dass sie sich selbstbestimmt für eine Leihmutter-schaft entscheiden, um zum Beispiel ihre finanzielle Situation zu verbessern oder anderen Müttern zu einem Kind zu verhelfen. Daher ist ein „freiwilliges und im Zustand wirklicher Entscheidungsfreiheit“¹⁰⁵ ausgeübtes Verhalten nicht als Verstoß gegen die Menschenwürde zu verstehen.¹⁰⁶ Man kann dabei durchaus die gerichtliche Argumentation für eine Legalisierung der Prostitution¹⁰⁷ heranziehen: „[...] die staatliche Verpflichtung zum Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG) darf nicht dazu missbraucht werden, den Einzelnen durch einen Eingriff in die individuelle Selbstbestimmung gleichsam vor sich selbst zu schützen.“¹⁰⁸ Auch bei der Prostitution liegt der Schluss nahe,

dass eine Objektifizierung der Sexarbeitenden erfolgen könnte, indes ist diese in Deutschland rechtlich gestattet und stellt keinen Verstoß gegen die Menschenwürde dar. Daher zeigt es sich als wenig konsistent, Frauen zu gestatten, ihren Körper zur Befriedigung männlicher sexueller Bedürfnisse einzusetzen, nicht aber, um einem anderen Paar den Kinderwunsch zu ermöglichen.¹⁰⁹

Die oben genannten Ausführungen belegen, dass ein umfassendes Leihmutter-schaftsverbot nicht mit Grundlage einer Menschenwürdeverletzung oder der Gefahr vor Ausbeutung zurechtfertigen ist. Im Fall einer rechtlichen Umgestaltung ist aber zu bedenken, Minderjährige von der Praktik der Leihmutter-schaft auszuschließen. Ein verpflichtendes Gutachten einer unabhängigen Kommission, um die Freiwilligkeit der Einwilligung nachzuweisen, könnte der Sorge vor Ausbeutung entgegenwirken.¹¹⁰ Allerdings ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Eingriff in Freiheitsgrundrechte gerechtfertigt sein soll, sofern die Leihmütter erwachsene und einwilligungsfähige Personen sind, die sich den etwaigen Risiken einer Schwangerschaft und der damit einhergehend möglichen psychischen und physischen Belastung bewusst sind.¹¹¹

IV. Argumente für die Zulässigkeit der Leihmutter-schaft

Die am häufigsten vorgetragenen Argumente zum Schutze des Kindes und der Leihmutter sind nach einer grundlegenden Prüfung weder wissenschaftlich noch juristisch überzeugend. Daher ist es angebracht, Gedanken zu einer Neuregelung der gesetzlichen Grundlagen anzustoßen, selbstverständlich ohne dabei die möglichen negativen Entwicklungen zu vernachlässigen.

1. Argument: Recht auf reproduktive Selbstbestimmung

Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die Legalisierung der Leihmutter-schaft nicht nur möglich, sondern auf Grund eines Verstoßes gegen das Recht auf reproduktive Autonomie (bzw. Fortpflanzungsfreiheit) der Wunscheltern¹¹² sogar geboten ist.

a) Inanspruchnahme einer Leihmutter als Teil des Rechts auf Fortpflanzungsfreiheit

Trotz fehlender gesetzlicher Niederschrift und mangelnder verfassungsgerichtlicher Judikatur ist das Recht auf

⁹⁸ Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 29.

⁹⁹ Vgl. BVerfGE 27, 1 (6 f.); 28, 386 (391); 45, 187 (228); Esser, S. 190.

¹⁰⁰ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15; Vitzhum, in: Günther, Fortpflanzungsmedizin, S. 61 ff.

¹⁰¹ Karandika/Sharvari et al.; Economic Necessity or Noble Cause?, S. 224-236; Jadva et al. the experiences of surrogate mothers, S. 2196 f.; Parker, Motivation of surrogate mothers: initial findings, S. 118.

¹⁰² Akker, Psychosocial aspects of surrogate motherhood, Human Reproduction Update, Volume 13, Issue 1 (2007), S. 53–62; Depenbusch/Schulze-Mosgau, in: Diedrich/Ludwig/Griesinger, Reproduktionsmedizin, S. 297 ff.

¹⁰³ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15.

¹⁰⁴ Hörnle, in: Hilgendorf/Joerden/Thiele, S. 748

¹⁰⁵ Taupitz, in: Günther/Taupitz/Kaiser, ESchG, Kap. C. II., § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15.

¹⁰⁶ So auch Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 1 Rn. 97; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 29; Esser, S. 191.

¹⁰⁷ So auch Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 57; Majer, NJW 2018, 2294 (2296).

¹⁰⁸ VG Berlin, NJW 2001, 983 (986)

¹⁰⁹ Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482 (487).

¹¹⁰ So auch Esser, S. 110.

¹¹¹ So auch Baumann, in: Günther, Fortpflanzungsmedizin, S. 189–191.

¹¹² Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 56.

reproduktive Selbstbestimmung allgemein anerkannt¹¹³ und es besteht kein Zweifel, dass dieses grundrechtlichen Schutz genießt.¹¹⁴ Dabei werden im Wesentlichen drei Herleitungsansätze vertreten: aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG),¹¹⁵ aus dem Grundrecht auf Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)¹¹⁶ oder aber aus einer Verbindung beider Grundrechte miteinander.¹¹⁷

Für eine Ableitung aus dem Persönlichkeitsrecht spricht die Intimität der Frage der eigenen Fortpflanzung, die den Kern der personalen Identität ausmacht.¹¹⁸ Allerdings ist einzuwenden, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht gegenüber solchen Rechten, die Aspekte der Persönlichkeitseinfaltung in sich aufnehmen, subsidiär ist.¹¹⁹ Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Verwirklichung der personalen Identität insbesondere im familiären Zusammenhang. Der Akt der Fortpflanzung erfordert stets die Beteiligung mindestens zweier Personen und stellt somit die Grundlage der Familiengründung dar. Fortpflanzung schafft stets gemeinschaftliche, familiäre Strukturen und ist nicht primär auf die Verwirklichung des Einzelnen gerichtet ist.¹²⁰ Daher wird hier die Herleitung des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung aus Art. 6 Abs. 1 GG angenommen.

Vom Schutzbereich des Elternrechts erfasst ist grundsätzlich jeder Menschen, unbeschränkt seiner sexuellen Orientierung oder seines Beziehungsstatus.¹²¹ Auch der Akt der Familiengründung und insbesondere die Frage nach der Art, dem Umfang und dem Zeitpunkt des Kinderkriegen ist über Art. 6 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützt.¹²² Daraus ergibt sich, dass das Recht ein Kind mit Hilfe assistierter Reproduktion zu zeugen und somit auch unter Inanspruchnahme einer Leihmutter von unserer Verfassung erfasst ist.¹²³ Auch der *EGMR* bestätigte in der Entscheidung *Dickson/Vereinigtes Königreich*¹²⁴ über Art. 8 Abs. 1 EMRK, dass die Inanspruchnahme „künstlicher Befruchtungstechniken“ zum „Privat- und Familienleben“ gehöre.¹²⁵ Das bedeutet, dieses Recht nur auf natürliche Fortpflanzungsmethoden zu beschränken, ist dem

Grundgesetz nicht immanent.¹²⁶ Vielmehr sollten Grundrechte auf neue gesellschaftliche und technische Entwicklungen reagieren, daher offen und wachstumsfähig bleiben¹²⁷ und nicht von einem „staatlichen Bild der Idealfamilie“ geprägt sein.¹²⁸

b) Bedeutung für das Leihmutterschaftsverbot

Das subjektive Abwehrrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG verbirgt die Verpflichtung seitens des Staates, ungerechtfertigte Eingriffe in dessen Schutzbereich zu unterlassen.¹²⁹ Auf Grund der besonderen Stellung des Rechts auf reproduktive Autonomie sind dabei an die Rechtfertigung des Eingriffs strenge Anforderungen zu stellen.¹³⁰ In Anbetracht dieses Faktums kann die bloße Vermutung einer Kindeswohlgefährdung für eine Eingriffslegitimierung nicht genügen.¹³¹ Stattdessen wird nach gesicherten Kenntnissen verlangt, welche eine solche Annahme „zumindest weit-übergreifend wahrscheinlich erscheinen lassen“.¹³² Ein generelles Verbot, gestützt auf „Annahmen“, „Bedenken“ und „Befürchtungen“,¹³³ wirft erhebliche Zweifel an dessen Rechtfertigung auf.

2. Argument: Leihmutterschaftstourismus

Trotz des Verbots der Leihmutterschaft finden sich viele (werdende) Eltern im Ausland wieder, um eine In-Vitro-Fertilisation in Anspruch zu nehmen. Die Erlangung der Elternschaft ist zwar unter anderem auch über ein Adoptionsverfahren möglich. Allerdings warten in der Praxis viele Paare vergeblich auf ein zu adoptierendes Kind, kommen auf Grund der hohen Hürden für ein Adoptionsverfahren nicht in Frage oder bevorzugen schlicht ein eigenes Kind genetischer Abstammung.¹³⁴ So reisen nach Schätzungen etwa 15.000 deutsche Paare pro Jahr für eine Leihmutter ins Ausland (sog. Leihmutterschaftstourismus/reproduktiver Medizintourismus¹³⁵).¹³⁶ Denn in Ländern wie zum Beispiel den USA, Indien oder Griechenland ist die Inanspruchnahme und Ausübung einer Leihmutterschaft gestattet.¹³⁷

¹¹³ Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Rn. 100; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 1; Merrem, S. 96.

¹¹⁴ So auch Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 34.

¹¹⁵ Merrem, S. 98; Diel, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, S. 68; Kersten, NVwZ 2018, 1248.

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 29, 166 (175); Esser, S. 233; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 2.

¹¹⁷ Reinke, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), Band 1097 (2008), S. 135, 190; Neuner, AcP 2014, 459.

¹¹⁸ Merrem, S. 98; Kersten, NVwZ 2018, 1248.

¹¹⁹ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 2.

¹²⁰ Reinke, S. 195.

¹²¹ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 6-7; Merrem, S. 99; Kersten, NVwZ 2018, 1248.

¹²² BVerfGE 76, 1 (42); Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, Band I, 3. Aufl. (2013), Art. 6 Rn. 115; Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 5; Merrem, S. 99.

¹²³ Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG, Art. 6 Rn. 117; Merrem, S. 100; Esser, S. 240.

¹²⁴ *EGMR*, NJW 2009, 971 ff.

¹²⁵ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 14 EMRK Rn. 26.

¹²⁶ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 5; Reinke, S. 136.

¹²⁷ Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 5; Reinke, S. 136.

¹²⁸ Heiderhoff, NJW 2014, 2673 (2678).

¹²⁹ Vgl. BVerfGE 80, 81 (92); Müller-Terpitz, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 6 GG Rn. 3; Wellenhofer, in: MüKo-BGB, § 1591 Rn. 48.

¹³⁰ Kersten, NVwZ 2018, 1249 (1251); Merrem, S. 100.

¹³¹ Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 38; Merrem S. 100.

¹³² Leopoldina, Stellungnahme Fortpflanzungsmedizin, S. 28, 38; Merrem S. 100.

¹³³ Deutscher Bundestag WD 9 – 3000 – 039/18, S. 15.

¹³⁴ Merrem, S. 223.

¹³⁵ Reproduktionstourismus, Fruchtbarkeitstourismus oder „Cross Border Reproductive Care“ (CBRC) ist eine Form des Medizintourismus, bei dem man ins Ausland reist, um sich einer Fruchtbarkeitsbehandlung zu unterziehen.

¹³⁶ Uta Meier-Gräwe, Ukrainische Leihmütter legen eine große Lücke im deutschen Recht, Handelsblatt v. 29.6.2022, online abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/meinung/homo-oeconomicus/gastkommentar-homo-oeconomicus-ukrainische-leihmuetter-legen-eine-grosse-luecke-im-deutschen-recht-offen/28464686.html> (zuletzt abgerufen am 13.9.2022).

¹³⁷ Wehinger, Illegale Märkte – Stand der sozialwissenschaftlichen Forschung, MPiFG Working Paper 11/6, 2011, S. 66 f.

Auf Grund dieses starken globalen Rechtsgefälles sieht sich die deutsche Judikatur vermehrt praktischen Herausforderungen entgegengestellt, welche potenziell ebengrade das Kindeswohl gefährden könnten. So führt die fehlende Anerkennung der Leihmutterchaftsverträge¹³⁸ hierzulande zu einer teilweise prekären Situation für die Kinder, im Zuge derer sie als staatenlos gelten können¹³⁹ oder im Rahmen langwieriger Gerichtsprozesse zeitweise keine klare rechtliche Zuordnung ihrer Eltern haben.¹⁴⁰ Zudem führt das Fehlen regulatorischer Maßnahmen dazu, dass bereits Kinder von den Wunscheltern abgelehnt werden konnten.¹⁴¹ Zusätzlich besteht bei im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften ein größeres Potential, dass Frauen im Prozess ausgebeutet werden könnten oder Gefahren ausgesetzt sind. So litten einige der Frauen der in Indien durchgeführten Studie¹⁴² in Folge ihrer Tätigkeit als Leihmütter unter einer Ausgrenzung durch ihre Gemeinschaft, einige sahen sich gezwungen umziehen. Zudem erhalten Leihmütter in Indien oder der Ukraine nur etwa 10% der Summe, die eine Leihmutter in westlichen Industrieländern erhalten würde.¹⁴³ Wäre zumindest die altruistische Leihmutterchaft in Deutschland gestattet, könnte man gesicherte Standards durchsetzen. Diese würden der besseren Sicherung des Kindeswohls dienen und würden zudem zukünftige Leihmütter (auch im Ausland) vor einer gefürchteten Ausbeutung schützen. Da es bereits außer Reichweite erscheint, überhaupt internationale Mindeststandards für die Leihmutterchaft umzusetzen¹⁴⁴, würde sich die Realisierung eines internationalen Verbots zudem als umso schwieriger erweisen. Für einige Länder ist das Geschäft mit der Leihmutterchaft mittlerweile zu einer durchaus willkommenen Einnahmequelle gewachsen.¹⁴⁵

Da keine Möglichkeit besteht, Wunscheltern von ihrem Vorhaben der Beauftragung einer Leihmutter abzuhalten¹⁴⁶, erscheint es nur sinnvoll, Regelungsstandards in Deutschland einem generellen Verbot vorzuziehen, um Beteiligte durch klare Vorgaben zu schützen.

V. Fazit: Sollte die Leihmutterchaft in Deutschland zulässig sein?

Die Begründungen für ein Verbot konnten einer kritischen Prüfung nicht standhalten, sowohl eine kriminalpolitische als auch verfassungsrechtliche Legitimation scheidet aus. Weder die Menschenwürde der Kinder noch die der Leihmütter ist nachweisbar tangiert. Eine auf spekulativen Annahmen beruhende Argumentation, etwa mit dem Wohl des Kindes oder Zweifeln an der Freiverantwortlichkeit der Leihmutter, ist nicht ausreichend, um einen evidenten Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit zu rechtfertigen und mit Mitteln des Strafrechts durchzusetzen. Studien an Kindern aus altruistischen Verbindungen wiesen sogar ex-

plizit nach, dass diese im Zuge ihrer emotional-sozialen Entwicklung anderen Kindern gleichgestellt sind. Das Strafrecht sollte nicht eingesetzt werden, um individuelle Lebensentwürfe moralisch abzustrafen.

Die Vorteile, die mit der Legalisierung der Leihmutterchaft einhergehen sind überzeugend. So wäre insbesondere heterosexuellen Paaren, bei denen die Frau infertil ist, sowie homosexuellen männlichen Paaren die Möglichkeit eines genetisch von ihnen abstammenden Kindes eröffnet. Auch können gesicherte Standards festgehalten werden, die die Erfüllung eines Kinderwunsches unter ethisch verantwortbaren und medizinisch sehr guten Bedingungen gewährleisten würden. Dem Leihmutterchaftstourismus in Ländern mit niedrigeren Sicherheitsstandards könnte vorgebeugt und eine faire einheitliche Bezahlung eingeführt werden. Weiterhin würden die vorhandenen Widersprüche im Falle der Anerkennung von Adoption und Prostitution im Gegensatz zu Leihmutterchaft in der Rechtsordnung behoben werden.

Um das Recht auf Familiengründung der Wunscheltern zu achten, ist es daher notwendig, das strafrechtlich bewehrte Verbot aufzuheben. Es ist nicht zu bestreiten, dass die Legalisierung der Leihmutterchaft auch zivilrechtliche Herausforderungen in sich birgt. Die damit aufgeworfenen komplexeren Fragen sollten aber nicht pauschal umgangen, sondern ihnen mit einem zeitgemäßen (Familien-) Recht begegnet werden. Dahingehende Vorschläge existieren bereits.¹⁴⁷ Insbesondere ist dabei ein Augenmerk auf die Schutzwürdigkeit der Entscheidungsfreiheit und Freiwilligkeit der Leihmütter zu richten. Umgesetzt werden könnte dies beispielsweise durch ein festgelegtes Mindestalter, ein verpflichtendes Beratungsgespräch mit anschließender Wartefrist oder auch durch das Erfordernis einer bereits erfolgreich abgeschlossenen Schwangerschaft. Eine sorgsame Regulierung der Leihmutterchaft in Deutschland ist damit letztlich auch deshalb sinnvoll, weil sie die freie Entscheidung der Frauen, insbesondere bei im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften, eher schützt als ein umfassendes Verbot. Gleichzeitig sollten durch entsprechende konkrete Festlegungen mögliche Konflikte über die abstammungsrechtlichen Zuordnungen der Wunscheltern und der Leihmutter im Verhältnis zum Kind vorgebeugt werden.

Die im Koalitionsvertrag angekündigte Reform des Leihmutterchaftsverbotes lässt die Hoffnung erwachsen, dass sich an der aktuellen und seit 30 Jahren bestehenden unbefriedigenden Lage etwas ändern könnte und sich das Recht nun endlich an die bereits existierenden Lebensrealitäten zahlreicher Menschen anpassen wird – nicht nur, aber auch im Zusammenhang mit der Leihmutterchaft.

¹³⁸ So z.B. in *KG*, Beschl. v. 1.8.2013 – 1 W 413/12 = BeckRS 2013, 14333.

¹³⁹ *VG Berlin*, ZAR 2013, 84.

¹⁴⁰ *Esser*, S. 131; *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 (2673).

¹⁴¹ *Kahlert*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, *Gesamtes Medizinrecht*, 3. Aufl. (2018), § 1 ESchG Rn. 10; *Sanders*, NJW 2017, 925 (927).

¹⁴² *Karandika/Sharvari et al.*; *Economic Necessity or Noble Cause?*, Seite 224-236.

¹⁴³ *Bailey*, *Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy*, *Hypatia* 26 (4) 201, 715 (718); *Esser*, S. 141.

¹⁴⁴ *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 (2677).

¹⁴⁵ *Markwardt*, in: BeckOGK-EGBGB, Art. 22 Rn. 22; *Benicke*, StAZ 2013, 101 (114).

¹⁴⁶ *Heiderhoff*, NJW 2014, 2673 (2673).

¹⁴⁷ So z.B. *Hoven/Rostalski*, JZ 2022, 482 (488); *Esser*, S. 110 ff.

Einschränkungen der Funktionalität des Zwischenverfahrens im Strafprozess und Möglichkeiten diesen zu begegnen

von Carla Ellbrück*

Abstract

Das Zwischenverfahren steht als zweiter Verfahrensschnitt an zentraler Stelle im Strafprozess. In seinem Rahmen kommt es zu den ersten Berührungspunkten des erkennenden Gerichts mit dem Sachverhalt. Inwieweit dies das weitere Verfahren sowie den Richter beeinflusst und welche Reformbedarfe und -möglichkeiten zur Diskussion stehen, wird im Beitrag betrachtet.

Comprimising the second stage of a criminal trial, the intermediate proceedings are of central importance. In this stage, the review court makes a initial assessment of the circumstances surrounding a case. This paper will discuss to what extent interlocutory proceedings influence subsequent proceedings and the presiding judge, as well as reforms currently under consideration.

I. Filterfunktion

Dem Zwischenverfahren wird vielfach ein „Schattendasein“¹, diagnostiziert. Es sei ein Mauerblümchen,² stelle eine „Durchlaufstation“³ dar und beschränke sich auf „stereotype Schreibearbeit“⁴. Ebenfalls ist die Rede von einem „unverzichtbaren Ventil“⁵, „hidden champion“⁶ und „Gelenkstelle im Strafverfahren“⁷. Was aber trifft zu?

Neben verschiedenen fixierenden und organisatorischen Aspekten kommt dem Zwischenverfahren zuvorderst eine „Filterfunktion“ zu.⁸ § 203 StPO regelt die richterliche Prüfung der staatsanwaltlichen Verdachtshypothese.⁹ Ob es zur „stets diskriminierenden Hauptverhandlung“¹⁰ kommt liegt in der Hand unabhängiger Richter.¹¹ Der Angeklagte soll mit den zeitlichen, finanziellen, sozialen und emotionalen Nachteilen, die der Hauptverhandlung innewohnen nur belastet werden, wenn eine richterliche Instanz eine weitere Strafverfolgung für notwendig und zulässig befunden hat.¹² Dies wird durch den semper-ali-

quid-heret-Gedanken gestützt, wonach auch ein Freispruch nicht vor sämtlichen negativen Folgen schützt.¹³ Auch ist der Staat vor einer kostenintensiven überflüssigen Hauptverhandlung zu bewahren.¹⁴

II. Tatsächliche Realisierung dieser Funktion

1. Rechtstatsächliche Perspektive

Aus rechtstatsächlicher Perspektive ist zu konstatieren, dass im Jahr 2020 lediglich 0,312 % der erledigten Verfahren mit einem Nichteröffnungsbeschluss endeten.¹⁵ Abgesehen von Akteneinsicht wird das Zwischenverfahren auch von Angeschuldigten und Verteidigern wenig genutzt.¹⁶ An Amtsgerichten wird die Prüfung sogar bisweilen auf das Ausfüllen eines Formulareröffnungsbeschlusses beschränkt.¹⁷ Zuzugeben ist, dass die organisatorischen Umstände im Zwischenverfahren nicht zu einer eingehenden Prüfung einladen.

2. Gesetzliche und organisatorische Rahmenbedingungen

Gesetzlich vorgesehen ist lediglich eine Begründung des Nichteröffnungsbeschlusses (§ 204 Abs. 1 StPO). Eine Kontrolle der Eröffnungsentscheidung ist mithin weder für den Eröffnungsrichter, gegebenenfalls ein Rechtsmittelgericht, noch für die Verteidigung möglich.¹⁸ Im Gegensatz zum Nichteröffnungsbeschluss, welcher durch die Staatsanwaltschaft sowie mögliche Nebenkläger angreifbar ist (§§ 210 Abs. 1, 400 Abs. 2 S. 1 StPO), hat der Angeklagte keine Möglichkeit eines Rechtsmittels gegen den Eröffnungsbeschluss (§ 210 Abs. 1 StPO).¹⁹ Dieser Umstand fördert eine leichtfertige Zulassung der Anklage.²⁰ Zu diesem unterschiedlichem Arbeitsaufwand kommt, dass die Vorprüfungspflicht im Rahmen der Pensenberechnung herabgestuft ist.²¹ Ein Kollegialspruchkörper mit entsprechender gegenseitiger Kontrolle²² findet sich

* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Sie erzielte mit ihrem Beitrag den zweiten Platz des KriPoZ-Aufsatzwettbewerbs 2022.

¹ Wehnert, in: MAH Strafverteidigung, 3. Aufl. (2022), § 5 Rn. 8.

² Koch, StV 2002, 222 (222).

³ Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 4. Aufl. (2021), § 15 Rn. 1.

⁴ Schmidt, NJW 1963, 1081 (1081).

⁵ Rosenau, in: SSW-StPO, 4. Aufl. (2020), § 199 Rn. 4.

⁶ Mavany, JA 2015, 448 (448).

⁷ Vormbaum, ZIS 2015, 328 (328).

⁸ Paeffgen, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2015), Vor §§ 198 ff. Rn. 5; Wehnert, in: MAH Strafverteidigung, § 5 Rn. 5.

⁹ Wenske, in: MüKo-StPO, Band 1, 2017, § 199 Rn. 4; Nierwetberg, NSTZ 1989, 212 (212); Rieß, JURA 2002, 735 (736).

¹⁰ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. (2022), § 42 Rn. 2.

¹¹ Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. (2018), Rn. 539.

¹² Mavany, JA 2015, 488 (489).

¹³ Ulsenheimer, NSTZ 1984, 440 (444).

¹⁴ Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 6. Aufl. (2022), § 16 Rn. 2.

¹⁵ Justizstatistik (Stat. Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.3 – 2020 Strafgerichte), S. 28.

¹⁶ Dölling/Laue, in: Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten, eine empirische Analyse zur Rechtswirklichkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 2000, S. 288.

¹⁷ BGH, NSTZ 2012, 225; OLG Düsseldorf, StV 1983, 408.

¹⁸ Wickel, Das strafprozessuale Zwischenverfahren, 2021, S. 183.

¹⁹ Eschelbach, in: FS Richter II, 2006, S. 113 (120 f.).

²⁰ Eschelbach, GA 2019, 593 (604).

²¹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 749a.

²² Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 415.

zwar im Hinblick auf die landgerichtlichen (sowie den seltenen oberlandesgerichtlichen) Tatsacheninstanzen, am Amtsgericht jedoch nicht. Insgesamt ist die Eröffnung des Hauptverfahrens mit weniger Anstrengung und Risiko der Rechtsmitteleinlegung verbunden und stellt so zunächst den Weg des geringeren Widerstands dar.

