

# KriPoZ

## Kriminalpolitische Zeitschrift

### KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

### Herausgeber

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

### Schriftleitung

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

### Redaktion (national)

Dr. Alexander Baur  
Prof. Dr. Gunnar Duttge  
Prof. Dr. Sabine Gless  
Prof. Dr. Bernd Hecker  
Prof. Dr. Martin Heger  
Prof. Dr. Bernd Heinrich  
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub  
Prof. Dr. Florian Knauer  
Prof. Dr. Michael Kubiciel  
Prof. Dr. Otto Lagodny  
Prof. Dr. Carsten Momsen  
Prof. Dr. Helmut Satzger  
Prof. Dr. Anja Schiemann  
Prof. Dr. Edward Schramm  
Prof. Dr. Dr. Markus Thiel  
Prof. Dr. Mark Zöller

### Redaktion international

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg  
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida  
Prof. Neha Jain  
Prof. Dr. Doaqian Liu  
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco  
Munoz-Conde  
Prof. Dongyieli Syn PhD  
Prof. Dr. Davi Tangerino  
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai  
Prof. Dr. Merab Turava  
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 398 – 456

- 318** | Die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 192a StGB  
*von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*
- 404** | Wunsch und Wirklichkeit einer sog. „Überwachungsgesamtrechnung“  
*von Dr. Oliver Harry Gerson*
- 420** | (Inter-)Nationale Strafverfolgung in der Cloud?  
*von Christine Untch*
- 428** | Vorschlag zur Einführung eines Vermögenseinziehungsgesetzes  
*von Prof. Dr. Kilian Wegner, Constantin Ladwig, Prof. Dr. Till Zimmermann und Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi*
- 444** | Der EU-Kommissionsvorschlag einer Verordnung für künstliche Intelligenz aus rechts- und kriminalpolitischer Perspektive  
*von Jana Engelhard und Prof. Dr. Anja Schiemann*

### AUSLANDSBEITRÄGE | 457 – 477

- 457** | Die Reichweite der Autonomie zur Lebensbeendigung  
*von Prof. Dr. Kurt Schmoller*
- 466** | Strafbarkeit der Mitwirkung am freiverantwortlich begangenen Suizid?  
*von Univ.-Prof. Dr. iur. Erwin Bernat*

### BUCHBESPRECHUNGEN | 478 – 484

- 478** | *Anna Lohmann: Strafrecht im Zeitalter künstlicher Intelligenz*  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*
- 480** | *Christian Kopetzki/Ulrich H.J. Körtner (Hrsg.): Leichenöffnung für wissenschaftliche Zwecke*  
*von Prof. Dr. Gunnar Duttge*
- 483** | *Jörn Patzak: Konkurrenzverhältnisse beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln*  
*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 192a StGB

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch \*

## Abstract

Volle Zufriedenheit hat der Gesetzgeber mit der Einführung des neuen § 192a StGB in der Gemeinde der Strafrechtler nicht erzeugt. Bezweifelt wird, ob die Strafbarkeitslücken, die die Vorschrift schließen soll, tatsächlich existierten. Auf der anderen Seite wird beanstandet, dass der neue Tatbestand selbst lückenhaft ist. Tatsache ist, dass das sprachliche Erscheinungsbild der Norm nicht zufriedenstellt. Der unausgegorene Gesetzestext wirft zahlreiche Fragen auf, die mit den Mitteln der Auslegung kaum zu beantworten sind. Taten werden strafbar gestellt, deren Strafbarkeit fragwürdig ist. Andererseits öffnen sich Räume der Straflosigkeit für Taten, die in Relation zu den vom Gesetzestext erfassten Fällen nur unter Missachtung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 Abs. 1 GG) von der Strafbarkeit verschont bleiben können.

The legislature has not created complete satisfaction with the introduction of the new § 192a StGB in the community of criminal lawyers. It is doubted whether the criminal liability gaps that the provision is intended to close actually existed. On the other hand, it is objected that the new facts themselves are incomplete. The fact is that the linguistic appearance of the standard is not satisfactory. The half-baked legal text raises numerous questions that can hardly be answered with the means of interpretation. Deeds are made punishable if their criminality is questionable. On the other hand, areas of impunity open up for acts which, in relation to the cases covered by the legal text, can only be spared from criminal liability if the principle of equal treatment (Art. 3 Para. 1 GG) is disregarded.

## I. Einleitung

Wenn die Gesetzgebung eine neue Strafvorschrift erfindet, steht dahinter die Überzeugung, dass das geltende Strafrecht ein Rechtsgut nicht in ausreichendem Maße gegen strafwürdige Angriffe schützt. Um welches Rechtsgut es bei § 192a StGB genau geht, lässt sich nur erraten, weil verschiedene Deutungen möglich sind. Der Standort der Vorschrift im 14. Abschnitt des Besonderen Teils spricht für den Schutz der Ehre.<sup>1</sup> Diesen Zweck betonen auch die

Verfasser des Gesetzestextes.<sup>2</sup> Die zum großen Teil dem § 130 Abs. 1 StGB entnommenen Textbausteine geben aber auch der Mutmaßung eine Grundlage, dass die Rechtsgüter geschützt werden sollen, die durch Volksverhetzung angegriffen werden.<sup>3</sup> Der Vorschrift wird daher eine „Zwitterstellung“ attestiert.<sup>4</sup> Wie auch immer man die relevanten Rechtsgüter definiert, ist jedenfalls der Einwand nicht ganz unbegründet, dass sie im geltenden Strafrecht bereits vor der Einführung des § 192a StGB durch § 185 StGB oder eben durch § 130 StGB hinreichend geschützt wurden. Ob das zutrifft, bedürfte einer gründlichen Analyse dieser Strafnormen, was an dieser Stelle nicht geleistet werden kann. Nur so viel sei hier dazu bemerkt: Der für § 130 StGB erforderliche Öffentlichkeitsbezug, der den nunmehr in § 192a StGB unter Strafdrohung gestellten Taten fehle, lässt sich nicht dadurch herstellen, dass der „Inhalt“ (§ 11 Abs. 3 StGB) von dem Adressaten „einer breiteren Öffentlichkeit bekannt“ gemacht wird oder – was für die „Geeignetheit“ schon ausreichen würde<sup>5</sup> – bekannt gemacht werden könnte.

Die Beispiele, die von Hoven/Witting präsentiert werden um zu zeigen, dass nach dem Gelangenlassen an eine Einzelperson sehr wohl noch eine Störung des „öffentlichen Friedens“ möglich sei und daher die Tat von vornherein eine diesbezügliche Eignung aufweise, bestätigen eher den entgegengesetzten Standpunkt des Gesetzgebers. Denn die in dem Aufsatz angedeuteten Schlussfolgerungen sind strafrechtsdogmatisch unrichtig.<sup>6</sup> Wenn z.B. ein Mitglied des Zentralrats der Juden in Deutschland eine an ihn gerichtete antisemitische Schmähchrift publiziert, damit der Inhalt in der Öffentlichkeit thematisiert werde,<sup>7</sup> ist dem Verfasser bzw. Versender dieser Schrift die bewirkte Friedensstörung nicht objektiv zurechenbar.<sup>8</sup> Anders wäre es nach anerkannten Grundsätzen der Lehre von der objektiven Zurechnung allein, wenn der Akt, mit dem der Empfänger den Inhalt der Öffentlichkeit zugänglich macht, nicht „eigenverantwortlich“ vollzogen würde.<sup>9</sup> Das ist aber nicht der Fall. Wenn der Adressat den Text aus seinem privaten Bereich entlässt, einem unüberschaubaren Personenkreis die Kenntnisnahme ermöglicht und dadurch die Gefahr eskalierender Empörung herbeiführt,

\* Der Verfasser ist emeritierter Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

<sup>1</sup> Ebner/Kulhanek, ZStW 133 (2021), 984 (985); Hoven/Witting, NStZ 2022, 589 (590).

<sup>2</sup> BT-Drs. 19/31115, S. 15. An anderer Stelle der Gesetzesbegründung wird hingegen die Notwendigkeit der Vorschrift damit begründet, dass „das Recht der Betroffenen auf gleichberechtigte Teilnahme am gesellschaftlichen und politischen Leben“ sowie die „Menschenwürde“ dieser Menschen durch die pönalisierten Taten angegriffen werde, a.a.O., S. 14.

<sup>3</sup> Ebner/Kulhanek, ZStW 133 (2021), 984 (985); Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 192a Rn. 2: „Interesse der Allgemeinheit an einem friedlichen Zusammenleben“.

<sup>4</sup> Ebner/Kulhanek, ZStW 133 (2021), 984 (986).

<sup>5</sup> So zutreffend Hoven/Witting, NStZ 2022, 589 (590).

<sup>6</sup> Das gilt auch für die Ausführungen von Nussbaum, KriPoZ 2019, 335 (336).

<sup>7</sup> Beispiel von Hoven/Witting, NStZ 2022, 589 (590).

<sup>8</sup> Instruktiv Frisch, Strafrecht, 2022, § 2 Rn. 115.

<sup>9</sup> Frisch, Strafrecht, § 2 Rn. 120.

ist er allein für diese Folgen verantwortlich. Folglich kann von der durch eine eigenverantwortliche Weiterleitung bewirkten tatsächlichen Störung des öffentlichen Friedens nicht auf die Friedensstörungstauglichkeit der „Erstzusendung“ dieser Schrift (an den Weiterleitenden) zurückgeschlossen werden. Als Vorstufe des Verletzungsdelikts darf auch der Tatbestand eines abstrakten Gefährdungsdelikts nur Gefährdungen pönalisieren, mit denen die Gefahr einer objektiv zurechenbaren Rechtsgutsverletzung begründet werden kann.<sup>10</sup>

Zuzustimmen ist hingegen den kritischen Stellungnahmen, die geltend machen, dass es § 192a StGB nicht zur Lückenschließung bedürfe, weil die einschlägigen Taten bereits von § 185 StGB hinreichend erfasst werden.<sup>11</sup> Das Ergänzungspotential, das die neue Norm im Verhältnis zu dem allgemeinen Beleidigungstatbestand hat, ist gering. Der Unterschied beschränkt sich wohl auf geringfügige Nuancen des Kundgaberefordernisses. Setzt man mit der h.M. für die Vollendung der Beleidigung voraus, dass der Empfänger den ehrverletzenden Sinn des Kundgegebenen versteht<sup>12</sup>, muss dieser natürlich den Inhalt wahrgenommen haben. Dies ist bei § 192a StGB nicht erforderlich. Vollendet ist die Tat mit dem „Gelangenlassen“. Dafür genügt, dass der Inhalt so in dem Wahrnehmungsbereich des Adressaten angekommen ist, dass er von diesem wahrgenommen werden kann. Einer tatsächlichen Kenntnisnahme des Inhalts bedarf es nicht.<sup>13</sup> Der Tatbestand des § 192a StGB bewirkt also eine (geringfügige) Vorverlagerung der Strafbarkeit. Außerdem ist das Sanktionsniveau etwas höher.

## II. Objektiver Tatbestand

### 1. Tauglicher Täter

Die Vorschrift zeichnet das Vergehen als Allgemeindelikt. Täter kann jeder sein. Zwar werden die tatsächlichen Taten, für die sich die Justiz interessiert, in der Regel von Tätern begangen werden, die der betroffenen Gruppe bzw. dem ihr angehörenden Adressaten gegenüber feindlich eingestellt sind. Der Täter wird also meistens nicht selbst der betroffenen Gruppe angehören, da er anderenfalls indirekt sich selbst beleidigen würde. Da der Wortlaut des Gesetzes aber insoweit keine Schranke setzt, bedarf die Frage der Beantwortung, ob die Tat auch von einem Gruppenangehörigen gegen einen anderen derselben Gruppe Angehörenden begangen werden kann. Soweit der Täter anonym bleibt, gibt es keinen Grund ihn aus dem Kreis tauglicher Täter auszuschließen. Problematisch ist der Fall, dass der gruppenzugehörige Täter offen den beleidigenden Inhalt an das andere Gruppenmitglied gelangen lässt. Es ist leicht zu erkennen, dass der vom Täter verfolgte Zweck bzw. seine Motivation zu differenzierenden Bewertungen drängt. Gibt der Täter nur ein selbst empfangenes Schmäh Schreiben an einen Gruppenkollegen weiter, wird dies vielleicht als bloße Information gemeint

sein und der gemeinsamen Beratung dienen, wie man mit der Angelegenheit umgehen, ob man Polizei oder Presse informieren soll. In diesem Fall lässt sich die Strafbarkeit gewiss mit § 193 StGB vermeiden, zumal der Adressat keinen Strafantrag stellen wird. Denkbar ist aber auch, dass der – z. B. homosexuelle – Täter mit dem – ebenfalls homosexuellen – Adressaten einen speziellen persönlichen Konflikt hat, der mit der gemeinsamen Gruppenzugehörigkeit nichts zu tun hat. Dem Täter geht es dann nicht darum, die explizit angesprochenen Gruppenmerkmale und damit die Gruppe als Ganze in den Schmutz zu ziehen, sondern allein dem individuellen Adressaten einen Schmerz zuzufügen, weil dieser durch Beschimpfungen, die sich auf seine Gruppenzugehörigkeit beziehen, besonders empfindlich getroffen werden kann. Hier zeigt sich, dass der neue Straftatbestand eine lückenschließende Funktion nur teilweise entfalten muss, da sich ein solcher Fall wohl ausreichend bei § 185 StGB einordnen lässt.

### 2. Geschützte Gruppen

Das Tatobjekt ist ein Inhalt i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB und auf Grund der Beschreibung in der Vorschrift ein recht komplexes Gebilde. Kern der unrechtsbegründenden Eigenschaft des Inhalts ist seine Eignung zur Beeinträchtigung der Menschenwürde. Begrenzend wirkt dabei die spezifisch gruppenbezogene ehrverletzende Richtung. Nur die Beschimpfung usw. einer der genannten Gruppen oder ihr angehörender Einzelpersonen verleiht dem Inhalt seine tatbestandsmäßige Qualität. Die Auswahl der vulnerablen Gruppen ist plausibel, der Ausschluss anderer Gruppen und Personen überzeugt hingegen nicht. Zusammen mit der Ausgrenzung mündlicher Kundgabeformen (unten 4.) ergibt sich eine beachtliche Quantität gruppenbezogener Ehrverletzungen, für deren Bekämpfung allein das strafrechtliche Instrumentarium vor Einführung des § 192a StGB zur Verfügung steht. Das ist zwar nicht unbedingt eine inakzeptable Lückenhaftigkeit der Bestrafungsmöglichkeiten, jedoch eine unbegründete Ungleichbehandlung. Wieso beispielsweise erfüllt es nicht den Tatbestand des § 192a StGB, wenn Fans eines Fußballvereins den Fans eines gegnerischen Vereins in Aussicht stellen, man werde für sie eine „U-Bahn nach Auschwitz“ bauen?<sup>14</sup> Wäre Adressat einer derart üblen Beschimpfung ein Jude oder Roma, bestünde an der Anwendbarkeit des § 192a StGB kein Zweifel. Selbstverständlich erzeugt die Liebe zu einem bestimmten Fußballverein ein Zusammengehörigkeitsgefühl Gleichgesinnter, die bzw. deren Angehörige – wie die Erfahrung zeigt – Angriffen ausgesetzt sein können, mit denen Ehre und Menschenwürde tangiert werden.

Dass der Katalog geschützter Gruppen in § 192a StGB keinen Anknüpfungspunkt für die Pönalisierung frauenfeindlicher Taten hat, wurde bereits kritisch angemerkt.<sup>15</sup> Letztendlich ist es eine unbeantwortete Frage, wieso der Tatbestand überhaupt dadurch verengt worden ist, dass

<sup>10</sup> Mitsch, KriPoZ 2019, 214 (217).

<sup>11</sup> Hoven/Witting, NStZ 2022, 589 (592); a.A. Nussbaum, KriPoZ 2019, 335 (337).

<sup>12</sup> Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 185 Rn. 7.

<sup>13</sup> Ebner/Kulhanek, ZStW 133 (2021), 984 (996); Hoven/Witting, NStZ 2022, 589 (594); Jansen, GA 2022, 94 (98); Nussbaum, KriPoZ 2019, 335 (340).

<sup>14</sup> Dazu Linke, JR 2019, 17 ff.

<sup>15</sup> Hoven/Witting, NStZ 2022, 589 (594); Nussbaum, KriPoZ 2021, 335 (340).

die menschenwürdeverletzenden Äußerungen einen Gruppenbezug haben müssen. Ist eine das Sanktionsniveau des § 185 StGB übersteigende Sanktionierung nicht schon dann gerechtfertigt, wenn jemand nicht „einfach beleidigt“, sondern in seine Menschenwürde angreifender Weise beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet wird? Und sind nicht auch Eigenbrötler, Außenseiter, Einzelgänger, die keiner gesellschaftlich relevanten Gruppe angehören wollen, sondern in selbstgewählter Isolation leben, der Mehrheitsgesellschaft verächtlich, ein „Dorn im Auge“ und deshalb Anfeindungen ausgesetzt? Gewiss könnte man sagen, dass gerade dieser extreme Individualismus ein gruppenbildender Faktor ist, mag die Gruppe auch nicht sehr groß sein. Jedoch fällt es nicht nur dem Gesetzgeber schwer, dieser Gruppe einen Namen zu geben. Von einer gemeinsamen „Weltanschauung“<sup>16</sup> zu sprechen, dürfte der Heterogenität der einzelnen Personen nicht gerecht werden. Außerdem hat es mit Weltanschauung nichts zu tun, wenn jemand die Nähe anderer Personen meidet und lieber allein sein will. Dass der Gesetzestext auf der anderen Seite zu weit geraten sei, weil als „sexuelle Orientierung“ auch Pädophilie und Sodomie „geschützt“ würden,<sup>17</sup> ist hingegen zu bestreiten. Wenn die Menschenwürde von Personen angegriffen wird, auf die ein solches Gruppenmerkmal zutrifft, ist das nicht weniger strafwürdig als bei Opfern, die einer anderen, moralisch höher stehenden Gruppe zugehörig sind. Zudem kann im Einzelfall § 193 StGB als Korrektiv wirken.

### 3. Tauglicher Adressat

Der tatbestandsmäßige Kundgabeakt muss einen Adressaten haben und erreichen, der Inhalt muss „an eine andere Person“ gelangen. Diese Person muss „einer der vorbestimmten Gruppen“ angehören. Personen, die keiner tatbestandsmäßigen Gruppe angehören, sind keine tauglichen Adressaten.<sup>18</sup> Dem Wortlaut der Vorschrift nach kommt es nicht darauf an, dass der Adressat der Gruppe angehört, auf die sich die verletzende Äußerung bezieht.

Dass eine entsprechende Restriktion gleichwohl geboten ist, zeigt folgendes Beispiel: Moslem T schickt ein Schreiben mit antisemitischem Inhalt an den – wie T weiß – ebenfalls antisemitisch eingestellten Moslem A. Hier fügt die Zugehörigkeit des Adressaten zu einer tatbestandsmäßigen Gruppe dem Ehrverletzungsunrecht zum Nachteil jüdischer Menschen nichts hinzu. Warum der Empfänger überhaupt einer relevanten Gruppe angehören muss, ist ebenfalls nicht erkennbar. Käme noch hinzu, dass T und A miteinander verheiratet sind, müsste evtl. auch noch der strafbarkeitsausschließende Aspekt der „beleidigungsfreien Sphäre“<sup>19</sup> in Rechnung gestellt werden. Der Adressat muss durch den ihm zugesandten Inhalt auch in seiner Ehre verletzt werden können, anderenfalls macht der

Straftatbestand keinen Sinn.<sup>20</sup> Daher muss der Adressat ein Angehöriger der Gruppe sein, die durch den Inhalt angegriffen wird.

Wo genau allerdings die Grenze zwischen verschiedenen Gruppen verläuft, ist in allgemeiner Form nicht festlegbar. Es kommt auf den Einzelfall an. Den christlichen Adressaten kann eine judenfeindliche Schrift eventuell stärker verletzen als ein die eigene Konfession beschimpfender Inhalt. Daher ist die Einbeziehung einer solchen Tat in den Tatbestand gerechtfertigt. Ist hingegen ein Adressat von seinen Glaubensbrüdern und -schwestern enttäuscht und deshalb über die Zusendung eines Textes, in dem seine Religionsgemeinschaft beschimpft wird, hocheifrig, wäre es unverständlich, dass diese Tat nach § 192a StGB strafbar sein soll.

Umgekehrt ist der Tatbestand insofern zu eng gefasst, als alle nicht gruppenzugehörigen Anhänger, Sympathisanten, nahestehenden Personen außerhalb des Kreises tauglicher Adressaten stehen.<sup>21</sup> Der Brief an die konfessionslose Ehefrau, mit dem der christliche, jüdische oder muslimische Ehemann beschimpft wird, erfüllt den Tatbestand nicht. Gewiss verliert die Deliktsbeschreibung noch mehr an Konturierung, wenn auch das Gelangenlassen an Angehörige oder sonst nahestehende Personen (vgl. § 35 Abs. 1 S. 1 StGB) einbezogen wird. Aber das ist bei dieser Strafvorschrift, die zum Maßstab für die Beurteilung des konkreten Falles ohnehin erst durch eine subjektive wertende Einschätzung des Rechtsanwenders wird, hinnehmbar. Wenn schon der Richter definieren muss, was „Menschenwürde“ ist, kann man ihm auch überlassen zu bestimmen, ob der Adressat des konkreten Falles eine „nahestehende“ Person ist oder nicht.

### 4. Gelangen lassen

Tatbestandsmäßige Handlung ist das „Gelangenlassen“. Obwohl diese Wortwahl an ein Unterlassungsdelikt denken lässt, ist die Erfüllung des Tatbestandes nicht auf Unterlassungen beschränkt. Im Gegenteil: Die Verhaltensbeschreibung ist ambivalent und umfasst aktives Tun und Unterlassen gleichermaßen.<sup>22</sup> Es wäre völlig unverständlich, wenn die aktive Verbringung des Inhalts in den Verfügungsbereich des Adressaten nicht tatbestandsmäßig wäre. Man wird sogar behaupten können, dass die typische tatbestandsmäßige Tat durch aktive Verbringung des Inhaltsträgers in den Zugriffsbereich des Adressaten begangen wird.

Zu fragen ist vielmehr, ob und unter welchen Voraussetzungen auch die Nichtverhinderung des Zugangs beim Adressaten tatbestandsmäßig sein kann. Um ein echtes Unterlassungsdelikt kann es sich nicht handeln, da ande-

<sup>16</sup> Zur Unbestimmtheit dieses Merkmal treffend *Ebner/Kulhanek*, ZStW 133 (2021), 984 (989).

<sup>17</sup> So *Hoven/Witting*, NStZ 2022, 589 (594); ohne Wertung die Weite des Wortlautes feststellend *Ebner/Kulhanek*, ZStW 133 (2021), 984 (991).

<sup>18</sup> *Ebner/Kulhanek*, ZStW 133 (2021), 984 (997).

<sup>19</sup> *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), vor § 185 Rn. 9 ff.

<sup>20</sup> *Hoven/Witting*, NStZ 2022, 589 (594).

<sup>21</sup> Ebenso *Hoven/Witting*, NStZ 2022, 589 (594) in Bezug auf Personen, „die sich für die vulnerablen Gruppen einsetzen oder mittelbar betroffen sind“.

<sup>22</sup> Allgemein dazu *Mitsch*, Strafrecht in der Examensklausur, 2022, § 2 Rn. 140.

renfalls jeder, der die Möglichkeit der Zugangsunterbindung nicht nutzt, strafbar wäre. Denn § 192a StGB sieht keine Eingrenzung des Täterkreises vor, dieser ergäbe sich erst aus § 13 Abs. 1 StGB. Sehen Vater und Nachbar untätig zu, wie der minderjährige Sohn eine antisemitische Schmähchrift in den Briefkasten einer jüdischen Familie wirft, kann allein dem Vater des Knaben ein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden.<sup>23</sup> Rein faktisch hat zwar auch der Nachbar das Papier an die Adressaten „gelangen“ gelassen. Mangels Garantenpflicht kann dieses Unterlassen aber nicht dieselbe strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen wie der aktive Einwurf in den Briefkasten. Der Gesetzestext zeichnet also das Bild eines Begehungsdelikts, dessen Tatbestand durch Unterlassen nur unter den Voraussetzungen eines unechten Unterlassungsdelikts erfüllt werden kann.<sup>24</sup> Der Unterlassungstäter muss somit eine Garantenstellung haben, § 13 Abs. 1 StGB.

Da die Wortwahl „gelangen lässt“ von § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB inspiriert wurde und dort in den Nummern 1 und 2 mit „zugänglich macht“ offenbar ein Modus der Konfrontation mit dem Inhalt bezeichnet wird, der mit „gelangen lässt“ nicht identisch ist, fallen auch aus § 192a StGB Vorgänge heraus, die als „Zugänglichmachen“ zu charakterisieren sind.<sup>25</sup> Vereinfacht ausgedrückt kommt beim „Gelangenslassen“ der Inhalt zum Adressaten, während die Zugänglichmachung für die umgekehrte Annäherung bestimmt ist: der Rezipient kommt zum Inhalt. Den Tatbestand des § 192a StGB erfüllt somit nicht, wer einen Juden mit Gewalt, Drohung oder Täuschung dazu bringt, einen Raum zu betreten, dessen Wände mit antisemitischen Postern tapeziert sind.<sup>26</sup> Man denke an die erst vor Kurzem zu Ende gegangene „documenta 15“ in Kassel. Dass eine solche Tat nicht den Tatbestand des § 192a StGB erfüllt, wohl aber das Anbringen der Poster an den Wänden in dem Haus, das von dem jüdischen Bürger bewohnt wird, leuchtet nicht ein.

In der Literatur wurde schon beanstandet, dass auf Grund der Verweisung auf § 11 Abs. 3 StGB die schlichte mündliche Kundgabe nicht tatbestandsmäßig ist.<sup>27</sup> Ein sachlicher Grund für diese Grenzziehung ist nicht erkennbar. Taten, wie jene, die 1999 Gegenstand der berühmten Entscheidung des *Berliner Kammergerichts* gewesen sind,<sup>28</sup> dürften aber die Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 StGB

in Verbindung mit dem Merkmal „gelangen lässt“ erfüllen. Fangesänge<sup>29</sup> im Fußballstadion sind zwar gegenüber den dort anwesenden Angehörigen geschützter und betroffener Gruppen nicht nach § 192a StGB (wohl aber nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB) tatbestandsmäßig, werden es aber, wenn sie via Fernsehübertragung die Ohren von im Wohnzimmer die Sendung verfolgenden Zuschauern erreichen. Da das Tatbestandsmerkmal „gelangen lässt“ eine Erfolgskomponente hat<sup>30</sup>, unterfallen Distanzdelikte mit einem ausländischen Handlungsort und einem inländischen Empfängerort gemäß § 9 Abs. 1 Var. 3 StGB i.V.m. § 3 StGB dem deutschen Strafrecht.

Die Tat ist kein eigenhändiges Delikt und kein Sonderdelikt.<sup>31</sup> Tatbestandserfüllung in mittelbarer Täterschaft ist möglich. „Werkzeug“ kann gewiss auch der Adressat selbst sein, der von dem Täter durch Täuschung dazu gebracht wird, sich die Schrift mit dem tatbestandsmäßigen Inhalt selbst zu verschaffen. Auch ist anders als bei § 185 StGB eine Identifizierung des Täters mit dem Inhalt, ein „Zueigenmachen“ bei fremder Urheberschaft, keine Bedingung täterschaftlicher Tatbestandserfüllung.<sup>32</sup> Der „Bote“, der in Kenntnis des Inhalts diesen lediglich in den Empfangsbereich bringt, ist Täter, selbst wenn er die beleidigenden Äußerungen ablehnt.<sup>33</sup> Ob deshalb der Verfasser des Inhalts in die Rolle des Anstifters rückt, ist fraglich. Die Rechtsprechung würde wahrscheinlich nicht zögern, den „geistigen Vater“ als Mittäter desjenigen zu qualifizieren, dessen Mitwirkung sich auf den physischen Überbringungsakt beschränkt.

### 5. Ohne Aufforderung

Die Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist ausgeschlossen, wenn der Täter zu seiner Handlung, durch die er den Inhalt an den Adressaten „gelangen“ ließ, von diesem zuvor aufgefordert worden war.<sup>34</sup> Diese Tatbestandseinschränkung ist überflüssig und verwirrend. Überflüssig ist sie, weil der angestrebte unrechtsausschließende Effekt besser durch den Rechtfertigungsgrund Einwilligung erreicht wird.<sup>35</sup> Kein vernünftiger Mensch käme auf die Idee, in den Text der Strafvorschrift über die Körperverletzung (§ 223 StGB) oder die Sachbeschädigung (§ 303 StGB) die Worte „ohne aufgefordert worden zu sein“ zu schreiben. Also braucht man diese Worte in § 192a StGB auch nicht. Verwirrend ist diese explizite Tatbestandseinschränkung, weil zu befürchten ist, dass – wie bei § 216

<sup>23</sup> Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rn. 52.

<sup>24</sup> Fischer, StGB, § 192a Rn. 6.

<sup>25</sup> Anders offenbar die Akteure des Gesetzgebungsverfahrens, die zwar einerseits die Herkunft aus § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB hervorheben, andererseits aber die in unmittelbarer Nähe befindlichen Texte in § 184 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB nicht in den Blick nehmen. In BT-Drs. 19/31115, S. 15 wird Gelangenslassen ohne Erläuterung mit „Zusenden, Anbieten, Überlassen, Zugänglichmachen“ identifiziert. Auch die Autoren aus der Wissenschaft, die uns die Tatbestandsmerkmale erklären, gehen darauf nicht ein, vgl. Hoven/Witting, NSStZ 2022, 589 (594); Nussbaum, KriPoZ 2021, 335 (340).

<sup>26</sup> Nach den Verfassern der Gesetzesbegründung muss der Inhalt in den „Verfügungsbereich eines anderen überführt“ werden und dieser andere müsse „Gewahrsam an dem Inhalt“ erlangen, BT-Drs. 19/31115, S. 15. Danach ist der Tatbestand z.B. nicht erfüllt, wenn der Täter auf dem Balkon seiner Wohnung stehend ein nur von seinem jüdischen Nachbarn wahrnehmbares Poster mit antisemitischen Parolen hochhält.

<sup>27</sup> Ebner/Kulhanek, ZStW 133 (2021), 984 (988); Hoven/Witting, NSStZ 2022, 589 (593); Jansen, GA 2022, 94 (105).

<sup>28</sup> KG Berlin, NJW 1999, 3500 ff.

<sup>29</sup> Ebenso die im Fanblock hochgehaltenen Transparente mit Texten und Karikaturen.

<sup>30</sup> Fischer, StGB, § 192a Rn. 6.

<sup>31</sup> Ebner/Kulhanek, ZStW 133 (2021), 984 (996).

<sup>32</sup> Ebner/Kulhanek, ZStW 133 (2021), 984 (988); Nussbaum, KriPoZ 2021, 335 (340).

<sup>33</sup> Anders im Bereich des § 185 StGB, vgl. Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, § 185 Rn. 17.

<sup>34</sup> Fischer, StGB, § 192a Rn. 7.

<sup>35</sup> Lediglich deklaratorischen Charakter schreiben der Aufforderungsklausel Ebner/Kulhanek, ZStW 133 (2021), 984 (997) zu.

StGB – aus der Existenz dieses Merkmals auf die Unbeachtlichkeit der Einwilligung geschlossen wird. Klar ist, dass die Anforderungen an eine „Aufforderung“ höher sind als an eine „schlichte“ Einwilligung. Auch das ist vom Verhältnis zwischen „Verlangen“ i.S.d. § 216 StGB und Einwilligung her bekannt, mögen die Unterschiede auch gering sein.<sup>36</sup> Die Überlegung ist daher naheliegend, dass der Gesetzgeber mit der Einfügung eines solchen speziellen Merkmals zum Ausdruck bringen will, dass die „allgemeine“ Einwilligung hier nicht ausreicht, um das Unrecht der Tat auszuschließen.<sup>37</sup> Allerdings würde damit den Gesetzesverfassern ein Reflexionsniveau unterstellt werden, von dem man in den Beratungen entfernt gewesen sein dürfte.

Dogmatisch nicht einzuordnen sind die Worte, mit denen in der Bundestagsdrucksache dem interessierten Leser mitgeteilt wird, was den Diskutanten durch die Köpfe ging:

*„Durch § 192a StGB-E soll nur das Gelangenlassen oder Zuleiten von Inhalten an Personen, die dieses nicht wollen, unter Strafe gestellt werden. Zur Berücksichtigung dieses Abwehrrechts ist es erforderlich, Handlungen, die auf ausdrücklichen Wunsch der betroffenen Person oder mit deren erkennbarem Willen<sup>38</sup> erfolgen, aus dem Tatbestand auszuschließen. Hierzu dient die Formulierung ‘ohne hierzu aufgefordert zu sein’, die bereits in § 184 Abs. 1 Nummer 6 StGB Verwendung findet.“<sup>39</sup>*

Ein „Abwehrrecht“ des Rechtsgutsinhabers ist eine neuartige dogmatische Kategorie, mit der man allenfalls den Rechtfertigungsgrund Notwehr assoziieren kann.

Unreflektierte Bemerkungen in der Literatur, wonach eine „mutmaßliche Aufforderung“ nicht ausreiche, zeigen, dass die hier geäußerte Befürchtung nicht ganz unbegründet ist.<sup>40</sup> Wenn damit – ohne dies exakt zu benennen – die Möglichkeit einer rechtfertigenden mutmaßlichen Einwilligung bestritten werden soll,<sup>41</sup> ist zu vermuten, dass die Autorin auch einer tatsächlichen Einwilligung keine unrechtausschließende Wirkung zubilligen würde. Für diese Strafrechtsverschärfung gibt es aber keinen Grund. Quittiert ein gruppenangehöriger Adressat den Empfang der ihm unaufgefordert zugeschickten Schmähschrift explizit oder konkludent mit freudiger Zustimmung, ist nicht zu sehen, warum die Zusendung gleichwohl und nur deshalb strafbar sein soll, weil ihr keine Aufforderung vorausgegangen ist. Das durch § 192 a StGB geschützte Rechtsgut ist – wenn wir es „Ehre“ nennen (s.o. I.) – ein

Individualgut, über dessen rechtlichen Schutz sein Inhaber verfügen kann. Er kann diesen Schutz daher durch eine Einwilligung in die Tat preisgeben.<sup>42</sup> Ausreichend ist nach den allgemeinen Regeln<sup>43</sup> auch eine mutmaßliche Einwilligung. Die Rechtfertigungsgründe Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung erfüllen die Aufgabe auch deshalb besser, weil es zu ihnen einen Bestand an Regeln über die Wirksamkeit gibt, was z.B. bei Minderjährigkeit des Adressaten oder Willensmängeln bedeutsam sein kann.

Zu dem neuartigen Merkmal „ohne von dieser Person aufgefordert zu sein“ gibt es zur Zeit nicht einmal eine dogmatisch fundierte Kommentierung, geschweige denn ein Bewusstsein von den Detailproblemen, die zumindest theoretisch möglich sind.<sup>44</sup> Was ist z. B. mit einer Aufforderung, die auf einem Irrtum oder einer Zwangslage beruht? Zwar könnte man dem Merkmal einfach die Dogmatik der Einwilligung überstülpen, was in der Sache wohl auch richtig wäre. Jedoch wird dadurch die Verfehltheit dieser Gesetzesfassung nur bestätigt. Vernünftiger ist allein die Streichung des negativen Tatbestandsmerkmals.

Dass die rechtfertigende Einwilligung sogar neben der Aufforderung benötigt wird, lässt sich an vielen Beispielen demonstrieren. War nämlich die Aufforderung – z.B. wegen eines beachtlichen Irrtums – unwirksam, kann das Unrecht immer noch durch eine anschließende wirksame Einwilligung ausgeschlossen werden. Die Tat ist zwar tatbestandsmäßig, weil es an einer die Tatbestandsmäßigkeit ausschließenden Aufforderung fehlt. Die Tat ist aber wegen Einwilligung gerechtfertigt. So allein ist es richtig, gleich ob der Gesetzgeber das gewollt hat oder nicht. Allein lässt das Gesetz den Anwender in dem Fall einer vom Adressaten vor der Tat widerrufenen Aufforderung. Erfährt der Täter von dem Widerruf nichts oder ignoriert er ihn einfach, hat er dann tatbestandsmäßig gehandelt oder nicht? Bleibt es bei dem Widerruf, ist die Tat jedenfalls nicht von einer rechtfertigenden Einwilligung gedeckt und deshalb rechtswidrig. Genau umgekehrt ist es bei einem „Widerruf des Widerrufs“: Tut man sich schwer, dem Täter zu attestieren, dass er zu seiner Tat tatbestandsausschließend aufgefordert worden ist, hilft ihm dennoch die Feststellung, dass der Empfänger im Zeitpunkt des Tatvollzugs mit diesem einverstanden war, er also rechtfertigend eingewilligt hat. Für die Verneinung einer Strafbarkeit sollte das genügen. Auf die Hilferwägung, dass keinen Strafantrag stellen wird, wer mit der Tat einverstanden war, kann verzichtet werden.

<sup>36</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 216 Rn. 12.