3. Sozialpsychologische und empirische Erkenntnisse

Über diese praktischen Aspekte hinaus, bedarf die adäquate Informationsaufnahme und -verarbeitung durch den erkennenden Richter besonderer Aufmerksamkeit. Hierzu sind Erkenntnisse aus dem Fachbereich der Psychologie einzubeziehen. Schließlich mündet der Strafprozess nach § 261 StPO im typischen Fall mit einem Urteil basierend auf der richterlichen Überzeugung, die er sich im Laufe des Verfahrens, also auch im Eröffnungsverfahren, anhand der an ihn herangetragenen Informationen gebildet hat.

a) Primacy-Effekt

Der Primacy-Effekt beschreibt das Phänomen, dass der Mensch, wenn konfrontiert mit einer Reihe an Informationen zur freien Wahrnehmung, die Erstgenannte gesondert verarbeitet.²³ Sie wird am besten behalten und dient zusätzlich als Maßstab für die ihr nachfolgenden Informationen.²⁴ Für das Strafverfahren bedeutet diese intuitive Gewichtung, dass die zuerst gewonnenen Kenntnisse des Richters über den Fall aus der Aktenlage heraus eine Gefährdung der Unvoreingenommenheit im Hauptverfahren befürchten lässt.²⁵ Damit beschränkt sich die Problematik aber keineswegs auf das Zwischenverfahren.

b) Theorie der kognitiven Dissonanz

Die Informationsaufnahme bedient sich eines Vorwissens, mit welchem die neue Wahrnehmung in Vergleich gesetzt werden kann.²⁶ Dabei liegt es in der menschlichen Natur, „eine Konsistenz unter den Kognitionen herzustellen“.²⁷ Im Fall dissonanter Eindrücke wird eine Auflösung der Widersprüche angestrebt. Hierzu dient der Inertia-Effekt: Eindrücke, welche eine zuvor aufgenommene Position stärken, werden systematisch überbewertet. Widersprüchliche Zweitinformationen haben den entgegengesetzten Effekt.²⁸

Ein weiterer Mechanismus zur Herstellung von Widerspruchsfreiheit ist das Prinzip der selektiven Informationssuche. Der Mensch nimmt Informationen, die sich mit einer von ihm bereits akzeptierten Hypothese decken, nicht nur besser wahr, sondern sucht gezielt danach und

gewichtet sie auch stärker als solche, die der Ausgangshypothese widersprechen. Diese werden vielmehr unterbewertet, nicht dokumentiert und nicht gesucht.²⁹

Die ersten Berührungspunkte mit der Strafsache hat der Richter durch die Lektüre der staatsanwaltlichen Anklageschrift sowie der diesbezüglichen Akten. Seine erste Hypothese bejaht mithin den von der Staatsanwaltschaft angenommenen (§ 170 Abs. 1 StPO) hinreichenden Tatverdacht und setzt damit einen Blickwinkel, unter dessen Maßstab der Richter den weiteren Verlauf des Verfahrens wahrnimmt.³⁰ Zwar kann der Angeschuldigte auch nach der richterlichen Lektüre Anträge und Einwendungen anbringen (§ 201 Abs. 2 S. 1).³¹ Diese praktisch selten wahrgenommene Maßnahme scheint jedoch bei Betrachtung der dargelegten anerkannten psychologischen Phänomene wenig erfolgsversprechend.³² Auch bei ergänzenden Beweiserhebungen gem. § 202 S. 1 StPO steht zu befürchten, dass diese Informationen durch den Primacy-Effekt und im Wege der selektiven Informationssuche weniger zur Entlastung des Angeschuldigten eingeholt werden.³³

c) Schulterschlusseffekt

Ebenfalls einzubeziehen ist das Verhältnis zwischen Staatsanwalt und Richter. Die organisatorische Schnittmenge kann den Anschein erwecken, bei der Anklageschrift handle es sich um eine objektive Darstellung.³⁴ Ebenso kommt eine interkollegiale Hemmung des Gerichts in Betracht.³⁵ Die Erledigungsmuster gleichen sich, was auch auf die Parallelen im beruflichen Werdegang zurückzuführen ist.³⁶ Zudem finden sich in der StPO selbst verbindende Elemente zwischen Richter und Staatsanwaltschaft. § 170 Abs. 1 StPO und § 203 StPO setzen mit dem hinreichenden Tatverdacht denselben Prüfungsbezug voraus.³⁷ Statt dem oft als erkaufte subjektiv argumentierend wahrgenommenen Strafverteidiger, ist der Richter eher versucht der vorangegangenen Prüfung des als ebenbürtig und vertrauenswürdig wahrgenommenen Staatsanwalts Glauben zu schenken.³⁸ Dieses Phänomen wird als „Schulterschlusseffekt“ benannt.³⁹

d) Gegenstimmen

Den Bedenken wird entgegengehalten, dass der Sinn des Zwischenverfahrens und damit auch die Einstellung des Richters gerade darauf basiere, die Theorie, die die Staatsanwaltschaft erarbeitet hat, zu widerlegen.⁴⁰ Der Ablehnung komme sogar der Anreiz zugute in diesem Fall keine Hauptverhandlung führen zu müssen, also eine Motivation zur Arbeitsentlastung, die für die Einheit von Eröffnungs- und Tatrichter spreche.⁴¹

²³ *Abele-Brehm* in: Bierhoff/Frey/Bengel, Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie, 2006, S. 397.

²⁴ *Fischer/Wiswede*, Grundlagen der Sozialpsychologie, 3. Aufl. (2009), S. 250.

²⁵ *Grassberger*, Psychologie des Strafverfahrens, 2. Aufl. (1968), S. 331; *Schünemann*, StV 2000, 159 (160).

²⁶ *Schünemann*, GA 1978, 161 (168 f.).

²⁷ *Festinger*, Theorie der kognitiven Dissonanz, 1978, S. 253.

²⁸ *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg, 2019, S. 453 (467).

²⁹ *Bandilla/Hassemer*, StV 1989, 551 (552 f.).

³⁰ *Pfundmair*, in: 43. Strafverteidigertag, S. 129 (130); *Bandilla/Hassemer*, StV 1989, 551 (553).

³¹ *Momsen/Washington*, in: FS Eisenberg, 2019, S. 453 (466).

³² *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 2015, Rn. 384.

³³ *Wickel*, S. 95.

³⁴ *Schünemann*, StV 2000, 159 (162).

³⁵ *Schünemann*, StV 2000, 159 (162 f.).

³⁶ *Eisenberg*, Rn. 749a.

³⁷ *Gorf*, in: BeckOK-StPO, 44. Ed. (Stand: 1.7.2022), § 170 Rn. 2.

³⁸ *Schünemann*, StV 2000, 159 (162).

³⁹ *Schünemann*, StV 2000, 159 (162).

⁴⁰ *Rieß*, in: FS Rolinski, 2002, S. 239 (242).

⁴¹ *Gössel*, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 187 (203 f.); *Meyer-Goßner*, ZRP 2000, 345 (347).

1963 stufte der Deutsche Richterbund die Befangenheitsthese im Rahmen von Reformervägungen als „unverdiente Diffamierung“ ein und beklagte eine „Atmosphäre des allgemeinen Misstrauens“⁴². Seitdem kam es jedoch zu empirischen Untersuchungen, welche einem solchen Misstrauen durchaus eine Berechtigung zusprechen.⁴³ Hier sei auf *Schünemanns* Untersuchungen⁴⁴ verwiesen, welche schließen lassen, dass die teilnehmenden Richter nach einer Bestätigung der der Anklageschrift entnommenen Hypothesen der Staatsanwaltschaft streben.⁴⁵

4. Stellungnahme

Die regelrecht systematische Ausblendung soziologischer und empirischer Erkenntnisse hinsichtlich der Wahrnehmungsmechanismen des Menschen macht die Befangenheit des Richters zur Figur der „Unmögliche(n) Tatsache“⁴⁶. Die Begebenheit kann sich nicht tatsächlich zugezogen haben, da „nicht sein kann, was nicht sein darf“⁴⁷. Die Selbstsicht großer Teile der Richterschaft sowie die Aufrechterhaltung der die lege lata befürwortende Literatur und Rechtsprechung erwecken den Eindruck, der Richter dürfe nicht befangen sein und sei es daher auch nicht.⁴⁸ Das blinde Vertrauen auf den normativen Richter, der sich über sozialpsychologisch anerkannte Automatismen schon hinwegsetzen könne, wird dem Angeklagten in seiner heutigen Betrachtung als Subjekt des Verfahrens nicht gerecht.

Befremdlich mutet zudem an, sämtliche arbeitsökonomische Aspekte für den Richter als nicht entscheidungsbeflussend einzustufen. Diese Denkart entbehrt bei den dargestellten Ausmaßen einer wirklichkeitsnahen Grundlage.

III. Verfassungsmäßigkeit und Rechtsprechung

1. Rolle des Zwischenverfahrens in der verfassungsmäßigen Ausgestaltung des Strafprozesses

Die umfassende Zuständigkeitsprüfung durch das erkennende Gericht von Amts wegen trägt zur Sicherung der Garantie des gesetzlichen Richters gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bei.⁴⁹ Hierzu dient auch die Regelung der Ablehnung des Richters gem. §§ 22 ff. StPO.⁵⁰ Hiervon sind jedoch nur konkrete Konstellationen umfasst, zu denen die Vorbefassung im Zwischenverfahren nicht gehört.⁵¹

Die Durchführung des Hauptverfahrens ist ein Eingriff in die Grundrechte des Angeklagten.⁵² Betroffen sind das Grundrecht auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1

i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).⁵³ Grundsätzlich obliegt der Angeklagte der sogenannten Justizpflicht, das strafprozessuale Hauptverfahren zu erdulden.⁵⁴ Eingeschränkt wird die Justizpflicht materiell durch eine Eingriffsschwelle gemäß dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezüglich des Tatverdachts.⁵⁵ Darüber hinaus wird teilweise eine formelle Schwelle in der Bestätigung des hinreichenden Tatverdachts durch einen Richter als verfassungsmäßiges Mindestmaß gesehen.⁵⁶ Die gerichtliche Kontrolle der Anklage trage in wesentlicher Weise zu einem innerprozessualen Kontrollsystem bei und knüpfe somit an die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG an.⁵⁷ Andere schätzen die richterliche Überprüfung als nicht erforderlich ein.⁵⁸

Zutreffenderweise ist hier anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abzustufen. Während eine besonders belastende Hauptverhandlung, beispielsweise aufgrund hoher Straferwartung, sozial besonders geächteten Vorwürfen oder psychischer Verfassung des Angeschuldigten nur eröffnet werden sollte, nachdem ein Richter den hinreichenden Tatverdacht geprüft hat, ist ein solches Vorgehen bei weniger belastenden Umständen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht zwingend geboten.

2. Beschluss des BVerfG

Das BVerfG betrachtet den Erlass des Eröffnungsbeschlusses nicht als Anlass für Zweifel an der Unparteilichkeit der beteiligten Richter. In Frage stand im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und § 23 Abs. 2 S. 1 StPO die Beteiligung eines Richters im Hauptverfahren, der zuvor auch am Eröffnungsbeschluss mitwirkte.⁵⁹ Dem deutschen Verfahrensrecht liege die Prämisse zugrunde, „dass der Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantrete, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet hat“.⁶⁰ Der Neutralität und Distanz des Richters sei durch die einzelfallbezogene Nachprüfung im Ablehnungsverfahren genüge getan.⁶¹ Einheitlich abgesprochen wurde das der Vorbefassung innewohnende Risiko jedoch nicht, die drei sondertotierenden Richter betrachteten „die heute kraft Gesetzes noch mögliche Mitwirkung des Eröffnungsrichters im Hauptverfahren eher als eine Ausnahme, über deren innere Berechtigung in Zukunft der Gesetzgeber zu befinden haben wird“⁶².

3. Judikatur des EGMR

Der EGMR hat zur personellen Besetzung im deutschen Zwischenverfahren bisher nicht entschieden. Anhand vorangegangener thematisch angelegelter Entscheidungen soll dennoch ein Ausblick vorgenommen werden.

⁴² DRB, DRiZ 1963, 115 (118).

⁴³ Vormbaum, ZIS 2015, 328 (330).

⁴⁴ Schünemann, StV 2000, 159 (165).

⁴⁵ Vormbaum, ZIS 2015, 328 (330).

⁴⁶ Morgenstern, 1909, „Unmögliche Tatsache“.

⁴⁷ Morgenstern, 1909, „Unmögliche Tatsache“ Strophe 6, Vers 4.

⁴⁸ Wickel, S. 95.

⁴⁹ Stuckenberg, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2018), Vor § 198 Rn. 10.

⁵⁰ Mosbacher, JuS 2021, 749 (750).

⁵¹ Fischer/Kudlich, JA 2020, 641 (643).

⁵² Greco, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 118.

⁵³ Wickel, S. 62.

⁵⁴ Schmidt-Aßmann in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL (2021), Art. 19 Abs. 4 Rn. 16.

⁵⁵ Gaede, ZStW 2017, 911 (928).

⁵⁶ Wickel, S. 71.

⁵⁷ Stuckenberg, in: LR-StPO, Vor § 198 Rn. 11.

⁵⁸ von Galen/Wattenberg, ZRP 2001, 445 (447).

⁵⁹ BVerfGE 30, 149 (149 f.).

⁶⁰ BVerfGE 30, 149 (153).

⁶¹ BVerfGE 30, 149 (154).

⁶² BVerfGE 30, 157 (160).

a) Ausmaß der Vorbefassung

Zunächst ist keineswegs jede Vorbefassung problematisch.⁶³ Zentral sind Ausmaß und Natur der durch den Richter vorgenommenen Maßnahme.⁶⁴ Ebenfalls ist der Verdachtsgrad einzubeziehen: Während „prima facie evidence“ zulässig ist, begründet „particularly confirmed suspicion“ einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.⁶⁵ Jüngst führte der *EGMR* diese Rechtsprechung in der *Meng*-Entscheidung fort, wonach von einer unzulässigen Vorbefassung auszugehen ist, wenn in einem anderen Verfahren im Vorfeld detaillierte Feststellungen zu Tatmotiv und -ausführung getroffen wurden, welche ausweisen, dass die Person die Kriterien einer Straftat erfüllt hat.⁶⁶

Als maßgeblicher Unterschied zwischen der Feststellung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gem. § 203 StPO und der Überzeugung des Tatrichters von der Schuld des Angeklagten wird angeführt, dass das Urteil auf Basis der Hauptverhandlung und damit dem Strengbeweisverfahren gefällt wird, während die Eröffnungsentscheidung auf der Aktenlage beruht.⁶⁷ Dies erfüllt die Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK.⁶⁸ Allerdings muss die erforderliche überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit des § 203 StPO die Möglichkeit der Bestätigung im Strengbeweisverfahren einkalkulieren.⁶⁹ Der Eröffnungsbeschluss steht zwar unter dem Vorbehalt, dass sich in der Hauptverhandlung etwas anderes ergeben kann,⁷⁰ Freisprüche sind in der Verfahrensrealität allerdings Raritäten.⁷¹ Zudem stimmen Aktenlage und Ergebnis der Hauptverhandlung überwiegend überein und können sogar identisch sein, so im Selbstleseverfahren nach § 249 Abs. 2 StPO bei Verzicht der Verfahrensbeteiligten auf die Zeugenvernehmung gem. § 251 ff. StPO.⁷²

Im Fall eines Erlasses über die Anordnung oder Fortdauer der Untersuchungshaft im Zwischenverfahren gem. § 207 Abs. 4 StPO bedarf es eines dringenden Tatverdachts, also der Verurteilung mit großer Wahrscheinlichkeit.⁷³ An diesem Punkt ist der Sachverhalt ausermittelt, und der Richter zeigt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit von der Täterschaft und Verurteilung des Angeschuldigten ausgeht. Es ist zu erwarten, dass der *EGMR* hierin einen besonders begründeten Verdachtsmoment im Sinne eines hohen Grades an Klarheit bezüglich der Schuld sieht,⁷⁴ was in vorangegangenen Entscheidungen als mit Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK unvereinbar eingestuft wurde.⁷⁵

b) Anschein der Befangenheit

Ebenfalls Teil der Erwägungen des *EGMR* ist die Maxime

„Justice must not only be done: it must also be seen to be done“ (Es ist erforderlich, dass der Gerechtigkeit nicht nur Genüge geschieht, sondern dass dies sichtbar geschieht).⁷⁶ Selbst bei Zugrundelegung eines, hier ausdrücklich angezweiferten, derart beeinflussungsresistenten Richterideals, ist die Außenwirkung nicht außer Acht zu lassen. In einer demokratischen, rechtsstaatlichen Gesellschaft ist auch das Vertrauen des Angeklagten in das über ihn urteilende Gericht ein wertvolles Gut. Den Angeklagten der Situation auszusetzen, dass sein Schicksal von der Überzeugung eines Richters abhängt, der im unmittelbaren Vorfeld die Verurteilung durch ihn selbst als überwiegend wahrscheinlich eingestuft hat, kann nur schwerlich den Eindruck der Unbefangenheit erwecken. Aufgrund dessen ist in diesem Punkt ein konventionsrechtlicher Konflikt erwartbar.

c) Ergebnis verfassungsrechtliche Betrachtung und Rechtsprechung

Es ist zu konstatieren, dass die Feststellung der Konventionswidrigkeit durch den *EGMR*, sollte es zu einer Entscheidung darüber kommen, besonders im Zusammenhang mit einem Erlass über die Fortdauer der Untersuchungshaft, naheliegt.

IV. Möglichkeiten Funktionalität (wieder-) herzustellen

Der Status de lege lata wird dennoch häufig, wenn auch teilweise mit Vorbehalten, als bestandsfähig eingestuft.⁷⁷ Es sind jedoch auch verschiedene Reformansätze zu betrachten.

1. Verzicht auf das Zwischenverfahren

a) Abschaffung des Zwischenverfahrens in Gänze

In Teilen der Debatte wird sich für die Abschaffung des Zwischenverfahrens ausgesprochen.⁷⁸ Schönemann zufolge führe dies immerhin zu besseren Ergebnissen als seine Beibehaltung.⁷⁹ Andere schließen aus der rechtstatistischen Ineffektivität auf die Entbehrlichkeit des Instituts.⁸⁰ Der Richter habe ohnehin zu jeder Zeit das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen zu prüfen, umfasst sei also ebenfalls der Zeitraum vor Terminierung der Hauptverhandlung, dies genüge als Filterfunktion.⁸¹ Bezieht man die Prozessökonomie und finanzielle Aspekte aus staatlicher Perspektive mit in die Abwägung ein, erscheint die Abschaffung sinnvoll.

⁶³ *EGMR*, Urt. v. 24.2.1993 – 14396/88, Ziff. 30; Urt. v. 22.4.1994 – 15651/89, Ziff. 35.

⁶⁴ *EGMR*, Urt. v. 24.2.1993 – 14396/88, Ziff. 30.

⁶⁵ *EGMR*, Urt. v. 24.5.1989 – 10486/83, Ziff. 52.

⁶⁶ *EGMR*, Urt. v. 16.2.2021 – 1128/17, Ziff. 60.

⁶⁷ *Wohlers*, in: FS Roxin, 2011, S. 1313 (1313).

⁶⁸ *Wenske*, in: MüKo-StPO, § 199 Rn. 38.

⁶⁹ *Wickel*, S. 127.

⁷⁰ *Miehe*, in: FS Grünwald, 1999, S. 379 (387).

⁷¹ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 203 Rn. 11; *Wohlers*, in: FS Roxin, S. 1313 (1324).

⁷² *Wohlers*, in: FS Roxin, S. 1313 (1324).

⁷³ *Lind*, in: LR-StPO, § 112 Rn. 19.

⁷⁴ *Wickel*, S. 131.

⁷⁵ *EGMR*, Urt. v. 24.5.1989 – 10486/83, Ziff. 52.

⁷⁶ *EGMR*, Urt. v. 17.1.1970 – 2689/65, Ziff. 31; Urt. v. 9.11.2006 – 33949/02, Ziff. 53.

⁷⁷ *Miehe*, in: FS Grünwald, 1999, S. 379 Fn. 3; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 8. Aufl. (2013), § 16 Rn. 1.

⁷⁸ *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271 (285).

⁷⁹ *Schönemann*, GA 1978, 161 (173).

⁸⁰ *Linden*, in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Münster 1994, Band II/1, M 35 – M 59. 60. DJT, M 43 f.

⁸¹ *Linden*, M 44.

b) Beschränkung auf erstinstanzliche LG- und OLG-Verfahren

Um zumindest in den gravierendsten Fällen, in welchen überdies kein Berufungsverfahren möglich ist, eine zusätzliche Schutzmöglichkeit zu schaffen, wird diskutiert das Zwischenverfahren auf erstinstanzliche Verfahren am Oberlandesgericht und Landgericht zu beschränken.⁸² Dieses Vorgehen entspräche sowohl anderen europäischen Herangehensweisen⁸³ als auch der RStPO von 1877.⁸⁴

c) Gegenposition bezüglich Abschaffungsmaßnahmen

Bei Betrachtung der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Strafprozessrechts muss der Überlegung jedoch Einhalt geboten werden. Da ein Großteil der Ermittlungsarbeit in Händen der Polizei liegt, ist zu befürchten, dass das Stattfinden der Hauptverhandlung gänzlich abhängig von der Qualität polizeilicher Arbeit wäre.⁸⁵ Zwar obliegt die Herrschaft über das Ermittlungsverfahren nach Konzeption des Gesetzgebers gemäß § 152 und § 161 StPO der Staatsanwaltschaft als Justizbehörde, allerdings ist dies faktisch selten gegeben.⁸⁶ Aufgrund erheblich erhöhter Aufklärungsanforderungen im Einzelfall sowie quantitativem Anstieg ist die Einbindung der Staatsanwaltschaft in jedes gewöhnliche Ermittlungsverfahren praxisfern.⁸⁷ Die Polizei ist sachlich wie personell besser ausgerüstet⁸⁸ und gezielter ausgebildet.⁸⁹ Hinzu kommt die zunehmende Verbindung der präventiven und repressiven polizeilichen Tätigkeit,⁹⁰ wobei erstere keinerlei Handhabe der Staatsanwaltschaft unterliegt.⁹¹ Besonders in weniger bedeutenden Fällen führt die Polizei die Ermittlungen also eigenständig zur Anklagereife, um dann die Sache an die Staatsanwaltschaft zu übergeben.⁹² Zu befürchten ist die Gewöhnung der Staatsanwaltschaft an die faktische Übermacht der Polizei mit dem Resultat ihr in großen Kriminalitätsbereichen die Initiative zur Strafverfolgung zu überlassen.⁹³

Es bedarf also einer „zweiten Barriere“⁹⁴ hinter der Staatsanwaltschaft, eine Forderung die sich auch aus der deutschen Geschichte begründen lässt.⁹⁵ Zur Zeit der Abschaffung des Zwischenverfahrens während der nationalsozialistischen Diktatur führte die mangelhafte Sorgfalt der Staatsanwaltschaft zu Kritik, auch vonseiten der Richter.⁹⁶ Den Grundrechtseingriffen im Rahmen der Hauptver-

handlung muss eine richterlichen Überprüfung vorausgehen.⁹⁷

Hinsichtlich der Fokussierung auf Verfahren am Oberlandesgericht und Landgericht wird eingewendet, dass die Kompetenz der Amtsgerichte seit 1877 gravierend erweitert wurden.⁹⁸ Auch stelle die Möglichkeit der Berufung schon aus finanziellen und zeitlichen Aspekten keinen adäquaten Ersatz für das Zwischenverfahren dar.⁹⁹ Von einer generellen Bagatellisierung der Verfahren vor dem Amtsgericht sollte also ebenfalls abgesehen werden.¹⁰⁰

d) Fazit Abschaffung

Auch bei Anerkennung der Gefahr eines Bumerangeffekts des Zwischenverfahrens kann in der großflächigen Abschaffung der rechtsstaatlichen Barriere nicht die Lösung liegen. Statt des Zwischenverfahrens an sich sollten die Probleme, die es in der aktuellen Ausgestaltung mit sich bringt, beseitigt werden.

2. Verbesserung der negativen Kontrolle

Hierzu könnte zunächst der Gesetzgeber gefragt sein, die Wirksamkeit des Kontrollinstruments durch Vorgaben der Überprüfungsmaßnahmen zu erhöhen.

a) Obligatorische Anhörung

Schon seit Beginn des letzten Jahrhunderts wird ein obligatorischer Erörterungstermin mit den Angeschuldigten vorgeschlagen.¹⁰¹ Das persönliche Zusammentreffen von Richter und Angeschuldigtem soll das Zwischenverfahren beleben.¹⁰² Ebenso könne die Strukturierung des weiteren Verfahrens besprochen werden.¹⁰³

b) Begründungspflicht

Eine Verbesserung der Effektivität und Kontrollwirkung wird teilweise durch eine Begründungspflicht auch bezüglich des Eröffnungsbeschlusses erwartet.¹⁰⁴ Die durch die Begründungspflicht geschaffene Kontrollmöglichkeit der gerichtlichen Entscheidung konkretisiert den Anspruch auf rechtliches Gehör.¹⁰⁵ Ebenso ist der Richter gezwungen, sich vor Eröffnung des Hauptverfahrens inhaltlich zumindest mit dem ihm durch die Aktenlage präsentierten Sachverhalt zu beschäftigen.

⁸² Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendlichen Verfahrens, 2015, S. 93 ff.

⁸³ Kühne, Strafprozessrecht, 9. Aufl. (2015), Rn. 1157 ff., 1256 ff., 1404.

⁸⁴ Vgl. § 176 RStPO 1877.

⁸⁵ Stuckenberg, in: LR-StPO, Vor § 198 Rn. 18; Schönemann, StV 2000, 159.

⁸⁶ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl. (2020), Rn. 105.

⁸⁷ Roxin/Schönemann, § 9 Rn. 21.

⁸⁸ Schaefer, StraFo 2002, 118 (119).

⁸⁹ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. (2022), § 161 Rn. 11.

⁹⁰ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 104.

⁹¹ Baumann, JuS 1987, 681 (687).

⁹² Roxin/Schönemann, § 9 Rn. 21.

⁹³ Vgl. Lillie, NSTZ 2003, 568 (568) zu LG Berlin, NSTZ 2003, 504.

⁹⁴ Paeffgen, in: SK-StPO, Vor §§ 198 ff. Rn. 18.

⁹⁵ Loritz, Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens, 1996, S. 74 ff.

⁹⁶ Biechler, NJW 1950, 530 (530).

⁹⁷ Mavany, JA 2015, 488 (489).

⁹⁸ Vormbaum, ZIS 2015, 328 (332).

⁹⁹ Vormbaum, ZIS 2015, 328 (332).

¹⁰⁰ Paeffgen, in: SK-StPO, Vor §§ 198 ff. Rn. 6a.

¹⁰¹ Hofer, Zur Zukunft des strafprozessualen Zwischenverfahrens, 2005, S. 37; Koch, StV 2002, 222 (224).

¹⁰² Koch, StV 2002, 222 (223).

¹⁰³ Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendlichen Verfahrens, 2015, S. 95.

¹⁰⁴ Momsen/Washington, in: FS Eisenberg, 2019, S. 453 (473).

¹⁰⁵ Graf, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 114 Rn. 4.

c) Beschwerderecht

Darüber hinaus könnte ein Beschwerderecht gegen den Eröffnungsbeschluss geschaffen werden.¹⁰⁶ Dies würde die angesichts des Grundsatzes der Waffengleichheit bedenklich ungleichen Beschwerdemöglichkeiten ausgleichen.¹⁰⁷ Es ist zu erwarten, dass die Aussicht einer möglichen Beschwerde auch vonseiten des Angeschuldigten den Richter zu einer gründlicheren Beurteilung bewegen würde.¹⁰⁸ Allerdings muss auch anerkannt werden, dass diese Maßnahme häufig ein weiteres schriftliches Verfahren hervorrufen würde, welches zum Inhalt hat, was eigentlich in der Hauptverhandlung thematisiert werden sollte und diese damit möglicherweise nennenswert entwerten würde.¹⁰⁹ Darin liegt auch der wesentliche Unterschied, im Fall des Nichteröffnungsbeschlusses besteht diese Möglichkeit nicht.¹¹⁰

d) Fazit Verbesserung negativer Kontrolle

Begründungspflicht, Beschwerderecht und obligatorische Anhörung sind sinnvolle Möglichkeiten die mangelhafte negative Kontrolle effektiver zu gestalten, die mögliche Befangenheit des Richters im Hauptverfahren vermag jedoch keiner der Ansätze zu entkräften. Die Begründungspflicht birgt durch die Verschriftlichung des hinreichenden Tatverdachts vielmehr die Gefahr, die emotionale Bindungswirkung noch zu verschärfen. Eine ähnliche Einschätzung ist auch durch den *EGMR* zu erwarten, diese Problematik bleibt also ebenfalls bestehen.