<sup>37</sup> Zur Einwilligung bei § 212 StGB vgl. *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 212 Rn. 90: „Rechtfertigende Einwilligung kommt – wie die ‘Einwilligungssperre’ des § 216 verdeutlicht – nicht in Betracht“.

<sup>38</sup> Das wäre nichts anderes als eine Einwilligung.

<sup>39</sup> BT-Drs. 19/31115, S. 15.

<sup>40</sup> *Jansen*, GA 2022, 94 (102).

<sup>41</sup> In der Gesetzesbegründung wird der „vermuteten Einwilligung“ die Beachtlichkeit abgesprochen, BT-Drs. 19/31115, S. 16. Andererseits teilt der Text auch mit, dass Handlungen nicht strafbar sein sollen, die „mit deren erkennbarem Willen“ erfolgen, BT-Drs. 19/31115, S. 15. Eine rechtfertigende Einwilligung soll also offenbar doch möglich sein.

<sup>42</sup> *Regge/Pegel*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 46.

<sup>43</sup> *Rönnau*, in: LK-StGB, Bd. 3, 13. Aufl. (2019), vor § 32 Rn. 214 ff.

<sup>44</sup> Merkwürdig die Behandlung bei *Nussbaum*, KriPoZ 2021, 335 (340), der in seinem Text unter der Überschrift „Gelangenlassen ohne Aufforderung“ mit keinem Wort auf dieses negative Tatbestandsmerkmal eingeht. Ebenfalls keine Bemerkungen dazu bei *Hoven/Witting*, NStZ 2022, 589 ff.

### III. Subjektiver Tatbestand und Rechtswidrigkeit

#### 1. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand setzt Vorsatz voraus, § 15 StGB, wobei *dolus eventualis* genügt.<sup>45</sup> Da sich der Vorsatz natürlich auf alle zum objektiven Tatbestand gehörenden Umstände beziehen muss, ist auch das negative Tatbestandsmerkmal „ohne von dieser Person aufgefordert zu sein“ Vorsatzgegenstand. Dass das StGB darauf nicht eingestellt ist, zeigt die Fassung des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, die zu Fehlvorstellungen bezüglich Tatsachen, deren Fehlen das Unrecht mitbegründet, nicht passt. Wenn der Tatbestandsirrtum die Unkenntnis vom Fehlen einer Aufforderung ist, dann ist seine Umkehrung – der Vorsatz – die Kenntnis vom Fehlen der Aufforderung.<sup>46</sup>

Eine „Kenntnis des Nichts“ ist nicht nur eine eigenartige Bewusstseinsform, sondern auch eine zu hohe Anforderung an den Vorsatz bezüglich dieser Strafbarkeitsvoraussetzung. Der Täter, der sich überhaupt keine Gedanken über Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Aufforderung macht, hätte keinen Vorsatz und bliebe straflos. Ausreichend aber ist bzw. muss sein, dass der Täter nicht die positive Fehlvorstellung hat, eine beachtliche Aufforderung liege vor. Das wäre ein Tatbestandsirrtum, i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.

Die im Text des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB abgebildete doppelte Negation, das Nichtkennen des Nichtvorliegens, muss gewendet werden in die positive (Fehl-)Vorstellung des Vorliegens von etwas, dessen tatsächliches Vorliegen die Tatbestandsmäßigkeit ausschließen würde. Der Text des § 16 Abs. 1 S. 1 StGB verhält sich zu dem Tatbestandsirrtum bezüglich der fehlenden Aufforderung genauso umständlich wie zu der irrigen Vorstellung des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes. Der Erlaubnistatbestandsirrtum wird von uns auch nicht als Unkenntnis des Nichtvorliegens von Rechtfertigungsgründen beschrieben. Auch aus diesem Grund<sup>47</sup> ist § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auf den Erlaubnistatbestandsirrtum nicht direkt anwendbar.

Auf der subjektiven Tatbestandsebene des § 192a StGB bestätigt sich somit, dass die Konstruktion des negativen Merkmals im objektiven Tatbestand unnötig und irritierend ist. Worum es in der Sache allein geht, ist die Rechtfertigung der Tat auf Grund einer Zustimmung des Adressaten, die nicht den Charakter einer „Aufforderung“ haben muss. Das ist – wie oben bereits ausgeführt – nichts ande-

res als der Rechtfertigungsgrund Einwilligung. Dabei kann man es belassen.

Für die Strafbarkeit wegen einer Vorsatztat ist es selbstverständlich keine Voraussetzung, dass der Täter sich während des Tatvollzugs vorstellt, dass die Voraussetzungen von Notwehr, Notstand, Einwilligung usw. nicht vorliegen.<sup>48</sup> Ausreichend ist, dass er sich das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nicht vorstellt. Bei § 192a StGB ist ausreichend, dass der Täter sich eine Aufforderung nicht vorstellt.

#### 2. Rechtswidrigkeit

Gerechtfertigt ist die Tat, wenn sie der Wahrnehmung berechtigter Interessen dient, § 193 StGB. Auf diese Weise kann beispielsweise die dem Zwecke der Strafverfolgung dienende Übergabe einer antisemitischen Schmähschrift an einen Polizeibeamten, der jüdischen Glaubens ist, von Strafe freigehalten werden. Gesetzestechnisch wäre es wahrscheinlich besser gewesen, die möglichen Erlaubnisgründe in einem eigenen Absatz des § 192a StGB zu katalogisieren und dabei auch Anleihen bei § 184b Abs. 5, 6 StGB sowie § 86 Abs. 4 StGB zu nehmen. Dass Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung die ohne Aufforderung begangene Tat rechtfertigen können, wurde bereits oben dargelegt. Eine Rechtfertigung durch Notstand (§ 34 StGB) ist schwer vorstellbar, eine Rechtfertigung aus § 32 StGB erst recht nicht.

### IV. Schluss

Die mit § 192a StGB bezweckte Ausweitung von Strafbarkeit wäre auf anderem Wege besser zu erreichen. Wenn man schon einen neuen Straftatbestand zum Schutz der Ehre kreiert, dann sollte seine Anwendbarkeit nicht durch eine sachlich unbegründete Beschränkung auf gruppenbezogene Äußerungen gehemmt werden. Ehrverletzungsakte, die geeignet sind die Menschenwürde anzugreifen, sind qualifiziertes Beleidigungsunrecht, das in § 185 StGB durch einen zweiten Absatz verankert werden kann. Es spielt keine Rolle, ob der Beleidigte einer bestimmten Gruppe angehört oder nicht. Nicht die Lücken im Katalog des § 192a StGB sind ein Fehler, sondern diese Eingrenzung der Strafbarkeit überhaupt. Unbedingt zu entfernen aus dem Tatbestand ist außerdem das Negativmerkmal „ohne aufgefordert zu sein“. Dieser Fremdkörper hat neben der rechtfertigenden Einwilligung keine Funktion.

<sup>45</sup> Ebner/Kulhanek, ZStW 133 (2021), 984 (999).

<sup>46</sup> Kaufmann, JZ 1955, 37 (38).

<sup>47</sup> Der Hauptgrund ist die Absage an einen „zweistufigen“ Deliktsaufbau, vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 14 Rn. 72. Der dreistufige Aufbau ist aber nicht in Stein gemeißelt. Außerdem zutreffend Arzt, Die Strafrechtsklausur, 7. Aufl. (2006), S. 177: „Es gibt keine Aufbau Probleme. Es gibt nur Sachfragen.“

<sup>48</sup> Kaufmann, JZ 1955, 37 (38); Puppe, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 16 Rn. 12.

## Wunsch und Wirklichkeit einer sog. „Überwachungsgesamtrechnung“ – Rechtstheoretische Grundlagen eines innovativen Evaluationsinstruments in der Sicherheitsgesetzgebung

von Dr. Oliver Harry Gerson\*

### Abstract

Im aktuellen Koalitionsvertrag (2021-2025) der Regierungsparteien der „Ampelkoalition“ ist im Zusammenhang mit dem Themenbereich „Sicherheit und Freiheit“ neben der Einrichtung einer sog. Freiheitskommission als unabhängiges Expertengremium auch die Erstellung einer sog. „Überwachungsgesamtrechnung“ vorgesehen. Bislang ist noch nicht abschließend geklärt, in welcher Form und in welchem Umfang eine solche Gesamtschau der Sicherheitsgesetze erfolgen soll und ob es dabei wirklich darum gehen kann, Freiheitseinschränkungen des Bürgers durch Überwachungsbefugnisnormen zu „berechnen“. Insofern stellen sich intrikate Fragen nach den rechtstheoretischen Grundlagen, dem tatsächlichen Nutzen und den Risiken eines solchen Vorhabens. Der nachfolgende Beitrag unternimmt die dogmatisch und methodisch unabdingbare Nabelschau des Konzepts einer Überwachungsgesamtrechnung unter Diskussion bereits publizierter Umsetzungsvorschläge und präsentiert im Anschluss ein eigenes, in Grundierung und Wirkmechanismus singuläres Modell für eine praxistaugliche Ausgestaltung.

In the current coalition agreement (2021-2025) the governing parties have planned to establish a so-called freedom commission as an independent expert body and also have obliged themselves to prepare a so-called „Überwachungsgesamtrechnung“. It has not yet been conclusively clarified in which form and to what extent such an overall view of the security laws should take place and whether it can really be a question of "calculating"

restrictions on the freedom of the citizen through norms of surveillance powers. In this respect, intricate questions arise about the legal theoretical foundations, the actual benefits and the risks of such a project. The following article undertakes the dogmatically and methodologically indispensable navel-gazing of the concept of a „Überwachungsgesamtrechnung“, discussing already published implementation proposals and then presents its own model for a practical design, which is unique in terms of its foundation and mechanism of action.

### I. Einleitung: Neue Agenda der Sicherheitsgesetzgebung

In den Sicherheitsgesetzen von Bund und Ländern finden sich zunehmend neue, bereichsspezifische Ermächtigungsgrundlagen zur Ermöglichung von Grundrechtseingriffen durch Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendienste.<sup>1</sup> Diese zielen in den letzten Jahren vermehrt auf die „Überwachung“ des Bürgers ab,<sup>2</sup> vor allem durch massenhafte, zum Teil anlasslose Datenerhebungen und deren Weiterverarbeitung.<sup>3</sup> Eine dezidierte Prüfung der Verhältnismäßigkeit dieser Eingriffsbefugnisse noch vor ihrem Erlass erfolgt oftmals lediglich isoliert in Bezug auf die Eingriffskompetenz, nicht aber in Form einer Gesamtschau der Wechselwirkungen mit dem bereits bestehenden Überwachungscluster.<sup>4</sup>

Nach dem ausdrücklichen Willen der Politik soll sich das nunmehr grundlegend ändern: Gemäß den Ausführungen des Koalitionsvertrags<sup>5</sup> von SPD, Bündnis90/Die Grünen<sup>6</sup>

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser (Universität Passau). Er ist zugleich Mitglied des Arbeitskreises ASP und des Forschungsprojekts „Sicherheitsgesetzgebung und Überwachungsgesamtrechnung“ der Forschungsstelle IDRIS (Prof. Dr. Mark A. Zöller, LMU München), des DAV und der Forschungsstelle HRCP (Prof. Dr. Robert Esser, Universität Passau). Der Beitrag stellt eine Fortführung der Überlegungen des Forschungsprojekts zur Einführung der „Freiheitskommission“ dar (Esser/Zöller u.a., KriPoZ 2022, 326 ff.). Aufgrund ihres eigenständigen Charakters bedarf das Konzept einer Überwachungsgesamtrechnung einer gesonderten Behandlung. Die Ausführungen gehen auf einen Vortrag des Verfassers im Rahmen einer Sitzung des Arbeitskreises am 20.5.2022 in München zurück.

<sup>1</sup> Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald, Policy Paper zur Einführung einer Überwachungsgesamtrechnung, 2022, S. 5; Löffelmann, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22.2.2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (ÜGR), S. 3.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu auch den umfassenden Expertenbericht des „Büros für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (TAB)“ in BT-Drs. 20/4200 v. 27.10.2022 (Technikfolgenabschätzung [TA]: Beobachtungstechnologien im Bereich der zivilen Sicherheit – Möglichkeiten und Herausforderungen), die neben „Überwachung“ zudem den Terminus „Beobachtung“ verwenden.

<sup>3</sup> Vgl. auch BT-Drs. 19/23695 v. 27.10.2020 (Antrag u.a. der FDP-Fraktion). Zum umfassenden Registerwesen und dessen fortschreitender Modernisierung Bull, DÖV 2022, 261 ff.

<sup>4</sup> So auch TAB-Bericht (Fn. 2), S. 32, 229. Viele dadurch provozierte Verfassungsbeschwerden hätten einen „Kreislauf aus bemängelten Regelungen und entsprechenden Anpassungen“ bewirkt, der die Gesamtlage „komplex und unsicher“ gestalte, so Heckmann/Paschke, in: Stern/Sodann/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 2. Aufl. (2022), § 121, Rn. 106.

<sup>5</sup> Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen“ von SPD/Bündnis 90 – Die Grünen/FDP (Oktober 2021), S. 86.

<sup>6</sup> Vgl. u.a. BT-Drs. 19/26221 v. 27.1.2021 (Antrag u.a. der Fraktion Bündnis90/Die Grünen), S. 2 ff., 9 (in Bezug auf die Geheimdienste).

und FDP<sup>7</sup> für die laufende Legislaturperiode des Deutschen Bundestages soll die Legislative in Zukunft einen stärkeren Fokus auf die Betrachtung der Gesamtwirkungen und Folgeeffekte von Sicherheitsgesetzen legen.<sup>8</sup> Die Bundesregierung hat hierfür eine auf drei Säulen basierende Strategie vorgelegt: Zum einen soll eine unabhängige wissenschaftliche Evaluation der Sicherheitsgesetze und ihrer Auswirkungen auf Freiheit und Demokratie im Lichte technischer Entwicklung geleistet werden. Eine sogenannte „Freiheitskommission“ soll zukünftige Gesetzgebungsvorhaben in der Sicherheitsgesetzgebung beratend überwachen und evaluieren. Daneben ist eine „Überwachungsgesamtrechnung“ zu erstellen.

Die verkündete Strategie wirft zahlreiche Fragen auf: Weder wird in den Ausführungen des Koalitionsvertrags geklärt, welchen Umfang die Evaluation der „Sicherheitsgesetze“ innehaben,<sup>9</sup> wo die Freiheitskommission institutionell verortet und was ihr Aufgabenbereich sein soll, noch wird deutlich, was genau unter einer „Überwachungsgesamtrechnung“ (im Folgenden: ÜGR) zu verstehen ist.<sup>10</sup> Im Anschluss an die Ausführungen des ASP-/DAV-Forschungsprojektes zur Ausgestaltung der Freiheitskommission<sup>11</sup> sollen im Folgenden die Grundlagen und mögliche Realisierbarkeit einer ÜGR beleuchtet werden (dazu II.1.-3.). Der Beitrag untersucht dabei im Hinblick auf die rechtstheoretische Grundierung, ob und in welcher Form Eingriffsintensitäten von Beschränkungen der Freiheitsrechte des Bürgers mithilfe juristischer Methoden „gemessen“ werden können. Es wird sich dabei – auch unter Berücksichtigung weiterer Konzepte (dazu III.) – zeigen, dass der hehre Wunsch nach einer holistischen ÜGR nicht zu erfüllen ist, denn weder lässt sich „die Überwachung“ fehlerfrei abbilden, diese auch nicht „gesamt“ erfassen und erst recht nicht in einem engeren Sinne „berechnen“ (dazu IV.)<sup>12</sup> Alternativ soll ein anschauliches Konzept einer *pragmatischen* ÜGR entwickelt werden, das eine anschlussfähige Diskussionsbasis für die praxistaugliche Umsetzung der Vorhaben aus dem Koalitionsvertrag bieten könnte (dazu V.).

## II. Das Konzept einer Überwachungsgesamtrechnung

### 1. Grundlagen

Die Genese der ÜGR gleicht zunächst einer Wundertüte. Sie tauchte als Begrifflichkeit über lange Zeit lediglich in wissenschaftlichen Beiträgen auf und verblieb daher ein eher gedankliches Konstrukt.<sup>13</sup> Ihren Ursprung findet sie in einer einzigen Randnummer (!)<sup>14</sup> eines Judikats des *BVerfG*, in dem es um die Zulässigkeit der anlasslosen massenhaften Speicherung von personenbezogenen Daten ging.<sup>15</sup> Ohne dass das *BVerfG* den Terminus selbst verwendet oder auch nur angedeutet hätte, wurde aus einer im Urteil nebenbei erhobenen Mahnung, gerichtet an den Gesetzgeber, sich bei Massendatenspeicherungen in Zukunft etwas „zurück zu halten“,<sup>16</sup> ein Postulat gestrickt: eine ÜGR meine eine Art „verfassungsrechtliche Vorabprüfung“, die vom Gesetzgeber im Rahmen des (Neu-)Erlasses von Sicherheitsgesetzen beachtet werden müsse. Auf Grundlage der Wirkungen eines Überwachungsinstrumentes müsse zunächst dessen verhältnismäßiger Einsatz beurteilt werden (1. Stufe). Zusätzlich müsse auf der Basis einer Gesamtbetrachtung aller bis dato verfügbaren staatlichen Überwachungsmaßnahmen die Verhältnismäßigkeit der Gesamtbelastungen der Freiheit(en) des Bürgers unter Einschluss des konkreten neuen Überwachungsinstrumentes geprüft werden (2. Stufe).<sup>17</sup> Mithin seien die Kumulation und Wechselwirkungen der bestehenden und künftigen Ermittlungsbefugnisse innerhalb der Überwachungslandschaft in den Blick zu nehmen. Der Gesetzgeber solle bei Erreichen der „Obergrenze“, die sich in Gewand der „Totalausforschung“<sup>18</sup> realisiere, nur noch dazu befugt sein, Überwachungsmaßnahmen austauschen, aber nicht mehr, sie zu kombinieren.<sup>19</sup> Dieses inzwischen überwiegende Verständnis der Prämissen einer ÜGR sei dabei nicht ausschließlich auf die vom *BVerfG*

<sup>7</sup> Bereits zuvor in „Das Programm der Freien Demokraten zur Bundestagswahl 2021“, beschlossen auf dem 72. Ordentlichen Bundestagparteitag 14.-16.5.2021, S. 36 sowie in mehreren Anträgen und Kleinen Anfragen, vgl. nur BT-Drs. 19/23695 v. 27.10.2020 (Antrag) S. 5; BT-Drs. 19/32124 v. 27.8.2021 (Kleine Anfrage), S. 2 ff. (Antwort in BT-Drs. 19/32456 v. 13.9.2021, S. 3 ff.).

<sup>8</sup> So nunmehr auch der TAB-Bericht (Fn. 2), S. 228.

<sup>9</sup> Eine Umsetzung einer konkreten Evaluation zeigt *Siems*, GSZ 2021, 12 ff. auf (am Beispiel der Soldateneinstellungsüberprüfung); eine Pflicht zur Evaluation mahnt auch TAB-Bericht (Fn. 2), S. 229 ff. an.

<sup>10</sup> So auch *Geminn*, DÖV 2022, 789 (790).

<sup>11</sup> *Esser/Zöller* u.a., KriPoZ 2022, 326 ff.

<sup>12</sup> So auch *Pohle*, FfF-Kommunikation 2019, 37.

<sup>13</sup> *Schwabennauer*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 7. Auflage (2021), Rn. 349; *Poscher/Kilchling/Landerer*, „Periodischen Überwachungsbarometers“ – Konzeptstudie, 2022, S. 4; *Poscher/Kilchling/Landerer*, GSZ 2022, 225 (226): „Gedankenmodell“.

<sup>14</sup> Nach *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915: „eher beiläufig und ohne Entscheidungserheblichkeit“; in diese Richtung auch *Braun/Albrecht*, VR 2017, 151 (154).

<sup>15</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 833 (Vorratsdatenspeicherung). Daher sei der Gesetzgeber auch nicht gebunden, vgl. *Braun/Albrecht*, VR 2017, 151 (154). Der *EuGH* hat die anlasslose Vorratsdatenspeicherung nunmehr für unionsrechtswidrig erklärt, vgl. *EuGH*, NJW 2022, 3135 ff. m. Anm. *Roßnagel*; zur Vorgeschichte *Petri* ZD 2021, 493 ff. An die Stelle der anlasslosen Vorratsdatenspeicherung soll – sofern mehrheitsfähig – das sog. „Quick-Freeze-Verfahren“ treten; vgl. hierzu auch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Sicherungsanordnung für Verkehrsdaten in der Strafprozessordnung v. 25.10.2022.

<sup>16</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 833 (839).

<sup>17</sup> *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 (1240); deduziert aus *BVerfG*, NJW 2010, 833 (Vorratsdatenspeicherung); vgl. auch *Braun/Albrecht*, VR 2017, 151 (152); *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.

<sup>18</sup> *BVerfG*, NJW 2010, 833 (839); dazu bereits NJW 1984, 419 ff. (Volkszählung); NJW 2004, 999 (Großer Lauschangriff); zu diesem Aspekt auch *Bieker/Bremert/Hagendorff*, in: *Roßnagel/Friedewald/Hansen* (Hrsg.), *Die Fortentwicklung des Datenschutzes*, 2018, S. 139 (141); instruktiv zum dahinterstehenden Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung *Heckmann/Paschke* (Fn. 4), § 103, Rn. 9 ff. m.w.N.

<sup>19</sup> *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 (1240).

in der Vorratsdatenspeicherung betrachteten Massendatensammlungen begrenzt.<sup>20</sup> Vielmehr werde hierdurch ein den Gesetzgeber adressierendes, allgemeines Postulat zur generellen Prüfung der „doppelten Verhältnismäßigkeit“ jeglicher neuen Überwachungsmaßnahme normiert.<sup>21</sup> Aus der auf diesem Wege deduzierten Schutzpflicht für die Freiheit der Bürger vor einem nicht mehr hinnehmbaren Maß an Überwachung soll für den Gesetzgeber sogar eine weiterführende Pflicht zur kontinuierlichen Beobachtung des Grades gesamtgesellschaftlicher Überwachung ableitbar sein.<sup>22</sup>

## 2. Terminologische Klärung

### a) Rechtspolitische und rechtsdogmatische Dimension einer ÜGR

Nicht unterschlagen werden soll an dieser Stelle, dass aus den angeführten Gründen erhebliche Kritik an Genese, Existenz und Umfang der ÜGR geübt wird.<sup>23</sup> Die Deduktion einer umfassenden sicherheitspolitischen „Segelanweisung“ für alle zukünftigen Ermittlungsbefugnisse, die Überwachung ermöglichen, aus einer nicht entscheidungserheblichen Randziffer eines Urteils, in dem es ausschließlich um anlasslose Massendatenerhebung ging, sei der Paradefall eines „rechtspolitischen Framings“.<sup>24</sup> Spätestens durch den aktuellen Koalitionsvertrag ist „die“ ÜGR allerdings in der Welt und harrt der Umsetzung.

Gerade aufgrund ihrer wechselvollen Entwicklung ist die ÜGR vorrangig als ein rechtspolitischer Topos zu verstehen: der Gesetzgeber soll – quasi als Selbstverpflichtung – zu einem sensibilisierten Umgang mit Überwachungsgesetzgebung ermahnt werden; er müsse sich fortan Kenntnis des jeweils bestehenden Niveaus an staatlicher Überwachung verschaffen. Eine ÜGR soll zuvörderst

diese Qualität von *Transparenz* verwirklichen.<sup>25</sup> Der Begriff trägt allerdings das Potenzial in sich, zu einem rechtsdogmatischen *terminus technicus* und womöglich sogar zu einem verfassungsrechtlichen „Anspruch“ zu werden,<sup>26</sup> allerdings nur sofern Grund und Grenzen seiner Ausgestaltung ausreichend ausdifferenziert worden sind.<sup>27</sup> Er könnte sodann als ein verfassungsrechtliches und damit justiziables *Mäßigungsgebot* beim Erlass neuer Ermittlungsbefugnisse im Sicherheitsrecht verstanden werden, das im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Bedeutung erlangt.<sup>28</sup>

### b) Umfang und Reichweite der „Sicherheitsgesetze“

Ein weiter neuralgischer (Streit-)Punkt einer ÜGR ankernt in der zugrunde gelegten Reichweite des Verständnisses des Begriffs der „Sicherheitsgesetzgebung“, auf die sich eine ÜGR beziehen soll. Ein einheitlicher Sicherheitsbegriff ist bis heute nicht gefunden,<sup>29</sup> was u.a. an dessen genuiner Kontextbezogenheit liegt.<sup>30</sup> Das sog. Sicherheitsrecht ist dadurch „zerfasert, unübersichtlich, unsystematisch und allgemein wenig anwendungsfreundlich“.<sup>31</sup> Funktional wirkt die Materie in der Art einer „Freiheitssicherungsressource“. Weder besteht jedoch eine eindimensionale Wechselbeziehung dergestalt, dass nur Sicherheit oder Freiheit gleichzeitig bestehen können, noch sind Zugewinne an Sicherheit zwangsläufig mit Gewinnen an Freiheit verbunden; indes kann – i.S.e. Sicherheitsparadoxons – das Schließen von (vermeintlichen) Sicherheitslücken zu Verlagerungstendenzen führen.<sup>32</sup> Andererseits kann die Erhöhung der „Sicherheit“ für den einen Teil der Bevölkerung diesem die Nutzung von Freiheit(en) erst ermöglichen,<sup>33</sup> wohingegen andere Bürger gerade durch die Erhöhung der Sicherheit Einbußen in ihrer Freiheit erleiden.<sup>34</sup>

<sup>20</sup> A.A. Lindner/Unterreitmeier, JZ 2022, 915; Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (154).

<sup>21</sup> Roßnagel, NJW 2010, 1238 (1242); Esser/Zöller u.a., KriPoZ 2022, 326 (328); Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2021, 225 (226 f.); Knierim, ZD 2011, 17 (21); Moser-Knierim, Vorratsdatenspeicherung – Zwischen Überwachungsstaat und Terrorabwehr, 2014, S. 248; Schwabennauer (Fn. 13), Rn. 349; a.A. Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (152 ff.).

<sup>22</sup> Geppert/Schütz/Roßnagel, 4. Aufl. (2013), TKG § 113a Rn. 59; ebenso Knierim, ZD 2011, 17 (22); Moser-Knierim (Fn. 21), S. 243 f.; Heckmann/Paschke (Fn. 4), § 103, Rn. 44; vgl. ferner aber BVerfG, NJW 2021, 3033 – TKÜ „Schwachstellenmanagement“: Art. 10 Abs. 1 GG begründe einen Auftrag an den Staat, vor dem Zugriff privater Dritter auf die dem Fernmeldegeheimnis unterfallende Kommunikation zu schützen. Die grundrechtliche Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme verpflichte den Staat, einen Beitrag zum Schutz der Systeme vor Angriffen durch Dritte zu leisten.

<sup>23</sup> Vgl. nur Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824 (827 f.); Pohle, Fiff-Kommunikation 2019, 37 ff.; Bieker/Bremert/Hagendorff (Fn. 18), S. 139 (144 ff.) sowie aus neuester Zeit Lindner/Unterreitmeier, JZ 2022, 915 f.

<sup>24</sup> So mit guten Argumenten Lindner/Unterreitmeier, JZ 2022, 915 f.; ablehnend auch Möstl, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22. Februar 2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (ÜGR), S. 2 ff.; kritisch auch Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824 (827 f.): „bislang ohne Beispiel.“ Zu anderen Fällen, in denen das BVerfG tatsächlich „entgrenzt“ die Aufgaben einer Ersatz-Gesetzgebers übernommen habe Hefendehl, in: FS Wolter, 2013, S. 729 (734 ff.).

<sup>25</sup> Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karabogal/Friedewald (Fn. 1), S. 5; Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (155).

<sup>26</sup> Immerhin lasse er sich aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG herleiten, vgl. Moser-Knierim (Fn. 21), S. 228 f.; Knierim, ZD 2011, 17 (20); ebenso Starnecker, Videoüberwachung zur Risikovorsorge, 2017, S. 367.

<sup>27</sup> Hornung/Schnabel, DVBl. 2010, 824 (827 f.); Löffelmann (Fn. 17), S. 18.

<sup>28</sup> Ähnlich auch Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (154): „Warn- und Besinnungsfunktion“. Für eine eventuelle Einbeziehung in die Verhältnismäßigkeitsprüfung auch Bieker/Bremert/Hagendorff (Fn. 18), S. 139 (146); vgl. auch BVerfG, NJW 2010, 833 (839): „größere Zurückhaltung [...] bei der Erwägung neuer Speicherungspflichten oder -berechtigungen in Blick auf die Gesamtheit der verschiedenen schon vorhandenen Datensammlungen [...]“.

<sup>29</sup> Instrukтив Dietrich, in: Dietrich/Fahmer/Gazeas/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), HB Sicherheits- und Staatsschutzrecht, 2022, § 6.

<sup>30</sup> Dietrich (Fn. 29), § 6 Rn. 5. Er findet sich u.a. im GG, im BKAG, in den Verfassungsschutzgesetzen, dem Gefahrenabwehrrecht der Länder, dem StGB etc.

<sup>31</sup> Löffelmann (Fn. 17), S. 16.

<sup>32</sup> Bieker/Bremert/Hagendorff (Fn. 18), S. 139 (143). Beispiel: Werden zur Verhinderung terroristischer Taten vermehrt Kontrollen an Flughafen durchgeführt, werden sich Täter auf lange Sicht andere Tatmittel (z.B. private KFZ) suchen.

<sup>33</sup> Vgl. auch TAB-Bericht (Fn. 2), S. 13: „Ein gewisses Maß an sozialer Kontrolle und damit an Beobachtung ist für das stabile Funktionieren von Gesellschaften daher unerlässlich.“

<sup>34</sup> So kann die Überwachung von öffentlichen Plätzen die objektive und subjektive Sicherheit vulnerabler Personengruppen erhöhen, geht aber zugleich mit einer Beschränkung von Freiheitsrechten aller einher.

Die Formulierungen des Koalitionsvertrages sind insoweit zu sortieren: Zwar sollen „die Sicherheitsgesetze“ auf ihre tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen sowie auf ihre Effektivität hin evaluiert und die Freiheitskommission soll bei der „Sicherheitsgesetzgebung“ beratend tätig werden. In eine ÜGR sollen und können aber – schon dem Ursprung nach – primär nur solche Vorschriften eingestellt werden, die die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von Daten bzw. Datenmengen gestatten, denn nur solche Vorschriften begründen das Risiko der „Totalausforschung“. Von einigen Stimmen wird noch restriktiver gefordert, (nur) anlasslose Massendatensammlungen zu berücksichtigen.<sup>35</sup> Andere präferieren eine vollumfängliche Einbeziehung aller Rechtsgrundlagen, die staatliche Behörden zur Überwachung ermächtigen.<sup>36</sup> Unter Zugrundelegung eines denkbar weiten Verständnisses würden unter dem „Sicherheitsrecht“, das in einer ÜGR Beachtung finden muss, damit alle Gesetze und darin enthaltenen Ermächtigungsgrundlagen einbezogen, die die Verwendung von personenbezogenen Daten ermöglichen, sowohl in Bezug auf anlassbezogen als auch auf anlassunabhängige Maßnahmen,<sup>37</sup> quasi alle „Überwachungsbefugnisnormen“.<sup>38</sup> Damit wären sodann nicht nur das „klassische“ Gefahrenabwehrrecht und Teile des Strafprozessrechts erfasst, sondern eine stetig wachsende Zahl von Gesetzen auf Bundes- und Landesebene<sup>39</sup> in die Betrachtung einzubeziehen.<sup>40</sup>

Mit Blick auf die Umsetzbarkeit des Vorhabens einer ÜGR erscheint eine Beschränkung auf „typische“ (d.h. tatsächlich häufig und/oder kumuliert genutzte) Überwachungsbefugnisnormen auf Bundesebene ohne Einbeziehung privater Datensammlungen ratsam.<sup>41</sup> Typische Anwendungsfälle – nicht bloßer Massendatensammlung – sind u.a.<sup>42</sup> alle Formen der (auch strafprozessualen) Telekommunikationsüberwachung, der Online-Durchsuchung, die Abfrage von Account-Daten bei Telemediendiensten sowie anlasslose Vorratsdatenspeicherung von Kundendaten bei Banken zur Geldwäschekontrolle oder von Fluggastdaten zur Terrorismusbekämpfung,<sup>43</sup> die KFZ-Kennzeichen-Kontrolle<sup>44</sup> auf Autobahnen, Standortbestimmungen,<sup>45</sup> Videoüberwachung, aber auch der Einsatz verdeckter Ermittler.<sup>46</sup>

### 3. Methodische Vorfragen

#### a) Gebot zur Graduierung, Gewichtung, Faktorisierung und Relationierung

Die Zielrichtung einer ÜGR ist – sofern man sie als Faktum anerkennt – weitgehend klar. Kopfzerbrechen bereitet die Umsetzung. Moniert wird vor allem, dass bis heute eine „theoretisch und empirisch fundierte Operationalisierung“<sup>47</sup> der ÜGR, die die tatsächliche Überwachungslast veranschauliche, fehle. Noch ungeachtet der Frage, wie das Konstrukt einer ÜGR als „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ vorstellbar wäre (dazu IV. und V.), lassen sich – sofern man den Begriff „ÜGR“ ernst nimmt – bereits anhand der den Gesetzgeber adressierenden Aufgabenstellung zwei Qualitäten des Konzepts deduzieren: Es muss sich in Bezug auf die anzuwendende Methode bei einer ÜGR um eine *qualitative Gewichtung* (Bewertung der Intensität der Einzelmaßnahme) und um einen *qualitativ-quantitativen Abgleich* (Gesamtschau der Überwachungsbelastung für den Bürger) handeln. Was eine ÜGR damit nicht liefern kann, ist ein definitorisch festes Konditionalprogramm. Sie stellt keinen Tatbestand in Form einer einzelnen Norm oder eines Normengeflechts dar, sondern beschreibt eine besondere Form der Überprüfung der *kollektiven* Verhältnismäßigkeit von Überwachungsmaßnahmen. Aufgrund des nicht mehr wegreduzierbaren Terminus konturiert sie zudem das Erfordernis einer „Rechnung“ im technischen Sinne,<sup>48</sup> d.h. sie muss (auch) Elemente der *Summierung*, *Faktorisierung* und *Relationierung* enthalten. Nicht zwingend ist hingegen, dass es sich um ein vollständig „durchmathematisiertes“ Theorem handelt, das nur noch mithilfe von KI beherrscht und durchdrungen werden kann. Indes erscheinen gerade vereinfachte Darstellungsinstrumente besser geeignet, die angestrebte *Transparenz* in der zukünftigen Sicherheitsgesetzgebung zu verwirklichen.

#### b) Hindernisse bei der Berechnung von Eingriffsintensitäten

Das Erstellen einer Überwachungsgesamt-„Rechnung“ gestaltet sich in jeder Hinsicht außerordentlich komplex.<sup>49</sup> Das Hauptproblem stellt dabei die (Un-)Möglichkeit der „Berechnung“ der Intensität von Grundrechtseingriffen dar. Diese „Berechnung“ soll nicht so zu verstehen sein, als dass eine simple Addition oder Subtraktion von Wirkungen durchgeführt werden soll.<sup>50</sup> Vielmehr ist in der Art einer *vergleichenden Matrix* aufzuzeigen, welche partikularen Intensitäten von und durch Sicherheitsgesetzgebung und mittels der Verschränkung ihrer Rechtsfolgen auf den Bürger einwirken. Schon ganz grundsätzlich kann konstatiert werden, dass ein starrer Schematismus hierfür nicht

<sup>35</sup> Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (152 ff.), wobei nach ihrer Definition die meisten „vorsorglichen“ Datenerhebungen im Sicherheitsrecht auch „anlasslos“ seien.

<sup>36</sup> Knierim, ZD 2011, 17 (19).

<sup>37</sup> So z.B. Knierim, ZD 2011, 17 (21); in diese Richtung auch Bieker/Bremert/Hagendorff (Fn. 18), S. 139 (144).

<sup>38</sup> Häufiger liest man hierfür auch den Begriff „Überwachungsgesetze“, vgl. Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald (Fn. 1), S. 6.

<sup>39</sup> A.A. Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald (Fn. 1), S. 12: nur Bundesgesetze.

<sup>40</sup> Vorerst gegen eine Einbeziehung Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald (Fn. 1), S. 12.

<sup>41</sup> So auch Löffelmann (Fn. 17), S. 86; a.A. Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (153): auch private Datensammlungen (bzw. die Einbeziehung privater Akteure) erfolgten zumeist „anlasslos“.

<sup>42</sup> Beispiele nach Poscher/Kilchling/Landerer (Fn. 4), S. 5.

<sup>43</sup> Dazu Knierim, ZD 2011, 17 (18).

<sup>44</sup> Dazu auch Roggan, NVwZ 2019, 344 ff. sowie BVerfG, NVwZ 2019, 381 ff.; NVwZ 2019, 398 ff.

<sup>45</sup> Zur technischen Auffindung von Flüchtlingen in Fahrzeugen vgl. Arzt/Vaudlet/Hofrichter, DÖV 2022, 701 (711 f.).

<sup>46</sup> Löffelmann (Fn. 17), S. 87.

<sup>47</sup> Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2022, 225 (226).

<sup>48</sup> Ebenso Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2022, 225 (226).

<sup>49</sup> Pessimistisch Möstl (Fn. 24), S. 2: „Was hier verlangt wird, übersteigt die Leistungsgrenzen der Juristerei.“

<sup>50</sup> So auch Bremert, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22.2.2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (Überwachungsgesamtrechnung), S. 3.

dienlich sein kann.<sup>51</sup> Demnach muss ein Mechanismus gefunden werden, der sowohl *gewichtende* als auch *graduierende* Wertungen und *interdependente* Abgleiche zulässt. Dazu können vermehrt empirische Methoden nutzbar gemacht, oder aber ein Methodenmix aus hermeneutischen Ansätzen gewählt werden. Es wäre daher auch unzutreffend, von *der* ÜGR zu sprechen. Indes sind unterschiedliche Methoden denkbar, mit deren Hilfe die „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ durchgeführt werden kann.<sup>52</sup> Gleichwohl sollte man bei aller Faszination für Mathematisierungen nicht der Illusion erliegen, dass eine „Berechnung“ gänzlich objektive Ergebnisse generieren kann. Gerade um juristisch handhabbar zu bleiben, müssen in einer ÜGR stets auch Elemente der Bewertung und Abwägung enthalten sein.

### c) Weiterentwicklung des „additiven Grundrechtseingriffs“

Das Konzept einer ÜGR weist über das Konzept des „additiven Grundrechtseingriffs“<sup>53</sup> hinaus,<sup>54</sup> wenngleich beide dogmatische Parallelen aufweisen.<sup>55</sup> Im Rahmen des „additiven Grundrechtseingriffs“ werden mehrere Einzelmaßnahmen gegenüber *demselben* Grundrechtsträger kollusiv betrachtet, um deren Verfassungsmäßigkeit als Ganzes zu beurteilen.<sup>56</sup> Methodisch wird u.a. vorgeschlagen, die Gesamtbelastung der zu summierenden Eingriffe in diesen Fällen innerhalb der Verhältnismäßigkeit i.e.S. zu berücksichtigen.<sup>57</sup> Dem Gesetzgeber wiederum obliege die Aufgabe der Beobachtung des Auftretens von Kumulationen grundrechtserheblicher Maßnahmen.<sup>58</sup> Der Grad gesamtgesellschaftlicher Überwachung im Rahmen einer ÜGR ist allerdings typisierend anhand der Betrachtung diverser Lebensbedingungen *aller* Grundrechtsträger zu bestimmen, nicht allein bezogen auf das Individuum.<sup>59</sup>

### III. Das „Überwachungsbarometer“ und andere Konzepte als Anschauungsbeispiele einer ÜGR

Ein – gestraffter – Blick auf bereits ausgearbeitete Konzepte einer ÜGR ermöglicht die anschließende rechtstheoretische Diskussion sowie die Darlegung eines alternativen Ansatzes.

### 1. Das „Periodische Überwachungsbarometer“

#### a) Skizze des Projekts

Das sog. „Periodische Überwachungsbarometer“, das am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht (Freiburg) konzipiert wurde,<sup>60</sup> setzt auf einen verfassungsrechtlich-empirischen Ansatz zur Umsetzung der ÜGR.

Die beteiligten Wissenschaftler des „Überwachungsbarometers“ gehen davon aus, dass es für die Berechnung der Überwachungslast eines Landes weder hinreichen kann, ausschließlich auf die Quantität der durchgeführten Maßnahmen abzustellen, noch eine isolierte Betrachtung der abstrakten Gesetzeslage genüge. Gegenstand des „Überwachungsbarometers“ sei daher die „reale Überwachungslast, der die Bürgerinnen und Bürger aufgrund der tatsächlichen Nutzung der verschiedenen rechtlichen Befugnisse [...] in der täglichen behördlichen Routine ausgesetzt sind.“ Das „Überwachungsbarometer“ basiert dabei auf einem sechsstufigen Konzept:<sup>61</sup> (1) Identifikation der zu berücksichtigenden Datensammlungen, (2) Analyse der Zugriffsrechte und der berechtigten Behörden, (3) Ermittlung der tatsächlichen Zugriffszahlen, (4) Gewichtung der Zugriffe nach verfassungsrechtlichen Kriterien, (5) Ermittlung eines Überwachungsindexwertes der einzelnen Zugriffspfade aus den quantitativen Zugriffszahlen und dem qualitativen Intensitätswert, (6) Aggregation des Barometers. Einer vertieften Betrachtung bedürfen für die hiesigen Zwecke die Punkte (4) und (5):

In diesen soll eine „typisierte Gewichtung der verschiedenen Überwachungsmaßnahmen und ihrer jeweiligen rechtlichen Grundlagen nach einheitlichen verfassungsrechtlichen Kriterien“ erfolgen.<sup>62</sup> Zu diesem Zweck soll eine Basis belastbarer Informationen zur Häufigkeit einschlägiger Maßnahmen generiert werden, um die „reale Überwachungslast“ – im Sinne eines „potenziellen Risikos individueller Betroffenheit“ – zu beurteilen.<sup>63</sup> Der zu ermittelnden Intensität der Maßnahme werden deren Anforderungen nicht gegenübergestellt, sondern zu einem umfassenden Kriterienkomplex zusammengefasst, der die gesamtgesellschaftliche Eingriffslast aufzeigen soll.<sup>64</sup>

<sup>51</sup> Poscher/Kilchling/Landerer (Fn. 4), S. 6.

<sup>52</sup> Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald (Fn. 1), S. 12.

<sup>53</sup> Statt vieler BVerfG, NJW 2005, 1338 (1341); MMR 2005, 371 (372); NVwZ 2006, 191 (198 f.); Heckmann/Paschke (Fn. 4), § 103, Rn. 42 ff.

<sup>54</sup> Treffend Starnecker (Fn. 26), S. 366.

<sup>55</sup> So auch Möstl (Fn. 24), S. 1.

<sup>56</sup> Das BVerfG geht davon aus, „dass verschiedene einzelne, für sich betrachtet geringfügige Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen [können], die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet“, vgl. BVerfG, NJW 2009, 2033 (2045). In Grundsätzen findet sich dieser Ansatz auch in der Rechtsprechung des EGMR in Bezug auf Art. 8 EMRK, vgl. EGMR (GK), Big Brother Watch u.a./Vereinigtes Königreich, Urt. v. 25.5.2021, Nr. 58170713, 62322/14, 24960/15; (GK), Centrum för rättsvisa/Schweden, Urt. v. 25.5.2021, Nr. 35252/08.

<sup>57</sup> Voßkuhle/Kaiser, JuS 2009, 313 (314); auch hier für eine „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ Klar, MMR 2012, 788 (790).

<sup>58</sup> Kirchhof, NJW 2006, 732 (735); Starnecker (Fn. 26), S. 365.

<sup>59</sup> Moser-Knierim (Fn. 21), S. 236 f.; Starnecker (Fn. 26), S. 369.

<sup>60</sup> 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.; vgl. auch Poscher, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 22.2.2021 zum Antrag BT-Drs. 19/23695 (ÜGR).

<sup>61</sup> Vgl. dazu Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2022, 225 (228).

<sup>62</sup> Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2022, 225 (228).

<sup>63</sup> Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2021, 225 (229).

<sup>64</sup> Poscher/Kilchling/Landerer, GSZ 2021, 225 (229).

Zum Katalog der Kriterien zur Bestimmung der Eingriffsintensität gehören u.a. die Anzahl der betroffenen Grundrechte, der Zweck der Maßnahme, deren materielle Anforderungen, die Einbeziehung Privater bei der Datenverarbeitung, die etwaige Heimlichkeit der Maßnahme, deren Streubreite, sowie etwaig schützende Verfahrensvorschriften. Die Gewichtung erfolgt sodann unter Nutzung komplexer Rechenschritte.<sup>65</sup> Die einzelnen Kategorien des Bewertungsmodells sollen zudem mit einer unterschiedlichen Eingriffsschwere im Hinblick auf ihre Belastung für die betroffenen Grundrechtsträger nominiert werden. Dies finde Berücksichtigung, indem in der Modellrechnung des „Überwachungsbarometers“ der Wert jeder einzelnen Kategorie („Basiswert“) mit dem bis zu 10-fachen „Gewicht“ in die Rechnung eingestellt (d.h. multipliziert) werden soll („Gewichtungsfaktor“). Das Endergebnis für eine Maßnahme (der „Intensitätsfaktor“), errechne sich als Summe der Basiswerte, geteilt durch die Anzahl der Kategorien, jeweils multipliziert mit deren Gewichtungsfaktor.<sup>66</sup> Für die Berechnung des „Überwachungsindex“ (d.h. der effektiven Überwachungslast) sind weitere Rechenschritte erforderlich.<sup>67</sup>

#### b) Stellungnahme zum „Überwachungsbarometer“

Da es nicht die *eine* ÜGR, sondern unterschiedliche Methoden zur Ermittlung geben kann, ist an den sozialwissenschaftlichen Details des Konzepts des „Überwachungsbarometers“ grundsätzlich nichts zu erinnern.<sup>68</sup> Insbesondere kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die empirische Untersuchung der tatsächlichen – d.h. *realen* – Überwachungslast, einen wichtigen Baustein für die Erstellung einer ÜGR konturiert.<sup>69</sup>

Herauszugreifen sind vielmehr zwei Problemfelder, die die juristische Methode betreffen.<sup>70</sup> Da Sicherheitszugewinne nicht ausschließlich zu Freiheitsverlusten, sondern gerade auch zu Freiheitszugewinnen führen können (dazu bereits II.2.b.), kann es nicht genügen, allein die durch Überwachung erzeugte Last einzupreisen. Indes ist ein maßgeblicher Parameter im Rahmen einer ÜGR die Untersuchung, ob und inwieweit staatliche Überwachung die Freiheitswahrnehmung überhaupt beeinträchtigen kann,<sup>71</sup> und welchen „Nutzen“ die eingesetzte Überwachung auf die Ausübung von Freiheitsrechten entfaltet.

Besonders problematisch ist zudem eine methodische Vor-Frage: Als unstrittig wird vorausgesetzt, dass eine „Rechnung“ im technischen Sinne in Form einer Faktorisierung und Multiplikation zu sachdienlichen Ergebnissen führen kann. Wenngleich die Methode des „Überwachungsbarometers“ mithin *irgendwelche* Resultate produziert, bleibt dennoch unklar, *ob* überhaupt in dieser Form „mit Normen gerechnet“ werden kann.<sup>72</sup> Im Grunde wird nämlich auch in diesem Modellkonzept schlicht subsumiert, lediglich mit dem Unterschied, dass die Ergebnisse der Subsumtion mithilfe empirischer Methoden „geranked“ werden. Die komplexe Mathematisierung überdeckt dabei, dass die vorgenommenen Gewichtungen und Faktorisierungen subjektiven Ursprungs sind und daher das erhebliche Risiko besteht, dass sie sich in interdependenten Verstärkungsspiralen verlieren.<sup>73</sup> Die deutlich spürbaren „Grenzen der Hermeneutik“ (dazu IV.) lassen sich jedenfalls nicht rechtskonform überwinden, indem man sie schlicht ignoriert.<sup>74</sup>

#### 2. Weitere Ansätze: „Freiheitsbestandsanalyse“, „HEAT“, „modifizierte ÜGR“, „Repräsentatives Belastungsmodell“

##### a) HEAT

Im österreichischen Projekt HEAT („Handbuch zur Evaluation der Anti-Terror-Gesetze“) soll ein Überblick über alle österreichischen Gesetze, die Überwachungsbefugnisse ermöglichen, erarbeitet sowie die einschlägige Rechtsprechung aufbereitet werden.<sup>75</sup> Zudem werden die rechtlichen und gesellschaftlichen Bedingungen polizeilicher Überwachung im Bereich der Gefahrenabwehr, Strafverfolgung und im Aufgabenbereich des Verfassungsschutzes beleuchtet.

Ähnlich einer ÜGR werden im HEAT zwar vereinzelte Interdependenzen bestimmter Überwachungsmaßnahmen aufgezeigt; Adressaten der Erkenntnisse sollen aber primär die Bürger sein, die durch das Handbuch über die Überwachungslandschaft informiert werden. Dadurch fehlt dem Modell die Darstellung einer konkreten Handhabung zur Operationalisierung der Umsetzung einer ÜGR für den Gesetzgeber.

<sup>65</sup> Eingesetzt werden sollen Basisvariablen und besondere Verfahrensvariablen. Zu den Basisvariablen würden diejenigen Faktoren zählen, welche die Intensität im engeren Sinne bestimmen, etwa die Art der betroffenen Daten, die Heimlichkeit des Zugriffs oder die Streubreite. In der zweiten Gruppe würden z.B. die materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen an eine Maßnahme miterfasst. Nach diesem Schema könnte für beide Seiten ein faktorisierte Wert berechnet und ins Verhältnis gesetzt werden.

<sup>66</sup> Der Endwert („Intensitätswert“) sei dann stets eine (reelle) Zahl zwischen 1,0 und 10,0; ausführlich *Poscher/Kilchling/Landerer* (Fn. 4), S. 18.

<sup>67</sup> Aus Platzgründen sei hier auf *Poscher/Kilchling/Landerer* (Fn. 4), S. 23 ff. verwiesen, die zwei unterschiedliche Rechenmodelle vorstellen.

<sup>68</sup> Vgl. hierfür die ausführliche Kritik von *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (917 ff.).

<sup>69</sup> In diese Richtung auch *Bieker/Bremert/Hagendorff* (Fn. 18), S. 139 (142); kritisch *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (917 ff.): zu Grunde liege ein defizitäres Verständnis des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit.

<sup>70</sup> Kritisch auch BT-Drs. 19/32456 v. 13.9.2021, S. 3 ff. (Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage u.a. der FDP-Fraktion).

<sup>71</sup> Überzeugend *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (918).

<sup>72</sup> Bzw., ob Grundrechtseingriffe einfach „addiert“ werden können, vgl. *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (922).

<sup>73</sup> Treffend herausgearbeitet von *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (921).

<sup>74</sup> Kritisch auch *Rofnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald*, (Fn. 1), S. 8: „[...] pseudo-mathematische [...] Berechnungen [...]“; vernichtend *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (923): „In einem methodischen Zirkel bahnt sich hier – münchhausengleich – eine sich selbst ermächtigende Rechtswissenschaft den Weg an die Spitze der Sicherheitspolitik [...]“.

<sup>75</sup> *Tschohl/Scheucher/Kargl/Luksan/Czadilek/Waloschek/Kreisll/Klinger/Hötzendorfer/Möchel*, HEAT – Handbuch zur Evaluation der Anti-Terror-Gesetze in Österreich, 2019.

### b) Freiheitsbestandsanalyse

Unter dem Topos „Freiheitsbestandsanalyse“ plädiert *Pohle* dafür, dass fortan der Staat aktiv gefordert sei, noch von Überwachung unberührte Freiheitsräume offenzulegen.<sup>76</sup> Auch erwirkte „Abschreckungseffekte“ sollen Eingang in die Betrachtung finden.<sup>77</sup>

Die intendierte „Beweislastumkehr“<sup>78</sup> des Konzepts der Freiheitsbestandsanalyse ist zumindest rhetorisch dienlich, da sie das Narrativ von Überwachung neu sortiert: nicht mehr der „Überwachte“ müsse an seine Freiheitssphären erinnern, sondern der „Überwacher“ sei dazu verpflichtet, Rechenschaft über die von ihm selbst verantwortete Überwachungslandschaft abzulegen.<sup>79</sup> Inwieweit sich hieraus operationalisierbare Mechanismen für eine ÜGR ergeben sollen, wird nicht deutlich.<sup>80</sup>

### c) „Modifizierte“ ÜGR

Im Rahmen einer „modifizierten und konkretisierten“ ÜGR<sup>81</sup> möchte *Starnecker* die ÜGR in drei Kategorien fassen:<sup>82</sup> Belastung, Maßnahme und Zustand. „Belastung“ soll die Beschreibung der Überwachungsmaßnahmen, systematisiert anhand der Kompetenzträger, Adressaten der Regelung sowie Anlasslosigkeit bzw. Anlassbezogenheit, mit Angaben zur Verwendungshäufigkeit umfassen. Unter „Maßnahme“ werden grundrechtsschützende Instrumente verstanden, insbesondere prozedurale und technische Schutzmaßnahmen nach dem (ersten oder primären) Grundrechtseingriff. Mit „Zustand“ wird die Untersuchung des „für den Bürger und die Gesellschaft verbleibende[n] Freiraum[s]“<sup>83</sup> in Form einer „Bewertung und Abwägung aus den vorstehenden Kategorien“ beschrieben. Einbezogen werden soll in die Analyse des Zustands auch eine Technikfolgenabwägung.<sup>84</sup>

Gegen die aufgezeigte Kategorienbildung gibt es in der Sache wenig zu erinnern. Was nicht geleistet wird, ist eine Anleitung, wie die aufgereihten Prämissen operationalisiert werden sollen.

### d) Repräsentatives Belastungsmodell nach „Kosten-Nutzen“-Analyse

*Löffelmann* unternimmt eine Eingrenzung und Konturierung dessen, was als „doppelte Verhältnismäßigkeitsprüfung“ verstanden werden kann.<sup>85</sup> Er hinterfragt dabei dezidiert, ob und inwieweit der verfassungsrechtliche

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sich als Fundament einer ÜGR eignet und spricht sich für eine Nutzbarmachung einer ökonomischen Betrachtungsweise aus, die Überwachung aus dem Blickwinkel einer Kosten-Nutzen-Rechnung<sup>86</sup> dekliniert.<sup>87</sup> Er konkludiert, dass eine ÜGR – zumindest bis auf Weiteres – keine Saldierung der Kosten und des Nutzens von Überwachung und auch keine Bestimmung von deren zulässiger Höchstgrenze erbringen könne. Das gründe in dem Umstand, dass kein gemeinsamer Maßstab zur „Verrechnung“ bestehe, da die zu berücksichtigenden Faktoren – einerseits Eingriffskosten in Gestalt der Verletzung von Grundrechtssubstanz und andererseits der durch Überwachung – sich verfassungsrechtlich asymmetrisch zueinander verhielten.<sup>88</sup> Die Nutzenparameter seien nicht verfassungsrechtlich determiniert, die Kosten hingegen schon. Die Bestimmung des „Nutzens“ sei mithin keine Frage von Verfassungsrang, sondern stelle eine Zuschreibung durch den Gesetzgeber dar.<sup>89</sup> Eine ÜGR könne aber dazu genutzt werden, die Eingriffskosten von Überwachung systematisch und fortschreibungsfähig offen zu legen. Voraussetzung hierfür sei die Definition für eine konkrete Betrachtung verfassungsrechtlich verankerter Parameter zur Bestimmung der Eingriffsintensität für ausgewählte Überwachungsmaßnahmen, welche mit statistischen Daten (etwa zur Häufigkeit der Maßnahmen und zur Anzahl der betroffenen Personen) gestützt werden könne.<sup>90</sup> Die Überwachungsbelastung könne auf diese Weise zumindest repräsentativ ermittelt werden. Bei der Bestimmung der Parameter und auch bei der Auswahl der näher zu analysierenden Maßnahmen soll auf rechtstatsächliche Erkenntnisse in Form von Expertenwissen Rückgriff genommen werden.

Die äußerst differenzierten Überlegungen *Löffelmanns* zeigen auf, dass eine holistische ÜGR auf unüberwindbare methodische Probleme stoßen kann, wenn Wertungskriterien ohne Offenlegung ihrer Bedeutung und Folgeeffekte gegeneinander „verrechnet“ werden. Zudem wird das diagnostische Potenzial des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für skalierbare Gewichtungen aufbereitet. Ob die „Kosten-Nutzen-Abwägung“ – trotz aller Unschärfen im Detail – jedoch nicht wenigstens als gedankliches Hilfsmittel für die Strukturierung der einschlägigen Gewichtungsfaktoren zur Bestimmung der Eingriffsintensität hinreichen kann, bleibt offen. Uneingeschränkt zuzustimmen ist ihm im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Kumulation von Expertenwissen zur Bestimmung der Wertungsparameter und in Bezug auf die Erforderlichkeit der empirischen Grundierung des Instruments.

<sup>76</sup> *Pohle*, FfF-Kommunikation 2019, 37, 40 f.

<sup>77</sup> Zu den psychologischen Hintergründen ausführlich TAB-Bericht (Fn. 2), S. 27 ff., 199 ff.; mit guten Argumenten gegen eine Berücksichtigung *Löffelmann* (Fn. 17), S. 93 ff.; *Löffelmann* (Fn. 1), S. 6 f.: nicht skalierbar.

<sup>78</sup> So die Einordnung von *Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karabogal/Friedewald* (Fn. 1), S. 9.

<sup>79</sup> *Pohle*, FfF-Kommunikation 2019, 37, 41: Rechtfertigungsordnung im Überwachungsbereich werde „vom Kopf auf die Füße“ gestellt; in diese Richtung geht auch der Einwand von *Braun/Albrecht*, VR 2017, 151 (154), die an das Primat der Störerhaftung erinnern. Eine Überlastung von „Nichtstörern“ durch anlasslose Datensammlungen müsse daher weitgehend vermieden werden.

<sup>80</sup> Kritisch daher auch *Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karabogal/Friedewald* (Fn. 1), S. 9 f.

<sup>81</sup> Er lehnt sich an die jährliche „Umweltökonomische Gesamtrechnung“ (UGR) und die „Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung“ (VGR) an.

<sup>82</sup> *Starnecker* (Fn. 26), S. 373 ff.

<sup>83</sup> *Starnecker* (Fn. 26) S. 374.

<sup>84</sup> Dies wird insbesondere auch vom TAB-Bericht (Fn. 2), S. 227 ff. betont; zur Idee einer Folgenabschätzung auch *Bieker/Bremert/Hagendorff* (Fn. 18), S. 139 (148 f.); *Bremert* (Fn. 50), S. 4 ff.

<sup>85</sup> Umfassend *Löffelmann* (Fn. 17).

<sup>86</sup> Zu den methodischen Grundlagen dieser „ökonomischen Analyse“ *Löffelmann* (Fn. 17), S. 31 ff.

<sup>87</sup> *Löffelmann* (Fn. 17), S. 20 ff.

<sup>88</sup> Genauer zu den differenzierten Überlegungen *Löffelmann* (Fn. 17), S. 78 ff.

<sup>89</sup> *Löffelmann* (Fn. 17), S. 78.

<sup>90</sup> *Löffelmann* (Fn. 17), S. 95 ff.

#### IV. Dogmatische Probleme der Handhabarmachung der ÜGR

Die Frage, wie eine „juristische Rechnung“ aussehen kann, ist über den Weg der Methodenkritik zu beantworten. Ein Blick auf den Zusammenhang von Subsumtion und Rechtsanwendung kann aufzeigen, wo die Grenzen der herkömmlichen juristischen Methode in der Nutzarmachung für eine ÜGR liegen. An deren Stelle könnte sodann ein anders gelagertes Instrument treten, das mehr Flexibilität bietet (dazu V.).

##### 1. Rechtsanwendung im hermeneutischen Zirkel

Das Recht in Form der geschriebenen und tradierten Normen wirkt nicht deskriptiv, sondern präskriptiv:<sup>91</sup> es beschreibt demnach nicht, was Menschen oder Institutionen tatsächlich tun, sondern lediglich das, was Menschen oder Institutionen tun *sollen*.<sup>92</sup> Das wirkt sich auf die Methode aus. Rechtsanwendung als Methode<sup>93</sup> meint eine spezifische Form des semantischen Abgleichens: Durch „sprachlogische“ Schlüsse werden konkrete Lebenssachverhalte unter abstrakte Tatbestände gezogen („Subsumtion“).<sup>94</sup> Das funktioniert, weil die dafür herangezogenen Tatbestände i.d.R. als Konditionalprogramme („wenn-dann“-Schema) ausgestaltet sind. Nur wenn alle Tatbestandsmerkmale des erforderlichen Merkmalbündels vorliegen, wird die Rechtsfolge indiziert. Fehlt ein Merkmal, tritt die Rechtsfolge nicht ein. Tatbestände sind dabei keine analytischen Gebilde, die aus formal-abstrakten Begriffen zusammengesetzt wurden.<sup>95</sup> Indes muss man sich jeden Tatbestand als *interpretativ offen* vorstellen, soll heißen: die Tatbestandsmerkmale lassen sich nicht ausschließlich binnensystematisch verstehen; es bedarf hierfür eines externen Abgleichs. Erst durch diesen externen und zugleich *wertenden* Abgleich mit der Lebenswelt können die Tatbestandsmerkmale sowie der Tatbestand als Ganzes begrifflich ergänzt und ausgefüllt werden.<sup>96</sup> Der Jurist nutzt dabei die (natürliche) Sprache, um Worte (des Lebenssachverhalts) mit Worten (des Normtextes) in Relation zu

setzen („semantisch vermittelte Identität“<sup>97</sup>).<sup>98</sup> Der diesem Ergänzungs- und Deutungsakt zugrundeliegende Vorgang hat einen semantischen Kern („hermeneutischer Zirkel“<sup>99</sup>).<sup>100</sup> Der „Sinn der Norm“<sup>101</sup> ist dabei nicht bereits umfänglich in ihr selbst enthalten, sondern wird unter Einhaltung bestimmter Regeln („Auslegung“)<sup>102</sup> *erschaffen*. Schon „bevor“ der Rechtsanwender mit der Rechtsauslegung beginnt, bildet er Vorahnungen über die zu erkennende Sache („Vorverständnis“<sup>103</sup>).<sup>104</sup> Durch ein „Abschreiten des sprachlichen Feldes“<sup>105</sup> begreift er sodann den Sachverhalt sukzessive durch tieferes Verstehen des Normtextes und die Bedeutung des Normtextes nach und nach durch tieferes Verstehen des Sachverhalts auf einer jeweils anderen, höheren gedanklichen Stufe. Die angestrebte Erkenntnis schraubt sich auf diese Weise „wie eine Spirale“ in die Höhe.<sup>106</sup> Rechtsanwendung gleicht dadurch (auch) einem schöpferischen Akt.<sup>107</sup>

So nebulös – und bis heute nicht umfassend ergründet – der Rechtserkenntnisprozess abläuft, zeigt er einen Umstand deutlich auf: Subsumtion stellt keine naturwissenschaftliche Deduktion dar, die „richtige“ und im empirischen Sinne falsifizierbare Ergebnisse erzeugen kann. Es handelt sich vielmehr um eine regeltreue (Be-)Wertung des Zusammenpassens (oder eben: Nicht-Zusammenpassens) von abstraktem Normsatz und konkretem Lebenssachverhalt.<sup>108</sup> Rechtsanwendung kann folglich keine empirischen Aussagen über die Wirklichkeit treffen; sie erliegt methodisch einem „*reality fail*“. Die Methodenlehre des Rechts zeigt zwar Wege „vom“ und „zum“ Recht,<sup>109</sup> und damit auch, wie das „Leben“ ins Recht „hineinpasst“ – sie bleibt letzten Endes aber zirkulär.

##### 2. Grenzen der Hermeneutik

Erhebliche Hindernisse gründen nicht nur darin, dass Subsumtion ausschließlich (auch-subjektive) Bewertungen generiert. Die Ergebnisse eines Subsumtionsprozesses sind zudem stets *binär*: „Tatbestandsmerkmal liegt vor / liegt nicht vor“, „Vertrag ist wirksam / ist nicht wirksam“;

<sup>91</sup> Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. (2012), S. 2.

<sup>92</sup> Zippelius (Fn. 91) S. 5; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. (1972), S. 36 f.; Rühers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 12. Aufl. (2022), Rn. 95.

<sup>93</sup> Umfassend zur nachfolgenden Methodendiskussion Gerson, in: Hirsch/Klinge (Hrsg.), Zur Wertfreiheit verpflichtet? Gegenwärtige Bedeutung und Berechtigung des Postulats einer wertfreien Wissenschaft (im Erscheinen).

<sup>94</sup> Statt vieler Esser (Fn. 92), S. 48 ff.

<sup>95</sup> Hassemer, Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968, S. 44.

<sup>96</sup> Hassemer (Fn. 95), S. 109.

<sup>97</sup> Zippelius (Fn. 91), S. 79.

<sup>98</sup> Gröschner, JZ 1982, 622 (623).

<sup>99</sup> Instruktiv Hassemer (Fn. 95); Arth. Kaufmann, in: GdS Armin Kaufmann, 1989, S. 1 (4); gegen das Bild des Zirkels Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), S. 28.

<sup>100</sup> Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 1 (14 ff.). Grundlegend zur Hermeneutik Gadamer, Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 4. Aufl. (1975); Esser (Fn. 92); vgl. auch Gröschner, JZ 1982, 622 ff.; instruktiv Neumann, in: Hassemer (Hrsg.), Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag (1984), S. 49 ff.; Gizbert-Studnicki, Rechtstheorie 18 (1987) 344.

<sup>101</sup> Gemeint ist nicht allein das Telos, sondern – quasi vorgelagert – der semantische Sinn des Tatbestands.

<sup>102</sup> Die „klassischen“ Methoden hierfür sind die Betrachtung des Wortlauts, der Systematik, der Gesetzesgeschichte sowie von Sinn und Zweck der Vorschrift; ausführlich Zippelius (Fn. 91), S. 35 ff. m.w.N.

<sup>103</sup> Gizbert-Studnicki, ARSP 73 (1987), 476.

<sup>104</sup> Das Vorverständnis ist das „Lebensverhältnis des Verstehenden zu der zu verstehenden Sache“, unter der Prämisse, dass der Verstehensprozess zeitlich verzögert bzw. wechselbezüglich verläuft und es zu einem Abgleich zwischen dem Grad des bereits Verstandenen und dem Grad des noch zu Verstehenden kommen muss, vgl. Gizbert-Studnicki, ARSP 73 (1987), 476, 477 m.w.N.; Larenz/Canaris (Fn. 99), S. 29; s.a. Esser (Fn. 92), S. 110: Sammlung aller Erfahrungen des Rechtsanwenders.

<sup>105</sup> Hassemer (Fn. 95), S. 72.

<sup>106</sup> Hassemer (Fn. 95), S. 106.

<sup>107</sup> Dreier (Fn. 100), S. 1, 50; Haft, in: Hassemer (Hrsg.), Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag (1984), S. 91 (94); Rühers/Fischer/Birk (Fn. 92), Rn. 159; Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. (2020), Rn. 237; Esser (Fn. 92), S. 18; zur Rechtsanwendung als „Rechtserkenntnis“ Braun, RphZ 2020, 40 (50 ff.).

<sup>108</sup> Um „das Leben“, das es für die Subsumtion bedarf, zu erhalten, braucht es des juristischen Verfahrens (d.h. des Prozesses). Das materielle Recht allein bietet keine Hilfestellung für die Ermittlung der Lebensstatsachen, sondern lediglich für deren Bewertung.

<sup>109</sup> Michael, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme, 1997, S. 21.

„Maßnahme ist rechtmäßig / ist rechtswidrig“. Dieser binäre Charakter der Subsumtionsresultate lässt keine graduelle Einordnung der Ergebnisse („liegt eher vor / liegt weniger vor“) zu. Das ist der Methode immanent, denn entweder lässt sich ein Lebensumstand subsumieren, oder eben nicht.<sup>110</sup> Die Konsequenz daraus ist, dass eine qualitative Abstufung *mithilfe des Syllogismus* weder erzeugbar, noch darstellbar ist.<sup>111</sup> Der „hermeneutische Zirkel“ hinter der Subsumtion gerät daher an absolute methodische Grenzen, wenn es um die Ausfüllung von Generalklauseln oder um den Vergleich der Wirkungen von Rechtsnormen untereinander geht.

Generalklauseln (u.a. „Sittenwidrigkeit“, „Treu und Glauben“, „Gebotenheit“, aber auch: „Verhältnismäßigkeit“) stellen keine typischerweise in Form eines Konditionalprogramms darstellbaren Schemata dar.<sup>112</sup> Vielmehr handelt es sich um Tatbestände mit mindestens einem „offenen Wertungsbegriff“. <sup>113</sup> Dieser bedarf der *Konkretisierung*.<sup>114</sup> Sodann müssen zur Handhabarmachung der Generalklausel *bereits erfolgte* Subsumtionen – in Form einer quasi-kasuistischen Näherung – miteinander in Beziehung gesetzt werden („Abwägung“).<sup>115</sup> Dieser Abwägungsvorgang kann nicht erneut mithilfe von Subsumtion erfolgen, da dieser Methode der *gewichtende* Charakter fehlt. Subsumtion versagt demnach als Methode, wenn es darum geht, eine Aussage über die *Qualität* einer Maßnahme zu treffen (Intensität, Folgenschwere, Verhältnismäßigkeit), da die Feststellung des Vorliegens der Einzelmerkmale nur den Rechtsfolgenbefehl auslöst, nicht aber dessen Wirkung klassifiziert. Da Subsumtion zudem nicht geeignet ist, empirische Aussagen über die Lebenswelt zu deduzieren oder zueinander in Beziehung zu setzen, kann auch kein Vergleich etwaiger interdependenter Rechtswirkungen *verschiedener Tatbestände untereinander* erfolgen. Hierfür fehlt es der Subsumtionsmethode an der Befähigung zur Erfassung von *Quantität*.

### 3. Ergo: Subsumtion ist nicht die richtige Methode für eine ÜGR

Das typische Konditionalprogramm eines Tatbestands setzt das Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale voraus, um die Rechtsfolge zu induzieren. Fehlt ein Merkmal, tritt die Rechtsfolge nicht ein. Diese Vorgehensweise versagt, wenn es darum geht, eine Aussage über die *graduelle*

*Qualität* einer Maßnahme zu treffen (Intensität, Folgenschwere, Verhältnismäßigkeit), da die Feststellung des Vorliegens der Einzelmerkmale nur den Rechtsfolgenbefehl auslöst, nicht aber dessen Wirkung klassifiziert. Für die Durchführung *quantitativer Vergleiche* fehlt es der Subsumtionstechnik zudem an empirischer Grundierung.

Was demnach nicht Ergebnis einer Subsumtion sein kann, sind Bewertungen in der Art der Beurteilung eines „eher leichten“ oder „eher schweren“ sowie eines „geringfügigen“ oder „intensiven“ bzw. „tiefgreifenden“ behördlichen Eingriffs. Diese Bewertungen sind gerade nicht mithilfe der Subsumtionstechnik generiert worden, denn diese kann allenfalls feststellen, *ob* ein Eingriff vorliegt und *ob* dieser Recht(e) verletzt. Wie „intensiv“ die Verletzung ist, stellt hingegen eine nachgelagerte und erneut vergleichende Bewertung dar. Diese erfolgt entweder unsystematisch-intuitiv, oder aber mittels empirischer Unterfütterung. Insofern das *BVerfG* daher in seiner Rechtsprechung regelmäßig auf klassifikatorische Maßstäbe wie „geringe“ oder „geringfügige“,<sup>116</sup> „erhebliche“<sup>117</sup> oder „besonders intensive“<sup>118</sup> Grundrechtseingriffe abstellt,<sup>119</sup> darf diese Kasuistik trotz aller Griffigkeit nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie auf einer Bewertungsebene „über“ bzw. „nach“ der Subsumtion angelegt ist.<sup>120</sup> Insofern diese Klassifikation als „zweite Verhältnismäßigkeitsprüfung“ fungieren soll, fehlt es ihr (noch) an einer nachvollziehbaren Systematik.<sup>121</sup> Es stellt insofern zwar keine Besonderheit dar, dass in einem Rechtssystem nicht alle Entscheidungen aus einem geschlossenen System von Normen durch Subsumtionsschlüsse abgeleitet werden können.<sup>122</sup> Dann aber muss die alternativ angewendete Methode transparent gemacht und systematisch angewendet werden.

### V. Heranziehung eines „beweglichen Systems“ zur Erstellung einer Vergleichsmatrix

Die Hindernisse, die eine „Berechnung“ im Rahmen einer ÜGR, bereitet, sind herausgeschält worden. Anstelle der „gewöhnlichen“ Subsumtion müssen für die Anwendung der ÜGR solche Methoden genutzt werden, die sowohl *qualitative Gewichtungen* als auch *qualitativ-quantitative Vergleiche* ermöglichen. Gleichwohl muss die Gesamtmethode eine juristische bleiben – und nicht etwa eine rein

<sup>110</sup> So deutlich auch *Westerhoff*, Die Elemente des Beweglichen Systems, 1991, S. 17.

<sup>111</sup> Zu unterscheiden ist hiervon die Möglichkeit, Sachverhalte als „mehr“ oder „weniger“ angemessen, verhältnismäßig, geboten etc. zu bezeichnen.

<sup>112</sup> Vgl. nur *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. (1991), S. 583; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 26.

<sup>113</sup> Zum Teil auch „unbestimmter Wertbegriff“ oder „offen normativer Begriff“, vgl. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 92), Rn. 183; *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (664).

<sup>114</sup> *Kamanabrou* AcP, 2002, 662, (670) m.w.N.

<sup>115</sup> Instrukтив *Kamanabrou*, AcP 2002, 662 (672 ff.).

<sup>116</sup> U.a. *BVerfG*, NJW 2008, 1505 (1508) – (beschränkte) KFZ-Kennzeichenkontrolle; NJW 1985, 121 (123) – Briefkontrolle.