3. Befangenheitsreduzierung

Ein zwar funktional nicht zu beanstandendes Zwischenverfahren, was aber zu einem befängenen oder doch Anlass zur Befangenheitsbefürchtung bietenden Richter führt, mag eine Teilproblematik lösen, eine andere jedoch eher verschärfen. Entsprechend bedarf auch dieser Aspekt einer Umgestaltung.

a) Trennung der Richter

aa) Historische Bemühungen

In diesem Sinne kommt als erstes in Betracht, entsprechend der Reichsstrafprozessordnung von 1877, den Richter, der das Zwischenverfahren durchführt von der Hauptverhandlung auszuschließen, also den Status quo ante vor der Emminger Notverordnung wiederherzustellen. Was in Zeiten größter finanzieller Notlagen möglicherweise als legitime Einsparung erschien, ist seitdem trotz wirtschaftlicher Regeneration nicht wieder in den Ursprungszustand zurückversetzt worden.¹¹¹ Bereits Anfang der 1960er Jahre gab es Bestrebungen, nicht weiter an der

durch die Lex Emminger gesetzten Zusammenführung der Richter festzuhalten.¹¹² Verhindert wurden diese Pläne durch Missbilligung vonseiten des Richterbundes, demzufolge der Richter unter Generalverdacht gestellt werde.¹¹³ So wurde aus der bis dahin vorgenommenen „positiven Kontrollfunktion“ einer gerichtlichen Bestätigung des hinreichenden Tatverdachts in der Reform 1964 die negative Kontrolle der Zulassung der Anklage,¹¹⁴ wobei von einem „Etiketten-Schwindel“¹¹⁵ die Rede ist.

bb) Heutige Betrachtung

Überwiegend wird die Personenidentität als grundsätzlich unproblematisch eingestuft.¹¹⁶ Es wird argumentiert, dass in den weit überwiegenden Fällen die gleich ausgebildeten Staatsanwälte und Richter zu dem gleichen Ergebnis gelangen würden und in zweifelhaften Fällen der erkennende Richter eher zur genauen Prüfung neigen wird als der „Eröffnungsrichter“, der im Anschluss nicht mit der komplizierten Hauptverhandlung belastet ist.¹¹⁷ Darüber hinaus komme es durch die Trennung zu erheblichem Mehraufwand.¹¹⁸ Dies betreffe finanzielle Aspekte sowie Verfahrensverzögerungen was im Fall von Haftsachen besonders belastend wirkt.¹¹⁹ Ebenso übersehe dieser Ansatz, dass auch unter den Richtern Austausch besteht.¹²⁰ Denkbar wäre in dieser Hinsicht auch, dass eine von einem direkten Kollegen vorab getroffene Entscheidung beeinflussend wirkt. Befürworter der Trennung führen dagegen an, dass auch der erkennende Richter sich erneut in eine Akte einarbeiten müsse und der Mehraufwand zur Eliminierung der Sorge um die richterliche Befangenheit in Kauf zu nehmen sei.¹²¹

b) Modifikation des Kriteriums „hinreichender Tatverdacht“

aa) Retrospektive Verurteilungswahrscheinlichkeit

Es wird vorgeschlagen, den Begriff des hinreichenden Tatverdachts statt auf die prospektive Verurteilungswahrscheinlichkeit auf die retrospektive Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung zu beziehen.¹²² Dies mindere den Befangenheitsanschein, da keine Festlegung hinsichtlich der zukünftigen Verurteilung unternommen wird.¹²³ Dem muss entgegengehalten werden, dass nicht ausreichend fundierte Anklagen nicht zu einer Hauptverhandlung führen dürfen, weshalb auch die prospektive Wahrscheinlichkeit essentiell ist.¹²⁴

bb) Änderung Verdachtsgrad

Weiterhin wird hinsichtlich des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrads in Teilen der Literatur eine hohe Verurteilungswahrscheinlichkeit gefordert, um den Angeeschuldigten besser vor der belastenden Hauptverhandlung

¹⁰⁶ Vormbaum, ZIS 2015, 328 (335).

¹⁰⁷ Loos, in: AK-StPO, 3. Aufl. (1996), Vor § 199 ff. Rn. 1.

¹⁰⁸ Vormbaum, ZIS 2015, 328 (333).

¹⁰⁹ Meyer-Goßner, ZRP 2000, 345 (345).

¹¹⁰ Roxin/Schünemann, § 42 Rn. 17.

¹¹¹ Paeffgen, in: SK-StPO, Vor §§ 198 ff. Rn. 1b.

¹¹² BT-Drs. IV/1020, S. 20.

¹¹³ Schmidt, NJW 1963, 1081 (1082).

¹¹⁴ Rieß, in: FS Rolinski, 2002, S. 239 (243).

¹¹⁵ Paeffgen, in: SK-StPO, Vor §§ 198 ff. Rn. 6a.

¹¹⁶ RGSt 65, 332 (329); BVerfGE 30, 149 (153 ff.); Volk/Engländer, § 16 Rn. 1.

¹¹⁷ Gössel, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 187 (203 f.); Meyer-Goßner, ZRP 2000, 345 (347).

¹¹⁸ Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 198 Rn. 2.

¹¹⁹ Volk/Engländer, § 16 Rn. 1.

¹²⁰ Volk/Engländer, § 16 Rn. 1.

¹²¹ Vormbaum, ZIS 2015, 328 (333).

¹²² Miehe, in: FS Grünwald, 1999, S. 379 (379 ff.).

¹²³ Miehe, in: FS Grünwald, 1999, S. 379 (401).

¹²⁴ Wenske, in: MüKo-StPO, § 203 Rn. 20.

zu schützen.¹²⁵ Andere verlangen im Gegenteil nur einen Nichteröffnungsbeschluss, wenn eine Verurteilung mit hoher Wahrscheinlichkeit auszuschließen ist. Dadurch soll die Besorgnis der Befangenheit gemildert werden.¹²⁶ Nach dem erstgenannten Ansatz ist der Richter bei Beginn der Hauptverhandlung schon sehr überzeugt von der Schuld des Angeklagten, im gegensätzlichen Konzept kommt es zu unnötigen belastenden Hauptverhandlungen. Neben anderen Kritikpunkten¹²⁷ sind beide Ansätze schon aufgrund dessen nicht geeignet, das Zwischenverfahren aufzuwerten. Mithin ist der hinreichende Tatverdacht als Mittelmaß sinnvoll und beizubehalten.

c) Zwischenbilanz bezüglich Befangenheitsreduzierung

Die beiden letztgenannten Lösungsvorschläge werfen mehr Fragen auf, als sie lösen. Das einzig effektive Mittel zur Reduzierung der Befangenheit, die Trennung von Tat- und Eröffnungsrichter, ist einschneidend und kostenintensiv. Dafür darf hinsichtlich der Problematik der Vorbefassung von einer hohen Wirksamkeit ausgegangen werden. Die mögliche Problematik der *EGMR*-Rechtsprechung wäre behoben. Es ist jedoch keineswegs gesagt, dass der Eröffnungsrichter das Zwischenverfahren mit mehr Engagement und größerer Sorgfalt betreibt als es aktuell geschieht. Entsprechend ist auch diese Lösung nicht umfassend wirksam.

4. Kumulative Lösungsansätze

Notwendig ist eine kumulative Lösung, die beider Problemlagen Herr wird.

a) Optative Vornahme des Zwischenverfahrens

Vorgeschlagen wird eine Durchführung des Zwischenverfahrens nur auf Antrag des Angeschuldigten.¹²⁸ So sei davon auszugehen, dass die Möglichkeiten des Zwischenverfahrens durch die Verteidigung wahrgenommen werden und damit bereits eine effektivere Durchführung gewährleistet ist.¹²⁹ Ebenso könne durch das häufige Ausbleiben des Zwischenverfahrens in den beantragten Fällen mehr Zeit und Engagement vonseiten des Richters aufgewandt werden.¹³⁰ Dem Angeschuldigten bliebe selbst überlassen, ob er eine Vorbeschäftigung des Richters wünscht, was auch diese Problematik sicherlich abmildert. Obgleich dieser Ansatz schon einige Kritik am Zwischenverfahren zu mildern vermag, sollte der Angeschuldigte in Fällen, in denen ein Zwischenverfahren potentiell ergiebig erscheint, nicht zwischen Ausbleiben der Filterfunktion und einem möglicherweise vorbelasteten Richter wählen müssen. Gerade einem unverteidigten Angeschuldigten ist diese Entscheidung nicht zuzutrauen.

b) Eigener Ansatz: „qualifiziertes Zwischenverfahren“

Um die Befangenheit des Richters oder auch nur deren Eindruck beim Angeklagten zu umgehen, ist die Hinzuziehung eines weiteren Richters unumgänglich. Gleichzeitig ist anzuerkennen, dass die Beschäftigung und Einarbeitung mehrerer Richter - gerade im Bereich von Alltagskriminalität - nicht effizient sein kann.¹³¹ Dies ist einerseits unter prozessökonomischen Gesichtspunkten zutreffend, ebenso allerdings auch aus Perspektive des Angeschuldigten wünschenswert. Diesem sollten zu lange Verfahrensverzögerungen nicht zugemutet.

aa) Beschränkung des herkömmlichen Zwischenverfahrens

Nach dem hier angedachten System ist das Zwischenverfahren durch den erkennenden Richter auf prozessuale Überprüfungen zu beschränken. Eine inhaltliche Wertung des hinreichenden Tatverdachts findet gerade nicht statt. So kommt der erkennende Richter nicht vor Beginn der Hauptverhandlung zu einer inneren Bindung an einen von ihm gefassten und geäußerten Beschluss.

bb) Einführung eines qualifizierten Zwischenverfahrens

Handelt es sich allerdings um einen Fall der zu erwartenden besonderen Belastung des Angeschuldigten in Form von besonders einschneidenden sozialen Stigmata durch das Hauptverfahren, muss ein qualifiziertes Zwischenverfahren eingeleitet werden. Dieses darf nur durch einen nicht weiter an der Hauptverhandlung beteiligten Eröffnungsrichter beschieden werden, was durch eine Ergänzung des § 23 StPO realisierbar wäre. Anknüpfungspunkt für einen Katalog von Taten, welche die Eröffnung des Hauptverfahrens durch einen unbeteiligten zusätzlichen Richter erfordern, könnten die Kriterien für die Herbeiziehung eines Pflichtverteidigers gem. § 140 StPO darstellen. Der Regelung dieses Verfahrens sollte zudem eine Generalklausel angehören, welche die Möglichkeit für zusätzliche Fälle, in denen die Durchführung vielversprechend erscheint, eröffnet.

Seit Einführung der RStPO sind mit den §§ 153 ff. StPO maßgebliche Einstellungsmöglichkeiten geschaffen worden.¹³² Diese Handlungsalternativen machen eine Einschränkung des Zwischenverfahrens in den genannten Ausmaßen akzeptabel. Dieser Gedanke deckt sich in den Grundstrukturen mit gängigen Wertungen in der Literatur. Das Zwischenverfahren ist für den Strafprozess nicht unverzichtbar, bei Anwendung ist die Durchführung durch einen gesonderten Eröffnungsrichter jedoch notwendig.¹³³

cc) Effizienz dieses Verfahrens

Damit der Eröffnungsrichter nicht die derzeit lethargisch hingenommene Praxis der Formulareröffnungsbeschlüsse beibehält, müssen die Vorgaben im Personalbedarfsberechnungssystem¹³⁴ für diesen Vorgang erhöht werden

¹²⁵ Kühne, NJW 1979, 617 (622).

¹²⁶ Ernst, Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, 1968, S. 224.

¹²⁷ Siehe nur Wenske, in: MüKo-StPO, 2. Band, 2015, § 203 Rn. 14 f.

¹²⁸ Hofer, S. 102 f.

¹²⁹ Wickel, S. 197.

¹³⁰ Ernst, S. 227.

¹³¹ So auch Rieß, in: FS Rolinski, 2002, S. 239 (247).

¹³² Peters, in: MüKo-StPO, § 153 Rn. 1; Beukelmann, in: BeckOK-StPO, § 153a Rn. 1.

¹³³ So auch Weigend, ZStW 113 (2001), 271 (285).

¹³⁴ Genauer: Erarbeitung eines Systems der Personalbedarfsberechnung für den richterlichen, staatsanwaltlichen und Rechtspflegerdienst in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

und durch eine Dokumentationspflicht hinsichtlich der Ergebnisse des Zwischenverfahren mit der Intention der Selbstkontrolle abgesichert werden.

4. Bilanz bezüglich Verbesserungsmöglichkeiten

Neben einigen zu kurz greifenden, einseitigen Lösungsansätzen sind Kombinationen verschiedener Maßnahmen denkbar, um die Kernprobleme des Zwischenverfahrens, die mangelhafte Betreibung sowie die Besorgnis der Befangenen zu lösen. Das vorgestellte System des qualifizierten Zwischenverfahrens ist hierzu geeignet und prozessökonomisch zumutbar. Es könnte mithin die Grundlage der Regelung des Zwischenverfahrens de lege ferenda darstellen.

V. Fazit

Das Zwischenverfahren hat durchaus das Potential, einen „Filter“ im Strafprozess darzustellen. In Fällen in denen

es eines solchen bedarf, muss das Verfahren allerdings mit empirischen Erkenntnissen zur Informationsverarbeitung und -bewertung sowie der EMRK in Einklang gebracht und gewissenhaft betrieben werden. Die de lege lata bestehende Gefahr, dem Betroffenen ein Danaer-Geschenk zu übergeben, welches ihm einen voreingenommenen Richter beschert, kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Statt im Zuge des Gießkannenprinzips großflächig aber mit fragwürdigem Erfolg Zwischenverfahren durchzuführen, soll mit dem hier vorgestellten Ansatz punktuell und sorgfältig gearbeitet werden. Bei den energischen Ankündigungen der Regierung, das Strafverfahren „noch effektiver, schneller, moderner und praxistauglicher“¹³⁵ zu gestalten, ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber dies nicht nur erfüllt „ohne die Rechte der Beschuldigten und deren Verteidigung zu beschneiden“¹³⁶, sondern auch bestehende Rechtseinschnitte, wie sie in der Hemmung eines funktionierenden Zwischenverfahrens gegeben sind, korrigiert.

¹³⁵ Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 85.

¹³⁶ Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 85.

Je länger desto besser? – Europols neue extensive Speicherfrist für die Voranalyse nicht-kategorisierter Datensätze

von Lewin Rixin, LL.M.*

Abstract

Der Beitrag untersucht Europols Voranalyse von unbekanntem Datensätze zu Zwecken der Identifizierung von Personenkategorien, deren personenbezogene Daten Europol nicht verarbeiten darf. Zunächst wird aufgezeigt, dass für die Voranalyse unter der bis zum 27.6.2022 geltenden Europol-Verordnung keine Rechtsgrundlage existierte. Anschließend wird auf die Entscheidung des Europäischen Datenschutzbeauftragten aus Januar 2022 eingegangen, der Europol eine Höchstspeicherfrist für die Daten, die voranalysiert werden müssen, auferlegte. Dem gegenübergestellt wird die durch die Reform der Europol-Verordnung eingeführte Rechtsgrundlage für die Voranalyse. Diese wird kritisch auf ihre Vereinbarkeit mit geltendem Primärrecht geprüft. Abschließend werden Handlungsempfehlungen ausgesprochen, die die Defizite der neuen Rechtsgrundlage adressieren.

The article examines Europol's pre-analysis of unknown data sets for the purpose of identifying categories of persons whose personal data Europol is not allowed to process. First, it is shown that there was no legal basis for the pre-analysis under the Europol Regulation in force until 27 June 2022. Subsequently, the decision of the European Data Protection Supervisor from January 2022, which imposed a maximum retention period on Europol for the data that must be pre-analyzed, is discussed. This is contrasted with the legal basis for the pre-analysis introduced by the reform of the Europol Regulation. Its compatibility with applicable EU primary law is critically examined. Finally, recommendations for measures are made that address the deficits of the new legal basis.

I. Einleitung

Die Reputation der Agentur der Europäischen Union (EU) für die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Strafverfolgung (Europol) droht durch zwei aktuelle Schlagzeilen Schaden zu nehmen:

Zum einen wurde Europol wegen der Handhabung der Verarbeitung von großen und komplexen Datensätzen kritisiert. Europol sei „Europas Datenmonster“, das seit Jahren massenhaft Daten ohne Rechtsgrundlage sammeln würde.¹ Die Berichterstattung geht auf die Entscheidung des Europäischen Datenschutzbeauftragten (EDSB) – die für Europol zuständige Aufsichtsbehörde – vom 3.1.2022 zurück, in welcher dieser die Rechtswidrigkeit der Datenverarbeitung der sog. Voranalyse zu Zwecken der Identifizierung von Kategorien von betroffenen Personen feststellte und die Löschung von Daten, die zu diesem Zwecke vorgehalten werden, anordnete² (siehe Kapitel IV. dieses Beitrages).

Zum anderen wird über den Ausbau Europols zur „Big-Data-Polizei“ berichtet.³ Dem zu Grunde liegt die Reform des Rechtsrahmens Europols, der Europol-Verordnung (Europol-VO)⁴. Die „Verordnung zur Änderung der Europol-VO“ ist am 28. Juni 2022 in Kraft getreten.⁵ Mitunter werden Europols Befugnisse zur Verarbeitung personenbezogener Daten erweitert. Mit Art. 18 Abs. 6a der reformierten Europol-VO (nachfolgend: Europol-VO n.F.) wird eine Rechtsgrundlage für die o.g. Voranalyse eingeführt. Im Lichte der Entscheidung des EDSB muss die neue Rechtsgrundlage kritisch bewertet werden (siehe Kapitel V. dieses Beitrages).

Der Beitrag unterbreitet abschließend Empfehlungen, um Defizite der neuen Rechtsgrundlage auszugleichen (siehe Kapitel VI. dieses Beitrages).

II. Europol

Der Untersuchung der Voranalyse unter alter und neuer Rechtslage ist zunächst Europols Zuständigkeit und Datenverarbeitungspraxis voranzustellen.

1. Zuständigkeit

Gemäß Art. 88 Abs. 1 AEUV hat Europol den Auftrag, die Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten zu unterstützen und zu verstärken sowie

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar am LG Köln und wissenschaftlicher Mitarbeiter der Kanzlei Dentons Europe LLP in Düsseldorf in der Praxisgruppe Compliance und Datenschutzrecht. Er erzielte mit seinem Beitrag den zweiten Platz des KriPoZ-Aufsatzwettbewerbs 2022. Transparenzhinweis: Der Verfasser absolvierte 2017/2018 je dreimonatige Praktika in den Datenschutzbüros von Europol und Eurojust. Er ist Absolvent des dualen Bachelorstudiengangs „Kriminalvollzugsdienst“ beim Bundeskriminalamt.

¹ Spiegel, Europas Datenmonster, 10.1.2022, online abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/ausland/europaeische-polizei-behoerde-europol-europas-datenmonster-a-751264bd-152c-4e49-82e3-cc84a10c22ab> (zuletzt abgerufen am 18.8.2022).

² EDSB, Decision on the retention by Europol of datasets lacking Data Subject Categorisation (Cases 2019-0370 & 2021-0699), 3.1.2022, online abrufbar unter: https://edps.europa.eu/system/files/2022-01/22-01-10-edps-decision-europol_en.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2022).

³ Golem, Europol wird zur Big-Data-Polizei, 24.5.2022, online abrufbar unter: <https://www.golem.de/news/neue-verordnung-europol-wird-zur-big-data-polizei-2205-165634.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2022).

⁴ Bisher: Verordnung (EU) 2016/794, L 135/5 (nachfolgend: Europol-VO a.F.).

⁵ Verordnung (EU) 2022/991, L 169/1 zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/794.

deren Zusammenarbeit zu verbessern. Dabei ist Europol's Mandat auf bestimmte Kriminalitätsformen begrenzt: Schwere Kriminalität, die zwei oder mehr Mitgliedstaaten betrifft, Terrorismus oder Formen der Kriminalität, die ein gemeinsames Unionsinteresse verletzen, die in Anhang I Europol-VO⁶ aufgeführt werden.⁷ Europol darf Ermittlungsmaßnahmen nur im Einvernehmen mit den betroffenen Mitgliedstaaten durchführen, Art. 88 Abs. 3 S. 1 AEUV. Zwangsmaßnahmen (z.B. Festnahmen) darf Europol nicht anwenden, Art. 88 Abs. 3 S. 2 AEUV.

Die aus diesem Mandat resultierenden Aufgaben werden sekundärrechtlich in Art. 4 Europol-VO konkretisiert. Für diesen Beitrag wesentlich ist Europol's Aufgabe des Erhebens, Speicherns, Verarbeitens, Analysierens und Austauschens von Informationen gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) Europol-VO. Europol übermittelt den nach nationalem Recht zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten die sie betreffenden Informationen und weist auf Verbindungen zwischen Straftaten hin. Hierdurch sollen die Mitgliedstaaten in die Lage versetzt werden, Ermittlungen einzuleiten oder bei multilateralen Ermittlungen andere Mitgliedstaaten zu unterstützen.⁸ Europol ist folglich eine große Informationsdrehscheibe (*Information Hub*).⁹

2. Datenverarbeitung durch Europol

Sofern Europol Daten zu Zwecken der Unterstützung von strafrechtlichen Ermittlungen verarbeitet, unterfallen die dafür angewendeten Methoden und Techniken der operativen Analyse gemäß Art. 2 lit. c) Europol-VO. Informationen, die Gegenstand der operativen Analyse sind, können personenbezogene Daten enthalten. Personenbezogene Daten sind gemäß Art. 27a Abs. 1 Europol-VO n.F. i.V.m. Art. 3 Nr. 1 VO 2018/1725¹⁰ alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (betroffene Person) beziehen. Personenbezogene Daten, die Europol zu Zwecken der operativen Analyse verarbeiten, sind gemäß Art. 3 Nr. 2 VO 2018/1725 als „operative personenbezogene Daten“ definiert.

Europol ist dabei zur Achtung des Datenschutzgrundrechtes aus Art. 8 Abs. 1 GRCh verpflichtet, wie aus Art. 51 Abs. 1 GRCh und Art. 16 Abs. 1 AEUV folgt. Zudem ist die Verarbeitung operativer personenbezogener Daten von gesteigerter Grundrechtsrelevanz, da die betroffene Person zusätzlich im Strafverfahren durch das Recht auf ein faires Verfahren und die Unschuldsvermutung gemäß Art. 48 Abs. 1 GRCh und Art. 6 EMRK geschützt ist.¹¹

Maßnahmen, die das Individuum in ihren Grundrechten tangieren, müssen gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen.

III. Ausgangslage

Die Bewertung der neuen Befugnis Europol's zur Durchführung einer Voranalyse bedarf einer Betrachtung der bisherigen Rechtslage: Gemäß Art. 18 Abs. 5 Alt. 2 Europol-VO a.F. durfte Europol grundsätzlich nur personenbezogene Daten von bestimmten Personengruppen verarbeiten, sofern dies zu Zwecken der Aufdeckung von Zusammenhängen von Straftaten oder zur operativen Analyse erfolgen sollte. Diese Personengruppen werden in der Terminologie der Europol-VO als „Kategorien von betroffenen Personen, deren Daten Europol verarbeiten darf“ bezeichnet (nachfolgend: legitime Personenkategorien). Welche Kategorien von betroffenen Personen hierzu zählen, wird in Anhang II, B.1 Europol-VO aufgeführt: Personen, die selbst einer Straftat verdächtigt werden oder gegen die triftige Anhaltspunkte vorliegen, dass sie eine Straftat begehen werden; Personen, die mit den vorgeannten Verdächtigen in Kontakt standen, sowie Zeugen, Opfer oder Hinweisgeber.

Art. 18 Abs. 5 Alt. 2 Europol-VO a.F. diente der Konkretisierung des datenschutzrechtlichen Prinzips der Datenminimierung. Daten sollen nur in dem Umfang und für die Dauer erhoben werden, die für die Erreichung des Zweckes einer Verarbeitung erforderlich sind.¹² Ferner verfolgt die Personenkategorisierung auch den Schutz von Person vor dem Hintergrund der besonderen Umstände polizeilicher Ermittlungen. Daten werden regelmäßig ohne das Wissen der betroffenen Person verarbeitet. Um dennoch die Grundrechte der betroffenen Person zu gewährleisten, sind hohe Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit einer Datenverarbeitung im Ermittlungsverfahren zu stellen.¹³ Ausdruck dessen ist eine der Personenkategorie angemessene Behandlung der Daten.¹⁴ So müssen für die verschiedenen Personenkategorien unterschiedlich strenge Schutzmaßnahmen implementiert werden, was u.a. auch aus dem Recht auf Unschuldsvermutung folgt.¹⁵ Eine solche Vorkehrung wurde beispielsweise in Art. 30 Abs. 1 Europol-VO a.F. vorgesehen: Daten von Zeugen oder Opfern durften nur verarbeitet werden, wenn dies „unbedingt notwendig“ war.

⁶ Sofern Normzitate mit „Europol-VO“ angeführt werden, bezieht sich dies auf Regelungen, die keiner Änderungen durch die VO zur Änderung der Europol-VO unterlagen.

⁷ Gelistet werden mehr als 30 Kriminalitätsformen. Nach *Milazzo* gibt es keine Kriminalitätsform, die nicht unter diese Liste subsumiert werden könne, *Milazzo*, in: Blanke/Mangiameli, TFEU (2021), Art. 88 Rn. 8.

⁸ *Ellermann/Rexin*, in: Momsen/Grützner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. (2020), S. 148 Rn. 20.

⁹ *Gutiérrez Zarza*, in: Gutiérrez Zarza, Informationsaustausch und Datenschutz in grenzüberschreitenden Strafverfahren in Europa, 2015, S. 91; *Davoli*, Polizeiliche Zusammenarbeit, 2021, S. 4.

¹⁰ Verordnung (EU) 2018/1725, L 295/39 zum Schutze natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtung und sonstige Stellen der Union. Die Europol-VO ist gegenüber der VO 2018/1725 hinsichtlich der Verarbeitung von operativen personenbezogenen Daten *lex specialis*, Art. 27a Abs. 1 Europol-VO n.F.. Die Europol-VO n.F. verweist bezüglich der Grundprinzipien und Definitionen auf die VO 2018/1725.

¹¹ Vgl. *Drechsler*, The Achilles Heel of EU Data Protection in a Law Enforcement Context: International Transfers under appropriate safeguards in the Law Enforcement Directive, 2020, S. 48.

¹² *Wolff*, in: BeckOK Datenschutzrecht, 40. Ed. (2021), Syst. A. Rn. 42.

¹³ *Aden*, in: Liskén/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl. (2021), Kapt. M Rn. 215.

¹⁴ *Quintel*, EDPL 2022, 90 (94).

¹⁵ *EGMR*, Urt. v. 4.12.2008 30562/04 und 30566/04, Rn. 99, 103.

Europol hat erhebliche Schwierigkeiten, die Anforderung, nur Daten von legitimen Personenkategorien zu verarbeiten, zu erfüllen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Mitgliedstaaten in Ermittlungsverfahren nicht mehr nur gezielt ausgewählte Einzeldaten erheben, sondern zunehmend große Datensätze, z.B. ganze Transaktionshistorien von illegalen Darknet-Marktplätzen.¹⁶ Wegen begrenzter Ressourcen kann die Auswertung dieser großen Datensätze häufig nicht mehr national geleistet werden.¹⁷ Stattdessen wird Europol im Rahmen seiner Unterstützungsfunktion ersucht, die Auswertung vorzunehmen, wobei die Mitgliedstaaten die Datensätze ohne vorherige Durchsicht und Kategorisierung der enthaltenen Personen an Europol übermitteln.

In einem solchen Falle stand Europol vor der Frage, ob es die in den Datensätzen enthaltenen Daten überhaupt unter Berücksichtigung von Art. 18 Abs. 5 Alt. 2 Europol-VO a.F. verarbeiten durfte. Um herauszufinden, ob Datensätze Daten illegitimer Personenkategorien enthalten, muss Europol eine Voranalyse durchführen. Hierbei extrahiert die Agentur die Daten aus dem empfangenen Datensatz und gleicht diese mit ihren Datenbanken ab. Die Voranalyse stellt damit ein Bündel von datenschutzrechtlichen Verarbeitungstätigkeiten (u.a. Erheben, Speicherung, Auslesen) dar. Das aus Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh resultierende datenschutzrechtliche Prinzip der Rechtmäßigkeit besagt, dass jede Verarbeitung auf eine Einwilligung oder eine gesetzlich geregelte legitime Grundlage gestützt werden muss. Eine solche geregelte legitime Grundlage für die Personenkategorie-Voranalyse fand sich in der Europol-VO a.F. jedoch nicht. Mangels Rechtsgrundlage verstieß die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen der Personenkategorie-Voranalyse damit gegen das Primärrecht der EU.

IV. Entscheidung des EDSB

Das vorstehende Problem war Gegenstand des Verwarungsverfahrens des EDSB.