<sup>117</sup> *BVerfG*, NJW 2008, 39 (40 f.) – Verbot eines Romans; NJW 2019, 827 (834) – KFZ-Kennzeichenkontrolle zur Fahndung.

<sup>118</sup> *BVerfG*, NSTZ 2021, 348 (351) – „elektronischen Fußfessel“.

<sup>119</sup> Umfassender Überblick zu allen Termini bei *Löffelmann* (Fn. 17), S. 21 ff. m.w.N.

<sup>120</sup> Treffend *Westerhoff* (Fn. 110), S. 64: „[...] Abwägen [ist] etwas ganz anderes [...] als Ableiten oder Deduzieren.“

<sup>121</sup> Am ehesten handelt es sich hierbei um ein sog. „komparatives System“. Komparative Systeme bestehen aus Elementen, deren rechtliche Gewichtung nicht starr feststeht, sondern mit Hilfe von Steigerungsformen („je mehr ..., desto ...“) ermittelt wird; dazu instruktiv *Michael* (Fn. 109), S. 262 ff. Ein spezifischer Unterfall dieser „komparativen Systeme“ ist das sog. „bewegliche System“ (dazu V.).

<sup>122</sup> An diesem Umstand knüpfen unter anderem der Typusbegriff (vgl. *Hempel/Oppenheim*, Der Typusbegriff im Lichte der neueren Logik, 1936; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 34; *Larenz*, in: FS Wilburg, 1975, S. 217 ff.), die Topik-Lehre (vgl. *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. [1974]) sowie die Lehre von den Rechtsprinzipien an (vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm, 4. Aufl. [1990], S. 87 ff. sowie *Alexy*, Rechtstheorie 1979, 59 ff.); vgl. auch *von Hippel*, Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen, 1942, S. 30 ff.

sozialwissenschaftliche oder statistische, da die ÜGR ansonsten von den (auch) zur Überprüfung berufenen Juristen nicht mehr nachvollzogen werden könnte.

Eine denkbare Lösung wäre die Nutzbarmachung einer der Subsumtion zumindest artverwandten, rechtstheoretisch allerdings leicht differenzierten Methode, die es zulässt, neben der starren Abarbeitung eines (Konditional-)Schemas eine – „über“ dem Tatbestand angesiedelte – fluide Bewertung von Umständen zu vollziehen (sog. „bewegliches System“). Zusätzlich bedarf es einer – zumindest „mathematisiert“ grundierten – Visualisierungsform, um die vorgenommenen Gewichtungen darstellen zu können (sog. „Vergleichsmatrix“).

### 1. Grundlagen des „beweglichen Systems“

#### a) Methode und Anwendungsbereich

Für die Bewältigung qualitativ-quantitativer Abwägungsvorgänge zeigt sich die methodische Denkfigur des sog. „beweglichen Systems“ als besonders geeignet.<sup>123</sup> Entscheidendes Charakteristikum eines „beweglichen Systems“ ist, dass auf die Bildung fester Tatbestände verzichtet wird. Um die Bewertung eines (Rechts-)Umstands zu ermöglichen, wird stattdessen zunächst eine Ansammlung von „Elementen“<sup>124</sup> gebildet, bei deren vollständigem Vorliegen zwar auf jeden Fall eine Bejahung des zu gewichtenden Umstands anzunehmen ist. Die einzelnen Elemente sind jedoch – anders als in festen Tatbeständen – wechselseitig austauschbar und ergänzen sich gegenseitig.<sup>125</sup> Sie können zudem mithilfe von Gewichtungen oder Schweregraden indiziert werden. Ein einzelnes Element der Ansammlung kann dabei so ausgeprägt vorliegen, dass sich schon hieraus die Rechtsfolge bzw. das Ergebnis einer Bewertung ergibt („kompensatorisches Zusammenspiel der Elemente“).<sup>126</sup> Bei der Bestimmung dieses Wechselspiels aus Flexibilität und Fungibilität kann weitgehend offen („freie Abwägung“<sup>127</sup>) berücksichtigt werden, in welcher Gewichtung und in welchem Schweregrad ein Merkmal auftritt. Die „Beweglichkeit“ der Elemente ist damit eine dreifache: Zunächst muss es sich um graduell erfüllbare Merkmale handeln (oder aber mindestens ein graduell erfüllbares Merkmal vorliegen). Zudem muss

auch die Verknüpfung von Voraussetzung und Rechtsfolge bei den „beweglichen Systemen“ gradueller Natur sein,<sup>128</sup> d.h. auch die Rechtsfolge / der Rechtszustand muss sich im Schweregrad abstufen lassen. Zuletzt wird der Grad der Erfüllung der Merkmale nicht an einem starren Grenzwert zwischen rechtlicher Relevanz bzw. Irrelevanz bestimmt, sondern zeigt sich erst aus dem Zusammentreffen mit dem jeweiligen Stärkegrad der Erfüllung anderer Merkmale. Ein bereits bestehender und auch in der Rechtsprechung etablierter Anwendungsfall für ein „bewegliches System“ ist die Prüfung der „Sittenwidrigkeit“ i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB.<sup>129</sup> Die Annahme der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ergibt sich regelmäßig erst aus der Bewertung des Zusammenwirkens mehrerer Faktoren (sog. „Summenwirkung“).<sup>130</sup>

Das „bewegliche System“ wirkt somit nicht auf das Konditionalschema der Tatbestandsebene ein, sondern bietet eine argumentative Hilfestellung für die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Generalklauseln in Tatbeständen oder für die graduelle Bewertung von (Rechts-)Umständen „über“ Tatbeständen.<sup>131</sup> Wichtig ist daher – schon aus Gründen der rechtssicheren Anwendung –, dass bei der Etablierung eines „beweglichen Systems“ nicht die bestehenden Tatbestandsmerkmale einer Vorschrift flexibilisiert werden.<sup>132</sup> Diese sind weiterhin *lege artis* zu subsumieren, müssen also weiterhin vollständig als gegeben feststehen – ansonsten befände man sich im methodisch „freien Fall“ völliger Willkür- und Beliebigkeit. Stattdessen wird, sofern tatbestandlich oder quasi-tatbestandlich eine zusätzliche generalklauselartige Gesamtbetrachtung erforderlich ist, eine weitere Ebene, nämlich die der Systemelemente, „über die Norm“ gelegt. Diese Systemelemente werden nach der Subsumtion gegeneinander „verrechnet“. Die Innovation des „beweglichen Systems“ im Vergleich zum althergebrachten Konditionalprogramm liegt damit in der Modifikation der Verknüpfung von (quasi-)tatbestandlichen Voraussetzungen, die es gesondert zu bestimmen gilt, und Rechtsfolge, die dadurch nicht mehr ausschließlich binär produziert (wird), sondern graduelle Stufungen zulässt. Die kategoriale Folge: An die Stelle der „Wenn-dann-Beziehung“ zwischen Tatbestand und Rechtsfolge des Konditional-

<sup>123</sup> Hierzu erstmals ausführlich *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1951; *Wilburg*, AcP 1964, 346 ff.; darauf aufbauend und zum Teil fortbildend *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, 74 ff.; *Mayer-Maly*, in: Bydliński u.a. (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 117 ff.; *Westerhoff*, Die Elemente des Beweglichen Systems, 1991; *Schmoeckel*, AcP 1997, 1 (28); *Michael*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme, 1997; *Petersen*, Unternehmenssteuerrecht und bewegliches System, 1999; aus neuerer Zeit *Maurer*, Das Bewegliche System zur Konkretisierung der Sittenwidrigkeit bei § 826 BGB, 2017; *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, BGB, 16. Aufl. (2017), § 138 Rn. 120; *Paas*, Das bewegliche System. Zur Karriere einer juristischen Denkfigur, 2021; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. (2021), § 138 Rn. 44 ff.; *Jakl*, in: BeckOGK, (Stand: 1.4.2022), § 138 Rn. 98 ff. Kritische Stimmen u.a. bei *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. (1991), Rn. 230 ff.; *Reinhardt*, AcP 1943, 147, 167 ff.; *Esser*, RabelsZ 18 (1953), 165, 166 f.; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 228 Rn. 12. Der Gedanke der „übergeordneten Prinzipien“ wurde zeitlich vor *Wilburg* bereits durch *Hippel* (Fn. 122), S. 30 ff. thematisiert.

<sup>124</sup> Zum Teil auch als „Faktoren“, „Wertungskriterien“, „Prinzipien“, „Merkmale“ oder „Kategorien“ bezeichnet.

<sup>125</sup> *Westerhoff* (Fn. 110), S. 18; *Petersen* (Fn. 123), S. 27: „Ranglosigkeit und Fungibilität“ der Elemente.

<sup>126</sup> *Petersen* (Fn. 123), S. 28.

<sup>127</sup> *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 64; zur sog. „Basiswertung“ *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung, 1977, S. 204 ff.

<sup>128</sup> Der Unterschied zu gewöhnlichen Tatbeständen liegt also nicht im Wesen der Voraussetzungen, sondern in der Art der Verknüpfung mit der Rechtsfolge; so auch *Michael* (Fn. 109), S. 52.

<sup>129</sup> *BGH*, NJW 1956, 337; *NJW* 1957, 1274; *NJW* 1986, 2564; *NJW* 1995, 2635, 2636; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, § 138 Rn. 45; *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, BGB, § 138 Rn. 120. Einzelne Elemente bei § 138 BGB sind u.a. (1) ein auffälliges Leistungsverhältnis, (2) die verwerfliche Gesinnung (3), die objektive Ausnutzung einer Machtposition sowie (4) die Freiheitsbeschränkung und/oder Gefährdung Dritter; zum Beispiel des § 254 BGB vgl. *Michael* (Fn. 109), S. 71 ff.; zu § 826 BGB *Maurer* (Fn. 123), S. 123 ff. *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, BGB, § 138 Rn. 120.

<sup>130</sup> *Westerhoff* (Fn. 110), S. 64.

<sup>132</sup> So auch besonders betont von *Michael* (Fn. 109), S. 74 f.

programms tritt eine „Je-desto-Verknüpfung“ der Elemente mit der Rechtsfolge.<sup>133</sup> Mithilfe der Denkfigur des beweglichen Systems lassen sich daher einzelne Parameter einer *übergeordneten* Wertung von Einzelumständen gewichten und miteinander in Beziehung setzen. Es dient damit als methodisches Hilfsmittel für die systematisch nachvollziehbare<sup>134</sup> *graduelle* Gewichtung des Vorliegens eines zu beurteilenden Umstands „über“ der Norm.

#### b) Anwendung des „Beweglichen Systems“ auf eine ÜGR

Die Denkfigur des „beweglichen Systems“ ist nicht deckungsgleich auf Überwachungsbefugnisnormen übertragbar, da diese nicht (stets) als Generalklauseln ausgestaltet sind und auch keine Vergleichsprozesse vorbereiten sollen.<sup>135</sup> Zudem liegt das Ziel einer ÜGR nicht darin, eine „neue“ Auslegungsmethode für die Subsumtion von Ermächtigungsgrundlagen bereitzustellen. Geht es allerdings darum, die *Eingriffsintensität* einer Maßnahme (sprich: deren auch folgenorientierte Verhältnismäßigkeit) bzw. die des Zusammenspiels eines ganzen Maßnahmenflechts („doppelte Verhältnismäßigkeit“) zu bewerten, handelt es sich um einen *qualitativ* und *quantitativ gewichtenden Abwägungsvorgang*. Hierfür kann das methodische Handwerkszeug des „beweglichen System“ nutzbar gemacht werden.

Hierfür sind zunächst *Wertungskriterien* (bzw. Faktoren, Elemente) „über“ den entsprechenden sicherheitsrechtlichen Überwachungsbefugnisnormen zu bestimmen. Nach der Sammlung der Wertungskriterien kann – als zweiter Schritt – eine Gewichtung der Faktoren untereinander erfolgen, anhand derer abstrakt die Eingriffsintensität für jede Überwachungsmaßnahme „berechnet“ werden kann.<sup>136</sup> Es ist demnach festzulegen, welches dieser Wertungskriterien in der Gesamtschau schwerer wiegt im Hinblick auf die (Gesamt-)Eingriffsintensität der Überwachung und welches weniger schwer wiegt.

Zur Veranschaulichung folgt ein konkretes Umsetzungsbeispiel mit selbstgewählten und beliebig erweiterbaren Faktoren. Der Vorschlag möchte die Gewichtung möglichst simpel ausgestalten und die bereits durch die Rechtsprechung verfestigte Dreistufigkeit der Bewertung der In-

tensität von Grundrechtseingriffen („geringfügig – von einigem Gewicht – tiefgreifend“) beibehalten. Die Umsetzung erfolgt anhand eines Vervielfältigungsfaktors (einfache, doppelte oder dreifache Gewichtung). Wertungskriterien mit höherem Faktor sind sowohl aus rechtsdogmatischer Sicht als auch in der Wahrnehmung des Bürgers bereits in abstrakter Betrachtung als „bedeutsamer“ einzu-stufen.<sup>137</sup>

Unter anderem sind die nachfolgenden Wertungskriterien mit Gewichtung denkbar, wobei eine Kategorisierung in „Kosten der Überwachung“ und „Nutzen der Überwachung“ erfolgt.<sup>138</sup> Hierdurch wird dem Spannungsverhältnis aus „Sicherheit und Freiheit“ Rechnung getragen, indem sowohl Nachteile als auch erwünschte Effekte der Überwachung in die Bewertung der Belastung eingepreist werden.

#### „Kosten“ der Überwachung:

- Grundrechtssensibilität<sup>139</sup> der Maßnahme (Faktor 3)
- Dauer der Maßnahme (Faktor 2)
- Häufigkeit der Maßnahme (Faktor 3)
- Streubreite der Maßnahme<sup>140</sup> (Faktor 2)
- erfasstes und generiertes Datenvolumen (Faktor 1)
- (Un-)Vorhersehbarkeit des Betroffenseins / Heimlichkeit der Maßnahme<sup>141</sup> (Faktor 3)
- Anschlussverwendung der generierten Daten<sup>142</sup> (Faktor 2)
- [...]

#### „Nutzen“ der Überwachung

- Effektivierung der Kriminalitätsbekämpfung<sup>143</sup> (Faktor 3)
- Erhöhung der gesellschaftlichen Freiheit(en) durch (Ab-)Sicherung<sup>144</sup> (Faktor 2)

Kein „Nutzen“, aber ein die Belastung mindernder Faktor sind

- grundrechtsschützende Verfahrensregelungen und ein effektiver Rechtsschutz gegen die Maßnahme (Faktor 3)

<sup>133</sup> Michael (Fn. 109), S. 51; Petersen (Fn. 123), S. 28; Maurer (Fn. 123), S. 77.

<sup>134</sup> Vgl. Westerhoff (Fn. 109), S. 93: Die Anwendung dieser Denkfigur ermögliche es, „Wertungen methodisch bewußt zu vollziehen, wo wir bisher rein gefühlsmäßig arbeiten mußten.“

<sup>135</sup> Zudem geht es nicht um die methodische Auslegung der Ermächtigungsgrundlage, sondern um die Erstellung einer ÜGR, d.h. die Bewertung der *Folgen* der Überwachungsmaßnahme.

<sup>136</sup> Zur Bestimmung des abstrakten Gewichts der durch eine Norm geschützten Belange Reimer (Fn. 107), Rn. 542.

<sup>137</sup> A.A. natürlich vertretbar; es handelt sich lediglich um eine beispielhafte Gewichtung zur Illustration.

<sup>138</sup> Angelehnt an Löffelmann (Fn. 17), S. 45 ff. m.w.N. zur Rechtsprechung; vgl. aber auch den Katalog in EGMR (GK), Big Brother Watch u.a./Vereinigtes Königreich, Urt. v. 25.5.2021, Nr. 58170713, 62322/14, 24960/15, § 361; s.a. Hornung, in: Albers/Weinzierl (Hrsg.), Menschenrechtliche Standards in der Sicherheitspolitik, 2010, S. 65 (74), der zudem u.a. die „Dauer der zeitlichen Überschneidung der Anwendung“, die „Betroffenheit höchstpersönlicher Kommunikation“, das „Bestehen persönlicher Vertrauensverhältnisse“, die Erfassung von Ton und- / oder Bild sowie die von „Rückzugsräumen“ i.S.v. Art. 13 GG einbezieht.

<sup>139</sup> Gemeint ist: wie viele und welche Grundrechte sind betroffen, Eingriff in welche „Sphäre“ etc.

<sup>140</sup> Dazu Braun/Albrecht, VR 2017, 151 (153) m.w.N.: eine hohe Streubreite bewirke auch einen erheblichen Einschüchterungseffekt.

<sup>141</sup> Zu deren Bedeutung auch Hefendehl, in: FS Wolter, 2013, S. 729 (741); Braun/Albrecht, VR 2017, 151; Heckmann/Paschke (Fn. 4), § 103, Rn. 45.

<sup>142</sup> Instruktiv hierzu Löffelmann, GSZ 2019, 16 ff. m.w.N.: zweckändernde Datenverwendung als „neuer Eingriff“.

<sup>143</sup> Hierzu TAB-Bericht (Fn. 2), S. 17.

<sup>144</sup> Zu diesem – umstrittenen – Effekt auch TAB-Bericht (Fn. 2), S. 14.

An dieser Stelle ist besonders deutlich zu machen, dass sowohl die Wertungskriterien als auch deren mögliche Gewichtung und deren jeweiliger Erfüllungsgrad lediglich *exemplarisch* zu verstehen sind, um den Mechanismus des beweglichen Systems in einer ÜGR verdeutlichen zu können. Die hiesige Auswahl und Gewichtung ist daher – bewusst – *subjektiv* und *in keiner Weise verbindlich*.

c) „Berechnung“ und Visualisierung: „Vergleichsmatrix“

Nach der Gewichtung der Einzelfaktoren für jede Einzelmaßnahme (*qualitative Gewichtung*) lässt sich auch der Vergleich der Gewichtungen untereinander und als Gesamtheit bewerkstelligen (*qualitativ-quantitativer Vergleich*). Da ein Vergleich von qualitativen und quantitativen Kriterien nicht direkt möglich ist, muss ein weiteres Instrument zwischengeschaltet werden.

Nutzbar gemacht werden kann hierfür ein Vergleichstool aus der Betriebswirtschaftslehre (genauer: der Materialbeschaffung). Etabliert hat sich für vergleichbare Abwägungs-/Vergleichsprozesse in diesem Bereich eine sog. Beschaffungsmatrix.<sup>145</sup> Bei „der“<sup>146</sup> Beschaffungsmatrix

werden qualitative und quantitative Kriterien in einer Tabelle gegenübergestellt. Die verschiedenen Kriterien unterliegen dabei einer übergeordneten Gewichtung. Maßstab für die Gewichtung ist auch hier die Bedeutung, die dem einzelnen Entscheidungsgesichtspunkt bei der Verwirklichung der Beschaffungsziele vorab zuerkannt wird.<sup>147</sup> Zusätzlich wird die Bewertung ausdifferenziert, indem der „Erfüllungsgrad“ des jeweiligen Merkmals angegeben wird, d.h. „wie sehr verwirklicht das Prüfobjekt das angelegte Kriterium“?

Für die „Kostenseite“ wird eine positive Skala von „0“ (überhaupt keine Erfüllung) bis „5“ (vollkommenen Erfüllung) gewählt.<sup>148</sup> Die negative Skalierung („-5“ bis „0“) dient dazu, erwünschte Wirkungen der Überwachung (d.h. den „Nutzen“), abzubilden, u.a. Effektivierung der Kriminalitätsbekämpfung, Erhöhung der gesellschaftlichen Freiheit durch (Ab-)Sicherheit etc., die den „Score“ wieder verringern. Unter „Sonstiges“ können weitere, die Belastung erhöhende oder mindernde Faktoren eingestellt werden („-5“ bis „+5“). Im Zusammenspiel mit den gefundenen Wertungskriterien sowie den indizierten Gewichtungen entsteht folgende – weiterhin beispielhafte – Schablone:

		Maßnahme 1	Maßnahme 2	Maßnahme 3	[...]
<b>Wertungskriterium</b>	<b>Gewichtungsfaktor (1 bis max. 3)</b>	<b>Erfüllungsgrad (-5 – +5)</b>	<b>Erfüllungsgrad (-5 – +5)</b>	<b>Erfüllungsgrad (-5 – +5)</b>	
		Summe	Summe	Summe	
<b>„Kosten“ der Maßnahme</b>		<b>(0 bis 5)</b>	<b>(0 bis 5)</b>	<b>(0 bis 5)</b>	
• Grundrechtsintensität	3				
• Dauer d. Maßnahme	2				
• Häufigkeit d. Maßnahme	3				
• Streubreite	2				
• Datenvolumen	1				
• (Un-)Vorhersehbarkeit	3				
• Anschlussverwendung	2				
• [...]					
<b>„Nutzen“ der Maßnahme</b>		<b>(-5 bis 0)</b>	<b>(-5 bis 0)</b>	<b>(-5 bis 0)</b>	
• Kriminalitätsbekämpfung	3				
• „Sicherheitsgefühl“	2				
• [...]					
<b>Sonstiges</b>		<b>(-5 bis 5)</b>	<b>(-5 bis 5)</b>	<b>(-5 bis 5)</b>	
• Verfahrensegelungen und Rechtsschutz	3				
• [...]					

<sup>145</sup> Vgl. ferner die ebenfalls visualisierende, aber auf einem kartesischen Koordinatensystem aufbauende „Abwägungsmatrix“ bei Löffelmann (Fn. 17), S. 70 ff.

<sup>146</sup> Es existieren zahlreiche, je nach Ausrichtung leicht veränderte Methoden. Instruktiv zu unterschiedlichen Beschaffungs-Portfolios und anderen Management-Techniken Arnolds/Heegel/Röh/Tussing, Materialwirtschaft und Einkauf, 13. Aufl. (2016), S. 21 ff.

<sup>147</sup> Damit „denkt“ die Beschaffungsmatrix ähnlich wie das „Bewegliche System“ und ergänzt dessen Konstruktion.

<sup>148</sup> Selbstverständlich wäre auch jede andere Skalierung (z.B. 0 bis 10) denkbar. Ebenfalls für eine fünfstufige Skalierung spricht sich Löffelmann, GSZ 2019, 16 (21) aus (hier in Bezug auf die Schutzwürdigkeit von Daten).

## d) Erstellung einer ÜGR

In Kombination aus dem juristischen Gewichtungsprozess des beweglichen Systems und dem visualisierenden Vergleichsprozess der Beschaffungs-Matrix lässt sich für die Bewertung der Eingriffsintensität von Sicherheitsgesetzen bzw. Überwachungsmaßnahmen sodann exemplarisch

risch eine ÜGR erstellen. Hierfür werden die zu untersuchenden Vorschriften mithilfe der erstellten Schablone dekliniert. Dabei ist das Erreichen einer *niedrigen Punktzahl* ein Indikator für eine geringe Eingriffsintensität, eine hohe Punktzahl indiziert eine hohe Eingriffsintensität. Dazu folgendes Beispiel:<sup>149</sup>

Wertungskriterium	Gewichtungsfaktor (1 bis max. 3)	TKÜ (§ 100a StPO)		Online-Durchs. (§ 100b StPO)		VE § 110a StPO		[...]
		Erfüllungsgrad (-5 – +5)	Summe	Erfüllungsgrad (-5 – +5)	Summe	Erfüllungsgrad (-5 – +5)	Summe	
<b>„Kosten“ der Maßnahme</b>		<b>(0 bis 5)</b>		<b>(0 bis 5)</b>		<b>(0 bis 5)</b>		
• Grundrechtsintensität	3	4	12	4	12	5	15	
• Dauer d. Maßnahme	2	3 <sup>150</sup>	6	3 <sup>151</sup>	6	5 <sup>152</sup>	10	
• Häufigkeit d. Maßnahme	3	1	3	3	9	4	12	
• Streubreite	2	3	6	3	6	5	10	
• Datenvolumen	1	5	5	5	5	1	1	
• (Un-)Vorhersehbarkeit	3	1	3	3	9	2	6	
• Anschlussverwendung	2	2	4	2	4	2	4	
• [...]								
<b>Ergebnis „Kosten“ (max. 80)</b>			<b>39</b>		<b>51</b>		<b>58</b>	
<b>„Nutzen“ der Maßnahme</b>		<b>(-5 bis 0)</b>		<b>(-5 bis 0)</b>		<b>(-5 bis 0)</b>		
• Kriminalitätsbekämpfung	3	- 3 <sup>153</sup>	- 9	- 5 <sup>154</sup>	- 15	- 4	- 12	
• „Sicherheitsgefühl“	2	0 <sup>155</sup>	0	0	0	0	0	
• [...]								
<b>Sonstiges</b>		<b>(-5 bis 5)</b>		<b>(-5 bis 5)</b>		<b>(-5 bis 5)</b>		
• Verfahrensregelungen und Rechtsschutz	3	- 2 <sup>156</sup>	- 6	- 2 <sup>157</sup>	- 6	0 <sup>158</sup>	0	
• [...]								
<b>Abzug (max. - 40)</b>			<b>- 15</b>		<b>- 21</b>		<b>- 12</b>	
<b>Ergebnis</b>			<b>24</b>		<b>30</b>		<b>46</b>	

<sup>149</sup> Erneut ist darauf hinzuweisen, dass sich um eine gewillkürte Darstellung handelt, um die Methode zu illustrieren. Weder die gewählten Wertungskriterien noch deren Gewichtung oder Erfüllungsgrad sind empirisch belegt oder verbindlich.

<sup>150</sup> Vgl. § 100e Abs. 1 S. 4 u. 5 StPO.

<sup>151</sup> Vgl. § 100e Abs. 1 S. 4 u. 5 StPO.

<sup>152</sup> Vgl. § 110b Abs. 1 S. 3 StPO: zwar „zu befristen“, aber dennoch unbegrenzt möglich.

<sup>153</sup> Eine – inzwischen veraltete – Studie zum tatsächlichen Ermittlungserfolg bieten *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen. Abschlussbericht, 2003: „In knapp 62 Prozent aller TKÜ-Verfahren lag mindestens ein Erfolg aus der TKÜ vor. Dies bedeutet jedoch auch, dass in etwa 38 Prozent der Fälle kein einziger Erfolg aus der TKÜ im Ermittlungsverfahren resultierte. Die TKÜ ist in Verfahren gegen

bekannt Personen erfolgreicher als in Verfahren gegen Unbekannt und in Verfahren mit mehr als einem Beteiligten erfolgreicher als bei Einzeltätern. [...] Die Überprüfung der TKÜ durch den Ermittlungsrichter ist mit Blick auf die Begründungsinhalte und die Schnelle der Entscheidungen zumindest anzuzweifeln.“

<sup>154</sup> Vgl. (Fn. 153).

<sup>155</sup> Hier sind schon aufgrund der mangelnden Information der Bevölkerung über diese Maßnahme keine Angaben möglich.

<sup>156</sup> *Albrecht/Dorsch/Krüpe* (Fn. 153): „Die Überprüfung der TKÜ durch den Ermittlungsrichter ist mit Blick auf die Begründungsinhalte und die Schnelle der Entscheidungen zumindest anzuzweifeln.“

<sup>157</sup> Vgl. (Fn. 156).

<sup>158</sup> Der Rechtsschutz gegen den VE ist in diesem Beispiel als so mangelhaft bewertet, dass er gerade nicht belastungsverringemd, sondern allenfalls neutral zum Tragen kommt.

### e) Erläuterung der Darstellung

In der ersten Spalte finden sich die vorab festgelegten Wertungskriterien zur Bestimmung der Eingriffsintensität einer Überwachungsmaßnahme. In der zweiten Spalte sind die Gewichtungsfaktoren i.S.d. „beweglichen Systems“ gelistet, die ebenfalls zuvor festgelegt wurden. Die Gewichtung erfolgt von einfacher bis max. dreifacher Multiplikation, je nach der eingeordneten Bedeutung des Wertungskriteriums. In den Spalten drei, vier und fünf sind exemplarisch drei Überwachungsmaßnahmen aufgeschlüsselt (TKÜ nach § 100a StPO,<sup>159</sup> Online Durchsuchung nach § 100b StPO,<sup>160</sup> Einsatz eines VE nach § 110a StPO). „Erfüllungsgrad“ meint, wie intensiv die Maßnahme die in der ersten Spalte aufgelisteten Wertungskriterien erfüllt (Vergabe von -5 – +5 Punkten; bei den „Kosten“ nur positive Werte oder Null, bei den „Nutzen“ nur negative oder Null). Daneben ist der um die Gewichtung multiplizierte Wert vermerkt. Pro Überwachungsmaßnahme können sich – in dieser konkreten Tabelle – als Ergebnis der „Kosten“ max. 80 Punkte ergeben (höchstmögliche Eingriffsintensität bei allen Wertungskriterien inklusive Gewichtung). Als „Nutzen“ abgezogen werden können max. 40 Punkte.

Abgelesen werden kann aus der Tabelle, wie intensiv eine Maßnahme im Vergleich zur „Vollbelastung“ einzustufen ist (z.B. bei der TKÜ bei  $24/80 = 30\%$ ) und wie die unterschiedlichen Maßnahmen untereinander „gewichtet“ werden können (Einsatz des VE ist „eingriffsintensiver“ als TKÜ nach § 100a StPO). Zudem wird erkennbar, wie viel „Nutzen“ die einzelnen Maßnahmen generieren. Damit soll nicht ausgedrückt werden, dass der eventuell gesamtgesellschaftlich erwünschte Effekt einer Maßnahme die Überwachungslast „legitimiert“. Diese ÜGR kann dadurch jedoch abbilden, wie viel „Mehrwert“ eine Maßnahme erbringen kann und dadurch vor Augen führen, ob der kollektive Freiheitsverlust überhaupt positive Effekte für die Gesellschaft aufweist.

Was hingegen nicht sinnvoll abgelesen werden kann, ist eine Addition der Gesamtwerte. Diese Operation würde gerade keine „Gesamtbelastung“ ergeben, da eine simple Addition von Einzelmaßnahmen gegenüber einer Anzahl von Bürgern keine Aussage darüber treffen kann, wie intensiv die Gesamtbelastung für alle Bürger ausgestaltet ist.

### 2. Weiterhin offene Problemkreise

#### a) Kategorisierung der Daten und „Auftrennung“ der Arbeiten zur ÜGR

Um die Vergleichsmatrix effektiv auffüllen zu können, müssen zahlreiche Vorfragen zu den einzuspeisenden Daten geklärt werden. So ist es erforderlich, die unterschiedlichen Datenarten, die von unterschiedlichen Sicherheitsbehörden erhoben und verarbeitet werden, zu kategorisieren und empirisch zu klären, in welchem Umfang die Daten genutzt werden.<sup>161</sup> Jedenfalls bedarf es einer Übersicht bzw. eines „Atlas“ der einschlägigen Vorschriften.<sup>162</sup> Vollständigkeit erreichen zu wollen erscheint jedoch nahezu unmöglich.<sup>163</sup>

Als Konsequenz sollte – sowohl gedanklich als auch operational – zwischen der Kategorisierung der Überwachungsbefugnisnormen einschließlich ihrer tatsächlichen Nutzung (empirische Ebene) und der Umsetzung dieser Daten in Form der Übersetzung als Gewichtungs- und Erfüllungsfaktoren im Rahmen einer ÜGR (methodische Ebene) unterschieden werden. In anderen Worten: Das „Material“ einer ÜGR sind empirische Erkenntnisse zur Sicherheitsarchitektur, das „Tool“ einer ÜGR ist die „Berechnung“ bzw. Darstellungsmethode – hier konkret die Nutzbarmachung von beweglichem System und Vergleichsmatrix zur Gewichtung der Wertungskriterien. Beides spielt zusammen, muss aber weder zeitgleich vorliegen, noch aus derselben „Quelle“ stammen.

#### b) Bestimmung der Gewichtungsfaktoren und des Erfüllungsgrades

Die größte Herausforderung ist in der Bestimmung der Wertungskriterien und deren Gewichtungs- und Erfüllungsfaktoren zu sehen.<sup>164</sup> Diskutabel ist vor allem, inwieweit der Erfüllungsgrad (d.h. die jeweilige Intensität in Bezug auf die einzelnen Wertungskriterien) dogmatisch begründet oder nicht vielmehr empirisch unterlegt werden muss.<sup>165</sup> Das größte Risiko besteht an dieser Stelle darin, subjektive Wertungsfaktoren mithilfe mathematisiert anmutender „Berechnungen“ als objektive Umstände zu adeln.<sup>166</sup> Hierbei sind zahlreiche dogmatische Fallstricke zu beachten: die Kriterienkataloge, die sich aus der Rechtsprechung des *BVerfG* deduzieren lassen, bedingen sich teilweise, stehen nicht zwingend auf einer Ebene, sind teilweise gegenläufig oder zueinander kompensatorisch. Insofern dies sogar von Einzelfall zu Einzelfall variieren

<sup>159</sup> Zur Auswertung der Datenlage vgl. TAB-Bericht (Fn. 2), S. 171 ff.

<sup>160</sup> Zur – spärlichen – Datenlage TAB-Bericht (Fn. 2), S. 179 ff.

<sup>161</sup> Hierzu auch *Poscher/Kilchling/Landerer* (Fn. 4), S. 5.

<sup>162</sup> So auch *Roßnagel/Bile/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald* (Fn. 1), S. 13; zur Idee eines „Sicherheits-Moratoriums“ *Kelber*, Stellungnahme des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Inneres und Heimat am 22.2.2021. An der Forschungsstelle IDRIS (*Prof. Dr. Mark A. Zöller*, LMU) soll ein „Überwachungsatlas“ erstellt werden, der die einschlägigen Sicherheitsgesetze auf Bundes- und Landesebene einer detaillierten Bestandsaufnahme unterzieht. Die Datensammlung bzw. Datenbank der Überwachungsbefugnisnormen soll auch der interessierten (Fach-)Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

<sup>163</sup> *Pohle*, FIF-Kommunikation 2019, 38; ebenso *Löffelmann* (Fn. 17), S. 84.

<sup>164</sup> So auch *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (921 f.).

<sup>165</sup> Überlegungen hierzu bei *Löffelmann* (Fn. 1), S. 6 f.

<sup>166</sup> So vor allem die berechtigte Kritik von *Lindner/Unterreitmeier*, JZ 2022, 915 (921 ff.).

kann, wird deutlich, dass ein starres Raster für eine Vielzahl von Fällen kaum sinnvoll entworfen werden kann. Überdies: Jedes Schema vereinfacht auch die Komplexität der Lebenswelt. Mithin besteht das Risiko, dass die Matrix die tatsächliche Eingriffsintensität konsequent als zu niedrig einstuft. Ein weiterer Nachteil ist darin zu sehen, dass „Zahlenspiele“ den Gesetzgeber dazu verleiten könnten, Freiheitsphären als „Verrechnungsposten“ zu verstehen, die durch Veränderung einzelner Belastungsparameter nach Belieben verschoben werden können („strukturell dysfunktionale Anreizstruktur“).<sup>167</sup>

Es ist leicht zu erkennen, dass sich mithilfe „geschickt“ gewählter Parameter und Gewichtungskriterien „erwünschte“ Ergebnisse programmieren lassen. Nichts wäre der Idee einer ÜGR jedoch abtrünniger als der Vorwurf der Undurchsichtigkeit und Willkürlichkeit ihrer Funktionsweise. Sowohl die Faktorenauswahl als auch die Gewichtungen müssen daher in einem offenen Prozess, der auch die Dauer der Festlegung (die „Halbwertszeit“ der Bestimmung) und die Möglichkeit zur Korrektur der Schablone ausdrücklich festlegt, ermittelt werden. Die Lösung für dieses Kompetenzproblem ist auf Ebene der Gewaltenteilung zu suchen: die letztgültige Bestimmung der Parameter, d.h. sowohl der endgültigen Wertungskriterien und ihrer Gewichtung, ist dem Gesetzgeber überantwortet. Die Festlegung muss transparent und – im Idealfall – empirisch unterlegt erfolgen.<sup>168</sup> Der Gesetzgeber muss dies nicht „in Person“ erfüllen, aber es sollte sich um eine direkt demokratisch legitimierte Institution handeln, die entweder demokratischer Kontrolle unterliegt bzw. den Gesetzgeber nicht einseitig binden kann.<sup>169</sup>

Hier schließt sich der Kreis zu einem anderen großen Vorhaben aus dem Koalitionsvertrag: der Freiheitskommission. Diese scheint das prädestinierte Gremium zu sein, um mithilfe von Expertenwissen die erforderlichen Wertungskriterien für eine ÜGR zu definieren, Gewichtungen festzulegen und zudem den Erfüllungsgrad zu bestimmen. Die ÜGR kann hierbei als doppelt-strukturierender Bestandteil der Arbeiten der Freiheitskommission verstanden werden. Sie soll von der Freiheitskommission im Rahmen ihres – zukünftigen – materiellen Prüfprogramms einerseits erstellt, andererseits auch genutzt werden („Überwachungsgesamtrechnung als Produkt“).<sup>170</sup>

### c) Sinnhaftigkeit einer „Obergrenze“

Schier unlösbare Verwerfungen wirft die Feststellung einer etwaigen „Obergrenze“ auf, d.h. einer festgestellten „Qualität“, bei der die *kollektive* Überwachungsbelastung

verfassungsrechtlich besehen nicht mehr hingenommen werden kann. Wären dann alle, die Überschreitung der Übergrenzen bedingenden Überwachungsbefugnisnormen „rückwirkend unwirksam“?<sup>171</sup> Würde dies nur in Bezug auf ihre konkrete Durchführung gelten oder wirkte es sich sogar auf die Verfassungsmäßigkeit der betroffenen Gesetze als Ganzes aus?

Der hiesige Vorschlag verzichtet auf die Addition der Einzelmaßnahmen und lehnt die Möglichkeit der Bestimmung einer „Obergrenze“ sowohl methodisch als auch dogmatisch ab. Auch „unterhalb“ einer potentiellen Höchstgrenze liegende Überwachungsmaßnahmen können sich nachteilig auf die freiheitliche und friedliche Verfassung von Gesellschaften auswirken.<sup>172</sup> Andererseits könnte die Feststellung, dass die „rote Linie“ noch nicht überschritten ist, wie ein „Freifahrtschein“ wirken, der die gesamte Überwachungslandschaft rückwirkend legitimiert.<sup>173</sup> Die Folge der Verknüpfung der Verfassungswidrigkeit einzelner Sicherheitsgesetze mit dem Eintreten des Zustands der „Totalausforschung“ erscheint zudem wenig sinnvoll. Eine entsprechende Wirkung gliche einem Automatismus, der der deutschen Vorstellung der Letztentscheidungskompetenz des *BVerfG* in Fragen der Verfassungsmäßigkeit von Legislativakten entgegensteht.<sup>174</sup> Problematisch ist zugleich auch die Abgrenzung zur Dogmatik des Kernbereichsschutzes (u.a. i.S.d. § 100d StPO<sup>175</sup>).<sup>176</sup> Läge ein schwerwiegender Eingriff in diesen Kernbereich vor, könnte für diese Fälle die kategoriale Hürde zur „Totalausforschung“ überschritten sein. Dann aber wäre jedes weitere „Rechnen“ und/oder Vergleichen überflüssig, da der Totalverstoß weder vertieft noch geheilt werden könnte.<sup>177</sup>

Nähme man – hypothetisch – die Existenz und Berechenbarkeit einer „Obergrenze“ für gesamtgesellschaftliche Überwachung an, wäre als einzig denkbare Folge konstruierbar, dass der Gesetzgeber ab diesem Zeitpunkt bei beabsichtigtem Erlass weiterer Überwachungsbefugnisse angehalten wäre, einen Ausgleich zwischen den schon vorhandenen Instrumenten und den neu einzuführenden zu mitteln. Das neue Vorhaben könnte sodann nur dann realisiert werden, wenn zugleich in anderen Bereichen ein Zurückdämmen von Überwachungsbefugnissen erfolgte.<sup>178</sup>

## VI. Zusammenfassung in Thesen

- 1) Die ÜGR ist primär ein rechtspolitischer Begriff, der weder verfassungsrechtlich zwingend ist, noch klare Konturen aufweist. Wird er methodisch handhabbar

<sup>167</sup> So auch *Pohle*, FIF-Kommunikation 2019, 39, der deshalb findet, dass die ÜGR nicht dem Gesetzgeber überantwortet werden sollte; vgl. auch *Bieker/Bremert/Hagendorff* (Fn. 18), S. 139 (147): Feststellung durch das *BVerfG* könnte Überwachungslandschaft als Ganze legitimieren.

<sup>168</sup> So auch *Starnecker* (Fn. 26), S. 375.

<sup>169</sup> Ebenfalls für eine Überantwortung an eine unabhängige Stelle plädieren *Roßnagel/Biele/Geminn/Hansen/Bieker/Karaboga/Friedewald* (Fn. 1), S. 16.

<sup>170</sup> *Esser/Zöller* u.a., KriPoZ 2022, 326 (328).

<sup>171</sup> Auch von *Poscher/Kilchling/Landerer*, GSZ 2022, 225 (226 f.) aufgeworfen, die den Versuch der Bestimmung einer „Irrweg“ bezeichnen.

<sup>172</sup> *Bieker/Bremert/Hagendorff* (Fn. 18), S. 139 (142).

<sup>173</sup> *Bieker/Bremert/Hagendorff*, (Fn. 18), S. 139 (147).

<sup>174</sup> *Bieker/Bremert/Hagendorff*, (Fn. 18), S. 139 (145).

<sup>175</sup> Sowie u.a. § 46 Abs. 6, § 49 Abs. 7 und § 51 Abs. 7 BKAG.

<sup>176</sup> Instrukтив *Löffelmann*, GSZ 2019, 190 ff.

<sup>177</sup> In diese Richtung bereits *Knierim*, ZD 2011, 17 (18).

<sup>178</sup> *Knierim*, ZD 2011, 17 (21). *Bieker/Bremert/Hagendorff*, (Fn. 18), S. 139 (142); *Starnecker* (Fn. 26), S. 378; *Arzt/Vaudlet/Hofrichter*, DÖV 2022, 701 (711 f.). Inwieweit eine solche Mäßigungspflicht (dazu bereits II.1.a.) tatsächlich justiziabel wäre, bedarf vertiefter Analyse, die an dieser Stelle nicht mehr geleistet werden kann.

konturiert, kann er (bzw. das daraus abgeleitete Instrument) als ein justiziables Mäßigungsgebot verstanden werden, das der Gesetzgeber beim Erlass neuer Überwachungsbefugnisse berücksichtigen muss, um Belastungsspitzen des Bürgers durch (potentielle) „neue“ Überwachung zu vermeiden.

- 2) Auch wenn der Begriff der ÜGR es suggeriert, ist weder eine umfassende noch eine technische „Berechnung“ der tatsächlichen Überwachungsbelastung aller Bürger umsetzbar. Das Vorhaben scheitert zum einen faktisch an der schier unüberblickbaren Zahl an einschlägigen Vorschriften, methodisch an der Unmöglichkeit der reibungsfreien Relationierung aller Parameter des dynamischen Spannungsfeldes aus „Sicherheit“ und „Freiheit“ und dogmatisch an der nicht hinreichenden systematischen Schärfe einer „Rechnung mit Normen“. Bisherige Modelle verfallen entweder in Über-Abstraktion oder Über-Mathematisierung. Eine Kombination bereits bestehender Ansätze („Überwachungsbarometer“, „Kosten-Nutzen-Analyse“ etc.) kann allerdings Mehrwerte liefern.
- 3) Die althergebrachte Methode der Subsumtion ist für die Erstellung einer ÜGR nur bedingt geeignet. Das typische, für die Subsumtion unabdingbare Konditionalprogramm eines Tatbestands setzt das Vorliegen aller enumerierten Tatbestandsmerkmale voraus, um die Rechtsfolge zu induzieren. Fehlt ein Merkmal, tritt die Rechtsfolge nicht ein. Diese Vorgehensweise versagt, wenn es darum geht, eine Aussage über die *graduelle* Qualität einer Maßnahme zu treffen (z.B. Intensität, Folgeschwere, Verhältnismäßigkeit), da die Feststellung des Vorliegens der Einzelmerkmale nach dem „wenn-dann“-Schema nur den Rechtsfolgenbefehl auslöst, nicht aber dessen Wirkungen und Folgen klassifiziert. Bewertungen und Klassifikationen der Ergebnisse von Subsumtionen erfolgen zu meist kasuistisch-intuitiv, bedürfen aber entweder einer komparativen Methode oder einer empirischen Grundierung.
- 4) Dogmatische Grundlage einer „Berechnung“ von Eingriffsintensitäten kann die Methode des „beweglichen Systems“ sein. Dieses wirkt nicht auf das Konditionalschema der Tatbestandsebene ein, sondern bietet eine argumentative Hilfestellung für die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Generalklauseln in Tatbeständen oder für die graduelle Bewertung von (Rechts-)Umständen „über“ Tatbeständen. So können Rechtsbegriffe mit qualitativ-quantitativen Inhalten (wie z.B. „Intensität“) skaliert und gewichtet werden. Eine „Vergleichsmatrix“ lässt zudem eine anschauliche Visualisierung und Relationierung von Maßnahmen zu.
- 5) Mithilfe der Skalierung des „beweglichen Systems“ und durch die Veranschaulichung einer Vergleichsmatrix lässt sich eine einfache und wenig mathematisierte „Berechnung“ sowie eine schnelle Übersicht über alle zu prüfenden Überwachungsbefugnisnormen einschließlich ihrer relativen Eingriffsintensität durchführen. Sowohl die individuelle Gewichtung der Eingriffsschwere als auch die Vergleichbarkeit der Ergebnisse sind „auf einen Blick“ mithilfe desselben Instruments umsetzbar. Die erzeugte Schablone ist beliebig um Maßnahmen, aber auch um additive Wertungsfaktoren und Gewichtungen erweiterbar. Da auch „negative“ Erfüllungsgrade eingesetzt werden können, ist eine Berücksichtigung sowohl der „Kosten“ als auch der „Nutzen“ sowie sonstiger Kompensationen von Überwachung relational zu anderen Maßnahmen darstellbar.
- 6) Es sollte zwischen der Kategorisierung der Überwachungsbefugnisnormen einschließlich ihrer tatsächlichen Nutzung (empirische Ebene) und der Umsetzung dieser Erkenntnisse in Form der Übersetzung als Gewichtungs- und Erfüllungsfaktoren im Rahmen einer ÜGR (methodische Ebene) unterschieden werden. Das „Material“ einer ÜGR sind empirische Erkenntnisse zur Sicherheitsarchitektur, das „Tool“ einer ÜGR ist die „Berechnungs“- bzw. Darstellungsmethode – hier z.B. die Nutzbarmachung von „beweglichem System“ und „Vergleichsmatrix“ zur Gewichtung der Wertungskriterien. Beides spielt zwar zusammen, muss aber weder zeitgleich vorliegen, noch aus derselben „Quelle“ stammen.
- 7) Da auch in der aufgezeigten Variation einer ÜGR das Risiko bestehen kann, dass durch „geschickt“ gewählte Parameter und Gewichtungsindikatoren „erwünschte“ Ergebnisse programmiert werden, müssen sowohl die Faktorenauswahl als auch die Gewichtungen in einem transparenten Prozess, der auch die Dauer der Festlegung (die „Halbwertszeit“ der Bestimmung) und die Möglichkeit zur Korrektur ausdrücklich festlegt, ermittelt werden. Eine taugliche und demokratisch legitimierte Institution zur Durchführung dieser Arbeiten stellt die ebenfalls zu errichtende „Freiheitskommission“ dar.

## (Inter-) Nationale Strafverfolgung in der Cloud? Risiken unilateraler Zugriffe auf Auslandsdaten

von Christine Untch\*

### Abstract

Um Strafverfolgungsbehörden einen erleichterten und schnelleren Zugang zu Cloud-Daten im Ausland zu verschaffen, schlägt die Europäische Union unilaterale Direktzugriffe bei den Anbietern solcher Dienste vor. Der folgende Beitrag zeigt die daraus resultierenden Risiken für die internationale Zusammenarbeit, Interessen der Diensteanbieter und insbesondere den Grundrechts- und Datenschutz Betroffener auf und bietet alternative Lösungsmöglichkeiten an.

*In order to grant law enforcement authorities easier and faster access to cloud data stored abroad, the European Union proposes an unilateral direct access to the providers of such services. The following article highlights the resulting risks to international cooperation, the interests of service providers and, in particular, to the privacy rights of those affected. Furthermore alternative solutions are offered.*

### I. Problemstellung

Internetnutzer verzichten heutzutage vielfach auf eine lokale Datenspeicherung auf dem heimischen PC und nutzen stattdessen die Möglichkeiten der virtuellen Cloud. Das Cloud Computing stellt ein über das Internet zur Verfügung gestelltes, komplexes, dynamisches Angebot von Soft- und Hardwareleistungen dar, das orts- und zeitungebunden genutzt werden kann.<sup>1</sup> Die hierfür erforderliche Software ebenso wie bei der Nutzung anfallende Daten werden von Diensteanbietern auf in der gesamten Welt verteilten<sup>2</sup> Servern vorgehalten bzw. gespeichert.<sup>3</sup> Für den Datenzugriff von Strafverfolgungsbehörden kann das erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen.

### 1. In tatsächlicher Hinsicht

Daten können in Echtzeit übertragen, geändert oder gelöscht werden,<sup>4</sup> sodass für einen strafverfolgungsbehördlichen Zugriff oft nur eine sehr kurze Zeitspanne verbleibt, ehe die Daten den Standort wechseln (können).<sup>5</sup> Diese Flüchtigkeit der Daten<sup>6</sup> und ihre mangelnde physische Verkörperung binden Anbieter von Internetdiensten nicht an lokale Standorte, sodass sie Nutzerdaten oft im Ausland speichern.<sup>7</sup> Der Datenspeicherort kann zwar grundsätzlich mithilfe sog. Traceroute-Verfahren<sup>8</sup> festgestellt werden, die Nachverfolgung gerät jedoch angesichts der Speicherpolitiken einiger Cloud-Anbieter an ihre Grenzen. Während einige Cloud-Anbieter die Nutzerdaten auf Servern in einem anderen Staat speichern, setzen andere auf länderübergreifende algorithmenbasierte Speichermechanismen, durch die die Daten bzw. Datenfragmente<sup>9</sup> je nach Kapazität auf in mehreren Staaten belegenen Serververbänden in Sekundenbruchteilen ihren Speicherort wechseln können.<sup>10</sup> Durch die ständige Bewegung der Daten und ihre oft nur fragmentarische Speicherung an mehreren Standorten hilft die Nachverfolgung via Traceroute oftmals nur bedingt weiter. Eine Auskunft über die dauerhafte Lokalisierung des Datenspeicherortes stellt daher sogar den Diensteanbieter selbst vor große Schwierigkeiten und ist oft schlichtweg nicht möglich,<sup>11</sup> sodass der Speicherort auch für strafverfolgungsbehördliche Maßnahmen jedenfalls auf Dauer nicht bestimmbar ist (*loss of knowledge of location*).<sup>12</sup>

### 2. In rechtlicher Hinsicht

Der ausländische Speicherort der Daten hindert Strafverfolger zwar faktisch nicht, die Daten aus dem Inland abzurufen.<sup>13</sup> In rechtlicher Hinsicht muss sich das Verhalten

\* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für ausländisches und internationales Strafrecht von Prof. Dr. Bettina Weißer, Universität zu Köln und arbeitet derzeit an ihrer Dissertation zum Thema Strafverfolgung im Smart Home.

<sup>1</sup> Vgl. Bell, Strafverfolgung und die Cloud, 2019, S. 25 f. m.w.N.; Obenhaus, NJW 2010, 651.

<sup>2</sup> Vgl. Dalby, Grundlagen der Strafverfolgung im Internet und in der Cloud, 2016, S. 234.

<sup>3</sup> Obenhaus, NJW 2010, 651.

<sup>4</sup> Vgl. Sieber, Straftaten und Strafverfolgung im Internet, 2012, S. 35 f.; Warken, NZWiSt 2017, 289 (296 f.).

<sup>5</sup> Sieber, S. 39; Warken, NZWiSt 2017, 289 (297); Daskal, YLJ 2015, 325 (366 ff.).

<sup>6</sup> Dalby, S. 233.

<sup>7</sup> Warken, NZWiSt 207, 417 (419); vgl. Brodowski, JR 2009, 402 (410).

<sup>8</sup> Nach Hauschild, in: MüKo-StPO, 2014, § 110 Rn. 18, ist hierunter „ein Computerprogramm zu verstehen, mit de[m] der Standort des Servers festgestellt werden kann, insbesondere über welche IP-Router die übermittelten Datenpakete zum Zielrechner gelangen. Das Ergebnis kann allerdings u.a. durch Firewalls, fehlerhafte Implementierungen des IP-Stacks und IP-Tunnel verfälscht werden, so dass der Standort des Servers nicht immer eindeutig bestimmbar ist“.

<sup>9</sup> Vgl. Warken, NZWiSt 2017, 289 (296); Kleinhans, Die Cloud im rechtsfreien Raum, S. 4, online abrufbar unter: <https://tinyurl.com/2p83aanv>, (zuletzt abgerufen am 18.8.22).

<sup>10</sup> Bell, S. 174; Dalby, S. 244; Warken, NZWiSt 2017, 289 (296). So etwa Dropbox oder Google.

<sup>11</sup> Vgl. Ratsdok 15072/1/16 REV 1, S. 14; Bell, S. 174; Sieber, S. 36; Wicker, MMR 2013, 765 (766); Burchard, ZIS 2018, 190 (197); Warken, NZWiSt 2017, 289 (296).

<sup>12</sup> Sieber, S. 77 f.; Warken, NZWiSt 2017, 417 (422).

<sup>13</sup> Warken, NZWiSt 2017, 417 (422).

der Strafverfolger aber auch an völkerrechtliche Vorgaben halten, vgl. Art. 25 GG. Nach dem völkerrechtlichen Territorialitätsgrundsatz beschränken sich hoheitliche Maßnahmen auf das eigene Hoheitsgebiet.<sup>14</sup> Kein Staat darf Strafverfolgungsmaßnahmen in fremdem Hoheitsgebiet vornehmen.<sup>15</sup> Dieses Territorialitätsprinzip gilt nach h.M. auch im Internet.<sup>16</sup> Im Falle des grenzüberschreitenden Zugriffs auf Daten liegt die Hoheitsgewalt über die Daten bei dem Staat, in dem sie gespeichert sind.<sup>17</sup> Der Umstand, dass inländische Strafverfolger ausländische Daten vom Inland aus, also ohne Staatsgrenzen physisch überqueren zu müssen, abrufen bzw. von Diensteanbietern verlangen können, nimmt der Maßnahme nicht den Eingriffscharakter.<sup>18</sup> Die physische Anwesenheit nationaler Strafverfolger ist für die Annahme eines völkerrechtlichen Eingriffs in das Territorialitätsprinzip gerade nicht erforderlich.<sup>19</sup> Deshalb dürfen Ermittlungsmaßnahmen, die mit Zugriffen auf ausländische Server verbunden sind, grundsätzlich nur mit Zustimmung des betroffenen Staats vorgenommen werden.<sup>20</sup>

## II. Status Quo

De lege lata sind unmittelbare strafverfolgungsbehördliche Zugriffe auf Cloud-Daten im Ausland daher nur bei Vorliegen einer völkerrechtlichen Rechtfertigung möglich.<sup>21</sup> Mit Blick auf den Zugriff auf Cloud-Daten im Ausland können drei Konstellationen unterschieden werden.

### 1. Kenntnis des ausländischen Datenspeicherorts

Ist ein ausländischer Datenspeicherort den Ermittlungsorganen (ggfs. durch Traceroute) bekannt, so liegt im strafverfolgungsbehördlichen Zugriff auf diese Daten (im Wege des Abrufens aus dem Inland oder durch Herausgabebeanordnung an den Diensteanbieter) ein bewusster Eingriff in die Gebietshoheit des betroffenen Staates.<sup>22</sup> Nach der Cybercrime-Convention (CCC)<sup>23</sup> ist ein solcher Zugriff auf Auslandsdaten jedenfalls bei öffentlich zugänglichen Daten<sup>24</sup> gem. Art. 32 lit. a und bei zugangsbeschränkten Daten mit Zustimmung des Betroffenen<sup>25</sup> gem. Art. 32 lit. b CCC völkerrechtlich legitim. Über den Anwendungsbereich der CCC<sup>26</sup> hinaus wie für alle weiteren Fälle kommt eine Rechtfertigung jedoch nicht in Betracht, sodass der Zugriff nur im Wege der traditionellen Rechtshilfe möglich ist.<sup>27</sup> Innerhalb der Europäischen Union hilft auch die Europäische Ermittlungsanordnung<sup>28</sup> nur bedingt weiter.<sup>29</sup> Es haben sich jedoch Praktiken einer freiwilligen Zusammenarbeit mit Diensteanbietern<sup>30</sup>, insb. in den USA (mit Blick auf Nicht-Inhaltsdaten) entwickelt,<sup>31</sup> bei denen Strafverfolger unverbindliche Anfragen an Diensteanbieter stellen und Auskunft erhalten können.<sup>32</sup> Da die Kooperation informell abläuft,<sup>33</sup> fehlt es hierbei aber an einheitlichen Formvorschriften für Anfragen<sup>34</sup> und an der Verlässlichkeit der Provider-Auskunft.<sup>35</sup> Auch werden so Rechtshilfeabkommen unterlaufen und möglicherweise Souveränitätsrechte von Drittstaaten verletzt.<sup>36</sup> Solche informellen Kooperationen sind zudem nur

<sup>14</sup> Hierzu *Dombrowski*, Extraterritoriale Strafrechtsanwendung im Internet, 2014, S. 132; *Böckenförde*, Die Ermittlung im Netz, 2003, S. 206 f.; *Seitz*, Strafverfolgungsmaßnahmen im Internet, 2004, S. 361; *Sieber*, S. 144; *Graßie/Hièramente*, CB 2019, 191 (193); *Brodowski*, in: BeckOK-IT, 5. Ed. 2022, § 110 StPO Rn. 12, 12.1.

<sup>15</sup> *Epping*, in: Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl. (2018), § 7 Rn. 59 ff., 69 ff.; *Dombrowski*, S. 5; *Seitz*, S. 361; BGHSt 45, 188 (192).

<sup>16</sup> *Dombrowski*, S. 10; *Sieber*, S. 144; auch *Graßie/Hièramente*, CB 2019, 191 (193).

<sup>17</sup> *Dombrowski*, S. 10; *Dalby*, S. 247; *Burchard*, ZIS 2018, 249; *Hauschild*, in: MüKo-StPO, § 110 Rn. 18; *Graßie/Hièramente*, CB 2019, 191 (193); a.A. *Wicker*, Cloud Computing und staatlicher Strafanspruch, 2016, S. 435.

<sup>18</sup> *Sieber*, S. 144; *Bell*, S. 162; *Dombrowski*, S. 138, 160; *Brodowski*, in: BeckOK-IT, § 110 StPO Rn. 12, 12.1. Bei einem direkten Zugriff auf die Cloud-Daten aus dem Inland liegt der Eingriff dennoch im Auslösen von datenrechnerischen Vorgängen im Ausland, vgl. *Sieber*, S. 144; *Bell*, S. 162; *Dombrowski*, S. 138, 143 f., 160; *Warken*, NZWiSt 2017, 289 (295); a.A. etwa *Wicker*, S. 342 f., 356, 435 ff.; auch *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), § 110 Rn. 7b.

<sup>19</sup> *LG Hamburg*, MMR 2008, 186 (187); *Gercke*, StraFo 2009, 271 (272).

<sup>20</sup> *Dombrowski*, S. 133 ff.; BGHSt 45, 188 (192).

<sup>21</sup> Eine Rechtfertigung völkerrechtlicher Eingriffe kann aus anerkannten völkerrechtlichen Rechtsquellen abgeleitet werden, *Seitz*, S. 365.

<sup>22</sup> *Bell*, S. 177; *Sieber*, S. 144; *Burchard*, ZIS 2018, 249; *Brodowski*, ZIS 2012, 474 (477 f.); *ders.*, in: BeckOK-IT, § 110 StPO Rn. 12, 12.1.; *Gaede*, StV 2009, 96 (101 f.); *Gercke*, StraFo 2009, 271 (272).

<sup>23</sup> Europarat Übereinkommen über Computerkriminalität vom 23.11.2001, SEV Nr. 185.

<sup>24</sup> Nach e.A. soll mangels Betroffenheit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung kein Eingriff in die Gebietshoheit vorliegen, vgl. *Böckenförde*, S. 208. Die h.M. hält richtigerweise eine Rechtfertigung nach Art. 32 lit. a CCC oder im Falle Nicht-Vertragspartner völkerrechtlichem Wohnheitsrecht für erforderlich, *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 110 Rn. 7a; *Gercke*, StraFo 2009, 271 (272 f.); *Sieber*, S. 144 f.; eingehend hierzu *Dombrowski*, S. 155–159.

<sup>25</sup> Keiner Rechtfertigung über Art. 32 lit. b CCC bedarf es, wenn der Betroffene die Daten von sich aus kopiert und aushändigt, s. *Bell*, S. 165; *Dombrowski*, S. 161 f.; a.A. *Hegmann*, in: BeckOK-StPO, 42. Ed. (2022), § 110 Rn. 16 nach dem selbst ein Zugriff durch die Strafverfolgungsbehörden zulässig sein soll, wenn Zugangsdaten bei der Durchsuchung aufgefunden wurden. Zur freiwilligen Zustimmung berechtigt ist nur, wer rechtmäßigen Zugang zu den Daten besitzt und darüber hinaus auch die Daten an Dritte weitergeben darf – neben dem Nutzer, je nach Vertragsgestaltung daher auch der Diensteanbieter, vgl. *Bell*, S. 166 f.; *Dombrowski*, S. 161 f. Mit Blick auf Zugriffe im Verhältnis zu Drittstaaten nach h.M. völkerrechtlich anerkannt, vgl. *Gercke*, in: HK-StPO, 6. Aufl. (2019), § 110 Rn. 27; *Seitz*, S. 365 f.; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 110 Rn. 7a.

<sup>26</sup> *Sieber*, S. 148; *Gercke*, in: HK-StPO, § 110 Rn. 28.

<sup>27</sup> *Burchard*, ZIS 2018, 249; *Brodowski*, JR 2009, 402 (410); *ders.*, in: BeckOK-IT, § 110 StPO Rn. 12; *Warken*, NZWiSt 2017, 417 (419); *Graßie/Hièramente*, CB 2019, 191 (193); *Hièramente/Fenina*, StraFo 2015, 365 (368); *Gercke*, in: HK-StPO, § 110 Rn. 28; *Sieber*, S. 148.

<sup>28</sup> RiLi 2014/41/EU v. 3.4.2014, ABl. L 130/1. Sie sieht nur eine vereinfachte Rechtshilfe vor, nicht aber unmittelbare Zugriffe, vgl. *Brodowski*, ZIS 2012, 474 (478); *Warken*, NZWiSt 2017, 417 (420). Allgemein hierzu *Weißer*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, 4. Aufl. (2020), § 16 Rn. 96 ff.

<sup>29</sup> *Brodowski*, in: BeckOK-IT, § 110 StPO Rn. 12.

<sup>30</sup> Sie stützt sich auf 18 US Code § 2702 (a) (3) und einen sog. General Permission Letter des US-Departments (nicht öffentlich einsehbar), der deutschen Strafverfolgern wohl die direkte Kommunikation mit US-Diensteanbietern gestattet, *Burchard*, ZIS 2018, 190 (201 f.); s. auch *Warken*, NZWiSt 2017, 417 (424).

<sup>31</sup> Mit Blick auf Inhaltsdaten bleibt es aber bei der Einhaltung des Rechtshilfewegs, *Burchard*, ZIS 2018, 190 (202).

<sup>32</sup> *Burchard*, ZIS 2018, 190 (201 f.); *Böse*, KriPoZ 2019, 140 (141); *Niekrenz*, DuD 2020, 535.

<sup>33</sup> Vgl. *Burchard*, ZRP 2019, 164.

<sup>34</sup> Vgl. Ratsdok. 15072/1/16, S. 7; *Warken*, NZWiSt 2017, 417 (425).

<sup>35</sup> *Warken*, NZWiSt 2017, 417 (425); *Böse*, KriPoZ 2019, 140 (141) m.w.N.; vgl. Ratsdok. 15072/1/16, S. 7 f.

<sup>36</sup> *Warken*, NZWiSt 2017, 417 (425); *Bär*, ZIS 2011, 53 (54).

in einigen Staaten üblich,<sup>37</sup> sodass hierin auch keine ständige Übung im Sinne einer völkerrechtlich anerkannten Gewohnheitsrechtlichkeit gesehen werden kann.

## 2. Speicherort potenziell (auch) im Ausland

Setzen Cloud-Anbieter auf Speicherpolitiken, bei denen sich der Datenstandort ständig über Landesgrenzen hinweg verändert, so wird eine zuverlässige Bestimmung des Speicherorts auch mittels Traceroute<sup>38</sup> nicht zielführend sein (*loss of knowledge of location*).<sup>39</sup> Ein ausländischer Speicherort befindet sich dann nur potenziell im Ausland – sofern der vom Provider genutzte Serververbund auch Server im Inland beinhaltet. Während einerseits argumentiert wird, allein die Möglichkeit, dass sich die Daten irgendwo im Ausland befinden, löse ohnehin keine Rechtshilfepflichtung aus,<sup>40</sup> sehen andere in dem Zugriff auf nur potenziell im Ausland befindliche Daten keinen bzw. jedenfalls einen gerechtfertigten Eingriff in die Gebietshoheit des betroffenen Staates, da die Daten im Inland liegen könnten und für den Fall, dass sie im Ausland belegen sind, die fremde Gebietshoheit nicht willkürlich und bewusst verletzt werde.<sup>41</sup> Zudem lege die „breite Akzeptanz der beteiligten Staaten“ in Bezug auf diese Speicherpolitiken die Annahme nahe, „dass die Staaten mit der Duldung derartiger Angebote die grenzübergreifende Datenfragmentierung akzeptieren, ohne jedoch eine Beschränkung der eigenen Ermittlungsbefugnisse zu forcieren“.<sup>42</sup> Das Handlungsinteresse des zugreifenden Staates überwiege daher.<sup>43</sup> Auch wird in diese Richtung vorgebracht, solange der Zugriff vom Cloud-Nutzer aus möglich sei, sei der Datenspeicherort nicht von Bedeutung.<sup>44</sup> Im Ergebnis bedarf es nach diesen Ansichten also weder eines Rechtshilfeverfahrens noch einer Nachholung bei nachträglicher Kenntnis der Belegenheit der Daten im Ausland.<sup>45</sup>

Mit der h.M. kann hingegen grundsätzlich nicht von einer völkerrechtlichen Legitimation ausgegangen werden,<sup>46</sup> da der Eingriffscharakter nicht von der physischen Vor-

nahme des Zugriffs abhängt und von privaten Geschäftspraktiken und deren „Duldung“ kaum auf völkerrechtlich anerkannte Ermittlungskompetenzen geschlossen werden kann,<sup>47</sup> zumal gerade die seit Jahren währende (internationale und europäische) Debatte um den Zugriff auf Cloud-Daten im Ausland eine geteilte Realität verdeutlicht. Es ist zudem nicht unmöglich, den Speicherort auszumachen. Wenn Traceroute keine dauerhafte Datenlokalisierung ermöglicht, kann immer noch der Diensteanbieter Auskunft geben,<sup>48</sup> bzw. es bedarf rechtlicher Regelungen, die den Diensteanbieter dazu verpflichten, Auskunft geben zu können.<sup>49</sup>

## 3. Good faith-Fälle

Sind Strafverfolgungsbehörden irrtümlich von einem inländischen Speicherort ausgegangen und haben stattdessen auf Daten im Ausland zugegriffen,<sup>50</sup> so meinen manche, der Eingriff in die fremde Gebietshoheit sei durch das Handlungsinteresse des zugreifenden Staates gerechtfertigt.<sup>51</sup> Die h.M. lehnt dies jedoch mit Recht ab,<sup>52</sup> da völkerrechtliche Eingriffe nicht durch schlichte Unkenntnis zu legitimieren sind<sup>53</sup> und der Datenstandort via Traceroute ermittelbar war.<sup>54</sup> Schließlich ließe sich eine solche Behauptung kaum verifizieren und würde daher enormes Missbrauchspotenzial bergen.<sup>55</sup>

## 4. Zwischenergebnis

Es kann also festgehalten werden, dass der Status Quo bis auf die Ausnahmen der CCC und Erleichterungen auf Unionsebene darin besteht, dass der (wenn auch langwierige<sup>56</sup>) traditionelle Rechtshilfeweg beschritten werden muss.<sup>57</sup> Insbesondere kann keinesfalls davon ausgegangen werden, der grenzüberschreitende Zugriff auf gespeicherte zugangsgeschützte Daten sei gewohnheitsrechtlich anerkannt.<sup>58</sup> Mit Blick auf zugangsgeschützte, also nicht öffentlich zugängliche Daten sind unilaterale Zugriffe aktuell nicht zulässig.<sup>59</sup>

<sup>37</sup> Bell, S. 170 f. Insbes. ist dies europäischen Diensteanbietern nicht gestattet, vgl. Sieber, S. 78; Warken, NZWiSt 2017, 417 (424).

<sup>38</sup> Bell, S. 183.

<sup>39</sup> Vgl. Bell, S. 177; Graßie/Hiéramente, CB 2019, 191 (193 f.).

<sup>40</sup> Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 110 Rn. 7b; auch Hegmann, in: BeckOK-StPO, § 110 Rn. 16; Soiné, NStZ 2018, 497 (500); vgl. auch Bruns, in: KK-StPO, 8. Aufl. (2019), § 110 Rn. 8a; Wicker, MMR 2013, 765 (768 f.).

<sup>41</sup> Bell, S. 181 m.w.N.; Wicker, S. 356; Wicker, MMR 2013, 765 (768 f.).

<sup>42</sup> Bell, S. 181 f.

<sup>43</sup> Bell, S. 182.

<sup>44</sup> Wicker, MMR 2013, 765 (768 f.).

<sup>45</sup> Bell, S. 182; Wicker, MMR 2013, 765 (769); Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 110 Rn. 7b; Soiné, NStZ 2018, 497 (500); auch Bruns, in: KK-StPO, § 110 Rn. 8a; Hegmann, in: BeckOK-StPO, § 110 Rn. 16.

<sup>46</sup> S. nur Brodowski, ZIS 2012, 474 (477 f.); ders., in: BeckOK-IT, § 110 StPO Rn. 12, 12.1.; Burchard, ZIS 2018, 249; Gercke, StraFo 2009, 271 (272); Sieber, S. 144; Schiemann, in: Migration, Datenübermittlung und Cybersicherheit, 2016, S. 151 (160).

<sup>47</sup> Vgl. Brodowski, in: BeckOK-IT, § 110 StPO Rn. 12.2.

<sup>48</sup> Brodowski, in: BeckOK-IT, § 110 StPO Rn. 12.2.

<sup>49</sup> Hierzu weiter unten (V.).

<sup>50</sup> Sieber, S. 147; Bell, S. 182 f.; Seitz, S. 368.

<sup>51</sup> Dargestellt bei Seitz, S. 368 m.w.N.

<sup>52</sup> Sieber, S. 147; Seitz, S. 377; Gercke, StraFo 2009, 271 (273); ders., in: HK-StPO, § 110 Rn. 28; auch Bell, S. 183.

<sup>53</sup> Sieber, S. 147.

<sup>54</sup> Gercke, StraFo 2009, 271 (273); ders., in: HK-StPO, § 110 Rn. 28.

<sup>55</sup> Gercke, StraFo 2009, 271 (273).

<sup>56</sup> Warken, NZWiSt 2017, 289 (297); Kleinhans, Die Cloud im rechtsfreien Raum, S. 4 f., online abrufbar unter: <https://tinyurl.com/2p83aanv> (zuletzt abgerufen am 18.8.22), nennt eine übliche Verfahrensdauer von „6-18“ Monaten; vgl. auch Sieber, S. 39.

<sup>57</sup> Sieber, S. 148; Bell, S. 172; Graßie/Hiéramente, CB 2019, 191 (193); Gercke, in: HK-StPO, § 110 Rn. 28; Eisenberg, StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 493; Brodowski, JR 2009, 402 (410); ders., in: BeckOK-IT, § 110 StPO Rn. 12; Burchard, ZIS 2018, 249; Warken, NZWiSt 2017, 417 (419); auch Graßie/Hiéramente, CB 2019, 191 (193); Hiéramente/Fenina, StraFo 2015, 365 (368); Hauschild, in: MüKo-StPO, § 110 Rn. 18.

<sup>58</sup> Vgl. Sieber, S. 145, 148; Seitz, S. 377; Dombrowski, S. 165 f.; Gercke, in: HK-StPO, § 110 Rn. 28. Eine mögliche Rechtfertigung bei überwiegendem Abwehrinteresse des agierenden Staates kommt nur in sehr engen Ausnahmefällen in Betracht, vgl. hierzu Dombrowski, S. 167 f.; Gercke, in: HK-StPO, § 110 Rn. 27 f.

<sup>59</sup> Warken, NZWiSt 2017, 417 (419); Brodowski, JR 2009, 402 (410); Gercke, StraFo 2009, 271 (273); Sieber, S. 148.

### III. Vorschlag der E-Evidence-Verordnung

Das soll sich aber nun mit der vorgeschlagenen E-Evidence-Verordnung<sup>60</sup> nach dem Vorbild des US-amerikanischen CLOUD-Acts<sup>61</sup> ändern. Strafverfolgungsbehörden von EU-Mitgliedstaaten sollen hiernach künftig von Diensteanbietern in der Europäischen Union unmittelbar Herausgabe und/oder Sicherung elektronischer Beweismittel unabhängig von ihrem Speicherort verlangen können. Vorgeschlagen wird also nicht weniger als eine Abkehr vom völkerrechtlichen Fundamentalprinzip der Gebietshoheit betreffend gespeicherte Daten. Der Anwendungsbereich der Verordnung ist dabei sehr weit gefasst<sup>62</sup> und erlaubt Herausgabe- und Sicherungsanordnungen künftig unmittelbar gegenüber dem Diensteanbieter mit Datenspeicherort im Ausland. Erfasst ist damit der Zugriff auf Daten auf externen Speichern, also bei einem (potenziellen) Diensteanbieter im Ausland. Die Verordnung kann allerdings nicht Zugriffe gegen Diensteanbieter krimineller Plattformen verrechtlichen, denn insoweit helfen strafverfolgungsbehördliche Anordnungen ermittlungstaktisch gesehen regelmäßig nicht weiter, da diese Diensteanbieter nicht nur ihren Datenstandort, sondern auch ihre Identität verschleiern<sup>63</sup> und daher entweder gar nicht erreichbar sind oder aber auf offene Anordnungen von Strafverfolgern wohl nur mit einer Vernichtung der elektronischen Beweismittel antworten würden. Ziel der Verordnung sind also nicht Zugriffe, um gegen den Diensteanbieter selbst Strafverfolgung zu betreiben, sondern vielmehr um Verpflichtungen des Diensteanbieters, strafverfolgungsrelevante Nutzerdaten herauszugeben, zu forcieren. Das Hauptaugenmerk der Verordnung liegt damit auf den großen „seriösen“ Cloud-Anbietern wie Google oder Apple.