1. Analoge Herleitung einer Speicherfrist

Der Entscheidung vom 3.1.2022 vorausgehend hatte der EDSB im September 2020 bereits festgestellt, dass Europol im Rahmen der Voranalyse zu Zwecken der Personenkategorisierung gegen den Grundsatz der Datenminimierung verstößt.¹⁸ Zwar erkannte der EDSB an, dass eine Personenkategorie-Voranalyse für Europols Aufgabewahrnehmung erforderlich war, auch wenn diese auf keine Rechtsgrundlage gestützt werden konnte. Jedoch hielt er die Schutzmaßnahmen, die Europol für die Voranalyse implementierte, für unzureichend. Insbesondere kritisierte er die Länge des Zeitraums, in den Europol die unkategorisierten Datensätze vorhielt. So führte Europol

die Voranalyse nicht immer unmittelbar nach Erhalt der Datensätze durch, in einigen Fällen geschah dies offenbar erst nach einem längeren Zeitraum.¹⁹ Zwar sah die Europol-VO a.F. – mangels spezifischer Rechtsgrundlage – keine bestimmte Frist vor, innerhalb derer Europol die Voranalyse durchführen hätte müssen.²⁰ Nach Ansicht des EDSB hätte Europol die Voranalyse aber innerhalb von sechs Monaten durchführen müssen, die Daten hätten demnach höchstens sechs Monate vorgehalten werden dürfen. Diese Höchstspeicherfrist leitete der EDSB aus einer analogen Anwendung des Art. 18 Abs. 6 Europol-VO a.F. her.²¹ Diese Norm regelte die Voranalyse zu einem anderen Zweck: Mittels Voranalyse sollte festgestellt werden, ob Daten, die die Agentur durch Übermittlung eines Mitgliedstaates erhalten hat, für die Erfüllung der Europol zugewiesenen Aufgaben relevant sind. Insofern teilten beide Voranalysen den Zweck, zunächst die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung der erhaltenen Daten nach den Bestimmungen der Europol-VO zu bewerten.

2. Bewertung der Kritik des EDSB

Fraglich ist, ob diese Herleitung der Höchstspeicherfrist überzeugen kann.

Die Analogie als Instrument der richterlichen Rechtsfortbildung setzt nach deutschem Verständnis das Bestehen einer planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenslage voraus.²² Auch dem *EuGH* ist die Analogiebildung keineswegs fremd.²³ Eine planwidrige Regelungslücke besteht, wenn das Gesetz überhaupt keine Regelung vorsieht, die in ihrer unmittelbaren Anwendung den konkreten, rechtlich regelungsfähigen und -bedürftigen Sachverhalt erfasst.²⁴

Zwar haben die EU-Gesetzgeber in Art. 6 JI-RL²⁵ vorgesehen, dass Polizeibehörden der Mitgliedstaaten Daten nach betroffenen Personen kategorisieren sollen. Insofern läge die Annahme nahe, dass die Gesetzgeber bewusst davon ausgingen, dass Europol keine unkategorisierten Datensätze erhalten würde, eine entsprechende Voranalyse also nie in Betracht kommen würde, die Regelungslücke folglich nicht planwidrig wäre. Allerdings unterliegt Art. 6 JI-RL den Einschränkungen, dass die Mitgliedstaaten nur „gegebenenfalls“ und „so weit wie möglich“ eine Kategorisierung vornehmen. Insofern können die Behörden der Mitgliedstaaten auch unkategorisierte Daten an Europol übermitteln. Wie der EDSB aufgezeigt hat, haben die Mitgliedstaaten hiervon in der jüngeren Vergangenheit, aufgrund der Abkehr von der gezielte Einzelerhebung von Daten und dem Wandel hin zur Erhebung großer Datensätze, die nachfolgend an Europol zur Auswertung übermittelt wurden, zunehmend Gebrauch gemacht.²⁶ Diese Änderung der Ermittlungsmethodik war für die Ge-

¹⁶ Vgl. EDSB (Fn. 2), Rn. 4.7.

¹⁷ Peglow, *der kriminalist* (5) 2022, 3.

¹⁸ EDSB (Fn. 2), Rn. 2.2., 4.5.

¹⁹ EDSB (Fn. 2), Rn. 3.9.

²⁰ EDSB (Fn. 2), Rn. 4.16.

²¹ EDSB (Fn. 2), Rn. 4.18.

²² Vgl. Grüneberg, in: Grüneberg, *BGB*, 81. Aufl. (2022), Einl. Rn. 48.

²³ Vgl. z.B. *EuGH*, Urt. v. 28.11.1978 97/78; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den *EuGH*, 1995, S. 123 f.

²⁴ Vgl. Grüneberg, in: Grüneberg, *BGB*, Einl. Rn. 55.

²⁵ Richtlinie (EU) 2016/680 zum Datenschutz durch Strafverfolgungsbehörden, L 119/89.

²⁶ EDSB (Fn. 2), Rn. 4.7.

setzgeber bei Einführung der Europol-VO a.F. nicht absehbar, sodass eine nachträgliche Regelungslücke entstand.²⁷ Für diesen Sachverhalt haben die Gesetzgeber unbewusst, folglich planwidrig, keine Rechtsgrundlage vorgesehen.

Eine vergleichbare Interessenslage liegt vor, wenn die Interessenslage im ungeregelten Sachverhalt mit derjenigen vergleichbar ist, die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegt.²⁸ Vorliegend könnte die Interessenslage der Personenkategorie-Voranalyse, wie vom EDSB angeführt, vergleichbar zu Art. 18 Abs. 6 Europol-VO a.F. sein: Europol hat zu überprüfen, ob es bestimmte Datensätze überhaupt verarbeiten darf. Zwar könnte dem entgegenstehen, dass die Voranalyse nach Absatz 6 nur dazu diene, eine Kompetenzüberschreitung Europols zu vermeiden. Denn die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der nationalen Sicherheit sind gemäß Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV grundlegende Funktionen der Mitgliedstaaten,²⁹ was sich sekundärrechtlich u.a. darin zeigt, dass Europol nur unterstützend für die Mitgliedstaaten tätig werden darf, Art. 3 Abs. 1 Europol-VO. Insofern könnte angeführt werden, dass der Zweck der Voranalyse in Absatz 6 nicht nur die Einhaltung der sekundärrechtlichen Regelungen Europols sei, sondern die Wahrung der Grenzen des primärrechtlich beschränkten Mandats. Demgegenüber dient die Voranalyse zur Personenkategorisierung der Klärung der Frage, ob eine Verarbeitung unter Berücksichtigung des Anhangs II der Europol-VO zulässig ist. Anhang II dient der Konkretisierung des Datenschutgrundrechtes. Die beiden Voranalysen verfolgen danach unterschiedliche Schutzzwecke.

Dem muss aber entgegeng gehalten werden, dass die vergleichbare Interessenslage nicht verlangt, dass die gleichen Schutzgüter betroffen sind, sondern das wesentliche Sachverhalte gleich zu bewerten sind.³⁰ In beiden Fällen soll festgestellt werden, ob Europol empfangene Daten unter seinem eigenen Rechtsrahmen verarbeiten darf. Warum die Prüfung, ob Europols Zuständigkeit eröffnet ist, einer Frist unterliegen soll, hingegen die Prüfung, ob Europol die enthaltenen Personenkategorien verarbeiten darf, keiner Frist bedürfe, ist nicht erklärbar. Denn nach der *EuGH*-Entscheidung *Tele2* sind zeitliche Beschränkungen für alle Datenspeicherungen im Kontext der Kriminalitätsbekämpfung erforderlich.³¹ Eine vergleichbare Interessenslage besteht folglich. Die von dem EDSB vorgenommene analoge Anwendung der Speicherfrist von sechs Monaten auf die Voranalyse zur Personenkategorisierung überzeugt damit.

3. Reaktion Europols

Europol erkannte darauffolgend an, dass die Schutzmaßnahmen für die Voranalyse unzureichend gewesen waren und führte einige Schutzvorkehrungen wie Zugriffsbeschränkungen oder Kennzeichnungspflichten der Datensätze ein, um das Risiko des Missbrauchs der noch nicht voranalysierten Datensätze zu reduzieren.³² Nicht unter diesen Schutzmaßnahmen war die Einführung einer Höchstspeicherfrist für unkategorisierte Datensätze, obwohl eine solche vom EDSB – richtigerweise – wiederholt als zwingend erforderlich verlangt wurde.³³

Letztlich lenkte Europol insoweit ein, dass die Agentur ihre Bereitschaft zum Ausdruck brachte, eine Höchstspeicherfrist vorläufig einzuführen. Nach Abwägung der Grundsätze des Datenschutzes mit der Durchführbarkeit seiner zugewiesenen Aufgaben regte Europol an, eine drohende Löschanweisung des EDSB gemäß Art. 43 Abs. 3 lit. e) Europol-VO aufzuschieben und das Inkrafttreten der Europol-VO n.F. abzuwarten. Europol schlug vor, sich bis zur Anwendbarkeit des neuen Rechtsrahmens an die im Kommissionsvorschlag für die Europol-VO n.F. vorgesehenen Speicherfristen zu halten. Danach hätten die Datensätze zwölf Monate lang gespeichert werden können, wobei eine Verlängerung um weitere sechs Monate möglich gewesen wäre.³⁴

4. Finale Entscheidung des EDSB

Der EDSB folgte in seiner abschließenden Entscheidung vom 3.1.2022 dem Vorschlag Europols einer zwölfmonatigen Höchstspeicherfrist nicht. Er wies Europol an, Datensätze, die die Agentur in Zukunft erhalte und die einer Voranalyse unterzogen werden müssen, für höchstens sechs Monate aufzubewahren.³⁵ Zudem setze er Europol eine Frist von zwölf Monaten, um jene Datensätze zu löschen, die sich bereits im Besitz von Europol befinden, jedoch noch keiner Voranalyse unterzogen wurden.³⁶ Folglich hätte Europol die Voranalyse innerhalb von zwölf Monaten durchführen müssen, um eine Löschung der nicht-voranalysierten Daten zu vermeiden.

V. Reform der Europol-VO

Parallel zur Initiative des EDSB war die Voranalyse zu Zwecken der Feststellung legitimer Personenkategorien Gegenstand des Gesetzgebungsvorhaben zur Reform der Europol-VO.

²⁷ Vgl. zur nachträglichen Regelungslücke BGHZ 192, 148.

²⁸ BGH, NJW 1988, 2734.

²⁹ In Ergänzung zu Art. 4 Abs. 2 S. 2 EUV ordnet Art. 72 AEUV an, dass die Vorschriften betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 67 bis 89 AEUV) die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die öffentliche Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit nicht berühren dürfen; vgl. auch *Röben*, in Grabnitz/Hilf/Nettesheim, 75. EL (2022), AEUV Art. 88 Rn. 11.

³⁰ Vgl. BGH, NJW 1988, 2734.

³¹ *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016 – C-203/15 und C-698/15, Rn. 108.

³² EDSB (Fn. 2), Rn. 2.5., 2.8.

³³ EDSB (Fn. 2), Rn. 2.6, 2.7, 2.9.

³⁴ EDSB (Fn. 2), Rn. 2.14.

³⁵ EDSB (Fn. 2), S. 13, Anordnung Nr. 1.

³⁶ EDSB (Fn. 2), S. 13, Anordnung Nr. 2.

1. Hergang

Die Kommission veröffentlichte am 9.12.2020 einen Vorschlag zur Änderung der Europol-VO.³⁷ Nach der politischen Einigung der Co-Gesetzgeber am 1. Februar 2022,³⁸ erfolgte die formelle Annahme durch das Parlament am 04. Mai 2022³⁹ und durch den Rat am 24. Mai 2022.⁴⁰ Die „Verordnung zur Änderung der Europol-Verordnung“ trat am 28. Juni 2022 in Kraft.⁴¹

2. Regelung

Die Voranalyse zur Feststellung von legitimen Personenkategorien wird in Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. kodifiziert. Insofern ist zunächst festzustellen, dass mit der Einführung dieser Vorschrift die Lücke der fehlenden Rechtsgrundlage für die Personenkategorie-Voranalyse geschlossen wird. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, da auf diese Weise die rechtlichen Grenzen für diese Verarbeitungstätigkeit festgelegt werden: Europol darf personenbezogene Daten ausschließlich vorübergehend verarbeiten, um festzustellen, ob die Daten den legitimen Personenkategorien i.S.v. Art. 18 Abs. 5 Europol-VO n.F. i.V.m. Anhang II.B unterfallen. Zudem werden Schutzmaßnahmen in Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. eingeführt:

- Die Verarbeitung ist nur zulässig, wenn sie „unbedingt erforderlich“ ist (UAbs. 1).
- Die Daten müssen von anderen Daten funktional getrennt aufbewahrt werden (UAbs. 2 S. 4).
- Es wird eine Höchstspeicherdauer festgelegt: Europol darf die Daten bis zu 18 Monaten speichern, wobei als Beginn dieses Zeitraums der Zeitpunkt definiert wird, an dem Europol feststellt, dass die Daten in seinen Zuständigkeitsbereich fallen (UAbs. 2 S. 1). „In begründeten Fällen“ können 18 Monate überschritten werden, wenn dies für die Zwecke des Art. 18 Europol-VO n.F. erforderlich ist, wobei der EDSB über die Verlängerung zu informieren ist (UAbs. 2 S. 2). Die Höchstspeicherdauer darf jedoch drei Jahre nicht überschreiten (UAbs. 2 S. 3).
- Weitere spezifische Verarbeitungsbedingungen für die Personenkategorie-Voranalyse sollen vom Europol-Verwaltungsrat, Europols höchstem politischen Führungsgremium, festgelegt werden. Insbesondere sollen diese die Übermittlung von Daten, den Zugang zu ihnen und ihre Verwendung sowie Höchstspeicher- und Lösungsfristen konkretisieren (Art. 18 Abs. 6b Europol-VO n.F.).

Keine Berücksichtigung im Gesetzgebungsprozess haben die Empfehlungen des EDSB gefunden. Während dieser

in seinem Beschluss gegen Europol eine maximale Verarbeitungsfrist von sechs Monaten vorsah, einigten sich die Gesetzgeber auf eine Frist von 18 Monaten (mit der Möglichkeit einer Verlängerung auf bis zu 36 Monate). Hinsichtlich der Fristbeginns ist ferner hervorzuheben, dass der EDSB den Zeitpunkt des Eingangs der Datensätze bei Europol als maßgeblich betrachten wollte, während die Gesetzgeber den Zeitpunkt der Feststellung, dass die Daten unter die Ziele von Europol fallen, wählte.

In der Praxis könnte sich Europols Handhabung von Datensätzen unkategorisierten Inhalts wie folgt darstellen:

- Europol erhält einen Datensatz am 1.1.2023.
- Spätestens am 30. Juni 2023 hat Europol eine „Voranalyse I“ gemäß Art. 18 Abs. 6 Europol-VO n.F. durchzuführen, um zu überprüfen, ob die enthaltenen Daten in seinen Zuständigkeitsbereich fallen.
- Anschließend muss Europol spätestens bis zum 31.12.2024 die „Voranalyse II“ zur Personenkategorisierung gemäß Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. durchführen.

Sofern Europol eine Verlängerung begründet, kann die „Voranalyse II“ noch bis zum 31. Dezember 2025 erfolgen.

3. Kritik an der Regelung

Die Regelung des Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. muss insbesondere wegen der Ausdehnung der Höchstverarbeitungsdauer als rechtswidrig angesehen werden. Grund hierfür ist nicht die Voranalyse an sich, sondern der in ihr enthaltene Verarbeitungsschritt der Speicherung. Als Eingriff in Art. 8 Abs. 1 GRCh muss auch dieser Zwischenschritt verhältnismäßig sein, Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh.

a) Verhältnismäßigkeit

Zunächst verfolgt die Speicherung zur anschließenden Voranalyse den legitimen Zweck der Aufdeckung von Zusammenhängen zwischen Straftaten. Aus Erwägungsgrund 21 S. 1 VO zur Änderung der Europol-VO geht hervor, dass die Daten 18 Monate vorgehalten werden sollen, da sich die Kategorisierung im Laufe der Zeit ändern könne, wenn neue Informationen verfügbar werden. Auch dies stellt grundsätzlich einen legitimen Zweck dar. Zur Erreichung dieses Zweckes ist die Speicherung auch geeignet.

Zweifel bestehen aber an der Erforderlichkeit der Dauer der Speicherung: Im ursprünglichen Entwurf der Kommission von 2020 wurde ein Zeitraum von zwölf Monaten vorgeschlagen, ohne einen Beginn dieses Zeitraumes zu

³⁷ Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/794, COM/2020/796 final, 9.12.2020, 2020/0349 (COD).

³⁸ EU-Kommission, Pressemitteilung v. 1.2.2022, online abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_673 (zuletzt abgerufen am 18.8.2022).

³⁹ Europäisches Parlament, Pressemitteilung v. 4.5.2022, abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220429_IPR28234/parliament-backs-giving-more-powers-to-europol-but-with-supervision (zuletzt abgerufen am 18.8.2022).

⁴⁰ Rat der EU, Pressemitteilung v. 24.5.2022, online abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/05/24/europol-le-conseil-adopte-une-legislation-confiant-de-nouvelles-taches-a-l-agence/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2022).

⁴¹ Art. 2 Verordnung zur Änderung der Europol-VO. Zur Übersicht der Änderungen siehe Rat der EU (Fn. 40).

definieren. Wie zuvor ausgeführt, hat auch Europol selbst diese zwölfmonatige Höchstverarbeitungsfrist als angemessenes Ergebnis der Abwägung zwischen Datenschutz und der Erfüllung seiner Aufgaben betrachtet.⁴² Dabei ist Europol zu unterstellen, dass es selbst wohl am besten einschätzen kann, welcher Zeitraum für die Durchführung einer Voranalyse erforderlich ist. Wählen die Gesetzgeber nun eine längere Frist, so erscheint diese Frist nicht als das mildeste gleich effektive Mittel, um den legitimen Zweck der Voranalyse zu erreichen. Insofern ist eine 18-monatige Frist, die bis auf drei Jahre verlängert werden kann, nicht erforderlich. Aus den gleichen Gründen ist diese auch nicht mit Grundsatz der Datenminimierung vereinbar.

Auch an der Angemessenheit der Speicherung bestehen Zweifel. Für eine Annahme der Angemessenheit würden Schutzmaßnahmen sprechen, die die Gesetzgeber gegen eine extensive Speicherung regulatorisch vorgesehen hat. Eine solche Schutzmaßnahme hätte beispielsweise die unter dem Kommissionsvorschlag vorgesehene vorherige Zustimmung des EDSB zu einer Verlängerung der Höchstspeicherfrist „in begründeten Fällen“ dargestellt.⁴³ Jedoch haben die Gesetzgeber das Erfordernis der EDSB-Zustimmung nicht übernommen, sondern durch eine bloße Informationspflicht ersetzt. Der EDSB hat demnach keine Möglichkeit, die Verhältnismäßigkeit einer konkreten Verlängerungsentscheidungen vor Erlass zu überprüfen.⁴⁴ Die Gesetzgeber haben die Gelegenheit verpasst, eine effektive *ex-ante* Kontrolle durch die externe Aufsichtsbehörde einzuführen. Unbenommen bleibt dem EDSB zwar die Möglichkeit durch die *ex-post* Kontrolle in Form seiner Aufsichtsmechanismen unter Art. 43 Abs. 3 Europol-VO n.F., jedoch dürfte sich das Stoppen einer Verarbeitungstätigkeit im Nachhinein als schwieriger gestalten als die Verweigerung einer vorherigen Zustimmung. Zudem ist die Intensivierung der Grundrechtsbeeinträchtigung dann bereits eingetreten, sie wird nicht von vornherein vermieden. Insofern wird mit dem Nicht-Aufgreifen des Vorschlages der EDSB-Zustimmung zur Verlängerung die Aufnahme einer Schutzmaßnahme in die Europol-VO verpasst, die der Verhältnismäßigkeit der Voranalyse hätte zuträglich sein können.

Ferner ist zu kritisieren, dass der Begriff der „begründeten Fälle“, in denen eine Verlängerung der Höchstspeicherfrist möglich ist, nicht definiert oder präzisiert wird.⁴⁵ Dies eröffnet Europol die Möglichkeit, den Begriff extensiv auszulegen, was in der Konsequenz dazu führen könnte, dass die Anwendung der eigentlichen Ausnahme der Verlängerung zur Regel wird. Somit ist die Speicherung der Daten zur Personenkategorisierung-Voranalyse

in ihrer vorgesehen Form als unverhältnismäßige Einschränkung des Datenschutzgrundrechtes zu bewerten, folglich ist die Regelung primärrechtswidrig.

b) Gesetzgeberisches Verschulden

Die unverhältnismäßige Höchstverarbeitungsfrist ist Ergebnis der Trilog-Verhandlungen: Während das Europäische Parlament in seinem ersten Entwurf eine Höchstspeicherdauer von einem Jahr vorsah und damit dem Vorschlag der Kommission folgte,⁴⁶ verlängerte der Rat diese Frist auf 18 Monate.⁴⁷ Das Parlament nahm daraufhin die Verlängerung der Frist in seinen Entwurf, der Gegenstand der ersten Lesung war und schließlich angenommen wurde, auf. In Anbetracht der Tatsachen, dass die interinstitutionellen Verhandlungen zum einen zur gleichen Zeit stattfanden wie das oben beschriebene Verwarnungsverfahren des EDSB gegen Europol und dass, zum anderen, den Gesetzgebern die Bedenken des EDSB bekannt waren,⁴⁸ sind die Verlängerung auf 18 Monate und die dem zugrundeliegenden Erwägungen für die Öffentlichkeit nur bedingt nachvollziehbar.

Eine Begründung für die Änderung der Höchstspeicherfrist auf 18 Monate durch den Rat findet sich in den Gesetzesmaterialien nicht. Zwar ist die Angabe von Gründen für Entwurfsänderungen während der interinstitutionellen Verhandlungen auch nicht üblich. Dies darf aber nicht als Definitivum hingenommen werden. Für die Bürgerinnen und Bürger muss ersichtlich sein, auf wessen Initiative eine Intensivierung grundrechtsbeschränkender Maßnahmen zurückgeht und wie diese gerechtfertigt wird, um die Ausübung demokratischer Kontrolle – sei es über öffentlichen Protest oder die Stimmabgabe bei der nächsten Wahl des nationalen oder europäischen Parlaments – zu ermöglichen. Insofern stellt die Ausdehnung der Höchstspeicherfrist ein Beispiel für das Transparenzdefizit des EU-Gesetzgebungsprozesses dar.⁴⁹

4. Zwischenfazit

Die neue Rechtsgrundlage der Voranalyse zu Zwecken der Feststellung der Personenkategorien ist aufgrund der extensiven Höchstspeicherfrist unverhältnismäßig und damit primärrechtswidrig. Aufgrund des Transparenzdefizits der Trilog-Verhandlungen ist die Länge der Speicherfrist nicht nachvollziehbar.

VI. Handlungsbedarf

Die Vorschrift des Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. stellt unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten eine bedenkliche Regelung dar. Die Gesetzgeber haben die Chance vertan,

⁴² EDSB (Fn. 2), Rn. 2.14.

⁴³ Art. 18 Abs. 5a UAbs. 2 des Kommissionsvorschlags (Fn. 37).

⁴⁴ *Quintel*, EDPL 2022, 90 (97).

⁴⁵ Vgl. EDSB, Stellungnahme 4/2001 Rn. 25, online abrufbar unter: https://edps.europa.eu/system/files/2021-04/21-03-08_opinion_europol_reform_de.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2022).

⁴⁶ Europäisches Parlament, Bericht Entwurf einer legislativen Entschließung des EP, A9-0290/2021, 15.10.2021, Änderungsantrag 86, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0290_EN.html (zuletzt abgerufen am 5.6.2022).

⁴⁷ Rat der EU, 2020/0349(COD), ST 10414 2021 INIT, 25.10.2021, online abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONsil:ST_10414_2021_INIT&from=EN (zuletzt abgerufen am 18.8.2022).

⁴⁸ EDSB (Fn. 45), Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren am 8.3.2021.

⁴⁹ Zu den Transparenz- und damit Demokratiedefiziten der interinstitutionellen Verhandlungen vgl. *Curtin and Leino*, CMLRev 2017, 1673 und von *Achenbach*, NJW-Editorial, Heft 23/2022.

im Gesetzgebungsprozess Maßnahmen zur Sicherstellung der Verhältnismäßigkeit zu implementieren.

Um die Speicherung von Daten zu Zwecken der Personenkategorisierungs-Voranalyse in ein Gleichgewicht mit dem Datenschutz zu bringen, sollten verschiedene Maßnahmen ergriffen werden. Diese lassen sich in zwei Ebenen untergliedern: Änderungen der Europol-VO und die Implementierung von Maßnahmen, die keiner Änderung der Rechtsgrundlage erfordern. Angesichts der Tatsache, dass die Europol-VO erst reformiert wurde, erscheint eine zeitnahe Änderung unwahrscheinlich. Folglich sind die Änderungsvorschläge als mittelfristige Ziele zu sehen, während die Maßnahmen, die keiner Änderung der Europol-VO bedürfen, kurzfristig umgesetzt werden sollten.

1. Änderungsbedarf der Europol-VO

a) Abänderung des Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F.

Allen voran wäre eine Reduzierung der Höchstspeicherdauer auf die von Europol als erforderlich angesehenen zwölf Monate zu empfehlen. Auch sollte eine ex-ante Kontrollfunktion des EDSB (Zustimmungserfordernis) aufgenommen werden.

b) Leitplanken für spezifische Datenschutzbestimmungen

An den Stellen, an denen dem Europol-Verwaltungsrat die Möglichkeit eingeräumt wird, Datenschutzmaßnahmen für spezifische Verarbeitungstätigkeit zu erlassen (siehe Kapitel IV.2.), bedarf es der Schaffung konkreter Rahmenbedingungen („Leitplanken“) durch die Gesetzgeber. So sollten bezogen auf Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. z.B. Legaldefinitionen der Begriffe „unbedingt erforderlich“ oder „in begründeten Fällen“ unmittelbar in die Verordnung aufgenommen werden. Dies würde die Überprüfbarkeit der vom Verwaltungsrat erlassenen spezifischen Datenschutzbedingungen durch die Aufsichtsbehörden vereinfachen.

2. Kurzfristige Maßnahmen unter dem bestehen Rechtsrahmen

a) Kategorisierung der Datensätze durch die Mitgliedstaaten

Das Problem Europols, personenbezogene Daten von illegitime Personenkategorien zu verarbeiten, folgt unmittelbar aus der Tatsache, dass die Mitgliedstaaten überhaupt erst nicht-kategorisierte Datensätze an Europol übermitteln.⁵⁰ Würden die Mitgliedstaaten die Kategorisierung stets selbst vornehmen und die Datensätze erst nach einer solchen an Europol übermitteln, wäre die Anwendung von Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. nur noch in Ausnahmefällen erforderlich, z.B. wenn eine Kategorisierung aufgrund einer dringenden Gefahr für einen Mitgliedstaat

nicht möglich ist. Insofern könnte der Ausnahmecharakter erhalten bleiben. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, warum die Behörden der Mitgliedstaaten die Datensätze, trotz der Regelung in Art. 6 JI-RL, nicht ausnahmslos kategorisieren.⁵¹ Neben fehlenden Ressourcen kommt als Grund hierfür mangelndes technisches Fachwissen zur Durchführung automatisierter Kategorisierungen in Betracht. Zudem könnte auch die Erfahrung der nationalen Behörden, dass es unproblematisch ist, Europol nicht kategorisierte Datensätze zu übermitteln, weil Europol diese dennoch verarbeitet, ursächlich sein. Die mutmaßlichen Gründe sind inakzeptabel. Die Sicherstellung der Einhaltung von Art. 6 JI-RL liegt in der Verantwortung der Mitgliedstaaten, auch was die angemessene Bereitstellung von Ressourcen betrifft. Insofern sollte der EDSB an die nationalen Datenschutzaufsichtsbehörden appellieren, die Einhaltung von Art. 6 JI-RL strenger zu überwachen. Das neugeschaffene Kooperationsgremium der koordinierten Datenschutzaufsicht über Europol gemäß Art. 44 Abs. 2 Europol-VO n.F. i.V.m. Art. 62 VO 2018/1875 ist insofern eine geeignete Plattform, um derartige Missstände zu adressieren.