Der Verordnungsvorschlag ist seit seiner Veröffentlichung auf große Kritik gestoßen.<sup>64</sup> Dabei konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die Abkehr vom Territorialitätsprinzip bei strafverfolgungsbehördlichen Zugriffen auf im Ausland gespeicherte Cloud-Daten. Sie unilateral zuzulassen, ist insbesondere mit Blick auf den Grundrechtsschutz der Betroffenen hochgefährlich.<sup>65</sup> Die Risiken unilateraler Datenzugriffe und alternative Lösungsmöglichkeiten für das Problem des grenzüberschreitenden Zugriffs auf Cloud-Daten werden deshalb im Folgenden aufgezeigt.

### IV. Risiken unilateraler Direktzugriffe bei Diensteanbietern auf Cloud-Daten im Ausland

Der vorgeschlagene europäische Datenunilateralismus birgt erhebliche Risiken für die zu berücksichtigenden Interessen. Auf der einen Seite steht dabei das Interesse des zugreifenden Staates an der Funktionsfähigkeit und Effektivität seiner Strafverfolgung.<sup>66</sup> Während auf der anderen Seite der von dem Zugriff betroffene Staat ein Interesse an der Wahrung seiner Gebietshoheit über im Inland gespeicherte Daten und damit letztlich seiner Souveränität hat. Auch Belange der zwischenstaatlichen Höflichkeit spielen mit Blick auf den langfristigen Erhalt internationaler Beziehungen, also auch der internationalen Sicherheitszusammenarbeit, eine Rolle.<sup>67</sup> In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass unionsrechtliche Regelungen natürlich auch international zur Kenntnis genommen und ggf. übernommen werden. Die Europäische Union sollte also nur Regelungen wählen, die sie auch seitens der Drittstaaten gegenüber sich gelten lassen will.<sup>68</sup> Da potenziell strafverfolgungsrelevante Daten im Wesentlichen personenbezogen sind, hat auch der von den Datenzugriffen betroffene Nutzer ein erhebliches Interesse an der Wahrung seines Grundrechts- und Datenschutzes. Die Zugriffe betreffen zudem Geschäftsmodelle privater Diensteanbieter, die ebenfalls ein Interesse an der Wahrung ihrer Grundrechte und der Wirtschaftlichkeit ihres Betriebs haben. Gesellschaftsübergreifend besteht zudem auch ein Interesse daran, die Offenheit des Internets beizubehalten.<sup>69</sup> Das durchaus legitime Ziel der Verordnung, den grenzüberschreitenden Datenzugriff im Sinne einer effektiven Strafverfolgung auszugestalten, darf daher nicht um jeden Preis vorangetrieben werden.<sup>70</sup>

#### 1. Entterritorialisierung der Cloud

Für die Abkehr vom Territorialitätsprinzip und die damit einhergehende Entterritorialisierung der Cloud wird in erster Linie die Andersartigkeit von Daten<sup>71</sup> und der Cloud als eigener virtueller, aber eben nicht physisch begrenzbarer Raum<sup>72</sup> ins Feld geführt.<sup>73</sup> Durch die Flüchtigkeit von Daten und ihrer Übertragbarkeit in Echtzeit ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen sowie Speicherpolitiken über mehrere Länder hinweg,<sup>74</sup> sei es willkürlich, an dem oftmals nicht bzw. nicht ohne Weiteres feststellbaren Datenspeicherort und damit am Territorialitätsprinzip hinsichtlich der Cloud festzuhalten.<sup>75</sup>

<sup>60</sup> COM (2018) 225 final.

<sup>61</sup> Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act. Hierzu *Cording/Göttinger*, CR 2018, 636 ff.; *Schaar*, MMR 2018, 705 ff.

<sup>62</sup> Vgl. *Weißer*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, *Europarecht*, § 16 Rn. 100.

<sup>63</sup> Vgl. *Warken*, NZWiSt 2017, 289 (295).

<sup>64</sup> *Böse*, KriPoZ 2019, 140; *Burchard*, ZRP 2019, 164, *ders.*, ZIS 2018, 249 (264); *Brodowski*, ZIS 2018, 493; *ders.*, NJW-aktuell 2018, 19; *Esser*, StraFo 2019, 404; *Weißer*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, *Europarecht*, § 16 Rn. 100; *Hamel*, in: Hoven/Kudlich, *Digitalisierung und Strafverfahren*, 2020, S. 103; *von Galen*, *Digitalisierung und Strafverfahren*, S. 127; *Thomae*, *Digitalisierung und Strafverfahren*, S. 139.

<sup>65</sup> Vgl. *Böse*, KriPoZ 2019, 140.

<sup>66</sup> *Burchard*, ZIS 2018, 190 (192).

<sup>67</sup> Ebd.

<sup>68</sup> Vgl. *Burchard*, ZIS 2018, 190 (192).

<sup>69</sup> Insgesamt hierzu *Burchard*, ZIS 2018, 190 (192).

<sup>70</sup> Vgl. auch *Burchard*, ZRP 2019, 164.

<sup>71</sup> *Daskal*, YLJ 2015, 325 (365 ff.); *Clopton*, *Chicago Law Review* 2016, 45, jeweils m.w.N. A.A. *Woods*, *Stanford Law Review* 2016, 729 (756 ff.).

<sup>72</sup> *Daskal*, YLJ 2015, 325 (369 ff.).

<sup>73</sup> *Daskal*, YLJ 2015, 325; *Clopton*, *Chicago Law Review* 2016, 45; a.A. *Woods*, *Stanford Law Review* 2016, 729 (756 ff.).

<sup>74</sup> *Daskal*, YLJ 2015, 325 (365 ff.); *dies.*, *Vanderbilt Law Review* 2018, 179 (221 ff.).

<sup>75</sup> A.A. aber *Woods*, *Stanford Law Review* 2016, 729 ff. m. zusammengetragenen Nachweisen für diese Entterritorialisierungs-Ansicht. So zusammengefasst, nicht aber vertreten von *Burchard*, ZIS 2018, 190 (202).

Sofern Diensteanbieter ihre Nutzerdaten auf Serververbunden über mehrere Länder hinweg rotierend speichern, erscheint es mit Blick auf diesen konkreten Fall natürlich zunächst willkürlich, zur Bestimmung des Zugriffs auf den kaum auszumachenden Datenspeicherort abzustellen. Allerdings ignoriert die pauschale Annahme, der Datenspeicherort sei bei Cloud-Sachverhalten insgesamt ein willkürliches Kriterium, dass derartige Speicherpolitiken nicht von allen, ja nicht einmal von der Mehrheit der Diensteanbieter eingesetzt werden.<sup>76</sup> Im Gegenteil werben viele Diensteanbieter damit, die Nutzerdaten gegen Entgelt ausschließlich an einem bestimmten Standort zu speichern, um den dort geltenden Datenschutz zu gewährleisten.<sup>77</sup> Auch aus ökonomischer Sicht kann es Gründe geben, einen bestimmten Standort oder selbst bei Nutzung von Serververbunden bestimmte Länder als Serverstandorte bewusst auszuwählen. Angesichts der fortschreitenden Ökonomisierung des Datenschutzes überzeugt es nicht, aus den Praktiken einiger Diensteanbieter, Nutzerdaten in mehreren Ländern verteilt zu speichern, pauschal darauf zu schließen, dass der Datenspeicherort grundsätzlich bedeutungslos sei.<sup>78</sup> Vielmehr sollte man gegenteilig davon ausgehen, dass der Datenspeicherort sehr wohl von Bedeutung ist<sup>79</sup> und bei gegenteiligen Anhaltspunkten eine Differenzierung zwischen verschiedenen Cloud-Datenspeicherungsmodellen in Betracht ziehen.<sup>80</sup>

Auch die Behauptung, es sei Nutzern ohnehin gleichgültig, wo ihre Daten gespeichert sind,<sup>81</sup> vermag daher nicht zu überzeugen. Empirische Belege liegen auch hierfür nicht vor.<sup>82</sup> Angesichts der asymmetrischen Machtverhältnisse zwischen Diensteanbietern und Nutzern fehlt letzteren oftmals eine hinreichende Aufklärung und Informiertheit.<sup>83</sup> Manche Nutzer wählen gar bewusst kostenpflichtige Cloud-Angebote mit Speicherversprechen in bestimmten Ländern aus, gerade weil ihnen der Belegenheitsort ihrer Daten wichtig ist.<sup>84</sup> Auch hier verbietet sich deshalb jegliche Pauschalisierung. Von dieser Argumentation auf einen Grundrechtsverzicht der dem Datenbelegenheitsort gleichgültig gegenüberstehenden Cloud-Nutzern oder eine datenschutzrechtliche Einwilligung in den Zugriff zu schließen, erscheint ohnehin fragwürdig.<sup>85</sup>

Entscheidend, mit Blick auf die Forderung nach einer Entterritorialisierung der Cloud, sind vielmehr ihre rechtlichen Konsequenzen. So würde dies nicht weniger als eine Abkehr von völkerrechtlichen Fundamentalprinzipien bedeuten.<sup>86</sup> Unilaterale Zugriffe auf Cloud-Daten im Ausland können das zwischenstaatliche Vertrauen und damit zwischenstaatliche Beziehungen und Solidarität nach-

haltig beeinträchtigen und eine grenzüberschreitende internationale Sicherheitszusammenarbeit erschweren oder gar unmöglich machen.<sup>87</sup> Im schlimmsten Fall kann der Unilateralismus zudem zu Strafverfahren gegen ausländische Strafverfolger führen, wenn diese Diensteanbieter zur Verletzung des europäisierten Datenschutzstrafrechts „angestiftet“ haben.<sup>88</sup>

## 2. Problemlösung durch Notifikationslösung der E-Evidence-Verordnung?

Die Verordnung soll die völkerrechtliche Zweifelhafigkeit unilateraler Datenzugriffe im Ausland beheben. Sie ist zu verstehen als generalisierte Zustimmung der Mitgliedsstaaten untereinander, unilateral Daten bei Diensteanbietern erheben zu dürfen – auch weil die jeweiligen Staaten möglicherweise im Nachgang über den Zugriff informiert werden sollen.<sup>89</sup> Durch diese Einigung auf unechte unilaterale Beibringungsanordnungen<sup>90</sup> würde die Gebietshoheit jedenfalls der Mitgliedsstaaten unangestastet bleiben, da sich die Staaten einverstanden erklärt haben.<sup>91</sup> Um völkerrechtliche Konflikte mit Drittstaaten zu vermeiden, könnte man dieses Modell unechter unilateraler Zugriffe mit Notifikation des betroffenen Staates im Wege von Vereinbarungen auf Drittstaaten ausweiten.<sup>92</sup> Zweifelhaf scheint dabei aber, ob damit dem Grundrechts- und Datenschutz Genüge getan würde.

## 3. Grundrechts- und Datenschutz durch zugreifenden Staat und Private?

Kehrseite von Gebietshoheit und Souveränität ist die Pflicht des Staates nicht nur zum Grundrechtsschutz der auf seinem Gebiet befindlichen Personen bei Hoheitsakten im Inland, sondern ebenso auch im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen für die Einhaltung grund- und datenschutzrechtlicher Mindeststandards zu sorgen.<sup>93</sup> Durch die Duldung von Datenerhebungen fremder Staaten gestattet der von dem Zugriff betroffene Staat Eingriffe in die Grundrechte seiner eigenen Bürger ohne echte Nachkontrolle. Das wirft die Frage auf, ob er die ihn treffenden Schutzpflichten gegenüber seinen Bürgern überhaupt noch in angemessenem Maße erfüllen kann.<sup>94</sup>

### a) Blindes Vertrauen in vergleichbaren Grundrechts- und Datenschutz in EU- und Drittstaaten?

Möglich wäre das nur dann, wenn der aufgrund der generellen Zustimmung zugreifende Staat ein gleichwertiges Grundrechts- und Datenschutzniveau aufweist und die

<sup>76</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (250).

<sup>77</sup> Ebd.

<sup>78</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (252).

<sup>79</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (250).

<sup>80</sup> Ebd.; vgl. Burchard, ZRP 2019, 164 (165).

<sup>81</sup> Warken, NZWiSt 2017, 289 (295); Daskal, Vanderbilt Law Review 2018, 179 (225 f.).

<sup>82</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (250).

<sup>83</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (252).

<sup>84</sup> Vgl. ebd.

<sup>85</sup> Ebd.

<sup>86</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (253).

<sup>87</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (254 f.); hierzu weitergehend noch Brief of former law enforcement, national security, and intelligence officials as amici curiae in support of neither party, S. 3 f., online abrufbar unter: <https://tinyurl.com/4fc2w3k9> (zuletzt abgerufen am 18.8.2022).

<sup>88</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (255).

<sup>89</sup> Ebd.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu ebd.

<sup>91</sup> Ebd.

<sup>92</sup> Ebd.

<sup>93</sup> Böse, KriPoZ 2019, 140 (143); Burchard, ZIS 2018, 249 (251); vgl. BVerfGE 141, 220 (342); 142 (234, 254 f.).

<sup>94</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (252, 255); Böse, KriPoZ 2019, 140 (143).

Verfassungsidentität des betroffenen Staates achtet.<sup>95</sup> Mit Blick auf Drittstaaten kann davon wohl kaum ohne Weiteres ausgegangen werden. In der Europäischen Union hingegen ist dem anhand Art. 67 Abs. 1 AEUV auf dem ersten Blick wohl Genüge getan.

Eine gegenseitige Anerkennung im Sinne eines blinden Vertrauens in den fremdländischen Grundrechtsschutz ohne jedwede Rückversicherungsmöglichkeiten, also eine vollständige Suspendierung der Grundrechtsprüfung, läge jedoch nicht im Sinne der Wahrung eines effektiven Grundrechts- und Datenschutzes.<sup>96</sup> Angesichts einer fehlenden Harmonisierung des Strafprozessrechts<sup>97</sup> und dem direkten Zugriff der ausstellenden Strafverfolgungsbehörde bei privaten Diensteanbietern kann der betroffene Staat ohne Kontrollmöglichkeiten<sup>98</sup> kaum seinen innerstaatlichen Schutzpflichten gerecht werden. Deshalb muss der betroffene Staat auch im unilateralen Zugriffsverfahren<sup>99</sup> eine echte, bestenfalls zeitgleiche Notifikation sowie Verweigerungsgründe und Missbrauchsvorbehalte beanspruchen können, die echte Konsequenzen wie eine Unverwertbarkeit nach sich ziehen.<sup>100</sup>

#### b) Privatisierung des Rechtshilfeverfahrens zu Lasten der Grundrechte

Auch die vorgeschlagene Inpflichtnahme der Diensteanbieter vermag das Schutzniveau keinesfalls zu verbessern. Problematisch erscheint die Idee unechter unilateraler Zugriffe ohnehin insbesondere wegen der damit verbundenen Privatisierung ureigenster staatlicher Aufgaben<sup>101</sup> wie der Prüfung von Rechtshilfeersuchen. Der dadurch gewünschte Vorteil liegt auf der Hand. Die Diensteanbieter haben die technische Kontrolle über die Daten, sodass es keines „Umwegs“ über eine inländische Behörde bedarf,<sup>102</sup> deren Mühlen im Zweifel deutlich langsamer als die eines flexiblen und vor allem wirtschaftlicher arbeitenden privaten Unternehmens mahlen. So scheinen Private bestens geeignet, im Sinne des Gemeinwohls für den Staat einzuspringen. Allerdings ist anzunehmen, dass Private eigene wirtschaftliche Interessen im Zweifel über das Allgemeinwohl stellen.<sup>103</sup> Das begründet erhebliche Zweifel daran, ob die Prüfung von Strafverfolgungsmaßnahmen ausländischer Staaten wirklich sinnvoll, zuverlässig und sozialverträglich von privaten Dienstleistern übernommen werden sollte bzw. ob der Staat diese Aufgabe an Private delegieren darf.<sup>104</sup> Wer diesen riskanten Weg beschreiten will, muss zumindest Regelungen dafür schaffen, wie die Privaten diese Aufgabe denn ausführen sol-

len. Wer (mit welcher Qualifikation) prüft die eingehenden Quasi-Rechtshilfeersuchen bei Google? Anhand welcher Kriterien? Wie läuft das Verfahren ab? Wird der Betroffene informiert? Von Google? Kann man sich gegen Googles Entscheidung wehren? Und wer prüft die Prüfung durch Google? Die Liste der aufkommenden Fragen ließe sich noch fortführen. Deutlich werden soll dadurch Eines: Die Delegation einer so grundrechtssensiblen Aufgabe wie die Prüfung von ehemals Rechtshilfeersuchen an Private ohne jedwede Regulierung missachtet sämtliche Grundlagen des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips und liefert den Betroffenen weitgehend schutzlos an Plattformbetreiber und deren wirtschaftliche Eigeninteressen aus.<sup>105</sup> Will man unmittelbare Zugriffe auf Cloud-Daten bei ausländischen Diensteanbietern zulassen, so bedarf es mindestens einer detaillierten, einheitlichen Regulierung auf Unionsebene unter Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze und einem Zusammenspiel mit dem territorial betroffenen Staat, der sich durch verpflichtende Notifikation durch den Diensteanbieter ein Eingreifen, also das Versagen, Widerrufen oder Beschränken der Datenherausgabe, vorbehalten sollte.<sup>106</sup> Ohne staatliche Kontrolle des privaten Datenherausgaberechtshilfeverfahrens<sup>107</sup> würde der europäische Grundrechtsschutz wahrlich zugunsten einer effektiven internationalen Sicherheitszusammenarbeit geopfert und unionsrechtswidrige Zustände hervorgerufen.<sup>108</sup>

#### 4. Interessen der Diensteanbieter

Last but not least müssen auch die Interessen der Diensteanbieter Berücksichtigung finden, bevor sie unfreiwillig als Ersatz-Strafverfolger Fuß fassen müssen. Nach der E-Evidence-Verordnung sollen die Diensteanbieter die Prüfung der Herausgabeanordnungen ausländischer Strafverfolger übernehmen – und zwar nach dem Willen der Ordnungsgeber völlig umsonst. Es ist aber unrealistisch, dass bei unzähligen Anordnungen, die bei Erlass der Verordnung auf die Diensteanbieter zukommen werden, man an einer entsprechenden Entschädigung der Diensteanbieter für den Dienst an dem Allgemeinwohl vorbei kommt.<sup>109</sup> Zumal sich Diensteanbieter das für die Prüfung erforderliche Knowhow zunächst aneignen müssten.

Auch mit Blick auf Geschäftspraktiken der Anbieter muss berücksichtigt werden, dass einige, gerade kleinere Cloud-Anbieter insbesondere durch die Ökonomisierung des Datenschutzes überhaupt erst wirtschaften können.<sup>110</sup>

<sup>95</sup> Mit vielen w.N. Burchard, ZIS 2018, 249 (256).

<sup>96</sup> Vgl. nur Burchard, GPKG, Int. Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Nov. 2021, Vor § 1 Rn. 128 ff. m.w.N. und Darstellung der vertretenen Ansichten zur Anwendbarkeit nationaler Grundrechte mit Blick auf Rechtshilfeersuchen; ders., ZIS 2018, 249 (256).

<sup>97</sup> Burchard, ZRP 2019, 164 (166); vgl. auch Sieber, NJW-Beil. 2012, 86 (90).

<sup>98</sup> Burchard, ZRP 2019, 164 (165).

<sup>99</sup> Vgl. Burchard, ZIS 2018, 249 (256); ders., ZRP 2019, 164 (165 f.); Brodowski, ZIS 2018, 493 (504); Böse, KriPoZ 2019, 140 (144).

<sup>100</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (256); ders., ZRP 2019, 164 (167).

<sup>101</sup> Vgl. Burchard, ZIS 2018, 249 (259).

<sup>102</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (260).

<sup>103</sup> Vgl. ebd.

<sup>104</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (260); Böse, KriPoZ 2019, 140 (144); vgl. auch Weißer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 16 Rn. 100.

<sup>105</sup> Vgl. Burchard, ZIS 2018, 249 (260) mit der treffenden Bezeichnung als „nicht-regulierte Selbstregulierung des internen Prüfverfahrens bei Diensteanbietern“.

<sup>106</sup> So Burchard, ZIS 2018, 249 (260).

<sup>107</sup> Vgl. Brodowski, ZIS 2018, 493 (504).

<sup>108</sup> So Burchard, ZIS 2018, 249 (259, 260); vgl. auch Weißer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 16 Rn. 100.

<sup>109</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (260); ders., ZRP 2019, 164 (166); War-ken, NZWiSt 2017, 417 (422); vgl. auch Schaar, MMR 2018, 705 (706).

<sup>110</sup> Burchard, ZIS 2018, 249 (252).

Zudem kann die Zugriffsidee der E-Evidence-Verordnung Diensteanbieter in die Bredouille bringen, wenn sie strafprozessuale Mitwirkungspflichten treffen, die datenschutzrechtlichen bußgeldbewehrten Handlungsverboten gegenüberstehen.<sup>111</sup> In der DS-GVO bestehende Ausnahmen, insb. Art 49 Abs. 1 S. 2 DS-GVO, reichen zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses nicht aus.<sup>112</sup> Hier ist Abhilfe dringend erforderlich.

### 5. Zwischenergebnis

Auch wenn mit der Notifikationslösung Kollisionen nationaler Strafverfolgungsinteressen mit Interessen des betroffenen europäischen Staates hinsichtlich seiner Souveränität und Gebietshoheit durch dessen Zustimmung vermieden werden, bleibt es bei unilateralen Zugriffen auf Daten in Drittstaaten bei der festgestellten Völkerrechtswidrigkeit. Zudem drohen ohne gegenseitige staatliche Kontrollmechanismen auch mit Blick auf europäische Staaten erhebliche Nachteile für den Grundrechtsschutz der von dem Zugriff betroffenen Personen. Die Privatisierung des staatlichen Rechtshilfverfahrens durch den unmittelbaren Zugriff bei privaten Diensteanbietern ohne zwischen- oder nachgeschaltete staatliche Prüfung begründet weitere Nachteile für den Grundrechts- und Datenschutz. Es verstößt gegen den in der Europäischen Union zu gewährleistenden Grundrechtsschutz, Private ohne jegliche Regulierung der internen Prüfverfahren und ohne Interventionsmöglichkeiten des betroffenen Staates ausländische Beibringungsanordnungen prüfen zu lassen.<sup>113</sup>

## V. Alternative Lösungsmöglichkeiten

Der in der E-Evidence-Verordnung vorgesehene unilaterale Zugriff ist zudem nicht alternativlos. Zuzugeben ist, dass auch andere Staaten, insb. die USA, diesen Weg gewählt haben, man also unilaterale Datenzugriffe auf internationaler Ebene durch einen entgegengesetzten europäischen Weg wohl nicht gänzlich verhindern kann. Andererseits ist das kein Grund, dem blindlings zu folgen und den eigenen Grundrechts- und Datenschutz aufs Spiel zu setzen, zumal das Vorgehen der USA mit europäischen Sicherheitsinteressen kollidiert.<sup>114</sup> Die Erleichterung strafverfolgungsbehördlicher Zugriffe auf Cloud-Daten und damit die Sicherung einer effektiven Strafverfolgung auch im digitalen Zeitalter ist ein legitimes Anliegen. Das Interesse an einer effektiven Strafverfolgung ist aber nur eines der betroffenen Interessen, die angemessen in Ausgleich gebracht werden müssen. Eine einseitige Abwä-

gung zugunsten der Strafverfolgung kann daher keine angemessene Lösung sein.

Rückt man vom Ansatz unilateraler Zugriffsmöglichkeiten ab und verbleibt stattdessen bei traditionellen Rechtshilfverfahren,<sup>115</sup> so bietet dies den Vorteil, dass die internationale Sicherheitszusammenarbeit auch mit Blick auf Clouddaten vorangetrieben werden könnte, ohne nationale Grundrechtsstandards aufzugeben. Um die Rechtshilfverfahren zu beschleunigen, wäre ein Ausbau der personellen Kapazitäten, technischer Infrastrukturen und eine bessere Koordination und damit Zusammenarbeit internationaler Strafverfolgungsorgane wünschenswert.

Die Ermöglichung der Identifizierung des zu ersuchenden Staates könnte mit einer Verpflichtung der Strafverfolgungsorgane zu Nachforschungen über den konkreten Speicherort – also zur Nachverfolgung via Traceroute – erreicht werden.<sup>116</sup> Hilft Traceroute angesichts von Cloud-Speichermodellen mit ständig wechselnden, nicht dauerhaften Speicherorten nicht weiter, so sollten Diensteanbieter zur Einführung technischer Mechanismen verpflichtet werden, mithilfe derer sie in der Lage sind, auf Anfrage der Strafverfolger den Datenspeicherort preiszugeben.<sup>117</sup>

Andere wirtschaftsverwaltungsrechtliche Lösungen wie etwa ein Lokalisierungszwang der Daten<sup>118</sup> im Inland (sog. Daten-Nationalismus)<sup>119</sup> sollten mit Blick auf die Datensicherheit, die Interessen der Diensteanbieter und der Offenheit des Internet unterbleiben.<sup>120</sup> Das Vorhalten von Daten oder Spiegelungen der betroffenen Daten auf „festen“ Servern, würde in einer echten Vorratsdatenspeicherung münden, die wiederum mit Blick auf den Grundrechts- und Datenschutz zu vermeiden ist.<sup>121</sup> Bei grenzüberschreitender Speicherung mit ständigem Standortwechsel eine personale Anknüpfung am verdächtigen Nutzer statt am Datenstandort vorzunehmen,<sup>122</sup> würde wieder eine Abkehr vom Territorialitätsgrundsatz bedeuten, die nach hier vertretener Ansicht unbedingt im Sinne der Wahrung des Grundrechts- und Datenschutzes unterbleiben muss.

Damit Cloud-Nutzer wissen, wo sich ihre Daten befinden und vor allem, welchen Unterschied das für den eigenen Grundrechts- und Datenschutz haben kann, ist in jedem Fall eine echte Aufklärung der Nutzer durch die Diensteanbieter notwendig und schon lange überfällig.<sup>123</sup> Das gilt nicht nur für den hier vorgeschlagenen Lösungsweg, sondern gerade auch dann, wenn Zugriffe unilateral zugelassen werden sollen.<sup>124</sup> Nur wenn der Nutzer weiß, welche

<sup>111</sup> *Warken*, NZWiSt 2017, 417 (422); *Burchard*, ZIS 2018, 249 (254) m.w.N. und Beispielen.

<sup>112</sup> Vgl. *Burchard*, ZIS 2018, 249 (254) m.w.N., nach dem zwar ein einmaliger Zugriff nach Art. 49 Abs. 1 S. 2 DS-GVO erfasst wäre, nicht aber unilaterale Datenzugriffe als Grundsatz.

<sup>113</sup> *Burchard*, ZIS 2018, 249 (259 f.).

<sup>114</sup> *Burchard*, ZRP 2019, 164 (165.).

<sup>115</sup> So *Chander/Lê*, Emory LJ, 2015, 677 (735) im Verhältnis zu Lokalisierungspflichten; auch *Burchard*, ZRP 2019, 164 (167); *ders.*, ZIS 2018, 190 (192).

<sup>116</sup> Vgl. *Dalby*, S. 246; in diese Richtung auch *Gercke*, in: HK-StPO, § 110 Rn. 29; *Brodowski*, in: BeckOK-IT, § 110 StPO Rn. 12.2.

<sup>117</sup> Das können ggf. auch mehrere Orte sein. Vgl. *Bell*, S. 221; *Dalby*, S. 245.

<sup>118</sup> Oder auch Zwang zur Spiegelung der Daten ins Inland wie in Vietnam, s. hierzu *Chander/Lê*, Emory LJ, 2015, 677 (704 f.), um sie für Zugriffe staatlicher Akteure verfügbar zu halten.

<sup>119</sup> Hierzu *Chander/Lê*, Emory LJ, 2015, Vol. 64, 677 ff., mit Blick auf Lokalisierungspflichten in Russland (701 f.) und Vietnam (704 ff.).

<sup>120</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Chander/Lê*, Emory LJ, 2015, 677 (713 ff.); s. auch *Burchard*, ZIS 2018, 249 (253).

<sup>121</sup> So aber *Dalby*, S. 245.

<sup>122</sup> So *Bell*, S. 223 f.

<sup>123</sup> Vgl. *Burchard*, ZIS 2018, 249 (253).

<sup>124</sup> *Burchard*, ZRP 2019, 164 (166 f.).

Folgen sich durch die Nutzung der gewählten Cloud inkl. ihrer Speicherpolitik für die Sicherheit seiner Daten vor Zugriffen Dritter (eben auch Strafverfolgungsbehörden) ergeben, kann er eine selbstbestimmte Wahl treffen.<sup>125</sup> Diese Aufklärung sollte daher nicht nur als Bestandteil einer ausgreifenden Einwilligungserklärung ausgestaltet

sein, sondern vielmehr so, dass ohne große Mühe Konsequenzen nachvollziehbar sind. Denkbar wäre etwa eine Art Video (analog zu den Sicherheitsvideos im Flugzeug) oder andere Arten von Visualisierung, die obligatorisch zu durchlaufen sind, bevor der Nutzungsvertrag abgeschlossen werden kann.<sup>126</sup>

## VI. Ausblick

Ein einheitliches internationales Vorgehen ist bei Zugriffen auf im Ausland gespeicherte Daten im Sinne einer effektiven Strafverfolgung wünschenswert.<sup>127</sup> Die Etablierung unilateraler Zugriffe ist dabei jedoch nicht zielführend und würde nicht weniger als den (europäischen) Grundrechts- und Datenschutz kosten.<sup>128</sup> Folgen andere Staaten dem Vorbild der vorgeschlagenen E-Evidence-Verordnung, was durchaus zu erwarten ist,<sup>129</sup> so würde auch die Europäische Union mit unzähligen Herausgabeanordnungen konfrontiert, die ihren eigenen Sicherheitsinteressen zuwiderlaufen können, die sie aber mit Blick auf ihr eigenes Vorgehen kaum ohne politische Spannungen<sup>130</sup> ablehnen könnte.<sup>131</sup> Könnten Drittstaaten wie etwa China oder Russland dann unilateral mehr oder weniger nach Belieben auf europäische Daten zugreifen, so bliebe von dem „europäischen Grundrechts- und Datenschutzschild“ nicht mehr viel übrig. Die Europäische Union müsste damit entgegen ihrer eigenen Überzeugung zugunsten internationaler Sicherheitszusammenarbeit nicht nur fundamentale Interessen ihrer eigenen Bürger, son-

dern letztlich auch einen Teil ihrer eigenen Souveränität für den internationalen effektiven strafverfolgungsbehördlichen Zugriff auf Cloud-Daten abgeben.<sup>132</sup>

Bleibt es außerdem beim Verzicht auf eine Regulierung des dann privaten Quasi-Rechtshilfeverfahrens, so entsteht eine hohe Missbrauchsgefahr hinsichtlich gefälschter Herausgabeanordnungen oder Drittzugriffen auf unregulierte, mindergut geschützte Übertragungswege. So kämen auch Kriminelle an grundrechtssensible Daten und könnten diese etwa zur Erpressung Betroffener nutzen oder verkaufen. Autoritären Staaten wäre es sogar ohne weiteres möglich, die Daten zur Destabilisierung anderer Staaten oder dazu zu nutzen, Regimegegner aufzuspüren und zum Schweigen zu bringen.

In gesellschaftlicher Hinsicht kann ein solches Vorgehen auch Auswirkungen auf das künftige Nutzerverhalten haben. Eine Vielzahl der Internetnutzer könnte sich aus Clouds zurückziehen und auf lokale Speicher setzen, sich datensparsam verhalten, sich auf den Cloud-Markt im Dark Web beschränken oder aber, was wohl wahrscheinlicher ist, stärkere Verschlüsselungsmechanismen einsetzen. Insbesondere die zu erwartende verstärkte Verschlüsselung stünde dann wieder einer effektiven Strafverfolgung entgegen.<sup>133</sup> Was nützen unilaterale Zugriffe, wenn sie nur noch verschlüsselte Daten hervorbringen? Auch mit Blick auf die weitere Entwicklung des Internet ist zu befürchten, dass der digitale Grundrechtsschutz zunehmend ausgehebelt wird. Man denke hier heutzutage schon an ausgelagerte Daten etwa von Krankenkassen – mit Blick auf Prognosen in Richtung E-Identities und E-Wallets wären solch höchst sensible Daten dann gar individuell zusammengeführt mit einem Klick quasi auf der gesamten Welt erhältlich.

<sup>125</sup> Vgl. Burchard, ZIS 2018, 249 (253).

<sup>126</sup> Auch diese Art der Aufklärung wird nicht jeden Nutzer „abholen“, die Zahl aufgeklärter Internetnutzer aber zumindest erhöhen.

<sup>127</sup> Auch Burchard, ZRP 2019, 164 (167).

<sup>128</sup> Vgl. Weißer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 16 Rn. 100.

<sup>129</sup> Vgl. Burchard, ZRP 2019, 164 (165 f.); Brodowski, ZIS 2018, 493 (504); Weißer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, § 16 Rn. 100. Sofern nicht als Gegenreaktion mit einer Lokalisierungspflicht geantwortet wird und unilaterale Zugriffe unilateral unterbunden werden.

<sup>130</sup> Vgl. Burchard, ZRP 2019, 164 (165).

<sup>131</sup> Vgl. ebd.; Brodowski, ZIS 2018, 493 (504).

<sup>132</sup> Vgl. Brodowski, ZIS 2018, 493 (504).

<sup>133</sup> Vgl. auch Burchard, ZRP 2019, 164 (166).

# Vorschlag zur Einführung eines Gesetzes über das Aufspüren verdächtiger Vermögensgegenstände und über die selbständige Vermögenseinziehung (Vermögenseinziehungsgesetz)

von Prof. Dr. Kilian Wegner,  
Constantin Ladwig,  
Prof. Dr. Till Zimmermann und  
Prof. Dr. Mohamad El-Ghazi\*

## Abstract

*Eine wesentliche Schwäche der investigativen Bekämpfung komplexer Geldwäschestrukturen in Deutschland liegt darin, dass die Strafverfolgungsbehörden sich auf die – zumeist fruchtlose – Verfolgung von Geldwäschervortaten fokussieren. Um zu besseren Ergebnissen zu gelangen, muss der Ermittlungsfokus zukünftig stärker auf präventive Finanzermittlungen gelegt werden, in deren Rahmen von Amts wegen nach verdächtigen Vermögenswerten gefahndet und Verdachtsmomenten bereits unterhalb der Schwelle eines strafrechtlichen Anfangsverdachts nachgegangen wird. Der nachfolgende Gesetzentwurf macht hierzu einen konkreten Vorschlag, indem er erstens neue Instrumente zum Aufspüren verdächtigen Vermögens schafft und zweitens das in Ansätzen bereits bestehende staatliche Einziehungsrecht auf dem Gebiet der non-conviction-based confiscation in ein außerstrafrechtliches Verfahren überführt und gleichzeitig weiterentwickelt.*

*A major weakness in the investigative fight against complex money laundering structures in Germany is that law enforcement agencies focus on the – mostly fruitless – prosecution of money laundering offenses. In order to achieve better results, the focus of investigations must be placed more strongly on preventive financial investigations, in which suspicious assets can be searched ex officio and suspicious facts are investigated even below the threshold of initial criminal suspicion. The following draft law makes a concrete proposal in this regard: Firstly by creating new instruments for tracking down suspicious assets; and secondly by introducing a civil forfeiture process currently unknown in German law.*

## I. Einführung

Spätestens seit die Europäische Union in Reaktion auf den russischen Überfall auf die Ukraine verstärkt auf Sanktionen und Embargos setzt, um Druck auf die russische Führung auszuüben, ist einer breiten Öffentlichkeit bewusst geworden, was die Fachwelt seit Langem beschäftigt: Es ist heute in Deutschland immer noch allzu leicht, Vermögen zu transferieren und zu verwalten, ohne dabei die eigene Identität preisgeben zu müssen – ein Umstand, den Sanktionierte ebenso geschickt zu nutzen wissen wie die Organisierte Kriminalität oder Geheimdienste von Staaten, die der Bundesrepublik feindlich gesinnt sind.<sup>1</sup>

Was auf dem Gesetzespapier theoretisch an Regeln vorhanden ist, um Transparenz zu schaffen, lässt sich praktisch durch Briefkastenfirmen, Strohleute und kollaborierende Finanz- und Rechtsdienstleister leicht aushebeln, wenn die Regeln nicht ohnehin gänzlich ignoriert werden. Sanktioniert werden solche Normverstöße selten, individuelle strafrechtliche Konsequenzen sind – wenn es nicht um sog. Finanzagenten geht – in der Praxis faktisch ausgeschlossen.<sup>2</sup>

Ein wesentlicher Grund hierfür liegt in der nur mangelhaft ausgebildeten Fähigkeit des Staates, im Rahmen von Finanzermittlungen Quelle und Ziel von Finanztransaktionen festzustellen und dabei aufzudecken, wer die betroffenen Vermögenswerte kontrolliert. Erst kürzlich hat die Financial Action Task Force (FATF) in ihrem Deutschland-Bericht wieder attestiert, dass solche Finanzermittlungen hierzulande allzu oft nur dann stattfinden, wenn bereits ein Anfangsverdacht hinsichtlich einer konkreten Straftat

\* Der Autor *Wegner* ist Inhaber einer Juniorprofessur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und Schriftleiter der „Geldwäsche & Recht“. Der Autor *Ladwig* (LL.B., Bucerius) ist Mitarbeiter an der genannten Professur und Referendar am *Hanseatischen Oberlandesgericht*. Der Autor *Zimmermann* ist Inhaber einer Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht einschl. europäischer und internationaler Bezüge an der Universität Trier. Der Autor *El-Ghazi* ist an ebendieser Universität Inhaber einer Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht. Die letztgenannten sind auch Co-Direktoren des Trierer Instituts für Geldwäsche- und Korruptions-Strafrecht (TrlGeKo).

<sup>1</sup> Zu den Gefahren, die für die Allgemeinheit aus finanzieller Intransparenz erwachsen, s. bereits *El-Ghazi/Wegner/Zimmermann*, *Legal Tribune Online* v. 1.4.2022, online abrufbar unter: <https://t1p.de/vevy> (zuletzt abgerufen am 17.11.22).

<sup>2</sup> S. hierzu zuletzt die Untersuchung von *Bussmann/Veljovic*, *NZWSt* 2020, 417 ff.

vorliegt, aus der inkriminierte Vermögenswerte stammen könnten oder zu deren Begehung Vermögen eingesetzt wird.<sup>3</sup>

Eine derartige Verbindung zu konkreten Straftaten lässt sich bei komplexen Geldwäsche-Operationen aber oftmals gerade nicht herstellen – der vortatenzentrierte Ansatz gerät hier an seine Grenzen.<sup>4</sup>

Um zu besseren Ergebnissen zu gelangen, müsste der Ermittlungsfokus daher zukünftig stärker auf präventive Finanzermittlungen gelegt werden, in deren Rahmen von Amts wegen nach verdächtigen Vermögenswerten gefahndet und möglichen Verdachtsmomenten bereits unterhalb der Schwelle eines strafrechtlichen Anfangsverdachts nachgegangen wird. Die Bundesregierung ist offenbar gewillt, entsprechende Instrumente zu schaffen.<sup>5</sup> Der nachfolgende Gesetzentwurf macht hierzu einen konkreten Vorschlag, indem er *erstens* neue Instrumente zum Aufspüren verdächtigen Vermögens schafft und *zweitens* das in Ansätzen bereits bestehende staatliche Einziehungsrecht auf dem Gebiet der *non-conviction-based confiscation* in ein außerstrafrechtliches Verfahren überführt und gleichzeitig weiterentwickelt.

## II. Grundgedanken des vorgelegten Gesetzentwurfes

### 1. Gesetzgebungskompetenz für die *non-conviction-based confiscation*

Das hier vorgeschlagene „Gesetz über das Aufspüren verdächtiger Vermögensgegenstände und über die selbständige Vermögenseinziehung“ (kurz: VEG) entnimmt die *non-conviction-based confiscation* dem StGB und der StPO, wo sie seit jeher einen Fremdkörper bildet, und regelt sie – unter Modifikation und Ergänzung der schon bestehenden Vorschriften – in einem eigenständigen Gesetz. Im Grundsatz bleibt der bisher verfolgte Ansatz der *non-conviction-based confiscation* unverändert. Die Vermögenseinziehung findet ihren legitimatorischen Ausgangspunkt weiterhin in einer strafrechtlichen Anlasstat. Das Festhalten am Erfordernis eines Herrührens aus einer rechtswidrigen Tat und der damit verbundene Verzicht auf Elemente des Polizeirechts hat den Vorzug, dass der Vorschlag sich ohne Zweifel auf dem Boden der Gesetzgebungskompetenz des Bundes bewegt.<sup>6</sup> Denn, dass der Bund für das Einziehungsrecht trotz dessen nicht-strafrechtlichen Charakters die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG als Annexkompetenz zum Strafrecht innehat, erscheint unbestritten.

<sup>3</sup> FATF, Mutual Evaluation Report, August 2022, (online abrufbar unter: <https://t1p.de/sb0qh>), S. 11: „Germany takes a reactive rather than a proactive approach to the identification of ML and it is not clear that ML involving professional ML networks, cash smuggling, foreign predicates, complex ML and cases involving legal persons are being detected. In practice, there is a focus on prosecuting for the predicate offence and barriers to pursuing ML in cases where there is no clear link to a predicate offence.“ (zuletzt abgerufen am 17.11.22).

<sup>4</sup> Vgl. hierzu abermals FATF, Mutual Evaluation Report (Fn. 3), der auf S. 11 mit bemerkenswerter Schärfe konkludiert: „There is no clear policy or strategy for disrupting and sanctioning ML in a consistent and comprehensive manner.“

### 2. *In-rem-Verfahren*

Schon bei Einführung der selbständigen Einziehung nach §§ 76a StGB, 435 ff. StPO hatte der Gesetzgeber die Intention, ein *in-rem*-Verfahren, also ein gegen verdächtige Vermögensgegenstände gerichtetes Verfahren, zu schaffen. Gleichwohl blieb er im Ausgangspunkt der Idee eines *in-personam*-Verfahrens verhaftet, indem er die selbständige Einziehung an das Erfordernis einer *bestimmten* Tat, aus der der Gegenstand herrührt (§ 76a Abs. 1 bis 3 StGB) bzw. an das Erfordernis zumindest eines Anfangsverdachts (§ 76a Abs. 4 StGB) koppelte. Davon löst sich der Entwurf, indem er die Idee eines *in-rem*-Verfahrens konsequent umsetzt. Dies bietet insbesondere mit Blick auf solche Vermögensgegenstände entscheidende Vorteile, die in Händen von juristischen Personen oder Personengesellschaften liegen, die überhaupt keiner natürlichen Person zugeordnet werden können und die dementsprechend auch nie in Zusammenhang mit einer bestimmten Tat oder einem Tatverdacht gebracht werden können. Als Beispiel seien nur die in der Praxis nicht selten anzutreffenden GmbHs genannt, die Eigentümer von Immobilien sind und die selbst über mehrere Stufen hinweg von einer Gesellschaft (etwa auf den British Virgin Islands) gehalten werden, deren Inhaber im Unklaren bleiben.

### 3. Zivilprozessuale Ausgestaltung

In vielen Rechtsordnungen ist das Einziehungsrecht zivilprozessual ausgestaltet.<sup>7</sup> Das hier vorgeschlagene Vermögenseinziehungsgesetz folgt diesem Ansatz. Der Entwurf bleibt damit zugleich auf dem vom Gesetzgeber in § 437 StPO vorgezeichneten Weg, beschreitet ihn aber stringenter, als es nach bisheriger Rechtslage der Fall ist. Im Zentrum des Entwurfs steht die Entscheidung, die im Einziehungsverfahren zu klärende Frage, ob ein Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, nach den *Darlegungs- und Beweisregeln des Zivilrechtprozessrechts* zu behandeln. Damit wird nicht zuletzt dem quasi-konditionellen Charakter der Tatertrageinziehung<sup>8</sup> Rechnung getragen.

Durch die Anwendung allgemeiner zivilprozessualer Grundsätze trifft den Inhaber eines verdächtigen Vermögensgegenstandes die Obliegenheit, die Behauptung der Staatsanwaltschaft, dass ein verdächtiger Vermögensgegenstand aus einer rechtswidrigen Tat stamme, substantiiert zu bestreiten bzw. im Rahmen einer sekundären Darlegungslast zu erklären, woher der Vermögensgegenstand rührt (§ 138 Abs. 2 ZPO). Kommt er dieser Obliegenheit

<sup>5</sup> Vgl. BMF/BMWK, Verbändeansprechen zum Referentenentwurf eines Sanktionsdurchsetzungsgesetzes II v. 18.10.2022, S. 5 f.: „Es besteht [...] Einigkeit, dass weitere Befugnisse für Fälle, die besondere Risiken in Bezug auf Geldwäsche oder Sanktionen aufweisen [...] geschaffen werden sollen, wenn unklar ist, wer die faktische Kontrolle über das Vermögen ausübt.“

<sup>6</sup> Ein gefahrenabwehrrechtlich konzipiertes allgemeines Vermögenseinziehungsgesetz setzte demgegenüber zunächst die Schaffung einer neuen Kompetenznorm im Grundgesetz voraus, vgl. Art. 1 des Entwurfs für ein 2. OrgKG (BT-Drs. 12/6784, S. 3).

<sup>7</sup> Dazu *Saliger*, ZStW 2017 (129), 995 (1000 ff.); *Meyer*, NZWiSt 2018, 246; *Marstaller*, Grenzüberschreitende Einziehung, 2022, S. 119 ff., jew. m.w.N.

<sup>8</sup> S. nur BVerfGE 156, 354 (394 ff.).

nicht nach, weil er schweigt, unsubstantiiert vorträgt, sein Vortrag widersprüchlich ist oder widerlegt werden kann, gilt der Vortrag der Staatsanwaltschaft als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Dieser Mechanismus bietet zwei entscheidende Vorteile: *Erstens* kann so im Dienste der Grundrechtsschonung auf eine Beweislastumkehr verzichtet werden.<sup>9</sup> *Zweitens* werden dadurch, dass die Mitwirkung des Vermögensinhabers lediglich zur Obliegenheit und nicht zur Pflicht gemacht wird, Friktionen mit dem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* vermieden. Die Einziehungsanordnung nach dem VEG weist – wie bereits erwähnt – keinen Strafcharakter auf, so dass der *nemo-tenetur*-Grundsatz in diesem Verfahren keine Geltung beansprucht. Zwar kann sich der Betroffene im VEG-Verfahren zu selbstbelastendem Verhalten veranlassen sehen, um einer etwaigen Darlegungsobliegenheit nachzukommen. Dennoch besteht keine Notwendigkeit, ein dem § 393 AO vergleichbares Beweisverwertungsverbot für das Strafverfahren vorzusehen.<sup>10</sup> Denn nach der Rechtsprechung des *BVerfG* fordert die Verfassung nur bei erzwingbaren Auskunftspflichten die Schaffung eines Beweisverwertungsverbotes zum Schutze der Selbstbelastungsfreiheit.<sup>11</sup> Nur bei rechtlich erzwungener Selbstbeziehung werde der Einzelne zum Zwecke der Strafverfolgung instrumentalisiert und zum Mittel gegen sich selbst verwendet.<sup>12</sup> Diese Schwelle erreicht die von einer Darlegungsobliegenheit ausgehende Kompulsionswirkung nicht.

In der Anwendung des Zivilprozessrechts liegt keine dem Staat untersagte „Flucht ins Privatrecht“. Dieser Einwand trifft schon deshalb nicht zu, weil auch das Zivilprozessrecht seiner Natur nach öffentliches Recht ist, das Voraussetzungen für staatliche Eingriffe in Grundrechte – z.B. in Form der Verurteilung zur Herausgabe einer Sache – regelt. Aus dieser Beobachtung folgt zugleich, dass die teilweise in der Literatur zu findende Ansicht, wonach aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folge, dass bei staatlichen Grundrechtseingriffen und deren Kontrolle stets der Amtsermittlungsgrundsatz zu gelten habe,<sup>13</sup> in dieser Allgemeinheit nicht richtig sein kann.<sup>14</sup>

Man mag nun einwenden, dass es bei dem Vorschlag nicht nur um die Vollstreckung privater Interessen durch den Staat, sondern vielmehr um einen durch die öffentliche Gewalt eigeninitiativ vorgenommenen Eingriff geht, auf den nunmehr Zivilprozessrecht Anwendung finden soll.

Auch dies ist indes kein völliges Novum. Insbesondere in den Regelungen des sogenannten Baulandverfahrens (§§ 217 ff. BauGB) findet sich eine mit dem hiesigen Vorschlag vergleichbare, ebenfalls im Kontext von Art. 14 GG angesiedelte Konstruktion. Dieses Verfahren, das vor Kammern der Landgerichte mit einer besonderen Besetzung stattfindet, bietet Rechtsschutz sowohl hinsichtlich der Frage der Rechtmäßigkeit des „Ob“ einer Enteignung zur Baulandbeschaffung als auch hinsichtlich der Höhe der Entschädigung.<sup>15</sup> Dabei finden Zivilprozessrecht und damit auch der Verhandlungsgrundsatz Anwendung (§ 221 Abs. 1 BauGB).<sup>16</sup>

Amtsermittlungs- und Verhandlungsgrundsatz bezeichnen im Ausgangspunkt nur zwei verschiedene Methoden zur Aufklärung eines Sachverhalts. In ihren gesetzlichen Ausformungen in der VwGO und der ZPO stehen sie sich nicht als strenge Gegensätze gegenüber: Einerseits darf auch das Verwaltungsgericht Parteivortrag als wahr unterstellen, wenn dieser nicht bestritten wird und es im Übrigen keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass er unzutreffend sein könnte.<sup>17</sup> Andererseits lässt die ZPO zu, dass das Gericht selbständig Beweise erhebt, z.B. durch Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Der Verhandlungsgrundsatz *an sich* ist demnach im Zusammenhang mit staatlichen Grundrechtseingriffen und deren Kontrolle verfassungsrechtlich unproblematisch. Was die Garantie effektiven Rechtsschutzes und das Rechtsstaatsprinzip aber nicht zulassen – und darin liegt der wahre Kern der oben als zu weit kritisierten Auffassung – ist, dass ein Gericht zu materiell falschen Entscheidungen gezwungen wird, weil es einen Sachverhalt schon allein deshalb zugrunde legen muss, weil ihn die Parteien übereinstimmend vortragen, und es dabei nicht die Möglichkeit einer eigenen Sachverhaltsaufklärung hat.<sup>18</sup> Diese Bedenken greift der Vorschlag auf, indem er dem Gericht in Anlehnung an § 221 Abs. 2 BauGB diese Möglichkeit einräumt.

#### 4. Eckpunkte des Entwurfs

Im Einzelnen lässt sich das vorgeschlagene Ermittlungs- und Einziehungsverfahren wie folgt umreißen:

- Der Reformvorschlag geht von der *Existenz einer Finanzpolizei* aus. Ob es sich dabei um eine schon bestehende Behörde, eine gemeinsame Gruppe mehrerer Behörden oder eine neue Behörde – wie etwa das

<sup>9</sup> Für eine solche Beweislastumkehr hat sich kürzlich u.a. die Fraktion der CDU/CSU im Deutschen Bundestag ausgesprochen, s. dazu den in BT-Drs. 20/4314, S. 2 f. abgedruckten Antrag: „Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf, dass [...] verfassungskonform geregelt wird, dass bei Vermögen unklarer Herkunft künftig eine vollständige Beweislastumkehr gilt.“

<sup>10</sup> Grundlegend dazu der sog. Gemeinschuldnerbeschluss BVerfGE 56, 37 ff.

<sup>11</sup> *BVerfG*, NJW 2005, 352 (353); *BVerfG*, NSTz 1995, 599 f.

<sup>12</sup> *BVerfG*, NJW 2005, 352 (353).

<sup>13</sup> Etwa *Breunig*, in: BeckOK-VwGO, 62. Ed. (2022), § 86 Rn. 8; auf § 76a Abs. 4 StGB und § 437 StPO bezogen *Kraußhaar*, NZWiSt 2019, 288 (292).

<sup>14</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 92. EL (2020), Art. 19 Abs. 4 Rn. 219.

<sup>15</sup> Damit ging der Gesetzgeber über die Rechtswegzuweisung aus Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG hinaus, was jedoch in der verfassungsrechtlichen Literatur als unproblematisch angesehen wird – etwa *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 83. EL (2018), Art. 14 Rn. 754.

<sup>16</sup> *Kalb/Külpmann*, in: EZBK, BauGB, 146. EL (2022), § 221 Rn. 9.

<sup>17</sup> *Dawin/Panzer*, in: Schoch/Schneider, VwGO, 42. EL (2022), § 86 Rn. 16; *Rixen*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. (2018), § 86 Rn. 29 ff., 60 ff.

<sup>18</sup> *Dawin/Panzer*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 86 Rn. 17 m.w.N.; auf die Sachrichtigkeit der Entscheidung als entscheidenden Aspekt weist im Ergebnis auch *Breunig*, in: BeckOK-VwGO, § 86 Rn. 8 hin.

- kürzlich in die Diskussion gebrachte Bundesfinanzkriminalamt<sup>19</sup> – handelt, ist dabei unmaßgeblich.
- Durch § 4 VEG erhält die Finanzpolizei die Befugnis, verdächtiges Vermögen von Amts wegen aufzuspüren.
  - Was verdächtiges Vermögen ist, wird in § 3 VEG legal definiert. Hier werden insbesondere Risikofaktoren fruchtbar gemacht, die aus § 437 StPO und dem GwG bekannt sind.
  - Da § 4 VEG ein behördliches Tätigwerden auch ohne jeglichen Anhaltspunkt eines Rechtsverstößes erlaubt, stehen der Finanzpolizei nach § 4 VEG nur Kompetenzen für *geringfügige Grundrechtseingriffe* zu (Verarbeitung öffentlich zugänglicher Informationen und Einsicht in staatliche Register).
  - Neben eigenen Ermittlungen nach § 4 VEG kann die Finanzpolizei auch durch *Meldungen anderer öffentlicher Stellen* auf verdächtiges Vermögen aufmerksam werden. Entsprechende Meldepflichten enthalten § 31b AO-E für die Steuerbehörden, § 23a Abs. 3b GwG-E für das Transparenzregister, § 32 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GwG-E für die Financial Intelligence Unit (FIU) und § 5 VEG für sonstige öffentliche Stellen (etwa das Grundbuchamt).
  - Stößt die Finanzpolizei bei ihren Ermittlungen nach § 4 VEG oder durch eine Meldung einer anderen öffentlichen Stelle auf Verdachtsmomente i.S.v. § 3 VEG, so trifft sie ggf. Eilmaßnahmen (§ 6 Abs. 1 S. 1 VEG) und übersendet ihre Verhandlungen ansonsten an die Staatsanwaltschaft (§ 6 Abs. 1 S. 2 VEG). Dies entspricht der in § 163 StPO beschriebenen und praktisch bewährten Aufgabenverteilung zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft.
  - Sobald die Staatsanwaltschaft Kenntnis von einem verdächtigen Vermögensgegenstand erhält, hat sie zur Entschließung darüber, ob dessen Einziehung zu beantragen ist, die Herkunft des Gegenstands zu erforschen (§ 6 Abs. 2 S. 1 VEG). Die Eingriffsbefugnisse für das weitere Verfahren sind in §§ 6 Abs. 2, 7 ff. VEG geregelt. Dabei wird insbesondere auch die Sicherung einer eventuellen Einziehung durch Beschlagnahme der verdächtigen Vermögensgegenstände nach den §§ 111b ff. StPO entsprechend ermöglicht, in deren Anwendung die Staatsanwaltschaften in den letzten Jahren eine große Expertise aufgebaut haben, die damit auch in Zukunft zum Tragen kommen kann.
  - Soweit die Staatsanwaltschaft zur Überzeugung gelangt, dass der verdächtige Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, beantragt sie die Einziehung bei Gericht (§ 10 Abs. 1 VEG).
- Für Fälle, in denen der Inhaber des jeweiligen Vermögensgegenstandes unbekannt oder zweifelhaft ist, verweist § 10 Abs. 2 VEG auf die Regeln des Aufgebotsverfahrens, die für diese Konstellation interessengerecht erscheinen.
  - Das gerichtliche Einziehungsverfahren ist im Grundsatz als zivilprozessuales Verfahren ausgestaltet (§ 11 VEG).
  - § 18 VEG klärt, dass die Einziehung im subjektiven (Straf-)Verfahren gegenüber dem objektiven Verfahren nach dem VEG Vorrang hat.

### III. Regelungsvorschlag

*1. Gesetz über das Aufspüren verdächtiger Vermögensgegenstände und über die selbständige Vermögenseinziehung (Vermögenseinziehungsgesetz)*

#### Inhaltsübersicht

##### Abschnitt 1: Allgemeine Vorschriften

- § 1 Begriffsbestimmungen
- § 2 Herrühren aus einer rechtswidrigen Tat
- § 3 Verdächtiger Vermögensgegenstand

##### Abschnitt 2: Aufspüren verdächtiger Vermögensgegenstände

- § 4 Aufspüren verdächtiger Vermögensgegenstände
- § 5 Meldepflicht

##### Abschnitt 3: Ermittlungsverfahren

- § 6 Aufgabe und Befugnisse von Finanzpolizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren
- § 7 Besondere Ermittlungsbefugnisse
- § 8 Beschlagnahme und Sicherung der Einziehung
- § 9 Rechtsbehelfe gegen die Beschlagnahme
- § 10 Abschluss der Ermittlungen; Aufgebotsverfahren

##### Abschnitt 4: Gerichtliches Einziehungsverfahren

- § 11 Zuständiges Gericht
- § 12 Einziehungsverfahren
- § 13 Fortgang des Verfahrens; Modifikationen des Verfahrens vor den Landgerichten nach der Zivilprozessordnung
- § 14 Gerichtliche Entscheidung
- § 15 Wirkung der Entscheidung
- § 16 Rechtsmittel
- § 17 Wiederaufnahme des Verfahrens
- § 18 Verhältnis zum Strafverfahren

#### *Abschnitt 1: Allgemeine Vorschriften*

##### § 1 Begriffsbestimmungen

- (1) Ein Vermögensgegenstand im Sinne dieses Gesetzes sind

<sup>19</sup> Stellungnahme des Bundesministers der Finanzen vom 25.8.2022, online abrufbar unter <https://t1p.de/ijfbh> (zuletzt abgerufen am 17.11.22).

1. Vermögenswerte, gleich ob körperlich oder nichtkörperlich, beweglich oder unbeweglich, materiell oder immateriell, sowie

2. Rechtstitel und Urkunden in jeder Form, einschließlich der elektronischen und digitalen Form, die das Eigentumsrecht oder sonstige Rechte an Vermögenswerten nach Nummer 1 verbrieften.

Besteht zwischen mehreren Vermögensgegenständen ein so enger Zusammenhang, dass eine einheitliche Behandlung geboten erscheint, so bilden sie gemeinsam einen Vermögensgegenstand im Sinne dieses Gesetzes.

(2) Für den Begriff der rechtswidrigen Tat ist § 11 Absatz 1 Nummer 5 des Strafgesetzbuchs maßgeblich.

(3) Einziehungsrelevante Straftaten im Sinne dieses Gesetzes sind:

1. aus dem Strafgesetzbuch:

a) Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a und Terrorismusfinanzierung nach § 89c Absatz 1 bis 4,

b) Bildung krimineller Vereinigungen nach § 129 Absatz 1 und Bildung terroristischer Vereinigungen nach § 129a Absatz 1, 2, 4, 5, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Absatz 1,

c) Zuhälterei nach § 181a Absatz 1, auch in Verbindung mit Absatz 3,

d) Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornografischer Inhalte in den Fällen des § 184b Absatz 2,

e) gewerbs- und bandenmäßige Begehung des Menschenhandels, der Zwangsprostitution und der Zwangsarbeit nach den §§ 232 bis 232b sowie bandenmäßige Ausbeutung der Arbeitskraft und Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung nach den §§ 233 und 233a,

f) Geldwäsche nach § 261 Absatz 1 und 2,

2. aus der Abgabenordnung:

a) Steuerhinterziehung unter den in § 370 Absatz 3 Nummer 5 genannten Voraussetzungen,

b) gewerbsmäßiger, gewaltsamer und bandenmäßiger Schmuggel nach § 373,

c) Steuerhhehlerei im Fall des § 374 Absatz 2,

3. aus dem Asylgesetz:

a) Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 84 Absatz 3,

b) gewerbs- und bandenmäßige Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 84a,

4. aus dem Aufenthaltsgesetz:

a) Einschleusen von Ausländern nach § 96 Absatz 2,

b) Einschleusen mit Todesfolge sowie gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen nach § 97,

5. aus dem Außenwirtschaftsgesetz:

vorsätzliche Straftaten nach den §§ 17 und 18,

6. aus dem Betäubungsmittelgesetz:

a) Straftaten nach einer in § 29 Absatz 3 Satz 2 Nummer 1 in Bezug genommenen Vorschrift unter den dort genannten Voraussetzungen,

b) Straftaten nach den §§ 29a, 30 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4 sowie den §§ 30a und 30b,

7. aus dem Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen:

a) Straftaten nach § 19 Absatz 1 bis 3 und § 20 Absatz 1 und 2 sowie § 20a Absatz 1 bis 3, jeweils auch in Verbindung mit § 21,

b) Straftaten nach § 22a Absatz 1 bis 3,

8. aus dem Waffengesetz:

a) Straftaten nach § 51 Absatz 1 bis 3,

b) Straftaten nach § 52 Absatz 1 Nummer 1 und 2 Buchstabe c und d sowie Absatz 5 und 6.

(4) Geografisches Risikogebiet im Sinne dieses Gesetzes ist das Staatsgebiet

1. der von der Europäischen Kommission auf Grundlage von Artikel 9 der Richtlinie (EU) 2015/849 ermittelten Staaten,

2. von Staaten, deren Finanzsysteme laut glaubwürdigen Quellen (zum Beispiel gegenseitige Evaluierungen, detaillierte Bewertungsberichte oder veröffentlichte Follow-up-Berichte) nicht über hinreichende Systeme zur Verhinderung, Aufdeckung und Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung verfügen,

3. von Staaten, in denen Korruption oder andere kriminelle Tätigkeiten laut glaubwürdigen Quellen signifikant stark ausgeprägt sind,

4. von Staaten, gegen die beispielsweise die Europäische Union oder die Vereinten Nationen Sanktionen, Embargos oder ähnliche Maßnahmen verhängt hat oder haben,

5. von Staaten, die terroristische Aktivitäten finanziell oder anderweitig unterstützen oder in denen bekannte terroristische Organisationen aktiv sind.

Das Bundesministerium der Finanzen wird ermächtigt durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die Staaten nach den Nummern 2 bis 5 festzulegen. Dabei berücksichtigt es einschlägige Evaluierungen, Bewertungen oder Berichte internationaler Organisationen oder von Einrichtungen für die Festlegung von Standards mit Kompetenzen im Bereich der Verhinderung von Geldwäsche.

(5) Für den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten ist § 3 des Geldwäschegesetzes maßgeblich.

## § 2 Herrühren aus einer rechtswidrigen Tat

(1) Ein Vermögensgegenstand rührt im Sinne dieses Gesetzes aus einer rechtswidrigen Tat her, wenn

1. er durch eine eigene oder fremde rechtswidrige Tat oder für sie erlangt wurde,

2. er bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zumindest

teilweise an die Stelle eines Vermögensgegenstandes, der unter den Voraussetzungen der Nummer 1 erlangt wurde, getreten ist, oder

3. er eine Nutzung aus Vermögensgegenständen nach Nummer 1 und 2 darstellt oder er bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zumindest teilweise an die Stelle einer solchen Nutzung getreten ist.

(2) Auf die Verfolgbarkeit der Tat kommt es nicht an. Einem Gegenstand im Sinne des Absatzes 1 stehen Gegenstände, die aus einer im Ausland begangenen Tat herrühren, gleich, wenn die Tat nach deutschem Strafrecht eine rechtswidrige Tat wäre und am Tatort mit Strafe bedroht ist. Für die Verjährung der Einziehung nach diesem Gesetz gilt § 76b des Strafgesetzbuchs entsprechend.

(3) Wird der Vermögensgegenstand von einem Erwerber, der den in Absatz 1 Nummer 1 bis 3 beschriebenen Zusammenhang weder kennt noch grob fahrlässig nicht kennt, entgeltlich erworben, ist er so zu behandeln, als rührte er nicht aus einer rechtswidrigen Tat her. Ist der Erwerber eine juristische Person oder Personengesellschaft, so ist die Gutgläubigkeit der in § 74e Satz 1 Nummern 1 bis 5 des Strafgesetzbuchs genannten Personen maßgeblich. § 14 Absatz 3 des Strafgesetzbuchs gilt entsprechend.

### § 3 Verdächtiger Vermögensgegenstand

(1) Ein Vermögensgegenstand ist verdächtig, wenn konkrete tatsächliche Anhaltspunkte nach kriminalistischer Erfahrung das Herrühren aus einer rechtswidrigen Tat nahelegen.

(2) Für das Herrühren aus einer rechtswidrigen Tat sprechen insbesondere

1. hinsichtlich der Art des Vermögensgegenstandes, dass dieser

a) aus Bargeld, Edelmetallen, Edelsteinen, Schmuck, Uhren, Kunstgegenständen oder Antiquitäten im Wert von mindestens 10.000 EUR besteht,

b) ein Kraftfahrzeug, Schiff, Motorboot oder Luftfahrzeug im Wert von mindestens 100.000 EUR ist,

2. hinsichtlich des Inhabers des Vermögensgegenstands, dass

a) dieser sich bei Auffinden des Vermögensgegenstands nicht ermitteln lässt,

b) der Inhaber eine natürliche Person ist,

aa) deren rechtmäßige Einkünfte zum Wert des Vermögensgegenstandes in einem groben Missverhältnis stehen,

bb) die wegen einer einziehungsrelevanten Straftat vorbestraft ist,

cc) die in einem geografischen Risikogebiet ansässig ist oder dort eine erhebliche Geschäftstätigkeit entfaltet,

c) der Inhaber eine juristische Person oder eine Personengesellschaft ist,

aa) deren Einkünfte aus dem laufenden Geschäftsbetrieb zum Wert des Vermögensgegenstandes in einem groben

Missverhältnis stehen,

bb) die als Instrument für private Vermögensverwaltung dient,

cc) die eine Eigentümerstruktur aufweist, die die Identifikation der wirtschaftlich Berechtigten ausschließt oder sie erheblich erschwert,

dd) die nominelle Anteilseigner hat oder deren Aktien als Inhaberpapiere emittiert wurden,

ee) die ihren Sitz in einem geografischen Risikogebiet hat oder erhebliche Geschäftstätigkeit in einem solchen Gebiet entfaltet,

ff) bei der die Leitungs- oder Geschäftsführungsfunktion von einer oder mehreren natürlichen Personen ausgeübt wird, die ein oder mehrere Merkmale nach Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe b) aufweisen,

gg) deren wirtschaftlich Berechtigte Merkmale nach Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe b) aufweisen,

3. hinsichtlich der Umstände, unter denen der Vermögensgegenstand aufgefunden wurde, dass dieser

a) in einem Verfahren wegen einer einziehungsrelevanten Straftat aufgefunden wurde,

b) bei der Einreise oder Einfuhr aus einem oder bei der Ausreise oder Ausfuhr in ein geografisches Risikogebiet aufgefunden wurde.

(3) Die vorgenannten Anhaltspunkte sind weder abschließend noch zwingend. Sie sind im Einzelfall auf ihre Bedeutung hin zu untersuchen und im Rahmen einer umfassenden Würdigung aller Umstände heranzuziehen. Hinsichtlich der in Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe c) genannten Faktoren sind diese bei beweglichen Sachen zusätzlich mit Blick auf den Gewahrsamsinhaber zu prüfen.

### *Abschnitt 2: Aufspüren verdächtiger Vermögensgegenstände*

#### § 4 Aufspüren verdächtiger Vermögensgegenstände

(1) Die Finanzpolizei hat die Aufgabe, auch unabhängig von Meldungen anderer öffentlicher Stellen, verdächtige Vermögensgegenstände aufzuspiüren.

(2) Dazu ist sie befugt,

1. öffentlich zugängliche Informationen zu sammeln und auszuwerten;

2. Einsicht in das Grundbuch und die Grundakte und andere öffentliche Register, insbesondere in das Transparenzregister sowie in die über das Transparenzregister nach § 22 Absatz 1 des Geldwäschegesetzes zugänglichen Informationen, sowie in das beim Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie geführte Flaggenreister und die beim Luftfahrt-Bundesamt geführte Luftfahrzeugrolle zu nehmen;

3. Auskunftersuchen nach § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 4 des Kreditwesengesetzes zu stellen.

## § 5 Meldepflicht

(1) Jede öffentliche Stelle meldet der Finanzpolizei von Amts wegen verdächtige Vermögensgegenstände.

(2) In der Meldung teilt die öffentliche Stelle den verdächtigen Vermögensgegenstand sowie den Sachverhalt mit, aus dem sich die Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Vermögensgegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt.

(3) Meldungen sind durch elektronische Datenübermittlung zu erstatten; hierbei ist ein sicheres Verfahren zu verwenden, das die Vertraulichkeit und Integrität des Datensatzes gewährleistet. Im Fall einer Störung der Datenübertragung ist ausnahmsweise eine Mitteilung auf dem Postweg möglich. § 45 Absatz 3 und 4 des Geldwäschegesetzes gilt entsprechend.

### Abschnitt 3: Ermittlungsverfahren

## § 6 Aufgabe und Befugnisse von Finanzpolizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren

(1) Die Behörden und die Beamten der Finanzpolizei erforschen die Herkunft verdächtiger Vermögensgegenstände, die sie durch Maßnahmen nach § 4, Meldungen anderer Behörden oder auf anderem Wege identifiziert haben, und treffen alle Anordnungen, die nicht aufschiebbar sind, um eine Verschleierung der Herkunft zu verhindern und die Möglichkeit der Einziehung sicherzustellen. Sie übersenden ihre Verhandlungen ohne Verzug der Staatsanwaltschaft. Erscheint die schleunige Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen erforderlich, so kann die Übersendung unmittelbar an das Amtsgericht erfolgen.

(2) Sobald die Staatsanwaltschaft Kenntnis von einem verdächtigen Vermögensgegenstand erhält, hat sie zur Entschließung darüber, ob dessen Einziehung zu beantragen ist, die Herkunft des Gegenstands zu erforschen. Sie trifft die erforderlichen Maßnahmen, um die Möglichkeit der Einziehung sicherzustellen. Zu diesen Zwecken ist die Staatsanwaltschaft befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und Maßnahmen jeder Art entweder selbst vorzunehmen oder durch die Finanzpolizei vornehmen zu lassen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln. Die Finanzpolizei ist verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen, und in diesem Falle befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen.

(3) Personenbezogene Daten, die durch Maßnahmen nach den §§ 100b und 100c der Strafprozessordnung oder durch eine entsprechende nachrichtendienstliche oder polizeiliche Maßnahme erlangt worden sind, dürfen ohne Einwilligung der insoweit überwachten Person nicht zum Zweck der Erforschung der Herkunft verdächtigen Vermögens verwendet werden.

## § 7 Besondere Ermittlungsbefugnisse

(1) Ergänzend zu den Befugnissen aus § 4 können

1. die Staatsanwaltschaft und die Beamten der Finanzpolizei

a) von natürlichen oder juristischen Personen, Personengesellschaften und Behörden Auskünfte sowie die Vorlage von Unterlagen verlangen,

b) eine Person vorladen und vernehmen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Person sachdienliche Angaben zur Ermittlung der Herkunft des verdächtigen Vermögensgegenstandes machen kann;

für die Mitwirkung gelten die §§ 48 bis 51, 53 bis 58b, 68 bis 71 der Strafprozessordnung entsprechend;

2. die Staatsanwaltschaft und bei Gefahr in Verzug die Beamten der Finanzpolizei, die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft im Sinne von § 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes sind,

a) Unterlagen oder andere Gegenstände, die zum Zwecke der Ermittlung der Herkunft des verdächtigen Vermögensgegenstandes geeignet sind, sicherstellen oder beschlagnahmen,

b) Geschäfts- oder Betriebsräume während der üblichen Geschäfts- oder Betriebszeiten und bei Gefahr in Verzug auch außerhalb der Geschäfts- und Betriebszeiten betreten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Räumlichkeiten verdächtige Vermögensgegenstände oder Hinweise auf deren Verbleib enthalten, sowie

c) Durchsuchungen von Geschäfts- oder Betriebsräumen sowie Wohnungen nach der Maßgabe des Absatzes 2 durchführen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass diese Räumlichkeiten verdächtige Vermögensgegenstände oder Hinweise auf deren Verbleib enthalten.

(2) Durchsuchungen von Wohnungen sowie Geschäfts- und Betriebsräumen dürfen außer bei Gefahr im Verzug nur durch den Richter angeordnet werden. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Beschlagnahme, hilfsweise die Einziehung, stattfinden soll oder stattgefunden hat. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend. Bei der Durchsuchung hat der Inhaber der Wohnung oder des Geschäfts- oder Betriebsraums das Recht, anwesend zu sein. Ist er abwesend, so ist, wenn möglich, sein Vertreter oder ein erwachsener Angehöriger, Hausgenosse oder Nachbar hinzuzuziehen.