Europol sollte zudem nur in Ausnahmefällen nicht kategorisierte Daten zu Auswertezwecken annehmen. Der Europol-Verwaltungsrat sollte von seinen Befugnissen nach Art. 18 Abs. 6b Europol-VO n.F. Gebrauch machen und spezifische Datenschutzbedingungen erlassen, um den Rechtsbegriff „unbedingt erforderlich“ in Art. 18 Abs. 6a UAbs. 1 Europol-VO n.F. wie folgt zu konkretisieren: Europol darf die Verarbeitung nur dann als „unbedingt erforderlich“ ansehen, wenn ein Mitgliedstaat die Nichtkategorisierung mit dem Vorliegen einer konkreten Gefahr begründen kann. In den Bedingungen sollte genauer definiert werden, wann eine konkrete Gefahr vorliegt.

b) Künstliche Intelligenz als Chance

Europol erhält gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. v) i.V.m. Art. 33a Europol-VO n.F. neue Befugnisse zur Durchführung von Forschungs- und Innovationstätigkeiten. Europol soll insbesondere auch technische Lösungen auf der Grundlage von Künstlicher Intelligenz (KI) erforschen.⁵² Insofern könnte Europol auch die Entwicklung von KI zur Kategorisierung von Datensätzen forcieren und das Endprodukt den Mitgliedstaaten zur Verfügung stellen. Auf diese Weise könnte eine technische Lösung für die mangelnde Kategorisierung – im Sinne des Gebots des Datenschutzes durch Technikgestaltung gemäß Art. 27 VO 2018/1875 – geschaffen werden.

c) EDSB

Zweifelloos wird der EDSB bei Verarbeitungen nach Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. gefragt sein. Der EDSB sollte zeitnah eine erste Information über eine Verlängerung gemäß Art. 18a Abs. 6a UAbs. 2 S. 2 Europol-

⁵⁰ Obwohl die Voranalyse gemäß Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. auch für Daten gilt, die Europol beispielsweise von einer privaten Partei oder einer Open-Source-Ressource erhält, wird die Einführung der Rechtsgrundlage häufig durch den Erhalt großer Datensätze von den Mitgliedstaaten gerechtfertigt, vgl. ErwGr 22 VO zur Änderung der Europol-VO.

⁵¹ *Quintel*, EDPL 2022, 90 (101).

⁵² ErwGr 49 VO zur Änderung der Europol-VO.

VO n.F. zum Anlass nehmen, die praktische Umsetzung der Norm zu überprüfen und mit einer Entscheidung zukünftige Rahmenbedingungen für deren Anwendung schaffen. Insofern hat der EDSB die unzureichende Arbeit des Gesetzgebers auszugleichen.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Empfehlungen des EDSB im Gesetzgebungsverfahren hinsichtlich Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. ignoriert wurden, könnte der EDSB zu dem Schluss kommen, dass er mit seinen ihm zur Verfügung stehenden Instrumenten die umfassende Einhaltung des Datenschutzes bei Europol nicht erreichen kann. Insofern könnte dem EDSB geraten werden, eine erste Nichtigkeitsklage gegen Europolis Verarbeitungsbefugnis gemäß Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. vor dem *EuGH* zu erheben, um die Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit dem europäischen Primärrecht überprüfen zu lassen.⁵³

VII. Fazit

Europol muss aufgrund des Versäumnisses der Mitgliedstaaten, Datensätze einer Kategorisierung hinsichtlich der enthaltenen Personenkategorien zu unterziehen, selbst eine Voranalyse dieser Datensätze durchführen. Da unter der Europol-VO a.F. hierfür keine Rechtsgrundlage – und keine geeigneten Schutzmaßnahmen – vorgesehen waren, hat der EDSB die zulässige Analogie zur Art. 18 Abs. 6 Europol-VO a.F. gebildet, woraus eine Höchstspeicherdauer von sechs Monaten für die Speicherung der Datensätze gegolten hätte. Diese Entscheidung wurde durch die Einführung des Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. kassiert.

Dabei wird zwar unter den Schutzmaßnahmen auch eine Höchstspeicherdauer vorgesehen, deren Ausgestaltung verletzt aber das EU-Primärrecht. Eine Höchstspeicherfrist von 18 Monaten mit Verlängerungsoption ist nach der eigenen Wertung Europol nicht erforderlich und verstößt damit gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Maßnahme greift damit in unzulässigerweise in das Datenschutzgrundrecht und das Recht auf ein faires Verfahren ein.

Um den Zeitraum bis zu einer erneuten Reform der Europol-VO – in welcher diese Speicherdauer reduziert werden muss – zu überbrücken, liegt es daher an dem Europol-Verwaltungsrat, strikte spezifische Datenschutzbestimmungen zu definieren. Zudem ist an die Mitgliedstaaten zu appellieren, konsequent alle Datensätze vor Übermittlung an Europol zu kategorisieren. Hierzu kann Europol durch die Entwicklung von KI-Lösungen einen Beitrag leisten.

Abzuwarten bleibt, ob der EDSB den *EuGH* anrufen wird, um die Nichtigkeit des Art. 18 Abs. 6a Europol-VO n.F. feststellen zu lassen. Leittragende der unzureichenden Reform der Europol-VO sind zum einen die Bürgerinnen und Bürger, deren Daten unverhältnismäßig lange gespeichert werden, zum anderen Europol, drohen derart grundrechtsinvasive Datenverarbeitungsbefugnisse doch die Reputation der Agentur und das Vertrauen der Öffentlichkeit in ihre Integrität nachhaltig zu schädigen.

⁵³ Nach Art. 43 Abs. 3 lit. h) Europol-VO i.V.m. Art. 263 UAbs. 5 AEUV hat der EDSB die Befugnis, den *EuGH* anzurufen.

„Catcalling“ – Möglichkeiten und Grenzen einer strafrechtlichen Regulierung

von Nora Labarta Greven,

Laura-Romina Goede und Paul Brodtmann*

Abstract

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Catcalling unter Strafe gestellt werden kann. Hierfür wird zunächst der Gewährleistungsgehalt des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung herausgearbeitet, um anschließend Grenzen und Implikationen für eine strafrechtliche Normierung abzuleiten. Auf Grundlage dessen werden empirische Daten einer Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen e.V. herangezogen, um zu untersuchen, ob ein Straftatbestand angemessen wäre.

The following article deals with the question of whether and under what conditions catcalling can be declared a criminal offense. For this purpose, the guarantee of the fundamental right to sexual self-determination is first elaborated to then derive limits and implications for standardization under criminal law. On this basis, empirical data from a study by the Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen e.V. will be used to examine whether a criminal law regulation would be appropriate.

I. Einleitung

„Es ist 2020. Catcalling sollte strafbar sein.“ Mit dieser von fast 70.000 Personen unterzeichneten Online-Petition wandte sich eine Studentin über den Petitionsausschuss des Bundestages an das Justizministerium, das Familienministerium und die Bundesregierung und forderte diese auf, Catcalling unter Strafe zu stellen.¹ Bereits ein Jahr zuvor entstanden deutschlandweit Initiativen, die mit Hilfe des Hashtags „@catcallsof“ Catcalling-Erfahrungen durch „Ankreiden“ auf der Straße sichtbar machen und dadurch in den Fokus der breiteren Öffentlichkeit rücken wollten.² Dank dieser Initiativen ist in den (sozialen) Medien, der Politik und mittlerweile auch in der Strafrechtswissenschaft eine Debatte über die Notwendigkeit und Möglichkeiten einer rechtlichen Lösung des Problems Catcalling entstanden.³

Der Anglizismus Catcalling soll an das Pfeifen bzw. Locken einer Katze bzw. eines Haustieres erinnern und wird im deutschen Sprachgebrauch überwiegend als nicht körperliche sexuelle Belästigung im öffentlichen Raum verstanden.⁴ Bestimmte Formen nicht körperlicher sexueller Belästigung sind bereits nach geltendem Recht unter Strafe gestellt. So wird das Entblößen des männlichen Genitals unter den Voraussetzungen des § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) sowie das unaufgeforderte Zusenden pornographischer Inhalte (§ 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB), etwa das Zusenden von Dick Pics,⁵ mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Geht die sexuelle Belästigung mit einer Ehrverletzung einher, kommt eine Bestrafung nach § 185 StGB (Beleidigung) in Betracht. Im Falle einer solchen Sexualbeleidigung ist allerdings zu berücksichtigen, dass nicht jeder Missachtung der Persönlichkeit, insbesondere einer Verletzung des Schamgefühls, eine Ehrverletzung innewohnt. Vielmehr muss in der sexuellen Handlung gerade zum Ausdruck kommen, dass das Opfer minderwertig im Sinne eines Mangels an Ehre sei.⁶ In Ausnahmefällen ist zudem an eine Bestrafung nach § 238 StGB (Nachstellung), § 240 StGB (Nötigung) oder § 241 StGB (Bedrohung) zu denken. Eine Strafbarkeit wegen Nachstellung wird jedoch in aller Regel daran scheitern, dass die sexuelle Belästigung wiederholt vorgenommen und geeignet sein muss, die Lebensgestaltung nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen.⁷ Auch § 240 und § 241 StGB sind nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, etwa massivem Verfolgen oder dem konkreten in Aussicht stellen eines künftigen Übels, erfüllt.⁸ De lege lata können einzelne Erscheinungsformen nicht körperlicher sexueller Belästigung mithin strafrechtlich verfolgt werden. Besteht die Handlung jedoch nicht im Zusenden von Bildern oder dem Entblößen des männlichen Genitals, wohnt der Belästigung keine Ehrverletzung inne oder werden die hohen Hürden der §§ 238 StGB, 240 StGB und 241 StGB nicht erreicht, scheidet eine strafrechtliche Sanktionierung aus. Spricht ein 65-jähriger Mann ein 11-jähriges Mädchen auf der Straße an, „dass er mit ihr spazieren gehen wolle, weil er ihre Muschi fassen wolle“,“⁹ folgt ein Mann einer Frau auf

* Nora Labarta Greven und Laura-Romina Goede sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen am Kriminologischen Forschungsinstitut Niedersachsen e.V. (KFN) in Hannover; Paul Brodtmann ist Studierender der Sozialwissenschaften an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg.

¹ Quell, Es ist 2020. Catcalling sollte strafbar sein., online abrufbar unter: <https://www.openpetition.de/petition/online/es-ist-2020-catcalling-sollte-strafbar-sein> (zuletzt abgerufen am 9.8.2022).

² S. etwa „Catcallsofhannover“: https://www.instagram.com/catcallsofhannover/?utm_medium=copy_ (zuletzt abgerufen am 9.8.2022).

³ Gemmel/Immig, KriPoZ 2022, 83 (83); Hoven/Rubitzsch/Wiedmer, KriPoZ 2022, 175 (183).

⁴ Gemmel/Immig, KriPoZ 2022, 83 (83); Goede/Lehmann/Ram, RPsych 2022, 53 (54); Steiner, ZRP 2021, 241 (242).

⁵ BVerwG, BeckRS 2020, 10047; Andresen/Dreyer, JMS 2021, 2 (3); Deutscher Juristinnenbund, 2021, S. 4; krit. hierzu Hörnle, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 184 Rn. 21; Hoven/Rubitzsch/Wiedmer, KriPoZ 2022, 175 (180).

⁶ BGH, NStZ 1986, 453 (454); BGH, NStZ-RR 2012, 206 (206); BGH, NStZ 2018, 603 (604); Andresen/Dreyer, JMS 2021, 2 (4).

⁷ Hoven/Rubitzsch/Wiedmer, KriPoZ 2022, 175 (183); Pörner, NStZ 2021, 336 (338).

⁸ Andresen/Dreyer, JMS 2021, 2 (4).

⁹ BGH, NStZ 2018, 603.

die Toilette und starrt sie unter der Toilettentür hindurch an¹⁰ oder äußert ein Fremder auf offener Straße „Na, dich würde ich gern mal reiten“¹¹ bleibt den betroffenen Personen keine andere Möglichkeit, als das Verhalten zu dulden. Rechtliche Möglichkeiten sind ihnen mangels strafrechtlicher Relevanz derartiger Verhaltensweisen verwehrt.

Angesichts dieses Umstandes soll im folgenden Beitrag unter Berücksichtigung einer Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen e.V. zu Ausmaß und Folgen von Catcalling aufgezeigt werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen solche und andere nicht körperliche sexuelle Belästigungen im öffentlichen Raum unter Strafe gestellt werden können. Hierfür ist zunächst das bislang vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung kaum konturierte Grundrecht – die sexuelle Selbstbestimmung¹² – abzustecken. Daran anschließend ist die Frage zu beantworten, ob ein etwaiger Straftatbestand angesichts der durch Catcalling ausgelösten Folgen angemessen wäre und innerhalb welcher verfassungsrechtlichen Grenzen er sich bewegen müsste.

II. Legitimer Zweck: Schutz der sexuellen Selbstbestimmung¹³

Staatliches Handeln muss verhältnismäßig sein (Art. 20 Abs. 3 GG). Jede legislatorische Maßnahme muss demnach einen legitimen Zweck verfolgen und im Hinblick auf diesen Zweck geeignet, erforderlich und angemessen sein.¹⁴ Unter welchen Voraussetzungen ein Zweck als legitim im Sinne des Strafrechts anzusehen ist, wird kontrovers diskutiert.¹⁵ Während bis in die 1960er Jahre dem Sexualstrafrecht noch die Aufgabe des Schutzes von Moral und Sittlichkeit zugeschrieben wurde, besteht heute insoweit Einigkeit, dass ein Verhalten nicht seiner Unmoral oder ethischen Verwerflichkeit willen unter Strafe gestellt werden kann, sondern nur, wenn dadurch elementare Interessen Einzelner oder der Gemeinschaft verletzt werden.¹⁶ Ausdruck fand der Paradigmenwechsel vom Moral zum Rechtsgüterschutz auch in der Überschrift des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuchs. Wogegen diese bis zum Jahr 1973 noch „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ lautete, sind die §§ 174 ff. StGB heute mit der

Überschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ überschrieben. Kriterium für die (sexual-)strafrechtliche Relevanz ist damit nicht mehr die sittliche Anstößigkeit oder Immoralität eines Verhaltens, sondern allein die Betroffenheit von Rechtsgütern.¹⁷ Ob und gegebenenfalls welche Formen nicht körperlicher sexueller Belästigung unter Strafe gestellt werden können, ist also in einem ersten Schritt danach zu beurteilen, inwieweit derartige Verhaltensweisen Rechtsgüter – namentlich die sexuelle Selbstbestimmung – beeinträchtigen.

1. Gewährleistungsgehalt des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung

Nach Art. 2 Abs. 1 GG hat jeder „das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit [...]“, woraus – teils in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie¹⁸ – ein allgemeines Persönlichkeitsrecht als „Ausdruck persönlicher Autonomie“ abgeleitet wird.¹⁹ Grundrechte verbieten dem Staat nicht nur, rechtswidrige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche vorzunehmen, sondern verpflichten ihn auch, sich schützend vor ihren jeweiligen Gewährleistungsgehalt zu stellen.²⁰ Entsprechend folgt aus Art. 2 Abs. 1 GG (i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) die staatliche Pflicht, den Bürger*innen hinreichende Bedingungen für die Persönlichkeitsentfaltung zu gewährleisten.²¹ Persönlichkeitsentfaltung vollzieht sich zu einem nicht unerheblichen Teil in der Sexualität,²² sodass mittlerweile allgemein anerkannt ist, dass eine Facette des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung abgebildet wird.²³ Trotz seiner Anerkennung als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind Inhalt und Reichweite des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung in Rechtsprechung und Literatur bislang noch nicht erschöpfend behandelt worden und vor dem Hintergrund wandelbarer gesellschaftlicher Einstellungen zu Sexualitäten stets neu zu interpretieren.²⁴

Nachdem das *BVerfG* in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Geschwisterbeischlafs (§ 173 Abs. 2 S. 2 StGB) erstmals von einem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sprach,²⁵ hat es sich in einer über-

¹⁰ *OLG Düsseldorf*, NJW 2001, 3563.

¹¹ Deutscher Juristinnenbund, 2021, S. 5.

¹² Auch wenn als maßgebliche Rechtsgutsverletzung im Falle von Catcalling teils eine Beeinträchtigung der Ehre diskutiert wird (vgl. etwa *Steiner*, ZRP 2021, 241 [243]), sieht der überwiegende Teil der Literatur eine Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung als notwendige Voraussetzung für eine umfassende strafrechtliche Regulierung des Catcallings (Deutscher Juristinnenbund, 2021, S. 5; *Hoven/Rubitzsch/Wiedmer*, KriPoZ 2022, 175 [184]; *Pörner*, NSTZ 2021, 340 [341]). Dementsprechend beschränkt sich der vorliegende Artikel auf die sexuelle Selbstbestimmung als potenziell beeinträchtigtes Rechtsgut.

¹³ Verortung unter dem „legitimen Zweck“, „da hierdurch jeder moralistische Missbrauch des Strafrechts schon a limine ausgeschlossen wird“, siehe hierzu *Roxin*, Strafrecht AT, 5. Aufl. (2020), Rn. 78.

¹⁴ *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 20 Rn. 149.

¹⁵ *Roxin*, § 2 Rn. 1a ff.

¹⁶ *BGH*, NJW 1969, 1818 (1819); *BT-Drs. VI/3521*; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. zu den §§ 174 ff. Rn. 1; *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. zu § 174 Rn. 2 ff.; *Roxin*, § 2 Rn. 17 ff.

¹⁷ *BT-Drs. VI/3521*; *Laubenthal*, Handbuch Sexualstrafaten, 2012, Rn. 28; *Renzikowski*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. zu § 174 Rn. 2 ff.; *Roxin*, § 2 Rn. 18.

¹⁸ Zum Meinungsstand, vgl. *Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 201.

¹⁹ *BVerfG*, NJW 2020, 905; *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, 97. EL (2022), Art. 2 Abs. 1 Rn. 130; *Rixen*, in: *Sachs*, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 45; *Valentiner*, S. 383.

²⁰ *BVerfGE* 7, 198; *BVerfGE* 88, 203; *Sachs*, Verfassungsrecht II – Grundrechte, 3. Aufl. (2017) S. 52 ff.; *Schilling*, *KritV* 1999, 452 (454 ff.); *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 26 ff.

²¹ *BVerfGE* 96, 56 (63); *BVerfGE* 54, 148 (153); *BVerfGE* 79, 256 (268); *Eifert*, JA 2015, 1181 (1188); *Valentiner*, S. 216.

²² *Valentiner*, S. 122 ff.

²³ *BVerfGE* 83, 130 (140); *BVerfG*, NJW 2008, 1137 (1138); *BVerfG*, NJW 2008, 3117 (3118); *Lang*, in: *BeckOK-GG*, 51. Ed. (2022), Art. 2 Rn. 39a; *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200 ff.

²⁴ *Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 187 ff.; *Valentiner*, S. 17 f.

²⁵ *BVerfG*, NJW 2008, 1137 (1138).

schaubaren Anzahl von Entscheidungen mit verschiedenen Aspekten des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung auseinandergesetzt.²⁶ In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 173 Abs. 2 S. 2 StGB führte es aus, dass der Intim- und Sexualbereich eines Menschen als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, den*die Einzelne*n schütze „sein Verhältnis zur Sexualität und seine geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner einzurichten und grundsätzlich selbst darüber zu befinden [...], ob, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter darauf hinnehmen will.“ Ein Jahr später konstatierte es, dass zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung die Freiheit gehöre, „die eigenen Ausdrucksformen der Sexualität für sich zu behalten und sie in einem dem staatlichen Zugriff entzogenen Freiraum zu erleben“; wobei diese Freiheit ihre Grenze in gewaltsamen Übergriffen in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht anderer Personen finde.²⁷ Letztlich zog es das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Aspekt der freien Entfaltung der Persönlichkeit heran, als es über die Verfassungsmäßigkeit des § 3 S. 1 Nr. 13 TierSchG (Verbot artwidriger sexueller Handlungen an Tieren) zu entscheiden hatte. Zwar falle auch sexuelles Verhalten in Bezug auf Tiere unter den – nicht näher definierten Schutzbereich – des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), dieses trete aber gegenüber dem mit der Vorschrift bezweckten Schutz von Tieren (Art. 20a GG) zurück.²⁸ Ob und inwieweit die sexuelle Selbstbestimmung durch nicht körperliche sexuelle Handlungen beeinträchtigt werden kann, lässt sich diesen Entscheidungen angesichts der fehlenden grundlegenden Auseinandersetzung mit dem Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung nicht entnehmen.

Auch die Literatur hat sich bislang wenig mit der Frage der Betroffenheit der sexuellen Selbstbestimmung durch nicht körperliche Belästigungen beschäftigt.²⁹ Überwiegend Einigkeit besteht insoweit, dass die sexuelle Selbstbestimmung in ihrer abwehrrechtlichen Funktion die Freiheit davor erfasse, „zum Objekt fremdbestimmter sexueller Übergriffe herabgewürdigt zu werden“.³⁰ Streit herrscht dagegen im Hinblick auf die – für das Catcalling entscheidende Frage – ob ein solcher Übergriff Körperlichkeit voraussetzt oder auch bei nicht körperlichen

Handlungen gegeben sein kann.³¹ Dabei mangelt es sowohl den Befürworter*innen, als auch Gegner*innen, überwiegend an am (verfassungsrechtlichen) Gewährungsgehalt der sexuellen Selbstbestimmung orientierten Begründungen für bzw. gegen eine Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung. Dies ist angesichts der lange Zeit fehlenden grundsätzlichen Auseinandersetzung mit der sexuellen Selbstbestimmung wenig überraschend.³²

Der Verfassung liegt das Leitbild konsensualer Sexualitäten zugrunde,³³ wobei der herzustellende Konsens eine Aushandlung gleichberechtigter kommunikations- und einsichtsfähiger Akteur*innen auf Augenhöhe verlangt.³⁴ Subjektiv-rechtlich schützt das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung demnach die „freie Entscheidung darüber, ob und mit wem der*die Einzelne welche sexuellen Handlungen ausüben möchte“;³⁵ in seiner objektiv-rechtlich Ausprägung verpflichtet es den Staat, diejenigen Bedingungen zu schaffen, die notwendig sind, damit „die einzelne Person ihre Individualität selbstbestimmt entwickeln und wahren kann.“³⁶ Spätestens seit der Reform des Sexualstrafrecht im Jahr 2016 folgt auch das Strafrecht diesem verfassungsrechtlichen Leitbild.³⁷ Entscheidend für eine Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung ist mithin kein Körperkontakt, sondern die Einbeziehung in ein sexuelles Geschehen ohne vorherige konsensuale Aushandlung. Entsprechend beeinträchtigen sexualbezogene Abbildungen einer Person³⁸, das Teilen sexualbezogener Informationen³⁹ und konsequenterweise auch nicht körperliche sexuelle Belästigungen – sprich Catcalling – das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.

Pörner führt gegen eine Strafbarkeit des Catcallings an, dass dies lediglich eine Form der distanz- und respektlosen Annäherung darstelle und Respekt ein klassisches Beispiel für moralisch und sittlich angebrachtes Verhalten und deshalb kein Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit sein könne.⁴⁰ Vor dem Hintergrund des Gewährleistungsgehalts des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung ist dem aus zweierlei Gründen zu widersprechen: Zum einen ist die Gewährleistung sexueller Selbstbestimmung auf gewisse Bedingungen angewiesen, die in der Interaktion mit anderen gerade in der gegenseitigen Achtung und dem gegenseitigem Respekt begründet liegen.⁴¹ Zum an-

²⁶ Urteile zum Transsexuellengesetz werden im Folgenden nicht erwähnt, da Geschlechtsidentität in Anlehnung an *Valentiner* nicht als Teil der sexuellen Selbstbestimmung verstanden wird, zur Begründung vgl. *Valentiner*, S. 194 ff.

²⁷ *BVerfG*, NJW 2009, 3357.

²⁸ *BVerfG*, NJW 2016, 1229.

²⁹ *Pörner*, NStZ 2021, 340 (340).

³⁰ *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (859); *Laubenthal*, Rn. 29; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, Vorb. zu § 174 Rn. 8; *Pörner*, NStZ 2021, 340 (340); *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. zu den §§ 174 ff. Rn. 1b; *Sick/Renzikowski*, in: FS Schroeder, 2006, S. 604; *Botke*, in: FS Otto, 2007, S. 536 f., 540 f., 553 f.

³¹ Ablehnend wohl *Steiner*, Rn. 243, der sich gegen die Ansiedlung im 13. Abschnitt ausspricht, da keine Körperlichkeit gegeben sei; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 183 Rn. 1, der bei Exhibitionismus lediglich die psychische und körperliche Integrität betroffen sieht; *Frommel* in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 183a Rn.1; *Pörner*, NStZ 2021, 340 (340); zustimmend: *Laubenthal*, Rn. 719; *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 183 Rn. 2; *Roxin* (2020), S. 38; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 183a Rn. 1.

³² *Baer*, in: Lohrenscheid (Hrsg.), Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht, 2009, S. 89 (96); *Valentiner*, S. 17.

³³ *Hoven/Rubitzsch/Wiedmer*, KriPoZ 2022, 175 (184); *Valentiner*, S. 369 ff.

³⁴ *Valentiner*, S. 154.

³⁵ *Valentiner*, S. 415.

³⁶ *BVerfGE* 96, 56 (61); 117, 202 (233); 138, 377 (387); 141, 186 (210); *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200; *Valentiner*, S. 399.

³⁷ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. zu den §§ 174 ff. Rn. 1b; *Hoven/Rubitzsch/Wiedmer*, KriPoZ 2022, 175 (184); *Renzikowski*, in: MüKo-StGB, § 183 Rn. 9.

³⁸ BT-Drs. 19/20668, S. 15.

³⁹ *BVerfG*, NJW 1997, 1632 (1633).

⁴⁰ *Pörner*, NStZ 2021, 340 (341).

⁴¹ *Valentiner*, S. 365.

deren meint die Abkehr von Sittlichkeit und Moral Verhalten nicht seiner selbst willen unter Strafe zu stellen, sondern entsprechend dem verfassungsrechtlichen Leitbild konsensualer Sexualitäten nur dann, wenn dieses gegen bzw. ohne den Willen einer anderen Person vorgenommen wird. So wird Geschlechtsverkehr (grundsätzlich) nicht seiner selbst willen unter Strafe gestellt, sondern nur für den Fall, dass er gegen den Willen des Opfers erfolgt.⁴² Ebendies gilt für nicht körperliche sexuelle Belästigungen: Bestraft würde nicht die sittliche Anstößigkeit des Verhaltens, sondern das Nichtvorliegen eines Konsenses und damit die Vornahme ohne bzw. gegen den Willen des Opfers.

2. Implikationen des Gewährleistungsgehalts für eine strafrechtliche Regulierung

Aus dem Gewährleistungsgehalt des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung lassen sich weitere Implikationen für eine strafrechtliche Regulierung ableiten.

Aus dem objektiv-rechtlichen Gewährleistungsgehalt folgt, dass der Staat zwar nicht-konsensuale sexuelle Handlungen mit rechtlichen Mitteln bekämpfen, er aber andererseits konsensuale sexuelle Handlungen zu schützen hat.⁴³ Eine solche Berücksichtigung des Willens des Opfers findet sich in Form des sog. tatbestandsausschließenden Einverständnisses auch bei anderen, die freie Entscheidung des Opfers schützenden Strafnormen, wonach ein Einverständnis des Opfers den objektiven Tatbestand und mithin die Strafbarkeit entfallen lässt. Manche Autor*innen führen diesbezüglich an, dass im Falle eines Catcalls auf offener Straße der entgegenstehende Wille des Opfers noch nicht zu Tage getreten sei und deshalb nicht von einem fehlenden Einverständnis des Opfers ausgegangen werden könne.⁴⁴ Eine solche Sichtweise verkennt, dass der Gesetzgeber grundsätzlich frei darin ist, wie er die sexuelle Selbstbestimmung schützen und das Konsensprinzip umsetzen möchte. Zwar genügt der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht auch durch die mit der Reform des Sexualstrafrechts umgesetzte „Nein-heißt-Nein-Lösung“, allerdings gilt dies nur insofern, als hierdurch ein ausreichender Schutz der sexuellen Selbstbestimmung gewährleistet werden kann.⁴⁵ Ist dies nicht der Fall, kann die Schutzpflicht durchaus eine andere Konkretisierung des Konsensgedankens nahelegen. Dem Catcalling ist in aller Regel immanent, dass ein gewisser Überraschungseffekt ausgenutzt und eine Person wider Erwarten sexuell belästigt wird. Eine ausdrückliche Ablehnung des Opfers vor Vornahme der Tathandlung ist deshalb typischerweise nicht möglich, sodass der Gesetzgeber die sexuelle Selbstbestimmung durchaus effektiv(er) schützen kann, indem er für Fälle nicht körperlicher sexueller Belästigung auf das tatsächliche Einverständnis des Opfers abstellt

(s. ebenso im Falle des § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB).

Weiterhin stellt sich die Frage, inwiefern sich dem Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung Folgerungen für die Berücksichtigung der Opferperspektive entnehmen lassen. So könnte anlässlich einer strafrechtlichen Normierung einerseits auf einen bestimmten Erfolg – das „belästigt fühlen“ einer anderen Person – andererseits auch darauf abgestellt werden, dass eine Handlung vorgenommen wird, die objektiv geeignet ist, eine andere Person sexuell zu belästigen. Staatliche Gewährleistungspflichten ergeben sich nach dem *BVerfG* in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor allem dann, wenn die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit spezifisch gefährdet ist.⁴⁶ Auch *Valentiner* adressiert den Staat als Gewährleistungsverpflichteten insofern, als er diejenigen Entfaltungsbedingungen zu schaffen hat, die zur Unterstützung und Ausbildung sexueller Selbstbestimmungsfähigkeit notwendig sind.⁴⁷ Ginge man davon aus, dass ein Erfolg in Form einer subjektiven Reaktion des Opfers notwendig ist, würde dies bedeuten, dass Personen, die mangels ausgereifter sexueller Entwicklung (bspw. Kinder oder geistig beeinträchtigte Personen), den sexuell belästigenden Charakter einer solchen Äußerung (noch) nicht erkennen können, keinen strafrechtlichen Schutz genießen würden. Versteht man sexuelle Selbstbestimmung als Versprechen der Entfaltung personaler Autonomie und damit der Gewährleistung elementarer Entfaltungsbedingungen, sollten auch und gerade Personen, deren Persönlichkeit und sexuelle Selbstbestimmung noch in der Entwicklung befindlich sind, vor Handlungen geschützt werden, die geeignet sind, die Entfaltung sexueller Selbstbestimmung zu beeinträchtigen.⁴⁸ Außerdem stellte sich – würde allein auf das Empfinden des Opfers abgestellt – das Problem, ob dem*der Täter*in die Belästigung als Taterfolg (objektiv) zuzurechnen ist, sofern sich das Opfer deshalb sexuell belästigt fühlt, weil es aufgrund vorangegangener Erfahrungen besonders sensibel auf nicht körperliche sexuelle Belästigungen reagiert. All dies spricht dafür, hinsichtlich des tatbestandlichen Erfolges nicht auf bestimmte Opfereigenschaften und dessen subjektive Reaktionen abzustellen, sondern einen etwaigen Tatbestand als Eignungsdelikt so zu formulieren, dass eine Handlung vorgenommen wird, die objektiv geeignet ist, eine andere Person sexuell zu belästigen.⁴⁹

III. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Schließlich müsste eine strafrechtliche Sanktionierung des Catcallings geeignet sein, die sexuelle Selbstbestimmung zu schützen.⁵⁰ Eine gesetzgeberische Maßnahme ist geeignet, wenn sie nicht „schlechthin“ ungeeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen, wobei dem Gesetzgeber

⁴² Anders bei § 173 StGB, krit. hierzu Hassemer zu *BVerfG*, NJW 2008, 1137.

⁴³ *Valentiner*, S. 370 f.

⁴⁴ *Pörner*, NStZ 2021, 340 (341).

⁴⁵ *Valentiner*, S. 388.

⁴⁶ *BVerfG*, NVwZ 2018, 877 (878).

⁴⁷ *Valentiner*, S. 365 f.

⁴⁸ Ein vergleichbares Problem stellt sich im Rahmen von § 183, wobei *Ziegler*, in: BeckOK-StGB, 53. Ed. (2022), § 183 Rn. 5; *Laue*, in: Dölling/Duttge/Rössner, StGB, 5. Aufl. (2022), § 183 Rn. 3; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 183 Rn. 4 eine *subjektive Reaktion*; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 183 Rn. 10 ff.; *Heger*, in: Lackner/Kühl, StGB, § 183 Rn. 3 sowohl die *objektive Eignung* als auch eine *subjektive Belästigung* verlangen.

⁴⁹ Deutscher Juristinnenbund, 2021, S. 6.

⁵⁰ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 112.

ein weiter Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zugestanden wird.⁵¹ Unter Berücksichtigung dieses weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes wäre eine das Catcalling unter Strafe stellende Norm, jedenfalls nicht offensichtlich ungeeignet, die sexuelle Selbstbestimmung zu schützen.

Weiterhin müsste eine strafrechtliche Regulierung erforderlich sein. Dies ist der Fall, wenn keine gleich geeigneten, aber mildereren Mittel zur Erreichung des Regelungszwecks zur Verfügung stehen.⁵² Gegen eine Strafbarkeit des Catcallings wird teils die Subsidiarität des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes vorgebracht und als Alternative eine ordnungsrechtliche Regulierung vorgeschlagen.⁵³ Die Ahndung und Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten unterliegt, anders als die Ahndung und Verfolgung von Straftaten, dem Opportunitätsprinzip (§ 47 Abs. 1 S. 1 OWiG). Dies stellt im Gegensatz zum im Strafrecht geltenden Legalitätsprinzip (§ 152 StPO) zwar ein milderes, gegebenenfalls aber auch weniger geeignetes Mittel zur Verfolgung nicht körperlicher sexueller Belästigungen dar.⁵⁴ Hinsichtlich der Frage, inwiefern eine legislatorische Maßnahme mehr oder weniger geeignet ist als eine andere, kommt dem Gesetzgeber – wie bereits auf Ebene der Geeignetheit – eine weite Einschätzungsprärogative zu.⁵⁵ Die Erforderlichkeit wird somit erst verneint, wenn dem Gesetzgeber offensichtlich mildere aber gleich geeignete Mittel zur Verfügung stehen. So wäre er zwar grundsätzlich frei darin, andere, als strafrechtliche Maßnahmen, zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu treffen, entscheidet er sich jedoch für das dem Legalitätsprinzip unterfallende Strafrecht, fällt dies in den Spielraum des ihm eingeräumten Ermessens und eine entsprechende Regelung wäre erforderlich.

IV. Angemessenheit

Zu guter Letzt müsste eine strafrechtliche Regulierung angemessen sein. Dies setzt voraus, dass die durch sie erfolgenden Beeinträchtigungen nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Zweck stehen.⁵⁶

1. Beeinträchtigte Grundrechte durch eine strafrechtliche Sanktionierung

Bei der Sanktionierung nicht körperlicher sexueller Belästigungen ist zunächst zu berücksichtigen, dass hierdurch das demokratiekonstituierende Grundrecht der Meinungsfreiheit⁵⁷ eingeschränkt wird und deshalb eine sorgfältige Abwägung zwischen dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und der Meinungsfreiheit vorzunehmen ist.⁵⁸ Entsprechend ist eine die sexuelle Belästigung unter Strafe stellende Norm im Lichte der Meinungsfreiheit

auszulegen und in ihrer die Meinungsfreiheit einschränkenden Wirkung ihrerseits wiederum einzuschränken (sog. Wechselwirkungslehre), wobei das *BVerfG* von einer Vermutung zugunsten der Meinungsfreiheit ausgeht.⁵⁹ Hieraus folgen zwei weitere wichtige Einschränkungen einer möglichen strafrechtlichen Regulierung: Zunächst sind ambivalente Äußerungen im Sinne der Meinungsfreiheit auszulegen, sodass tatbestandsmäßig nur solche Äußerungen sein können, die einen eindeutigen sexuellen Bezug aufweisen. Andere Äußerungen, die – jedenfalls auch – als Kompliment verstanden werden können (bspw. Äußerungen zum Aussehen), müssen aus dem Tatbestand ausscheiden. Außerdem sind ähnlich wie bei § 185 StGB (Beleidigung) nur diejenigen Äußerungen unter Strafe zu stellen, die keinen Bezug zu einer sachlichen Auseinandersetzung aufweisen, sondern allein die Belästigung einer anderen Person bezwecken.⁶⁰

Darüber hinaus bringen Straftatbestände gegenüber dem durch sie mit Strafe bedrohtem Verhalten ein sozial-ethisches „Unwerturteil“ zum Ausdruck und sind deshalb mit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der allgemeinen Handlungsfreiheit des*der Täter*in verbunden.⁶¹ Strafrechtliche Sanktionen greifen entsprechend intensiv in die Freiheitsgrundrechte der Bürger*innen ein, sodass sie lediglich als ultima ratio – sprich als letztes Mittel des Staates – zur Erreichung bestimmter Ziele in Betracht kommen.⁶²

2. Intensität der Beeinträchtigung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung durch nicht körperliche sexuelle Belästigungen

Auf der anderen Seite würde eine das Catcalling unter Strafe stellende Norm die sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts schützen (s.o.). Das *BVerfG* zieht zur Bestimmung der Eingriffsintensität in das allgemeine Persönlichkeitsrecht verschiedene Sphären der Persönlichkeitsentfaltung mit jeweils unterschiedlichem Schutzniveau heran. Während die Sozialsphäre den geringsten Schutz genießt, sind Eingriffe in die Privatsphäre unter strikter Achtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig. Eingriffe in die Intimsphäre – dem absolut geschützten, unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung – sind dagegen stets unzulässig. Für eine am Gewährleistungsgehalt des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung orientierte Bestimmung der Strafwürdigkeit des Catcallings ist eine solche Herangehensweise nur bedingt geeignet. Denn es geht gerade nicht um Eingriffe des Staates in eine mehr oder weniger geschützte Sphäre der Persönlichkeitsentfaltung, sondern um die Gewährleistung sexueller Selbstbestimmung und die Frage, inwieweit diese Gewährleistung den

⁵¹ Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 122.

⁵² Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 113.

⁵³ Lembke, Regulierungen des Intimen, 2017, S. 288; Deutscher Juristinnenbund, 2021, S. 5 zieht beide Alternativen in Betracht; wohl auch Antonia Quell, die von Bußgeld spricht, vgl. Quell (Fn.1).

⁵⁴ Steiner, ZRP 2021, 241 (243).

⁵⁵ BVerfGE 37, 104 (118); 43, 291 (347); Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Rn. 116.

⁵⁶ Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 154.

⁵⁷ BVerfGE 7, 198 (208); BVerfG, NJW 2020, 2622 (2623); Valerius in: BeckOK-StGB, § 185 Rn. 31.

⁵⁸ BVerfG, NJW 2005, 3274; BVerfG, NJW 2009, 749; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 9.

⁵⁹ BVerfGE 7, 198 (208 f.); BVerfGE 42, 143 (150); Valerius in: BeckOK-StGB, § 193 Rn. 29.

⁶⁰ BVerfGE 82, 272 (284); BVerfG, NJW 2009, 749 (749 f.); 2009, 3016 (3017); 2017, 1460 (1460 f.); 2020, 2622 (2624); 2020, 2631 (2633); 2020, 2636 (2637); Valerius, in: BeckOK-StGB, § 193 Rn. 35; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, § 185 Rn. 9.

⁶¹ BVerfG, NJW 1994, 1577 (1579).

⁶² Renzikowski, in: MüKo-StGB, Einleitung Rn. 5; Rengier, Strafrecht AT, 12. Aufl. (2020), § 3 Rn. 5.

Schutz vor Catcalling-Erfahrungen umfasst.⁶³ Entsprechend wird im Folgenden nach einer am Grundrechtsgelände des allgemeinen Persönlichkeitsrechts orientierten Herangehensweise, die Schutzintensität danach bestimmt, inwieweit die Zugangskontrolle des*der Einzelnen – sprich die Befugnis des*der Einzelnen über sich selbst nach eigenen Maßstäben zu verfügen – durch nicht körperliche sexuelle Belästigungen betroffen ist.⁶⁴ Für eine geringe Beschränkung eben dieser Zugangskontrolle könnte sprechen, dass Betroffenen in aller Regel die Möglichkeit, sich aus der Situation zu entfernen und somit eine gewisse Kontrolle verbleibt. Doch kann eine Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung nicht dadurch gemildert werden, dass *danach* die Möglichkeit besteht, sich aus der entsprechenden Situation zu entfernen.⁶⁵ Vielmehr muss im Zeitpunkt des Übergriffs danach gefragt werden, inwieweit hierdurch dem*der Einzelnen die Verfügungsbefugnis über den Zugang zu sich selbst entzogen wird. Im Falle eines „Catcalls“ wird zwar die Zugangskontrolle des*der Einzelnen dergestalt aufgehoben, dass er*sie ungefragt in ein sexuelles Geschehen hineingezogen wird, allerdings bleibt – anders als bei körperlichen Übergriffen – die Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper bestehen. Die Intensität der Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung ist entsprechend geringer als bei körperlichen sexuellen Belästigungen.

Um die Intensität der Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung weiter zu konkretisieren, werden im Folgenden die Ergebnisse einer Studie des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen e.V. zu Ausmaß und Folgen von Catcalling dargestellt. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass je stärker das Ausmaß und je intensiver die Folgen, desto eher wird man davon ausgehen können, dass Catcalling mit spürbaren Beeinträchtigungen der Zugangskontrolle und mithin der sexuellen Selbstbestimmung verbunden ist.

3. Catcalling-Studie

a) Studienbeschreibung

In der Studie „Catcalling – Ausmaß und Folgen der verbalen sexuellen Belästigung“ wurde eine Online-Befragung durchgeführt, deren Stichprobenauswahl anhand des Schneeballprinzips erfolgte. Entsprechend hatte die Studie nicht den Anspruch, eine repräsentative Befragung der Bevölkerung zu sein, vielmehr sollte sie als explorative Studie einen ersten Zugang zum Forschungsfeld ermöglichen. Die folgenden Auswertungen und Ergebnisse beziehen sich folglich nicht auf die Gesamtbevölkerung, sondern allein auf die befragte Personengruppe.

Nach der Datenbereinigung verblieben 3.908 Fälle in der Analysestichprobe, auf die sich die folgenden Auswertungen beziehen. Das durchschnittliche Alter der befragten Personen lag bei 30,2 Jahre (min. = 16 Jahre, max. = 72 Jahre, SD = 8,72). Die Befragten identifizierten sich zu

85,7 % als weiblich, zu 11,3 % als männlich und zu 3,0 % als divers bzw. sonstiges. Als höchster Bildungsabschluss wurde in 30,3 % das Abitur bzw. die allgemeine oder fachgebundene Hochschulreife, in 23,7 % ein Bachelor-Abschluss und in 26,2 % ein Master-Abschluss bzw. Diplom genannt.⁶⁶

Das Ausmaß von Catcalling wurde mithilfe 18 verschiedener Formen sexueller Belästigungen ohne Körperkontakt abgefragt. Die Befragten sollten auf einer fünf-stufigen Skala („nie“, „selten“, „manchmal“, „oft“ und „ständig“) angeben, wie häufig sie die Formen in den letzten drei Monaten erlebt haben. Ausgehend von den Überlegungen von *Quell* und *Dietrich* wurden diese Formen später in die Kategorien „nonverbales Catcalling“, „unterschwellige sexuelle Kommentare oder Gesten“, „konkrete sexuelle Kommentare“, „sexuelle Beleidigung“, „körpernahes Catcalling“ und „digitales Catcalling“ zusammengefasst.

In diesem Beitrag werden die erhobenen Daten lediglich hinsichtlich der Kategorien „konkrete sexuelle Kommentare“ und „körpernahes Catcalling“ ausgewertet.⁶⁷ Grund hierfür ist, dass entsprechend den obigen Ausführungen die sexuelle Selbstbestimmung ohnehin in denjenigen Fällen zurücktreten muss, in denen die Meinungsfreiheit des*der Äußernden das allgemeine Persönlichkeitsrecht des*der Betroffenen überwiegt. Dies trifft auf die Kategorien „nonverbales Catcalling“ und „unterschwellige sexuelle Kommentare oder Gesten“ zu, denn hier fehlt es an einem eindeutigen sexuellen Bezug. Zwar können derartige Handlungen durchaus als unangebracht und belästigend empfunden werden, doch können sie auch – so missglückt dies auch sein mag – als Kompliment verstanden werden, weshalb die sexuelle Selbstbestimmung angesichts der hochrangigen Bedeutung der Meinungsfreiheit zurücktreten muss. Sexuelle Beleidigungen, die über eine Verletzung des Schamgefühls hinaus auch das Ehrgefühl der Betroffenen beeinträchtigen, sind bereits nach § 185 StGB strafbar, sodass auch diese Kategorie in der nachfolgenden Analyse unberücksichtigt bleibt. Digitale Catcalling-Erfahrungen sind aufgrund der gewählten Definition – nicht körperliche sexuelle Belästigungen im *öffentlichen Raum* – ebenfalls nicht in der Ergebnisdarstellung enthalten.

b) Ergebnisse

Insgesamt haben 75,4 % der Befragten eine Form der Kategorie „konkrete sexuelle Kommentare“ und 72,2 % eine Form der Kategorie „körpernahes Catcalling“ mindestens einmal in den letzten drei Monaten erlebt. 64,7 % der Befragten gaben an, Formen aus beiden Kategorien erfahren zu haben. Abbildung 1 kann entnommen werden, wie sich die Catcalling-Erfahrungen der beiden genannten Kategorien auf die verschiedenen Catcalling-Formen verteilen. Dabei wird die Häufigkeit „selten“, „manchmal“, „oft“

⁶³ Valentiner, S. 231.

⁶⁴ Valentiner, S. 235.

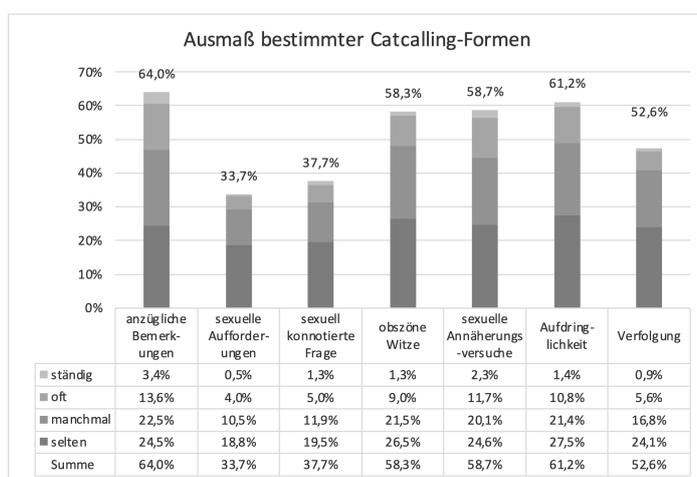
⁶⁵ Hoven/Rubitzsch/Wiedmer, KriPoZ 2022, 175 (184).

⁶⁶ Für eine ausführlichere Beschreibung der Datenerhebung und der Stichprobe siehe *Goede/Lehmann/Ram*, RPsych 2022, 53.

⁶⁷ Ergebnisse zu den anderen gebildeten Kategorien sind bei *Goede/Lehmann/Ram*, RPsych 2022, 53 zu finden.

und „ständig“ sowie die Summe dieser Ausprägungen angegeben. So kann abgelesen werden, wie viel Prozent der Befragten mindestens „selten“ die jeweilige Form erlebt haben. 64,0 % der Befragten waren mindestens einmal in den letzten drei Monaten von anzüglichen Bemerkungen und 33,7 % von sexuellen Aufforderungen betroffen. Eine sexuell konnotierte Frage wurde 37,7 % der Teilnehmenden gestellt und gegenüber 58,3% wurde ein obszöner Witz geäußert. Körpernahe Catcalling-Erfahrungen machten über die Hälfte der Befragten. 58,7 % wurden durch sexuelle Annäherungsversuche belästigt, 61,2 % kam eine Person aufdringlich zu nahe, und 52,6 % hatten das Gefühl oder das Wissen, dass jemand sie aufgrund einer sexuellen Motivation verfolgt.

Abbildung 1: Ausmaß der Catcalling-Formen der Kategorien *Konkrete sexuelle Kommentare* und *Körpernahes Catcalling*; Befragte mussten mindestens „selten“ angegeben haben.



Hinsichtlich der Folgen sollten die Befragten zum einen angeben, inwiefern sie ihre alltägliche Lebensgestaltung aufgrund ihrer Catcalling-Erfahrungen verändert haben, zum anderen inwiefern sie von psychischen Folgen betroffen sind. Auch hier werden nur diejenigen Befragten betrachtet, die zuvor angaben, entweder eine Form der Kategorie „konkrete sexuelle Kommentare“ oder der Kategorie „körpernahes Catcalling“ erlebt zu haben.

Bezüglich der psychischen Folgen (Tabelle 1) gab mehr als die Hälfte der Befragten an, sich nachts allein in der Stadt unwohl zu fühlen (64,5 %) oder ein Gefühl von Unsicherheit an bestimmten Orten zu verspüren (60,3 %). Zudem sind 55,7 % der Teilnehmenden aufgrund ihrer Catcalling-Erfahrung ängstlicher, 50,7 % erlebten ein Gefühl der Bloßstellung und 30,1 % fühlen sich in ihrer Ehre gekränkt.

Tabelle 1: Psychische Folgen bei Betroffenen, Anteil an Befragten (N=2711)

Mögliche psychische Folgen:	weiblich	männlich	divers	Insges.
Unwohlsein, wenn man nachts alleine in der Stadt ist	67,2 %	11,1 %	60,4 %	64,5 %
Gefühl von Unsicherheit an bestimmten Orten	62,4 %	12,0 %	67,0 %	60,4 %
Ängstlicher	57,4 %	16,4 %	60,4 %	55,7 %
Gefühl der Bloßstellung	51,5 %	25,6 %	60,4 %	50,7 %
Kränkung der Ehre	30,7 %	14,5 %	31,9 %	30,1 %

In Tabelle 2 wird der Anteil an weiblichen, männlichen und diversgeschlechtlichen Personen angegeben, bei denen es zu Veränderungen der alltäglichen Lebensgestaltung gekommen ist. Es werden erneut nur Personen betrachtet, die mindestens „selten“ von Formen der Kategorien „konkrete sexuelle Kommentare“ oder „körpernahes Catcalling“ betroffen waren. 45,6 % der weiblichen, 8,5 % der männlichen und 39,6 % der diversgeschlechtlichen Befragten gaben an, aufgrund von Catcalling bestimmte Routen zu umgehen. Bestimmte Orte vermeiden 42,3 % der weiblichen, 12,8 % der männlichen und 45,1 % der diversgeschlechtlichen Befragten. 9,0 % der weiblichen, 2,6 % der männlichen und 14,3 % der diversgeschlechtlichen Teilnehmenden änderten ihren Kleidungsstil.

Tabelle 2. Veränderung der alltäglichen Lebensgestaltung aufgrund von Catcalling, Anteil an Befragten (N=2666)

Mögliche Veränderungen der alltäglichen Lebensgestaltung:	weiblich	männlich	divers	Insges.
Vermeidung bestimmter Routen	45,6 %	8,5 %	39,6 %	43,8 %
Vermeidung bestimmter Orte	42,3 %	12,8 %	45,1 %	41,1 %
Kleidungsstil verändert	9,0 %	2,6 %	14,3 %	8,9 %

Die Ergebnisse zeigen, dass Erfahrungen mit Catcalling unter den befragten Personen weit verbreitet sind. Je drei Viertel aller Befragten haben in den letzten drei Monaten mindestens eine Erfahrung mit konkret sexuellen Kommentaren und/oder körpernahen Formen von Catcalling gemacht. Jedenfalls für die befragte Stichprobe kann damit von einer sehr regelmäßigen und sich häufig wiederholenden Gefährdung der sexuellen Selbstbestimmung gesprochen werden. Diese Gefährdungen der sexuellen Selbstbestimmung führen bei – insbesondere weiblichen und diversgeschlechtlichen – Betroffenen nicht nur zu einem Gefühl von Unsicherheit, Unwohlsein und Ängstlichkeit, auch wirken sie sich durch das Meiden bestimmter Routen und Orte auf das Verhalten der Betroffenen im öffentlichen Raum aus. Da Catcalling-Erfahrungen vor allem weibliche und diversgeschlechtliche Personen von bestimmten öffentlichen Orten fernhalten, wirken Art. 3

Abs. 2 und Abs. 3 GG verstärkend hinsichtlich der Wahrung wesentlicher Bedingungen der Autonomie.⁶⁸ In Anbetracht der Häufigkeit, der psychischen und behavioralen Folgen – auch vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG – wäre eine strafrechtliche Regelung entsprechend angemessen. Die im Vergleich zu körperlichen Übergriffen vergleichsweise geringere Betroffenheit der sexuellen Selbstbestimmung wäre durch das Erfordernis einer *erheblichen* Belästigung auf Tatbestandsseite⁶⁹ und einem Strafraum im unteren Bereich auf Rechtsfolgen-seite zu berücksichtigen.

V. Fazit

Catcalling ist eine weit verbreitete Erscheinung, die insbesondere junge Frauen als alltäglichen Übergriff in ihr sexuelles Selbstbestimmungsrecht hinnehmen müssen. So haben in der befragten Stichprobe 7 von 10 Proband*innen in den letzten drei Monaten konkret sexuelle Kommentare oder körpernahe Formen von Catcalling erlebt. Dabei ist Catcalling nicht allein ein quantitatives Problem, vielmehr führt es zu mannigfaltigen psychischen Folgen und Verhaltensänderungen der Betroffenen. Demnach fühlen sich mehr als die Hälfte der Betroffenen unwohl, wenn sie nachts alleine in der Stadt unterwegs sind, unsicher, wenn sie sich an bestimmten Orten aufhalten, ängstlicher oder bloßgestellt. Daneben änderte fast jede zweite Person aufgrund von Catcalling-Erfahrungen ihre alltägliche Lebensgestaltung, indem sie bestimmte Routen oder

Orte mied; immerhin jede 10. betroffene Person änderte aufgrund von Catcalling-Erfahrungen ihren Kleidungsstil. Zwar handelt es sich bei nicht körperlichen sexuellen Belästigungen um einen im Vergleich zu den übrigen Sexualdelikten eher weniger schwerwiegenden Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht, angesichts der Häufigkeit, der psychischen Folgen und Verhaltensänderungen, sind damit dennoch spürbare Beeinträchtigungen der Zugangskontrolle und damit der sexuellen Selbstbestimmung verbunden.

Catcalling stellt also einen empfindlichen Übergriff in die eigene Sphäre, in das eigene Sicherheitsgefühl und die empfundene Freiheit dar. Hierbei von einer bloßen „Bagatelle“ zu sprechen,⁷⁰ wird der Angst, die solches Verhalten auslösen kann, weder gerecht noch sollte dies – insbesondere von (männlichen) Personen, die von solchen Erfahrungen in aller Regel verschont bleiben – unbedacht geäußert werden. Die Bekämpfung patriarchaler Vorstellungen und Strukturen auf gute Erziehung in der Familie, in der Schule oder in der Jugendsozialarbeit zu verweisen,⁷¹ erscheint vor dem Hintergrund über Jahrtausende gewachsener Vorstellungen über hegemoniale Männlichkeit doch etwas zu kurz gegriffen. Vielmehr ist es gerade Aufgabe des Staates, die tatsächliche Gleichberechtigung von Männern und Frauen zu fördern und patriarchale Strukturen zu überwinden (s. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG). Hierfür kann der Gesetzgeber auch zum Strafrecht greifen.

⁶⁸ Valentiner, S. 384.

⁶⁹ So auch Deutscher Juristinnenbund, 2021, S. 5; Hoven/Rubitzsch/Wiedmer, KriPoZ 2022, 175 (185).

⁷⁰ Pörner, NStZ 2021, 340 (341).

⁷¹ A.a.O.

ENTSCHEIDUNGEN

Deutsche Regelung zur Vorratsdatenspeicherung nicht mit Unionsrecht vereinbar

EuGH, Urt. v. 20.9.2022 – C-793/19 und C-794/19

[...]

- ¹ Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, ABl. 2002, L 201, S. 37) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 (ABl. 2009, L 337, S. 11) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2002/58) im Licht der Art. 6 bis 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) und von Art. 4 Abs. 2 EUV.
- ² Diese Ersuchen ergehen im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten zwischen der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Deutschland), auf der einen Seite und der SpaceNet AG (Rechtssache C-793/19) sowie der Telekom Deutschland GmbH (Rechtssache C-794/19) auf der anderen Seite wegen der den Letztgenannten auferlegten Verpflichtung, Verkehrs- und Standortdaten betreffend die Telekommunikation ihrer Kunden auf Vorrat zu speichern.

[...]

Zur Vorlagefrage

- ⁴⁷ Mit seiner Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 6 bis 8 und 11 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta und des Art. 4 Abs. 2 EUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Rechtsvorschrift entgegensteht, die – von bestimmten Ausnahmen abgesehen – die Betreiber öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste für die in Art. 15 Abs. 1 der genannten Richtlinie aufgeführten Zwecke, insbesondere zur Verfolgung schwerer Straftaten oder zur Abwehr einer konkreten Gefahr für die nationale Sicherheit, zu einer allgemeinen und unterschiedslosen Vorratsspeicherung eines Großteils der Verkehrs- und Standortdaten der Endnutzer dieser Dienste verpflichtet und eine Speicherdauer von mehreren Wochen sowie Regeln vorsieht, die einen wirksamen Schutz der auf Vorrat gespeicherten Daten vor Missbrauchsrisiken sowie vor jedem unberechtigten Zugang gewährleisten sollen.

Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 2002/58

- ⁴⁸ Was das Vorbringen Irlands sowie der französischen, der niederländischen, der polnischen und der schwedischen Regierung anbelangt, die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung falle nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 2002/58, da sie insbesondere zum Schutz der nationalen Sicherheit erlassen worden sei, genügt der Hinweis, dass eine nationale Regelung, die wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste insbesondere zum Schutz der nationalen Sicherheit und zur Bekämpfung der Kriminalität zur Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten verpflichtet, in den Geltungsbereich der Richtlinie 2002/58 fällt (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. 104).

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

Hinweis auf die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Grundsätze

- ⁴⁹ Nach ständiger Rechtsprechung ist bei der Auslegung einer unionsrechtlichen Vorschrift nicht nur ihr Wortlaut zu berücksichtigen, sondern auch ihr Kontext und die Ziele, die mit der Regelung, zu der sie gehört, verfolgt werden, und insbesondere deren Entstehungsgeschichte (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána* u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁵⁰ 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“ (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána* u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 33).
- ⁵¹ 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 S. 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 34).

- ⁵² 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, sowie v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 35).
- ⁵³ 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 die Achtung des Privatlebens bzw. den Schutz personenbezogener Daten garantierenden Art. 7 und 8 der Charta niedergelegten Rechte zu gewährleisten (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 36 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁵⁴ 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 (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. 109, sowie v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 37).
- ⁵⁵ 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.
- ⁵⁶ 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 39).
- ⁵⁷ 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. 52 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁵⁸ 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 41 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁵⁹ Außerdem geht aus Art. 15 Abs. 1 S. 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 Art. 7 und 8 der Charta betreffen, sondern auch die in Art. 11 der Charta gewährleistete Freiheit der Meinungsäußerung, und dass diese Freiheit eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft darstellt, die zu den Werten gehört, auf die sich die Europäische Union nach Art. 2 EUV gründet (vgl. in diesem Sinne Ur. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 42 und 43 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

⁶⁰ 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 oder ob die gespeicherten Daten in der Folge verwendet werden oder nicht (Ur. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁶¹ 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 (Ur. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁶² 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 (Ur. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁶³ In Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58, der es den Mitgliedstaaten gestattet, die in den Rn. 51 bis 54 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 (Ur. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 48 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁶⁴ 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 (Ur. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁶⁵ Angesichts dieser verschiedenen positiven Verpflichtungen müssen die verschiedenen betroffenen berechtigten

Interessen und Rechte somit miteinander in Einklang gebracht werden, und es ist ein rechtlicher Rahmen zu schaffen, der diesen Einklang ermöglicht (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).

- ⁶⁶ 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. 52 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.
- ⁶⁷ 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. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁶⁸ 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. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 53 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁶⁹ 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. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁷⁰ 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 55 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁷¹ 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 Urteil 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 56).
- ⁷² Daher hat der *Gerichtshof*, was den Schutz der nationalen Sicherheit anbelangt, dessen Bedeutung die der übrigen von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 erfassten Ziele übersteigt, festgestellt, dass diese Bestimmung 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 gegenübersteht, sofern diese Anordnung Gegenstand einer wirksamen, zur Prüfung des Vorliegens einer solchen Situation sowie der Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien dienenden Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle sein kann, deren Entscheidung bindend ist, und sofern die Anordnung nur für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber im Fall des Fortbestands der Bedrohung verlängerbaren Zeitraum ergeht (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 58 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁷³ 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 ernster 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. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 59 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁷⁴ Was das Ziel der Bekämpfung schwerer Kriminalität angeht, 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. 62 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 65 und die dort angeführte Rechtsprechung).

⁷⁵ Dagegen hat der Gerichtshof 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 zu-

ständigen 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 (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, sowie v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 67).

Zu einer Maßnahme, die für eine Dauer von mehreren Wochen eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung eines Großteils der Verkehrs- und Standortdaten vorsieht

⁷⁶ Anhand dieser grundsätzlichen Erwägungen sind die vom vorlegenden Gericht hervorgehobenen Merkmale der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung zu prüfen.

⁷⁷ Was erstens den Umfang der auf Vorrat gespeicherten Daten angeht, geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass im Rahmen der Erbringung von Telefondiensten die durch diese Regelung auferlegte Pflicht zur Vorratsspeicherung insbesondere die Daten betrifft, die erforderlich sind, um die Quelle und den Adressaten einer Nachricht, Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Verbindung oder – im Fall der Übermittlung von Kurz-, Multimedia- oder ähnlichen Nachrichten – die Zeitpunkte der Versendung und des Empfangs der Nachricht sowie, im Fall der mobilen Nutzung, die Bezeichnung der Funkzellen, die vom Anrufer und vom Angerufenen bei Beginn der Verbindung genutzt wurden, zu identifizieren. Im Rahmen der Bereitstellung von Internetzugangsdiensten bezieht sich die Pflicht zur Vorratsspeicherung u.a. auf die dem Teilnehmer zugewiesene IP-Adresse, Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Internetnutzung unter der zugewiesenen IP-Adresse und, im Fall der mobilen Nutzung, die Bezeichnung der bei Beginn der Internetverbindung genutzten Funkzelle. Die Daten, aus denen sich die geografische Lage und die Hauptstrahlrichtungen der die jeweilige Funkzelle versorgenden Funkantennen ergeben, werden ebenfalls gespeichert.

⁷⁸ Zwar nimmt die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Regelung den Inhalt der Kommunikation sowie die Daten über aufgerufene Internetseiten von der Speicherpflicht aus und schreibt die Speicherung der Funkzellenkennung lediglich zu Beginn der Kommunikation vor, jedoch ist darauf hinzuweisen, dass dies im Wesentlichen auch für die nationalen Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24 galt, um die es in den Rechtssachen ging, in denen das Urteil v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), ergangen ist. Trotz dieser Beschränkungen hat der *Gerichtshof* in diesem Urteil aber

entschieden, dass die Kategorien der nach der genannten Richtlinie und diesen nationalen Regelungen auf Vorrat gespeicherten Daten sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der betroffenen Personen – 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 – und insbesondere die Erstellung eines Profils dieser Personen ermöglichen konnten.

- ⁷⁹ Darüber hinaus ist festzustellen, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung zwar nicht die Daten über die aufgerufenen Internetseiten erfasst, wohl aber die Speicherung der IP- Adressen vorsieht. Diese Adressen können jedoch insbesondere zur umfassenden Nachverfolgung der von einem Internetnutzer besuchten Internetseiten und infolgedessen seiner Online-Aktivität genutzt werden, so dass diese Daten die Erstellung eines detaillierten Profils dieses Nutzers ermöglichen. Die für eine solche Nachverfolgung erforderliche Vorratsspeicherung und Analyse der IP-Adressen stellen daher schwere Eingriffe in die Grundrechte des Internetnutzers aus den Art. 7 und 8 der Charta dar (vgl. in diesem Sinne 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).
- ⁸⁰ Außerdem stellen, wie SpaceNet in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, die Daten betreffend E-Mail-Dienste, auch wenn sie nicht von der in der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung vorgesehene Pflicht zur Vorratsspeicherung erfasst werden, nur einen Bruchteil der in Rede stehenden Daten dar.
- ⁸¹ Wie der Generalanwalt in Nr. 60 seiner Schlussanträge im Kern ausgeführt hat, erstreckt sich die in der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung vorgesehene Pflicht zur Vorratsspeicherung somit auf einen umfangreichen Satz von Verkehrs- und Standortdaten, der im Wesentlichen denjenigen entspricht, die zu der ständigen Rechtsprechung geführt haben, auf die in Rn. 78 des vorliegenden Urteils hingewiesen worden ist.
- ⁸² Des Weiteren hat die deutsche Regierung in Beantwortung einer in der mündlichen Verhandlung gestellten Frage ausgeführt, dass in der Liste der Personen, Behörden und Organisationen in sozialen oder kirchlichen Bereichen lediglich 1.300 Stellen aufgeführt seien, deren Daten betreffend die elektronische Kommunikation nicht nach § 99 Abs. 2 und § 113b Abs. 6 TKG auf Vorrat gespeichert würden, was offensichtlich einen geringen Teil aller Nutzer von Telekommunikationsdiensten in Deutschland darstellt, deren Daten unter die in der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung vorgesehene Pflicht zur Vorratsspeicherung fallen. So werden u.a. Daten von Nutzern gespeichert, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, wie beispielsweise Rechtsanwälte, Ärzte und Journalisten.
- ⁸³ Aus der Vorlageentscheidung geht somit hervor, dass die in dieser nationalen Regelung vorgesehene Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten nahezu alle die Bevölkerung bildenden Personen betrifft, ohne dass diese sich auch nur mittelbar in einer Lage befänden, die Anlass zur Strafverfolgung geben könnte. Ebenso schreibt sie die anlasslose, flächendeckende und personell, zeitlich und geografisch undifferenzierte Vorratsspeicherung eines Großteils der Verkehrs- und Standortdaten vor, deren Umfang im Wesentlichen dem der Daten entspricht, die in den Rechtssachen gespeichert wurden, die zu der in Rn. 78 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung geführt haben.
- ⁸⁴ In Anbetracht der in Rn. 75 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung kann daher eine Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende entgegen dem Vorbringen der deutschen Regierung nicht als gezielte Vorratsdatenspeicherung angesehen werden.
- ⁸⁵ Zweitens ergibt sich, was die Vorratsspeichungsfrist anbelangt, aus Art. 15 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 2002/58, dass die Vorratsspeichungsfrist, die eine nationale Maßnahme vorsieht, die eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsdatenspeicherung vorschreibt, zwar ein relevanter Faktor unter anderen ist, um zu bestimmen, ob das Unionsrecht einer solchen Maßnahme entgegensteht, wobei der genannte S. 2 verlangt, dass diese Frist „begrenzt“ sein muss.
- ⁸⁶ Im vorliegenden Fall sind diese Fristen, die gemäß § 113b Abs. 1 TKG vier Wochen für Standortdaten und zehn Wochen für sonstige Daten betragen, zwar deutlich kürzer als die Fristen, die in den nationalen Regelungen, die eine Pflicht zur allgemeinen und unterschiedslosen Vorratsspeicherung vorschreiben, vorgesehen sind, die der Gerichtshof in seinen Urteilen v. 21.12.2016, *Tele2 Sverige und Watson u.a.* (C-203/15 und C-698/15, EU:C:2016:970), v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net u.a.* (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), sowie v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána u.a.* (C-140/20, EU:C:2022:258), geprüft hat.
- ⁸⁷ Wie aus der in Rn. 61 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung hervorgeht, ergibt sich die Schwere des Eingriffs jedoch aus der Gefahr, dass die auf Vorrat gespeicherten Daten insbesondere in Anbetracht ihrer Menge und Vielfalt es in ihrer Gesamtheit ermöglichen, sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der Person bzw. der Personen zu ziehen, deren Daten gespeichert wurden, und insbesondere die Erstellung eines Profils der betroffenen Person bzw. der betroffenen Personen ermöglichen, das im Hinblick auf das Recht auf Achtung des Privatlebens eine ebenso sensible Information darstellt wie der Inhalt der Kommunikationen selbst.
- ⁸⁸ Folglich ist die Speicherung von Verkehrs- oder Standortdaten, die Informationen über die Kommunikationen des Nutzers eines elektronischen Kommunikationsmittels oder über den Standort der von ihm verwendeten Endgeräte liefern können, in jedem Fall schwerwiegend, unabhängig von der Länge des Speicherzeitraums und von der Menge oder Art der gespeicherten Daten, sofern der Da-

tensatz geeignet ist, sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der betroffenen Person bzw. der betroffenen Personen zuzulassen (vgl. zum Zugang zu solchen Daten Urte. v. 2.3.2021, Prokuratur [Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation], C-746/18, EU:C:2021:152, Rn. 39).

- ⁸⁹ Insoweit können selbst die Speicherung einer begrenzten Menge von Verkehrs- oder Standortdaten oder die Speicherung dieser Daten über einen kurzen Zeitraum geeignet sein, sehr genaue Informationen über das Privatleben des Nutzers eines elektronischen Kommunikationsmittels zu liefern. Außerdem können die Menge der verfügbaren Daten und die daraus resultierenden sehr genauen Informationen über das Privatleben des Betroffenen erst nach Konsultation der fraglichen Daten beurteilt werden. Der sich aus der Speicherung der genannten Daten ergebende Eingriff erfolgt aber notwendigerweise, bevor die Daten und die daraus resultierenden Informationen konsultiert werden können. Somit erfolgt die Beurteilung der Schwere des in der Speicherung bestehenden Eingriffs notwendigerweise anhand der mit der Kategorie gespeicherter Daten allgemein verbundenen Gefahr für das Privatleben der Betroffenen, ohne dass es überdies darauf ankommt, ob die daraus resultierenden Informationen über das Privatleben im konkreten Fall sensiblen Charakter haben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 2. März 2021, Prokuratur [Voraussetzungen für den Zugang zu Daten über die elektronische Kommunikation], C-746/18, EU:C:2021:152, Rn. 40).
- ⁹⁰ Im vorliegenden Fall kann, wie aus Rn. 77 des vorliegenden Urteils hervorgeht und in der mündlichen Verhandlung bestätigt worden ist, ein Satz von Verkehrs- und Standortdaten, die zehn Wochen bzw. vier Wochen lang gespeichert werden, sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der Personen, deren Daten gespeichert wurden – 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 – und insbesondere die Erstellung eines Profils dieser Personen ermöglichen.
- ⁹¹ Drittens ist in Bezug auf die in der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung vorgesehenen Garantien, die die gespeicherten Daten gegen Missbrauchsrisiken und vor jedem unberechtigten Zugang schützen sollen, festzustellen, dass die Vorratsspeicherung dieser Daten und der Zugang zu ihnen, wie sich aus der in Rn. 60 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 im Bereich des Zugangs zu auf Vorrat gespeicherten Daten aus der Rechtsprechung zur Auslegung der Richtlinie 2002/58 ergeben, naturgemäß den schwerwiegenden Eingriff weder beschränken noch beseitigen können, der sich aus der nach diesen nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen allgemeinen Vorratsspeicherung dieser Daten in die Rechte ergeben würde, die in den Art. 5 und 6 dieser Richtlinie und in den durch diese Vorschriften konkretisierten Grundrechten garantiert werden (Urte. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 47).
- ⁹² Viertens und letztens hat der *Gerichtshof*, was das Vorbringen der Europäischen Kommission anbelangt, wonach besonders schwere Kriminalität einer Bedrohung der nationalen Sicherheit gleichgestellt werden könne, 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 etwa terroristische Aktivitäten (Urte. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 61 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁹³ Im Unterschied zur Kriminalität – auch besonders schwerer Kriminalität – muss eine Bedrohung für die nationale Sicherheit real und aktuell, zumindest aber vorhersehbar sein, was das Eintreten hinreichend konkreter Umstände voraussetzt, um eine Maßnahme allgemeiner und unterschiedsloser Vorratsspeicherung 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 (Urte. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 62 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ⁹⁴ Somit kann Kriminalität – auch besonders schwere Kriminalität – nicht mit einer Bedrohung der nationalen Sicherheit gleichgesetzt werden. Eine solche Gleichstellung könnte nämlich eine Zwischenkategorie zwischen der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Sicherheit einführen, um auf die zweite Kategorie die Voraussetzungen der ersten Kategorie anzuwenden (Urte. v. 5.5.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 63).
- Zu den Maßnahmen, die eine gezielte Vorratsspeicherung, eine umgehende Sicherung oder eine Speicherung der IP-Adressen vorsehen*
- ⁹⁵ Mehrere Regierungen, darunter die französische Regierung, betonen, dass nur eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung die wirksame Verwirklichung der mit den Speicherungsmaßnahmen verfolgten Ziele ermöglichen; die deutsche Regierung führt im Wesentlichen aus, dass diese Schlussfolgerung nicht dadurch entkräftet

werde, dass die Mitgliedstaaten auf die in Rn. 75 des vorliegenden Urteils genannten Maßnahmen der gezielten Vorratsspeicherung und umgehenden Sicherung zurückgreifen könnten.

⁹⁶ Hierzu ist erstens festzustellen, dass die Wirksamkeit der Strafverfolgung im Allgemeinen nicht von einem einzigen Ermittlungsinstrument abhängt, sondern von allen Ermittlungsinstrumenten, über die die zuständigen nationalen Behörden zu diesem Zweck verfügen (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 69).

⁹⁷ Zweitens gestattet 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. 75 des vorliegenden Urteils angeführte Rechtsprechung es den Mitgliedstaaten, 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 70).

⁹⁸ 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 71).

⁹⁹ Die Richtlinie 2002/58 steht aber einer allgemeinen Vorratsspeicherung der die Identität betreffenden Daten für die Zwecke der Bekämpfung der Kriminalität im Allgemeinen nicht entgegen. Unter diesen Umständen ist klarzustellen, 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 gewähren (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 72).

¹⁰⁰ 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. 65 bis 68 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, berichtigt in ABl. 2012, L 18, S. 7) 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 73).

¹⁰¹ Unter diesen Umständen trifft es zwar zu, dass eine Rechtsvorschrift, die eine Vorratsspeicherung der IP-Adressen aller natürlichen Personen vorsieht, denen ein Endgerät gehört, von dem aus ein Internetzugang möglich ist, Personen erfassen würde, die prima facie keinen Zusammenhang mit den verfolgten Zielen im Sinne der in Rn. 70 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung aufweisen, und dass die Internetnutzer nach der Feststellung in Rn. 54 des vorliegenden Urteils aufgrund der Art. 7 und 8 der Charta erwarten dürfen, dass ihre Identität grundsätzlich nicht preisgegeben wird. Gleichwohl verstößt eine Rechtsvorschrift, die eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung allein der IP-Adressen der Quelle einer Verbindung vorsieht, grundsätzlich nicht gegen Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta, sofern diese Möglichkeit von der strikten Einhaltung der materiellen und prozeduralen Voraussetzungen abhängig gemacht wird, die die Nutzung dieser Daten regeln müssen (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. 155).

¹⁰² Angesichts der Schwere des mit dieser Vorratsdatenspeicherung verbundenen Eingriffs in die Grundrechte, die in den Art. 7 und 8 der Charta verankert sind, sind neben dem Schutz der nationalen Sicherheit nur die Bekämpfung schwerer Kriminalität und die Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit geeignet, diesen Eingriff zu rechtfertigen. Außerdem darf die Dauer der Speicherung das im Hinblick auf das verfolgte Ziel absolut Notwendige nicht überschreiten. Schließlich muss eine derartige Maßnahme strenge Voraussetzungen und Garantien hinsichtlich der Auswertung dieser Daten, insbesondere in Form einer Nachverfolgung, in Bezug auf die

Online-Kommunikationen und -Aktivitäten der Betroffenen vorsehen (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. 156).

- ¹⁰³ Entgegen den Ausführungen des vorlegenden Gerichts besteht somit kein Spannungsverhältnis zwischen den Rn. 155 und 168 des Urteils v. 6.10.2020, La Quadrature du Net u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791). Wie der Generalanwalt in den Nrn. 81 und 82 seiner Schlussanträge im Kern ausgeführt hat, geht nämlich aus dieser Rn. 155 in Verbindung mit Rn. 156 und Rn. 168 dieses Urteils klar hervor, dass neben dem Schutz der nationalen Sicherheit nur die Bekämpfung schwerer Kriminalität und die Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit geeignet sind, die allgemeine Vorratsspeicherung der der Quelle einer Verbindung zugewiesenen IP-Adressen zu rechtfertigen, unabhängig davon, ob die betroffenen Personen einen zumindest mittelbaren Zusammenhang mit den verfolgten Zielen aufweisen.
- ¹⁰⁴ Was drittens die Rechtsvorschriften betrifft, die eine gezielte Vorratsspeicherung und eine umgehende Sicherung der Verkehrs- und Standortdaten vorsehen, lassen bestimmte, von den Mitgliedstaaten in Bezug auf solche Maßnahmen dargelegte Erwägungen ein engeres Verständnis der Tragweite dieser Vorschriften erkennen als das, das der in Rn. 75 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung zugrunde liegt. Denn auch wenn diese Maßnahmen der Speicherung, wie in Rn. 57 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 75).
- ¹⁰⁵ 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 76 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ¹⁰⁶ 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 77).
- ¹⁰⁷ Die Mitgliedstaaten haben somit u.a. die Möglichkeit, Maßnahmen zur Speicherung zu ergreifen, die Personen betreffen, die aufgrund einer solchen Einstufung 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 Einstufung aber auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien, die im nationalen Recht festgelegt sind, so ist die gezielte Vorratsspeicherung in Bezug auf so eingestufte Personen gerechtfertigt (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 78).
- ¹⁰⁸ 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 79 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ¹⁰⁹ 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 80).

- ¹¹⁰ 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 81).
- ¹¹¹ 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. 105 bis 110 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, sowie v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 82).
- ¹¹² 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 83).
- ¹¹³ Wie der Generalanwalt in Nr. 50 seiner Schlussanträge 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 84).
- ¹¹⁴ 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 (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 85).
- ¹¹⁵ In einer solchen Situation steht es den Mitgliedstaaten angesichts dessen, dass nach den Ausführungen in den Rn. 65 bis 68 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 (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. 163, sowie v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 86).

- ¹¹⁶ 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 Urteils 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 (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána* u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 87).
- ¹¹⁷ 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. 70 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 (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, sowie v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána* u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 88).
- ¹¹⁸ 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 (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána* u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 89).
- ¹¹⁹ Eine solche umgehende Sicherung kann nach der in Rn. 117 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung des *Gerichtshofs* unter den in dieser Randnummer 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 Urteils 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 (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána* u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 90).
- ¹²⁰ 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 (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána* u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 91).
- ¹²¹ Was des Weiteren die Vielfalt der in Rn. 75 des vorliegenden Urteils genannten Maßnahmen der Vorratsspeicherung der Verkehrs- und Standortdaten betrifft, ist klarzustellen, dass diese verschiedenen Maßnahmen nach der Wahl des nationalen Gesetzgebers und unter Einhaltung der Grenzen des absolut Notwendigen zusammen 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 (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána* u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 92).
- ¹²² Viertens und letztens ist darauf hinzuweisen, dass, wie sich aus dem die ständige Rechtsprechung des *Gerichtshofs* zusammenfassenden Urteil v. 6.10.2020, *La Quadrature du Net* u.a. (C-511/18, C-512/18 und C-520/18, EU:C:2020:791), ergibt, die Verhältnismäßigkeit der nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 getroffenen Maßnahmen die Einhaltung nicht nur der Erfordernisse der Geeignetheit und der Erforderlichkeit verlangt, sondern auch des Erfordernisses, dass diese Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen müssen (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána* u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 93).

- ¹²³ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der *Gerichtshof* in Rn. 51 des Urteils vom 8. April 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 kann 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 (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána u.a.*, C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 94).
- ¹²⁴ Im selben Sinne hat der *Gerichtshof* in Rn. 145 des Urteils 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 der Mitgliedstaaten – die sich, je nach Fall, aus den Art. 3, 4 und 7 der Charta ergeben können und, wie in Rn. 64 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 (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána u.a.*, C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 95).
- ¹²⁵ Im Übrigen sind die Urteile des *EGMR* vom 25.5.2021, *Big Brother Watch u.a./Vereinigtes Königreich* (CE:ECHR:2021:0525JUD005817013), und vom 25. Mai 2021, *Centrum för Rättvisa/Schweden* (CE:ECHR:2021:0525JUD003525208), die von einigen Regierungen in der mündlichen Verhandlung angeführt worden sind, um geltend zu machen, dass die EMRK nationalen Regelungen, die im Wesentlichen eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsähen, nicht entgegenstehe, nicht geeignet, die Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58, die sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, in Frage zu stellen. In diesen Urteilen ging es nämlich um das massenhafte Abfangen von Daten betreffend internationale Kommunikationen. Somit hat der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, in den genannten Urteilen weder über die Vereinbarkeit einer allgemeinen und unterschiedslosen Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten im Inland noch auch nur über ein Abfangen dieser Daten in großem Umfang zur Verhütung, Feststellung und Ermittlung schwerer Straftaten mit der EMRK entschieden. Jedenfalls ist darauf hinzuweisen, dass mit Art. 52 Abs. 3 der Charta die notwendige Kohärenz zwischen den in der Charta enthaltenen Rechten und den entsprechenden durch die EMRK garantierten Rechten gewährleistet werden soll, ohne dass dadurch die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des *Gerichtshofs der Europäischen Union* berührt wird, so dass die entsprechenden Rechte der EMRK bei der Auslegung der Charta nur als Mindestschutzstandard zu berücksichtigen sind (Urt. v. 17.12.2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België u. a.*, C-336/19, EU:C:2020:1031, Rn. 56).
- ¹²⁶ 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 ernststen Bedrohung für die nationale Sicherheit zu begegnen.
- ¹²⁷ 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 (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána u.a.*, C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 97).
- ¹²⁸ Wie der *Gerichtshof* bereits entschieden hat, kann der Zugang zu von Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste 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 dieser Richtlinie 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 (Urt. v. 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána u.a.*, C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 98).
- ¹²⁹ 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 Randnummer sowie in den Rn. 68, 71, 72 und 73 dieses

Urteils hingewiesen worden ist (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 99).

¹³⁰ Außerdem und vor allem dürfen nach der in Rn. 74 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. 71 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. 74 genannte Verbot einer solchen Speicherung zum Zweck der Bekämpfung schwerer Straftaten seine praktische Wirksamkeit verlieren würde (Urt. v. 5.4.2022, Commissioner of An Garda Síochána u.a., C-140/20, EU:C:2022:258, Rn. 100).

¹³¹ Nach alledem ist auf die Vorlagefrage 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 nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die präventiv zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen. Dagegen ist der genannte Art. 15 Abs. 1 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen, dass er nationalen 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 gegenübersteht, sofern diese Anordnung Gegenstand einer wirksamen, zur Prüfung des Vorliegens einer solchen Situation sowie der Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien dienenden Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle sein kann, deren Entscheidung bindend ist, und sofern die Anordnung nur für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber im Fall des Fortbestands der Bedrohung verlängerbaren Zeitraum ergeht;
- zum Schutz der nationalen Sicherheit, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit auf der Grundlage objektiver und nicht diskriminierender Kriterien anhand von Kategorien betroffener Personen oder mittels eines geografischen Kriteriums für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber verlängerbaren Zeitraum eine gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen;

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

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

[...]

Aus diesen Gründen hat der *Gerichtshof (Große Kammer)* für Recht erkannt:

Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 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 v. 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

dahingehend auszulegen, dass

er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die präventiv zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen;

er nationalen 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 gegenübersteht, sofern diese Anordnung Gegenstand einer wirksamen, zur Prüfung des Vorliegens einer solchen Situation sowie der Beachtung der vorzusehenden Bedingungen und Garantien dienenden Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle sein kann, deren Entscheidung bindend ist, und sofern die Anordnung nur für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber im Fall des Fortbestands der Bedrohung verlängerbaren Zeitraum ergeht;
- zum Schutz der nationalen Sicherheit, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit auf der Grundlage objektiver und nicht diskriminierender Kriterien anhand von Kategorien betroffener Personen oder mittels eines geografischen Kriteriums für einen auf das absolut Notwendige begrenzten, aber verlängerbaren Zeitraum eine gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen;
 - zum Schutz der nationalen Sicherheit, zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit für einen auf das absolut Notwendige begrenzten Zeitraum eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der IP-Adressen, die der Quelle einer Verbindung zugewiesen sind, vorsehen;
 - zum Schutz der nationalen Sicherheit, zur Bekämpfung der Kriminalität und zum Schutz der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung der die Identität der Nutzer elektronischer Kommunikationsmittel betreffenden Daten vorsehen;
 - es zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und, *a fortiori*, zum Schutz der nationalen Sicherheit gestatten, den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste mittels einer Entscheidung der zuständigen Behörde, die einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegt, aufzugeben, während eines festgelegten Zeitraums die ihnen zur Verfügung stehenden Verkehrs- und Standortdaten umgehend zu sichern.
- Diese Rechtsvorschriften müssen durch klare und präzise Regeln sicherstellen, dass bei der Speicherung der fraglichen Daten die für sie geltenden materiellen und prozeduralen Voraussetzungen eingehalten werden und dass die Betroffenen über wirksame Garantien zum Schutz vor Missbrauchsrisiken verfügen.

BUCHBESPRECHUNGEN

David Nink: Justiz und Algorithmen. Über die Schwächen menschlicher Entscheidungsfindung und die Möglichkeiten neuer Technologien in der Rechtsprechung

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2021, Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-18106-3, S. 533, Euro 119,90.

Die Frage, ob und wie Künstliche Intelligenz (KI) für die richterliche Entscheidungsfindung nutzbar gemacht werden kann, wird schon seit geraumer Zeit diskutiert. Hierbei geht es weniger um die Konstellation der Ersetzung richterlicher Entscheidungen durch KI, sondern vielmehr um das Nutzbarmachen von Hilfssystemen zur Arbeitserleichterung. KI im Richterstuhl wird dagegen i.d.R. als Schreckensszenario gezeichnet. Insofern ist es verdienstvoll, sich im Rahmen einer Dissertation darauf einzulassen, unter welchen Voraussetzungen richterliche Entscheidungen automatisierbar sind.

Einführend wird insofern der Status quo richterlicher Entscheidungsfindung beleuchtet, so dass schnell klar wird, dass auch der menschliche Entscheider vielen Determinanten ausgesetzt ist und menschliche Entscheidungen – auch die richterlichen – fehleranfällig sind. Interessant und gerade für Juristen kein Basiswissen (was es aber sein sollte), sind die Ausführungen zur Struktur eines Entscheidungsprozesses und dem Zustandekommen menschlicher Entscheidungen. Nicht nur Emotionen wirken sich auf den Entscheidungsprozess aus, auch Denkfehler, Rationalitätsschwächen und andere Einflüsse. Dem Verfasser gelingt es, durch Beispiele und einer Auswahl an Studienergebnissen hier den kritischen Blick zu schulen und sich diese Determinanten im Entscheidungsprozess bewusst zu machen.

Im nächsten Schritt wird dem Diskriminierungspotential richterlicher Entscheidungen nachgespürt und Vorgaben an die richterliche Rechtsfindung beschrieben. Durch die strikte Gesetzesbindung habe der Richter seine Entscheidungen ohne Verstoß gegen das Verfahrensrecht zu treffen, äußerster Rahmen sind die Vorschriften zur Rechtsbeugung sowie die Ausschluss- oder Ablehnungstatbestände in den einzelnen Verfahrensordnungen. Durch die Nutzung anerkannter Auslegungsmethoden und die Notwendigkeit der vollständigen und widerspruchsfreien Entscheidungsbegründung, werde versucht, äußeren Einflüssen entgegenzuwirken und Einzelfallgerechtigkeit anzustreben. Gleichwohl könne, so der Verfasser, die Rechtsordnung Denkfehler weder verbieten noch verhindern.

Demzufolge versucht *Nink*, Strategien gegen Rationalitätsschwächen zu entwickeln. So käme dem Zusammenspiel zwischen Psychologie und Jurisprudenz im Prozess

richterlicher Entscheidungsfindung bislang eine zu geringe Aufmerksamkeit zu. Insofern seien Grundlagen der Rechts- und Entscheidungspsychologie schon im Jurastudium oder Referendariat zu vermitteln. Auch Richterfortbildungen oder „Entscheidungs-Leitfäden“ könnten dazu beitragen, kognitive Verzerrungen einzudämmen.

Der zweite Hauptteil der Arbeit ist sodann den neuen Technologien in der richterlichen Entscheidungsfindung gewidmet. Hier werden auch die Grenzen eines „Smart Judging“ aufgezeigt (S. 139 ff.). Es wird deutlich, dass maschinell getroffene Entscheidungen ebenso fehleranfällig sind wie menschliche Entscheidungen – dass sich die Fehler aber zwangsläufig an anderer Stelle ergeben. Denn die Qualität der Ergebnisse hängt von den Programmierern und insbesondere von der Qualität der Trainings- und Validierungsdaten ab. Eine solche Fehleranfälligkeit führt dann aber im Gegensatz zu Fehlern beim menschlichen Entscheider zu einer ungleich größeren Breitenwirkung. Spezielle Diskriminierungsrisiken, die allen algorithmenbasierten Systemen innewohnen, können Ungleichbehandlungen perpetuieren und festschreiben.

In Betracht käme der Einsatz von KI grundsätzlich dort, wo weder Ermessens- noch Beurteilungsspielräume auszufüllen sind. Anbieten würde sich eine Automatisierung daher in den Bereichen, in denen ein Programm eine große Anzahl gleichgelagerter Fälle nach einem vorgegebenen Muster abarbeiten und der Rechtsanwender die Dateneingabe zweckmäßig organisieren könne.

Zu differenzieren sei zwischen rein regelbasierten Systemen statischer Entscheidungsfindung und datenbasierten, lernenden Systemen. Richterliche Entscheidungen seien qua Natur der Sache keine „Regelfälle“, sondern Einzelfallentscheidungen. Einzelfallgerechtigkeit lasse sich aber nicht automatisch generalisieren. Das, was die Rechtsordnung einem Richter abverlange, könne durch Maschinen nicht geleistet werden. Schon die Verfassung zeige einer automatisierten Rechtsprechung normative Grenzen auf. Richter i.S. des Art. 92 GG sei ein Mensch, so dass die gerichtliche Entscheidung explizit durch natürliche Personen zu treffen sei. Auch das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) sowie der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) setze eine natürliche Person voraus. Letztlich könnten vollständig automatisierte Gerichtsentscheidungen dem Rechtsstaatsprinzip nicht gerecht werden. Zudem verbiete es auch die

Menschenwürde, Personen ausschließlich als Objekte eines algorithmischen Datenverarbeitungsvorgangs zu vermessen und zu quantifizieren. Auch wenn es einen „Richterautomaten“ (S. 357) in absehbarer Zukunft nicht geben könne, sei doch eine andere Frage aufzuwerfen, nämlich die, ob ein neutraler Algorithmus nicht etischer sein könne als die durch Denkfehler verzerrte menschliche Entscheidungsfindung.

Aus Betroffenenansicht könne ein algorithmenbasiertes Entscheidungssystem unter der Voraussetzung einer effektiven Technikkontrolle und der Nachvollziehbarkeit ihres Zustandekommens durchaus faire, gerechte, ethische Entscheidungen treffen. Es bedürfe für den Umgang mit neuen Technologien aber einer klaren Zieldefinition. Dies bspw. dadurch, dass man gerichtliche Entscheidungen rationaler mache. Ein sinnvoller Einsatz von KI sei also nur als Entscheidungshilfe, nicht als Ersatz einer menschlichen Entscheidung denkbar. Aber auch hier gäbe es Grenzen des Einsatzes entscheidungsunterstützender Systeme. Art. 97 Abs. 1 GG fordert, dass die Letztentscheidung beim menschlichen Richter verbleibe und dieser nicht an einen algorithmisch generierten Entscheidungsvorschlag gebunden sei. Der menschliche Richter sollte also selbst darüber entscheiden können, ob er verfügbare informationstechnische Hilfsmittel zu Rate ziehe oder nicht.

Je reflektierter der Umgang des Anwenders mit dem System sei, desto eher verliere die Unterstützung mit KI den Charakter der Automatisierung. Allerdings folge aus dem Grundsatz der Transparenz, dass der Richter die algorithmische Vorgehensweise des Assistenzsystems in ihren Grundzügen verstehen und erklären können müsse. Der Richter müsse sich sowohl der Grenzen des menschlichen Erkenntnishorizonts als auch der von dem Algorithmuseinsatz ausgehenden Gefahren bzw. Grenzen maschineller Entscheidungsfindung bewusst sein.

Auf diesem Fundament zeigt der Verfasser im nächsten Teil seiner Untersuchung Möglichkeiten algorithmenbasierter Entscheidungsunterstützung in der Strafrechtspflege auf (S. 359 ff.). Zunächst wird deutlich gemacht, dass gegen algorithmenbasierte entscheidungsunterstützende Systeme verfassungsrechtlich keine Bedenken bestehen. Neben einem Überblick über Einsatzmöglichkeiten von Entscheidungsunterstützungssystemen wird ein kritischer Blick auf solche Systeme in den USA – insbesondere die Risikobewertungssoftware COMPAS – geworfen.

Im Folgenden werden die Anwendungsszenarien für Deutschland untersucht. Breiter Raum wird der – auch in den Rechtswissenschaften intensiv diskutierten – Frage nach der Automatisierung von Strafzumessungsentscheidungen gewidmet. Der Verfasser hält es weder rechtlich noch technisch für möglich, Entscheidungen über die Höhe einer verhängten Strafe vollständig auf Maschinen zu übertragen. Allerdings sei es möglich, Strafgerichte in der Strafzumessung zu unterstützen, bspw. durch einen algorithmusgenerierten Zumessungsvorschlag.

Auch seien strafrechtliche Prognoseentscheidungen, sofern sie auf objektiven Kriterien basieren, in Teilabschnitten auch algorithmisch abbildbar. Zwar könne inhaltlich durch das algorithmenbasierte System keine Gesamtentscheidung vorgeschlagen werden, jedoch ein Prognosewert. Algorithmisch ermittelte Prognosen könnten idealiter konsistentere und genauere Entscheidungen erlauben. Eine rechtskonforme Ausgestaltung und Nutzung algorithmenbasierter Unterstützungssysteme im Strafverfahren stehe aber unter der Voraussetzung, dass die richterliche Unabhängigkeit unangetastet bleibe. So dürfe es insbesondere keine Bindungswirkung und keine automatische Übernahme der algorithmischen Vorschläge geben. Einer rein faktischen Prädeterminierung der richterlichen Entscheidung und dem Automation Bias sei mit Gegenmaßnahmen und Trainings vorzubeugen (S. 441). Hier wäre natürlich kritisch zu hinterfragen, inwieweit diese Prädeterminierung tatsächlich durch „Gegenmaßnahmen und Trainings“ unterbunden werden kann, hat doch der Verfasser eingangs ausführlich beschrieben, wie determiniert menschliche Entscheidungen sind – und nun kommt eine sehr gewichtige Determinante durch den Entscheidungsvorschlag von KI hinzu.

Anschließend werden andere Anwendungsszenarien zum Einsatz algorithmenbasierter Entscheidungsunterstützung in weiteren justiziellen Legal-Tech-Anwendungen beschrieben. So könnten umfassende Datenbanken gewichtige Entscheidungshilfen liefern. So wird nur ein Bruchteil gerichtlicher Entscheidungen erfasst, insbesondere die untergeordneten bzw. erstinstanzlichen Gerichte publizierten Entscheidungen nur in besonderen Fällen. Eine vollständigere, umfassendere Datenerfassung ermögliche es zum einen, juristische Annahmen intersubjektiv überprüfbar zu machen. Zum anderen könnten sie als Grundlage für entscheidungsunterstützende Systeme dienen.

Des Weiteren könne ein Algorithmus nachträglich eine bereits gefundene richterliche Entscheidung mit vergleichbaren, ähnlich gelagerten Fällen in einer bundesweiten Datenbank abgleichen und so etwa regionale Unterschiede in der Strafzumessungspraxis sichtbar machen. Ein solches System könne retrospektiv das Entscheidungsverhalten des Richters analysieren und eventuelle Verzerrungen aufdecken und aufbereiten. Hierbei handle es sich um ein deskriptives Entscheidungsunterstützungssystem, das die bisherige Rechtsprechung wertungsneutral registriere und katalogisiere.

Resümierend hält der Verfasser fest, dass entscheidungsunterstützende Systeme zwar „kein Allheilmittel“ darstellen, sie könnten aber „ein nützlicher Vitamincocktail sein“, so dass sich der einzelne Richter mancher Fehlerquelle bewusst werde (S. 453). Die Hoffnung sei, dass die Rechtsprechungspraxis künftig konsistenter, gleichmäßiger, effizienter und fairer sein könne. Hierzu müsse aber auch das Bewusstsein der Richter geschärft werden, algorithmisch ermittelte Vorschläge nicht als verbindlich, sondern nur als assistierend anzusehen.

Bei aller Begeisterung darf natürlich auch das Diskriminierungspotential nicht verschwiegen werden (S. 466). Limitierungen durch eine allzu sorglose Anwendung durch den Richter, können hinzukommen und die Gefahr des Einsatzes von KI bei der Entscheidungsunterstützung potenzieren. Sofern *Nink* hier mehrfach auf die Erforderlichkeit hinweist, dem Automation Bias durch Gegenmaßnahmen und Trainings vorzubeugen, so muss genau herausgearbeitet werden, wie diese auszusehen haben.

Der Einsatz algorithmenbasierter Unterstützungssysteme stellt nicht nur hohe Anforderungen an den Richter, sondern auch an die Technik. Hier muss weitere Forschungsarbeit ansetzen, um in rechtlich ethischer Begleitforschung das Fundament für einen nicht nur verfassungskonformen, sondern auch ethisch vertretbaren technischen Rahmen zu setzen.

Zutreffend weist der Verfasser darauf hin, dass die Strafprozessordnung angepasst werden muss, wenn technische Systeme im Strafprozess entscheidungsunterstützend eingesetzt werden (S. 456). Hier müssen weitere Studien de

lege ferenda Vorschläge herleiten, die rechtskonform und unter Abwägung verfassungsrechtlicher Implikationen entscheidungsunterstützende Systeme in die Strafprozessordnung einbetten. Auch das Gerichtsverfassungsgesetz ist anzupassen.

Ausblicken hält *Nink* algorithmenbasierte Entscheidungsunterstützungssysteme in der Justiz für eine Chance, gerichtliche Entscheidungen gleichmäßiger zu machen und die formelle Gleichbehandlung und Rechtssicherheit zu erhöhen (S. 467). Richtig angewandt und eingesetzt, ist das sicher richtig. Allerdings birgt KI auch Diskriminierungsrisiken. Hier ist ein kritischer Blick auf die angewandte Technik angebracht. Wünschenswert sind insoweit interdisziplinäre Teams, die nicht nur die Entscheidungsunterstützungssysteme technisch ordentlich umsetzen, sondern diese auch in einen verfassungskonformen, ethisch vertretbaren Rahmen einbetten. Last but not least ist der Richter als Endentscheider gefordert, sorgsam und in Kenntnis der Limitierungen solcher Unterstützungssysteme eine ausgewogene (menschliche) Entscheidung zu treffen.

Stephan Schindler: Biometrische Videoüberwachung. Zur Zulässigkeit biometrischer Gesichtserkennung in Verbindung mit Videoüberwachung zur Bekämpfung von Straftaten

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2021, Nomos, ISBN: 978-3-8487-7113-4, S. 771, Euro 199,00.

Die Debatte um die Vor- und Nachteile biometrischer Videoüberwachung wird schon seit längerer Zeit geführt, da den Vorteilen bei der Strafverfolgung Nachteile u.a. durch Eingriffe in Grundrechte und datenschutzrechtliche Belange entgegenstehen. In der umfangreichen Dissertation von *Schindler* werden nun ausführlich die rechtlichen und technischen Anforderungen an den polizeilichen Einsatz von Gesichtserkennung in Verbindung mit Videoüberwachung zur Verhinderung und Verfolgung von Straftaten erläutert. Dazu werden nicht nur die verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Anforderungen der deutschen Rechtsordnung, sondern auch europäische und völkerrechtliche Vorgaben in den Blick genommen.

Die Grundlage dieser rechtlichen Überprüfung bildet zunächst die sehr ausführliche Darstellung der technischen Funktionsweisen sowohl der konventionellen Videoüberwachung als auch der biometrischen Gesichtserkennung auf rund 100 Seiten. Zudem werden die Einsatzmöglichkeiten der biometrischen Gesichtserkennung allgemein beschrieben bevor in Kapitel 3 vier konkrete polizeiliche Einsatzszenarien von Gesichtserkennung mit Videoüberwachung vorgestellt werden. Neben der kontinuierlichen Personenfahndung im öffentlichen Raum, wird die anlassbezogene Suche in Lichtbilddatenbanken, die Sichtung und Auswertung von Videoaufzeichnungen sowie der Einsatz von Softbiometrie in den Blick genommen.

Nach dieser technischen und auf den polizeilichen Einsatz orientierten Fundierung wird sich den bestehenden Regelungen im europäischen Recht gewidmet. Auch wenn in der Kapitelüberschrift zu Kapitel 4 Bezug auf das „Regelungsregime im deutschen und europäischen Recht“ genommen wird, wird das deutsche Recht doch – jedenfalls an dieser Stelle – nur gestreift und festgestellt, dass die deutsche Polizei bei ihrer innerstaatlichen Tätigkeit an das deutsche Recht gebunden ist. Diese Erkenntnis ist trivial und hätte zumindest mit dem Hinweis verbunden werden können, dass eine intensive Auseinandersetzung zur rechtlichen Bewertung des Einsatzes biometrischer Gesichtserkennung einem gesonderten Kapitel vorbehalten bleibt.

Dezidiert wird sich dann mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit für den polizeilichen Einsatz von Ge-

sichtserkennung in Verbindung mit der Videoüberwachung die EMRK von Relevanz sein kann. Der Verfasser kommt zu dem Schluss, dass die Konventionsrechte beim polizeilichen Einsatz biometrischer Gesichtserkennung i.V.m. Videoüberwachung immer dann relevant sind, wenn sie den betroffenen Personen einen höheren Schutz als die deutschen Grundrechte bieten. Umgekehrt könne die Konvention nicht als Argument verwendet werden, den durch die Grundrechte vermittelten Schutz abzusenken. Insofern bestehe in der EMRK neben den deutschen Grundrechten eine weitere Ebene des Grundrechtsschutzes, der auch von der Polizei und eben auch beim Einsatz von Gesichtserkennung i.V.m. Videoüberwachung zu berücksichtigen sei.

Sodann prüft *Schindler* anwendbare Vorschriften des Unionsrechts, also neben den einschlägigen Artikeln des AEUV die JI-Richtlinie. Diese sei auf die innerstaatliche Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Polizei anwendbar, so dass ihre Vorgaben in nationales Recht umzusetzen seien. Auch nach Drucklegung der Dissertation hat Deutschland (Stand: April 2022) noch keine Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie in Bezug auf die Tätigkeit der Bundespolizei ergriffen oder mitgeteilt, so dass ein entsprechendes Aufforderungsschreiben der Europäischen Kommission ergangen ist.¹

Würden die Vorgaben der JI-Richtlinie einschließlich der materiellen Mindestvorgaben in deutsches Recht umgesetzt, so sei bei der Umsetzung auch von einer Bindung an die Unionsgrundrechte auszugehen. Falle der polizeiliche Einsatz von Gesichtserkennung i.V.m. Videoüberwachung in den Anwendungsbereich der JI-Richtlinie, liege daher sowohl für die zu erlassenden als auch bereits vorhandenen Regelungen als auch für ihren Vollzug eine Bindung an die Unionsgrundrechte vor. Die nationalen Grundrechte seien neben den Unionsgrundrechten anwendbar, wobei die nationalen Grundrechte strengere Anforderungen stellen könnten, ohne den Vorrang des Unionsrechts zu beeinträchtigen. Daneben bringe die JI-Richtlinie selbst zum Ausdruck, dass die Mitgliedstaaten nicht gehindert seien, zum Schutz betroffener Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten Garantien festzulegen, die strenger sind als die Garantien der Richtlinie.

Aufgrund des ausdifferenzierten Regelungs- und Schutzprogramms in Deutschland und der Europäischen Union träten völkerrechtliche Regelung in den Hintergrund, so

¹ Abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_22_1769 (zuletzt abgerufen am 17.5.2022).

dass der Verfasser auf eine nähere Darstellung verzichtet (S. 273).

Herzstück der Dissertation mit rund 450 Seiten ist dann das Kapitel zur rechtlichen Bewertung des Einsatzes von Gesichtserkennung. Hier wird danach gefragt, inwieweit der polizeiliche Einsatz von Gesichtserkennung i.V.m. Videoüberwachung zur Verhinderung und Verfolgung von Straftaten mit den Freiheits- und Gleichheitsrechten in Einklang gebracht werden kann. Sehr dezidiert und unter Berücksichtigung umfangreicher Literatur wird hier eine fundierte und facettenreiche Abwägung getroffen. Aufgrund der Grundrechtseingriffe sei eine dem Bestimmtheitsgebot und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragende Rechtsgrundlage vonnöten, die in den Polizeigesetzen sowie in der Strafprozessordnung bereits geschaffen worden sei. Allerdings sei damit noch nicht entschieden, ob diese vorhandenen Regelungen auch zur Videoüberwachung und zum automatisierten Datenabgleich herangezogen werden könnten. Unter differenzierter Betrachtung der einzelnen in Kapitel 3 aufgezeigten Einsatzszenarien kommt der Verfasser hier zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Für Szenario 1, d.h. den Einsatz von Gesichtserkennung i.V.m. Videoüberwachung zur kontinuierlichen Personenfahndung im öffentlichen Raume seien die bisherigen Rechtsgrundlagen aufgrund des hohen Eingriffsgewichts nicht ausreichend. Allerdings seien aufgrund der großen verfassungsrechtlichen Bedeutung der Verhinderung und Verfolgung von Straftaten Rechtsgrundlagen möglich, sofern die strengen Anforderungen an die Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit beachtet würden. Ausreichend seien laut Verfasser aber die bestehenden Rechtsgrundlagen, um die Szenarien 2-4 legitimieren zu können, also den Einsatz biometrischer Erkennung zur anlassbezogenen Suche in erkennungsdienstlichen Lichtbilddatenbanken und zur Sicherung von Videoaufzeichnungen. Allerdings seien auch hier spezifische Vorschriften vorzugswürdig. Solange dies nicht geschähe, seien die vorhandenen Vorschriften verfassungskonform anzuwenden und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, damit den verfolgten Zielen keine unangemessenen Eingriffe gegenüberstünden.

Im nächsten Unterabschnitt geht der Verfasser möglichen Ungleichbehandlungen beim Einsatz von Gesichtserkennung und Softbiometrie in Verbindung mit Videoüberwachung nach. Da die einschlägigen Normen in den Polizeigesetzen und in der Strafprozessordnung neutral formuliert seien, sei eine Ungleichbehandlung auf Gesetzes-ebene zwar nicht zu erkennen. Jedoch könne es auf Anwendungsebene zu Ungleichbehandlungen kommen, wenn Personen wegen ihrer Hautfarbe, ihres Geschlechts oder Alters in den Fokus der Videoüberwachung und der biometrischen Auswertung der Aufnahmen geraten. Allerdings sei auch hier angesichts der großen verfassungsrechtlichen Bedeutung der Verhinderung und Verfolgung von Straftaten eine Rechtfertigung nicht von vornherein ausgeschlossen. Ausgeschlossen sein müsse aber die Überwachung bestimmter Personengruppen allein auf-

grund einer vorurteilsbeladenen Motivationslage. Dagegen sei eine spezifische Personenbeschreibung nach Kriterien wie Hautfarbe, Geschlecht und Alter dann möglich, sofern nach tatverdächtigen Personen gesucht werde.

Schließlich legt der Verfasser dar, welche Anforderungen die JI-Richtlinie an den Einsatz von Gesichtserkennung und Softbiometrie in Verbindung mit Videoüberwachung stellt. Insbesondere wird sich hier den Vorgaben des Art. 8 und 10 zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gewidmet. Es wird die Auffassung vertreten, dass die bestehenden deutschen Rechtsgrundlagen den Anforderungen des Art. 8 JI-Richtlinie bereits genügen. Der Einsatz biometrischer Gesichtserkennung falle unter Art. 10 JI-Richtlinie, wobei bei entsprechender Umsetzung in deutsches Recht ein besonderes Gewicht auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall zu legen sei. Die in Umsetzung von Art. 10 JI-Richtlinie geschaffene Vorschrift des § 48 Abs. 1 BDSG sei allerdings derart unbestimmt, dass sie überflüssig sei und hinter den fachgesetzlichen Vorschriften in der Strafprozessordnung und in den Polizeigesetzen zurücktrete. Insofern sei jedenfalls für eingriffsintensivere Maßnahmen zu fordern, dass die Erlaubnis zur Verarbeitung biometrischer Daten in Verbindung mit Bild- oder Videoaufnahmen aus der gesetzlichen Regelung deutlich hervorgeht. Sei ein Einsatz biometrischer Gesichtserkennung zur kontinuierlichen Personenfahndung im öffentlichen Raum gewünscht, so müsse eine entsprechende Regelung erst noch geschaffen werden. Auch seien gem. Art. 10 JI-Richtlinie geeignete Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorzusehen.

Allerdings sei nicht erkennbar, dass durch Art. 8 und 10 JI-Richtlinie höhere Anforderungen an den Einsatz von Gesichtserkennung i.V.m. Videoüberwachung gestellt werden, als dies nach deutschem Verfassungsrecht sowie nach der Grundrechtecharta und der EMRK bereits der Fall ist. Letztlich hält Schindler einen rechtskonformen Einsatz durchaus für möglich – allerdings müsse nicht alles, was rechtlich möglich ist, auch technisch umgesetzt werden. Werde der deutsche Gesetzgeber tätig, so hätte er über die beleuchteten Aspekte hinaus auch den Verordnungsvorschlag zur Regelung Künstlicher Intelligenz – COM(2021) 206 final zu beachten, der in Art. 5 Abs. 1 lit. d ein grundsätzliches Verbot der Verwendung biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme im öffentlich zugänglichen Raum zu Strafverfolgungszwecken vorsieht. Jedoch enthalte das Verbot Ausnahmen.

Die Dissertation überzeugt durch die vielfältigen Perspektiven auf den rechtlich sehr diffizilen Gegenstand biometrischer Videoüberwachung. Knapp 800 Seiten hat dies beansprucht, jedoch wünscht man sich nun einen Ausblick darauf, wie und ob das technisch Mögliche auch rechtlich erlaubt werden sollte. Hier bleibt der Verfasser etwas vage und gibt ausblickend zu erkennen, dass eine Rechtsgrundlage jedenfalls denkbar sei. Wie diese aussehen könnte, bleibt insofern weiteren Arbeiten überlassen, die aber aus der Grundlagenarbeit von *Schindler* reichlich Material schöpfen können.