Dem Inhaber oder seinem Vertreter ist der Grund der Durchsuchung unverzüglich bekanntzugeben, soweit dadurch der Zweck der Maßnahme nicht gefährdet wird. Über die Durchsuchung ist eine Niederschrift zu fertigen. Sie muss die verantwortliche Dienststelle, Grund, Zeit und Ort der Durchsuchung enthalten. Die Niederschrift ist von einem durchsuchenden Beamten und dem Inhaber oder der zugezogenen Person zu unterzeichnen. Wird die Unterschrift verweigert, so ist hierüber ein Vermerk aufzunehmen. Dem Inhaber oder seinem Vertreter ist auf Verlangen eine Abschrift der Niederschrift auszuhändigen. Ist die Anfertigung der Niederschrift oder die Aushängung einer Abschrift nach den besonderen Umständen des Falles nicht möglich oder würde sie den Zweck

der Durchsuchung gefährden, so sind dem Inhaber oder der hinzugezogenen Person lediglich die Durchsuchung unter Angabe der verantwortlichen Dienststelle sowie Zeit und Ort der Durchsuchung schriftlich zu bestätigen.

(3) Durch Absatz 1 Nummer 1 wird das Grundrecht der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), durch Nummer 2 Buchstabe b) und c) und Absatz 2 wird das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

### § 8 Beschlagnahme zur Sicherung der Einziehung

(1) Die Staatsanwaltschaft kann die Beschlagnahme eines verdächtigen Vermögensgegenstandes anordnen, wenn dies zur Sicherung der Einziehung erforderlich und angemessen ist. Folgt aus den tatsächlichen Umständen der dringende Verdacht, dass der Vermögensgegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, oder bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine Vereitelung der Einziehung geplant ist, so soll sie die Beschlagnahme anordnen. Bei Gefahr in Verzug sind auch die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft bei der Finanzpolizei zur Beschlagnahme des Vermögensgegenstandes befugt. Darüber setzen sie die Staatsanwaltschaft unverzüglich in Kenntnis, die die Anordnung innerhalb von drei Tagen bestätigen muss.

(2) Für die Vollziehung der Beschlagnahme gelten die §§ 111c und 111k Absatz 1 und 2 der Strafprozessordnung entsprechend.

(3) Die besonderen Ermittlungsbefugnisse nach § 7 können auch zur Durchführung der Beschlagnahme eingesetzt werden.

(4) Die Staatsanwaltschaft teilt die Beschlagnahme jedem mit, dem nach ihrer Kenntnis ein Recht an dem beschlagnahmten Vermögensgegenstand oder ein Recht an einem solchen Recht zusteht oder zustehen könnte.

(5) Die Vollziehung der Beschlagnahme hat die in § 111d der Strafprozessordnung geregelte Wirkung.

(6) Für die Verwaltung des beschlagnahmten Vermögensgegenstandes gilt § 111m der Strafprozessordnung entsprechend. Unter den Voraussetzungen des § 111p der Strafprozessordnung ist eine Notveräußerung des beschlagnahmten Vermögensgegenstandes möglich.

### § 9 Rechtsbehelfe gegen die Beschlagnahme

(1) Über Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Beschlagnahme betreffen, entscheidet das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht (§ 764 Absatz 1 der Zivilprozessordnung). Örtlich ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Beschlagnahme stattfinden soll oder stattgefunden hat. Die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts ergehen durch Beschluss. Das Gericht ist befugt, die in § 732 Absatz 2 der Zivilprozessordnung bezeichneten Anordnungen zu erlassen. Gegen die Entscheidung steht die sofortige Beschwerde entsprechend § 793 der Zivilprozessordnung offen.

(2) Einwendungen, die den Verdacht des Herrührens aus einer rechtswidrigen Tat oder die Erforderlichkeit oder Angemessenheit der Beschlagnahme betreffen, sind im Wege der Klage bei dem für das gerichtliche Einziehungsverfahren zuständigen Gericht geltend zu machen. § 769 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend. Die Vorschriften über die Rechtsmittel im Zivilverfahren finden entsprechende Anwendung.

### § 10 Abschluss der Ermittlungen; Aufgebotsverfahren

(1) Sieht die Staatsanwaltschaft hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Vermögensgegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, so beantragt sie, gegebenenfalls nach Durchführung eines Aufgebotsverfahrens gemäß Absatz 2, die Einziehung des Vermögensgegenstandes nach Maßgabe bei dem zuständigen Gericht.

(2) Ist der Inhaber des Vermögensgegenstandes unbekannt oder bestehen Zweifel an der Inhaberschaft, so beantragt die Staatsanwaltschaft die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens. Die §§ 433 bis 453 und § 456 des Familienverfahrensgesetzes finden mit der Maßgabe Anwendung, dass anstelle der Berechtigung des Antragstellers der dringende Verdacht eines Herrührens des Vermögensgegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat glaubhaft zu machen ist und mit dem rechtskräftigen Ausschließungsbeschluss der Vermögensgegenstand auf den Staat übergeht. Werden Rechte an dem Gegenstand angemeldet, so beschließt das Gericht die Ausschließung unter Vorbehalt des angemeldeten Rechts. Die Staatsanwaltschaft beantragt in diesem Fall die gerichtliche Einziehung, es sei denn, die verdachtsbegründenden Anhaltspunkte wurden im Zuge der Anmeldung ausgeräumt.

(3) Sind keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass der Vermögensgegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein. Sie setzt den Inhaber des Vermögensgegenstandes, auf den sich die Ermittlungen bezogen, davon in Kenntnis, wenn Ermittlungsmaßnahmen nach § 7 durchgeführt wurden oder sonst ein besonderes Interesse an der Bekanntgabe ersichtlich ist.

### Abschnitt 4: Gerichtliches Einziehungsverfahren

### § 11 Zuständiges Gericht

(1) Das Einziehungsverfahren nach diesem Gesetz findet vor einer Zivilkammer des Landgerichts statt.

(2) Für die örtliche Zuständigkeit gelten die §§ 12 bis 17, 20 bis 26 sowie 35 der Zivilprozessordnung entsprechend. Die nach §§ 7 bis 21 der Strafprozessordnung in Verbindung mit § 143 des Gerichtsverfassungsgesetzes für das Strafverfahren gegen eine bestimmte Person zuständige Staatsanwaltschaft bleibt für das selbständige Verfahren nach diesem Gesetz örtlich zuständig, wenn sie in dem Strafverfahren bereits Ermittlungen zum Herrühren eines verdächtigen Vermögensgegenstandes angestellt hat.

## § 12 Einziehungsverfahren

(1) Das gerichtliche Einziehungsverfahren wird als Verfahren vor den Landgerichten in entsprechender Anwendung der dafür maßgeblichen Vorschriften der Zivilprozessordnung geführt, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Regelungen enthält.

(2) Das Verfahren beginnt mit dem Einziehungsantrag der Staatsanwaltschaft. Dieser ist in einem Schriftsatz, der den Anforderungen des § 253 der Zivilprozessordnung genügt, zu stellen. Der Schriftsatz tritt an die Stelle der Klageschrift. Er soll den Antrag auf Erlass eines Veräußerungsurteils (§ 331 Absatz 3 Satz 2 der Zivilprozessordnung) enthalten.

(3) Beklagter ist der Inhaber des Vermögensgegenstandes. Gibt es mehrere Inhaber eines Vermögensgegenstandes oder ist der Vermögensgegenstand des einen Inhabers ein Recht an dem Vermögensgegenstand des anderen, so sind diese einfache Streitgenossen (§§ 59 bis 61 und 63 der Zivilprozessordnung).

(4) Die Einziehung mehrerer Vermögensgegenstände desselben Inhabers kann unter den Voraussetzungen von § 260 der Zivilprozessordnung in einem Antrag beantragt werden.

## § 13 Fortgang des Verfahrens; Modifikationen des Verfahrens vor den Landgerichten nach der Zivilprozessordnung

(1) Die Staatsanwaltschaft wird im weiteren Verfahren in ihrer Funktion als Klägerin durch einen Sitzungsvertreter vertreten. § 78 der Zivilprozessordnung findet insoweit keine Anwendung.

(2) Eine Güteverhandlung findet nicht statt. Die §§ 278 und 278a der Zivilprozessordnung finden insoweit keine Anwendung.

(3) Das Gericht kann auch von Amts wegen die Aufnahme von Beweisen anordnen und nach Anhörung der Beteiligten auch solche Tatsachen berücksichtigen, die von ihnen nicht vorgebracht worden sind.

## § 14 Gerichtliche Entscheidung

(1) Rührt der Vermögensgegenstand aus einer rechtswidrigen Tat her, so ordnet das Gericht die Einziehung an. Das Gericht kann seine Überzeugung davon, dass der Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, auf die in § 3 genannten Anhaltspunkte stützen.

(2) Weist der Inhaber nach, dass der Vermögensgegenstand bei wirtschaftlicher Betrachtung teilweise an die Stelle von Vermögensgegenständen getreten ist, die nicht aus rechtswidrigen Taten herrühren, wird die Einziehung hinsichtlich eines entsprechenden Bruchteils nicht angeordnet.

(3) Weist der Inhaber nach, dass bei der Tat, aus der der Vermögensgegenstand herrührt, Aufwendungen entstanden sind, wird die Einziehung eines den Aufwendungen

im Wert entsprechenden Bruchteils des Vermögensgegenstandes nicht angeordnet. Außer Betracht bleibt jedoch das, was für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung aufgewendet oder eingesetzt worden ist, soweit es sich nicht um Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat handelt.

## § 15 Wirkung der Entscheidung

(1) Mit Eintritt der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung wird der Staat im Umfang der Einziehungsanordnung Inhaber des Vermögensgegenstandes. Rechte Dritter an dem Vermögensgegenstand bleiben davon unberührt.

(2) Die bei einer teilweisen Einziehung nach § 14 Absatz 2 oder 3 entstehende Bruchteilsgemeinschaft ist nach den §§ 752 bis 758 des Bürgerlichen Gesetzbuches aufzuheben. Der dem Vermögensinhaber zustehende Teil gilt in diesem Fall nicht länger als aus einer rechtswidrigen Tat herrührend.

(3) Bis zum Eintritt der Rechtskraft wirkt die Anordnung der Einziehung als Veräußerungsverbot im Sinne des § 136 BGB.

## § 16 Rechtsmittel

Die Vorschriften über die Rechtsmittel im Zivilverfahren finden entsprechende Anwendung. In den Rechtsmittelverfahren nimmt ein Vertreter der Staatsanwaltschaft an dem Rechtsmittelgericht die Vertretung der Klägerseite wahr.

## § 17 Wiederaufnahme des Verfahrens

Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurteil geschlossenen Verfahrens nach diesem Gesetz kann durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage erfolgen. Die §§ 578 bis 591 der Zivilprozessordnung finden entsprechende Anwendung.

## § 18 Verhältnis zum Strafverfahren

(1) Sobald und solange ein Verdacht gegen eine bestimmte Person wegen einer konkreten Tat besteht, dererwegen eine Einziehung des verdächtigen Vermögensgegenstandes nach den §§ 73 bis 76 des Strafgesetzbuchs möglich erscheint, muss das Verfahren als Strafverfahren geführt werden. Das selbständige Einziehungsverfahren nach diesem Gesetz ruht dann. Gegenüber der Einziehung nach § 76a des Strafgesetzbuchs ist das selbständige Einziehungsverfahren nach diesem Gesetz vorrangig.

(2) Kann der Inhaber des verdächtigen Vermögensgegenstandes zeigen, dass dieser aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, hinsichtlich derer bereits eine Wertersatzeinziehung nach § 73c des Strafgesetzbuches angeordnet wurde, wird der Vermögensgegenstand, soweit er dem Wertersatz wirtschaftlich entspricht, im selbständigen Einziehungsverfahren nur insoweit eingezogen, wie der Wertersatz noch nicht geleistet wurde. Soweit der Gegenstand

eingezogen wird, erlischt der Wertersatzanspruch in entsprechender Höhe. Der eingezogene Gegenstand wird verwertet und der Erlös in entsprechender Anwendung der §§ 459h Absatz 2, 459k und 459m der Strafprozessordnung an die Verletzten ausgekehrt.

(3) Ist das selbständige Einziehungsverfahren dem Strafverfahren bezüglich der Tat, aus der der verdächtige Vermögensgegenstand herrührt, vorausgegangen, so wird die Einziehung von Wertersatz nach § 73c des Strafgesetzbuchs in Höhe des Wertes des verdächtigen Vermögensgegenstands nicht angeordnet. Verletzte haben einen Anspruch gegen den Staat, soweit ihr Anspruch nach § 459h Absatz 2 der Strafprozessordnung durch Satz 1 vermindert wird. §§ 459i und 459k der Strafprozessordnung gelten entsprechend.

## 2. Änderungen im StGB, in der StPO und von weiteren Vorschriften

### a) Streichung der Vorschriften über die erweiterte selbständige Einziehung:

§ 76a Abs. 4 StGB sowie § 437 StPO werden gestrichen.

Dies macht zudem die Änderungen einiger Vorschriften, die auf diese Normen verweisen, nötig (etwa §§ 459h Abs. 1 S. 2, 459i Abs. 1 S. 1 StPO oder § 49 Abs. 1 Nr. 5 lit. b) IRG). Dem wird in dieser Skizze nicht weiter nachgegangen.

### b) Streichung der Vorschriften über die selbständige Einziehung von Taterträgen; Neufassung von §§ 76a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und 76b Abs. 1 S. 1, Abs. 2 StGB:

#### aa) Neufassung von § 76a StGB:

„(1) Kann wegen der Straftat keine bestimmte Person verfolgt oder verurteilt werden, so ordnet das Gericht die Einziehung nach den §§ 74 bis 74f oder die Unbrauchbarmachung selbständig an, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Maßnahme vorgeschrieben ist, im Übrigen vorliegen. [...]

(2) Unter den Voraussetzungen der §§ 74b und 74d ist die selbständige Anordnung der Sicherungseinziehung, der Einziehung von Verkörperungen eines Inhalts und der Unbrauchbarmachung auch dann zulässig, wenn die Verfolgung der Straftat verjährt ist.“

#### bb) Neufassung von § 76b StGB:

„(1) Die erweiterte Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages nach § 73a verjähren in 30 Jahren. [...]

(2) In den Fällen des § 78 Absatz 2 und des § 5 des Völkerstrafgesetzbuches verjähren die erweiterte Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages nach § 73a nicht.“

### c) Ergänzung von § 477 Abs. 2 StPO um eine neue Nr. 4:

„(2) Eine von Amts wegen erfolgende Übermittlung personenbezogener Daten aus Strafverfahren ist auch zulässig, wenn die Kenntnis der Daten aus der Sicht der übermittelnden Stelle erforderlich ist für: [...]

4. die Erforschung der Herkunft verdächtigen Vermögens nach dem Vermögenseinziehungsgesetz.“

### d) Ergänzung von § 479 Abs. 2 S. 2 StPO um eine neue Nr. 5:

„(2) Ist eine Maßnahme nach diesem Gesetz nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig, so gilt für die Verwendung der auf Grund einer solchen Maßnahme erlangten Daten in anderen Strafverfahren § 161 Absatz 3 entsprechend. Darüber hinaus dürfen verwertbare personenbezogene Daten, die durch eine Maßnahme der nach Satz 1 bezeichneten Art erlangt worden sind, ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen nur verwendet werden [...]

5. zum Zweck der Erforschung der Herkunft verdächtigen Vermögens nach § 6 Vermögenseinziehungsgesetz.“

## 3. Änderungen in der AO – Einfügung eines neuen § 31b Abs. 5:

„Die Finanzbehörden haben der Finanzpolizei unverzüglich Sachverhalte mitzuteilen, wenn Tatsachen auf das Vorliegen von verdächtigen Vermögensgegenständen im Sinne des Vermögenseinziehungsgesetzes hindeuten; auf den Wert der Vermögensgegenstände kommt es dabei nicht an. Mitteilungen an die Finanzpolizei sind durch elektronische Datenübermittlung zu erstatten; hierbei ist ein sicheres Verfahren zu verwenden, das die Vertraulichkeit und Integrität des Datensatzes gewährleistet. Im Fall einer Störung der Datenübertragung ist ausnahmsweise eine Mitteilung auf dem Postweg möglich. § 45 Absatz 3 und 4 des Geldwäschegesetzes gelten entsprechend.“

## 4. Änderungen im GwG

### a) Ergänzung von § 23 Abs. 1 Nr. 1 GwG um einen neuen lit. g):

„(1) Bei Vereinigungen nach § 20 Absatz 1 Satz 1 und Rechtsgestaltungen nach § 21 ist die Einsichtnahme gestattet:

1. den folgenden Behörden, soweit sie zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist: [...]

g) der Finanzpolizei

h) [...] sowie

i) [...],“

### b) Ergänzung von § 23a GwG um einen neuen Abs. 3b:

„Ergeben sich im Rahmen der Prüfung der Unstimmigkeitsmeldung Anhaltspunkte für das Vorliegen eines verdächtigen Vermögensgegenstandes im Sinne des Vermögenseinziehungsgesetzes, übergibt die registerführende Stelle die Unstimmigkeitsmeldung, die erstellten Eigentums- und Kontrollstrukturübersichten sowie andere erforderliche Unterlagen der Finanzpolizei.“

### c) Ergänzung von § 32 Abs. 2 S. 1 GwG:

„Stellt die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen bei der operativen Analyse fest, dass ein Vermögensgegenstand mit Geldwäsche, mit Terrorismusfinanzierung oder mit einer sonstigen Straftat im Zusammenhang steht, übermittelt sie das Ergebnis ihrer Analyse sowie alle sachdienlichen Informationen unverzüglich an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden sowie an die für die selbständige Einziehung zuständige Finanzpolizei.“

### d) Ergänzung von § 32 Abs. 3 S. 2 GwG um eine neue Nr. 4

„Die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen übermittelt von Amts wegen oder auf Ersuchen Daten aus Finanzinformationen und Finanzanalysen, auch soweit sie personenbezogene Daten enthalten, an andere als in Satz 1 benannte, zuständige inländische öffentliche Stellen, soweit dies erforderlich ist für [...]

4. das Einziehungsverfahren nach dem Vermögenseinziehungsgesetz.“

## IV. Begründung der vorgeschlagenen Vorschriften

### Zu 1. (Schaffung eines Vermögenseinziehungsgesetzes)

#### Zu § 1 (Begriffsbestimmungen)

Mit dem Begriff des Vermögensgegenstandes in § 1 Abs. 1 S. 1 wird der objektbezogene Anwendungsbereich des Gesetzes definiert. Die Begriffsbestimmung ist § 1 Abs. 7 GwG entnommen. Ergänzend sieht § 1 Abs. 1 S. 2 vor, dass für die Zwecke des VEG gegebenenfalls mehrere Gegenstände einen Vermögensgegenstand im Sinne des VEG darstellen können. Dafür ist zu fragen, ob ein enger Zusammenhang zwischen den Gegenständen besteht, also ein bei natürlicher Betrachtung einheitlicher Lebenssachverhalt bei getrennter Behandlung auseinandergerissen würde. Diese Regelung dient dazu, eine ganzheitliche Betrachtung zu ermöglichen, was insbesondere für den auf Indizien gestützten Verdacht bzw. Beweis des Herrührens aus einer rechtswidrigen Tat (§§ 3, 14 Abs. 1) von Bedeutung ist. Werden beispielsweise bei einer Person bei einer Kontrolle am Flughafen im Rahmen einer Durchsuchung eine Uhr im Wert von 5.000 EUR und 1.000 20-EUR-Scheine gefunden, sind die Uhr und die

Scheine, auch wenn es sich dabei körperlich um 1.001 Sachen handelt, ein Vermögensgegenstand i.S.d. VEG. Die Zusammenfassung führt in diesem Fall dazu, dass das Indiz aus § 3 Abs. 2 Nr. 1 lit. a gegeben ist und sich viel eher ein grobes Missverhältnis nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 lit. b aa zu den rechtmäßigen Einkünften der durchsuchten Person feststellen lässt.

Der Begriff der „einziehungsrelevanten Straftat“ wird in § 3 zur Umschreibung von Verdachtsindikatoren für das Herrühren eines Vermögensgegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat verwendet. Demnach spricht es z.B. für eine illegale Herkunft, wenn ein Gegenstand bei einer wegen einer einziehungsrelevanten Straftat vorbestraften Person (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 lit. bb) oder in einem Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts einer einziehungsrelevanten Straftat (§ 3 Abs. 2 Nr. 3 lit. a) aufgefunden wird. Mit der Aufzählung der in § 1 Abs. 3 genannten Straftaten ist jedoch keine Beschränkung des Kreises der Straftaten verbunden, deren Taterträge eingezogen werden können. Vielmehr ermöglicht § 14 Abs. 1 die Einziehung von Vermögenswerten, die aus einer beliebigen rechtswidrigen Tat herrühren.

### Zu § 2 (Herrühren aus einer rechtswidrigen Tat)

§ 2 Abs. 1 ist im Ausgangspunkt in Anlehnung an § 73 StGB formuliert. Er geht jedoch über § 73 StGB insoweit hinaus, dass er – angelehnt an den geldwäscherechtlichen Begriff des Herrührens – nicht nur die Surrogate i.S.v. § 73 Abs. 3 StGB erfasst, sondern grundsätzlich alle Gegenstände, die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zumindest teilweise an die Stelle des ursprünglich erlangten Etwas treten. Dabei wird bewusst die – im Zusammenhang mit dem Geldwäschetatbestand allerdings umstrittene – Rechtsprechung des *BGH* aufgegriffen und gesetzlich verankert, wonach es für das Herrühren aus einer rechtswidrigen Tat grundsätzlich genügt, wenn ein Vermögensgegenstand nur teilweise „kontaminiert“ ist.<sup>20</sup> Die damit verbundenen Härten<sup>21</sup> werden darüber abgemildert, dass die Einziehung in diesen Fällen nur teilweise stattfindet (§§ 14 Abs. 2 und 3 und 15 Abs. 2). Durch die im Grundsatz an § 73 StGB angelehnte Formulierung wird zugleich klargestellt, dass das VEG nur der Einziehung von Taterträgen dienen soll, dagegen Tatprodukte, Tatmittel und Tatobjekte (§ 74 StGB) nicht erfasst. Dies ist notwendig, weil der Einziehung dieser Gegenstände nach der Rechtsprechung in der Regel Strafcharakter zukommt<sup>22</sup> und sie deshalb mit der angestrebten zivilprozessualen Ausgestaltung des VEG unvereinbar ist.

Mit § 2 Abs. 3 S. 1 wird zum Schutz des gutgläubigen, entgeltlichen Erwerbers in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 73b Abs. 1 S. 2 StGB und des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB eine Entmakuung des Vermögensgegenstandes angeordnet. Die § 2 Abs. 3 S. 2 und 3 regeln, auf wessen Kenntnis beziehungsweise grob fahrlässige Unkenntnis abzustellen ist, wenn der Erwerber keine natürliche Person ist.

<sup>20</sup> *BGH*, NJW 2015, 3254.

<sup>21</sup> Zum Problem *Rönnau/Begemeier*, JZ 2018, 443 (446 ff.).

<sup>22</sup> Vgl. etwa *BGH*, NSStZ 2018, 526.

### Zu § 3 (Verdächtiger Vermögensgegenstand)

§ 3 benennt – in Fortentwicklung des schon bestehenden § 437 StPO<sup>23</sup> – Verdachtsmomente, auf die das Gericht seine Überzeugung davon, dass ein Gegenstand aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, stützen kann. Der nicht abschließende Katalog greift dabei Umstände als Indizien heraus, die im Bereich der Geldwäscheprävention anerkannte Risikofaktoren für ein rechtswidriges Herrühren von Vermögen sind.

### Zu § 4 (Aufspüren verdächtiger Vermögensgegenstände)

§ 4 Abs. 1 ist der allgemeinen Aufgabenzuweisungsnorm in § 161 Abs. 1 StPO nachgebildet. Die Vorschrift setzt die Existenz einer Finanzpolizei voraus und weist ihr die Aufgabe zu, verdächtige Vermögenswerte aufzuspüren. Die Vorschrift soll darüber hinaus als ermittlungsrechtliche Generalklausel verstanden werden, die die Finanzpolizei – und zwar unabhängig von jeglichen Anhaltspunkten – zu eigenständigen und autarken Ermittlungen zum Zwecke des Aufspürens verdächtiger Vermögenswerte ermächtigt. Die generalklauselartige Ermächtigungsgrundlage befähigt die Finanzpolizei allerdings nur zu niedrigschwelligen Ermittlungseingriffen. Besondere, eingriffsintensivere Ermittlungsbefugnisse sind in § 7 vorgesehen. Zu den niedrigschwelligen Eingriffen zählen insbesondere die in § 4 Abs. 2 (nur beispielhaft) aufgeführten Ermittlungstätigkeiten, der sich die Finanzpolizei gerade im Vorfeld einer Verdachtskonkretisierung zur Abklärung auffälliger Vermögenslagen bedienen können soll. Neben den öffentlich zugänglichen Quellen hat die Finanzpolizei auch schon in diesem Stadium Zugriff auf solche staatlichen Register und Dateisysteme, die die Zuordnung von Grundstücken, Konten, Depots und Schließfächern ermöglichen.

### Zu § 5 (Meldepflicht)

§ 5 Abs. 1 statuiert eine allgemeine Meldepflicht für sämtliche öffentliche Stellen. Diese Meldepflicht ergänzt die in diesem Entwurf vorgesehenen besonderen Meldepflichtungen der Finanzbehörden (§ 31b AO-E), des Transparenzregisters (§ 23a Abs. 3b GwG-E) und der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (§ 32 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GwG-E). Gedacht ist hierbei etwa an Meldungen durch das Grundbuchamt oder das Handelsregister.

Die allgemeine Meldepflichtung greift im Unterschied zu den besonderen Meldepflichten nach §§ 31b AO-E, 23a Abs. 3b, 32 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GwG-E aber erst dann ein, wenn die öffentliche Stelle einen verdächtigen Vermögensgegenstand identifiziert hat. Dies setzt nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 1 voraus, dass konkrete tatsächliche Anhaltspunkte nach kriminalistischer

Erfahrung das Herrühren des Gegenstandes aus einer rechtswidrigen Tat nahelegen. § 5 begründet aber keine Verpflichtung für die öffentlichen Stellen, eigene Ermittlungen anzustellen. Die besonderen Meldepflichtungen zulasten der Steuerbehörden, des Transparenzregisters und der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen werden im Vergleich dazu bereits bei einem darunterliegenden Verdachtsgrad ausgelöst. Es genügen Tatsachen bzw. Anhaltspunkte, die auf eine verdächtige Vermögenslage hindeuten. Dies entspricht der bisher herrschenden Meinung zu § 32 Abs. 2 S. 1 GwG, obwohl dessen Wortlaut diese abgeschwächte Verdachtsschwelle bisher nicht wirklich abbildet. Der die Meldepflicht auslösende Verdachtsgrad soll sogar unterhalb des Verdachtsgrads des strafprozessualen Anfangsverdachts liegen.<sup>24</sup> Es wird darauf verzichtet, dies im Wortlaut des § 32 Abs. 2 GwG-E klarzustellen.

### Zu § 6 (Aufgabe und Befugnisse von Finanzpolizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren)

§ 6 Abs. 1 überträgt die Regelung des § 163 Abs. 1 StPO, die über den Verweis in § 435 Abs. 4 StPO auch für das derzeit bestehende objektive Vorverfahren für Einziehungen nach § 76a StGB gilt, in das Ermittlungsverfahren für die Einziehung nach dem VEG. Damit wird die bewährte Aufgabenteilung zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft übernommen.

Für die Einbindung der Staatsanwaltschaften sprechen folgende Erwägungen: Erstens wird es bei Entdeckung eines verdächtigen Vermögensgegenstands zunächst häufig einen Anfangsverdacht und damit ein subjektives Verfahren geben, in das die Staatsanwaltschaft involviert wird. Um mehrfache Einarbeitung zu vermeiden, erscheint es sinnvoll, die Staatsanwaltschaft im Falle eines Scheiterns des subjektiven Verfahrens dann auch das Verfahren nach dem VEG führen zu lassen. Zweitens besitzen die Staatsanwaltschaften bereits Erfahrung und Expertise mit der Anwendung der Zwangsvollstreckungsvorschriften der ZPO, auf die auch das VEG verweist. Drittens sind die Staatsanwaltschaften ihrer Personal- und Organisationsstruktur nach gut dafür geeignet, staatliche Interessen in gerichtlichen Verfahren zu vertreten.

Abs. 2 überträgt die §§ 160 und 161 StPO in das VEG. Zur Aufgabe der Ermittlung der Herkunft des Gegenstandes tritt die Aufgabe der Sicherung einer möglichen Einziehung hinzu.

Abs. 3 trägt der Rechtsprechung des *BVerfG* zu den Anforderungen an eine zweckändernde Datennutzung bei den besonders gravierenden informationellen Eingriffen der Online-Durchsuchung und der akustischen Wohnraumüberwachung Rechnung.<sup>25</sup> Die mit dem objektiven Einziehungsverfahren verfolgten Zwecke sind nicht hin-

<sup>23</sup> Zu Regelungsgehalt und Funktionsweise dieser Vorschrift s. *Beckemper*, ZStW 134 (2022), 456; *Marstaller/Zimmermann*, Non-conviction-based confiscation in Deutschland?, 2018, S. 53 ff.

<sup>24</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11555, S. 144; *Barreto da Rosa*, in: Herzog, GwG, 4. Aufl. (2020), § 32 Rn. 10; *Ziegner*, in: BeckOK-GwG, 9. Edition (Stand: 1.3.2022), § 32 Rn. 3.

<sup>25</sup> BVerfGE 141, 220 Rn. 284 ff.; *BVerfG*, NJW 2022, 1583 Rn. 225 ff.

reichend gewichtig, um den Einsatz derart eingriffsintensiver Maßnahmen zu rechtfertigen.<sup>26</sup> Nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der hypothetischen Daten-Neuerhebung kommt daher auch eine Verwendung von zulässigerweise in einem anderen Verfahren durch solche Eingriffe erlangten Daten im objektiven Einziehungsverfahren nicht in Betracht. Insoweit ist der VEG-Entwurf grundrechtssensibler ausgestaltet als das bisher in der StPO enthaltene Verfahren, das bei der Überleitung vom (subjektiven) Strafverfahren in das selbständige (objektive) Einziehungsverfahren kein derartiges Verwendungsverbot ausdrücklich vorsieht.

### Zu § 7 (Besondere Ermittlungsbefugnisse)

§ 7 zählt Standardmaßnahmen auf, die die zuständigen Behörden zur Ermittlung der Herkunft verdächtiger Vermögensgegenstände und zur Sicherstellung der Einziehungsmöglichkeit treffen können. § 7 Abs. 1 umfasst u.a. Auskunftsverlangen (Nr. 1 lit. a), die Vorladung und Vernehmung von Zeugen (Nr. 1 lit. b), die Sicherstellung von Beweismitteln (Nr. 2 lit. a), das Betreten von Geschäftsräumen während der üblichen Geschäftszeiten (Nr. 2 lit. b), die Durchsuchungen von Geschäfts- und Wohnräumen (Nr. 2 lit. c) sowie die Einsichtnahme in bestimmte öffentliche Register (Nr. 2 lit. d).

Der Katalog beinhaltet nur vergleichsweise wenig eingriffsintensive Maßnahmen (insbesondere sind keine verdeckten Ermittlungsmaßnahmen enthalten). Er entspricht zu weiten Teilen den Ermittlungsbefugnissen, die durch das Sanktionsdurchsetzungsgesetz I v. 23. Mai 2022<sup>27</sup> in § 9a AWG verankert worden sind und die durch das geplante Sanktionsdurchsetzungsgesetz II in die §§ 2 ff. des neu zu schaffenden Sanktionsdurchsetzungsgesetzes übertragen werden sollen;<sup>28</sup> auf die diesbezüglichen Gesetzesbegründungen sei verwiesen.<sup>29</sup> Hinsichtlich der in § 7 Abs. 1 Nr. 2 aufgeführten Maßnahmen ist allerdings aufgrund der gegenüber den in Nr. 1 genannten Maßnahmen höheren Eingriffsintensität nur die Staatsanwaltschaft anordnungsbefugt; eine Anordnungscompetenz der Finanzpolizei besteht allein bei Gefahr in Verzug.

§ 7 Abs. 2 regelt Einzelheiten zur Durchführung von Durchsuchungen nach Abs. 1 Nr. 2 lit. c; die Regelung entspricht § 9a Abs. 4 AWG i.d.F. des SDG I bzw. § 2 Abs. 2 SanktDG-E i.d.F. des SDG II und statuiert insbesondere einen grundsätzlichen Richtervorbehalt.

§ 7 Abs. 3 trägt im Hinblick auf Abs. 1 Nr. 1 S. 2 (Verweis auf die StPO-Vorschriften über die Erzwingung des Zeugnisses) und Abs. 1 Nr. 2 lit. c (Wohnungsdurchsuchung) dem Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG) Rechnung.

### Zu § 8 (Beschlagnahme zur Sicherung der Einziehung)

§ 8 Abs. 1 ist eine Parallelnorm zu § 111b StPO, die aber auf ein *in-rem*-Verfahren zugeschnitten ist. Auf eine Regelung zur Anordnung eines Vermögensarrestes parallel zu § 111e StPO kann verzichtet werden, da ein *in-rem*-

Verfahren sich immer auf einen bestimmten Vermögensgegenstand beziehen muss. Die Anordnungscompetenz für die Beschlagnahme liegt beim Verfahren nach dem VEG, anders als nach § 111j StPO, bei den Staatsanwaltschaften bzw. bei Gefahr in Verzug bei der Finanzpolizei. Die fehlende Einbindung eines Gerichts wird dadurch kompensiert, dass nach § 9 zwei Rechtsbehelfe gegen die Beschlagnahme vorgesehen sind.

§ 8 Abs. 2 bis 6 überträgt im Wesentlichen die Regelungen der StPO (§§ 111c ff. StPO) zur Vollziehung der Beschlagnahme in das VEG.

### Zu § 9 (Rechtsbehelfe gegen die Beschlagnahme)

Die strafprozessualen Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen nach den §§ 111b ff. StPO passen für das Verfahren nach dem VEG nur schlecht. Es leuchtet nicht ein, warum im vorangehenden Verfahren ein Strafgericht nach strafprozessualen Grundsätzen entscheiden soll, die eigentliche Einziehungsentscheidung aber von einer Zivilkammer nach zivilprozessualen Grundsätzen getroffen wird. Da über § 8 Abs. 2 VEG i.V.m. § 111c StPO die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Zwangsvollstreckung Anwendung finden, erscheint es vielmehr konsequent, auch den Rechtsschutz in Anlehnung an das Zwangsvollstreckungsrecht der ZPO auszugestalten.

Dementsprechend wird für das „Wie“ der Beschlagnahme ein der Erinnerung (§ 766 ZPO) und für das „Ob“ der Beschlagnahme ein der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) angenäherter Rechtsbehelf geregelt. Diesem Gedanken entsprechend werden auch die für die Rechtsbehelfe zuständigen Gerichte bestimmt. Das „Wie“ der Beschlagnahme wird – wie im zivilprozessualen Vollstreckungsverfahren auch – durch das Vollstreckungsgericht entschieden. Das ist aufgrund der parallelen Formulierung dasselbe Amtsgericht wie das, das nach § 7 Abs. 2 für Ermittlungsmaßnahmen zuständig ist. Das „Ob“ der Beschlagnahme wird dagegen von dem Gericht beurteilt, das nach § 11 für das gerichtliche Einziehungsverfahren zuständig ist.

### Zu § 10 (Abschluss der Ermittlungen; Aufgebotsverfahren)

Nach § 10 endet das Ermittlungsverfahren bei Vorliegen eines hinreichenden Verdachts des Herrührens aus einer rechtswidrigen Tat mit einem Einziehungsantrag nach Abs. 1, anderenfalls mit einer Verfahrenseinstellung nach Abs. 3.

Für Fälle, in denen die formelle Inhaberschaft am fraglichen Vermögensgegenstand unbekannt oder unsicher ist, sieht Abs. 2 zur Sachverhaltsaufklärung die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens vor. Mit dem Aufgebotsverfahren nach dem FamFG stellt die Rechtsordnung bereits funktionierende Regelungen zur Verfügung, um für Rechtspositionen, deren Inhaber unklar ist, eine klare Zuordnung erreichen zu können. Mit einer entsprechenden

<sup>26</sup> Vgl. BT-Drs. 19/27654, S. 110.

<sup>27</sup> BGBl. I 2022, S. 754.

<sup>28</sup> Vgl. BR-Drs. 541/22, S. 5 f.

<sup>29</sup> BT-Drs. 20/1740, S. 17 und BR-Drs. 541/22, S. 61.

Anwendung dieser Vorschriften können die Fälle behandelt werden, in denen bei einem verdächtigen Vermögensgegenstand nicht nur der wirtschaftlich Berechtigte unklar ist, sondern auch eine rechtliche Zuordnung scheitert oder aber Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bislang unbekannte Dritte Rechte an dem Vermögensgegenstand haben. Ergeht ein rechtskräftiger Ausschließungsbeschluss, wird der Staat Inhaber des Vermögensgegenstandes.

### Zu § 11 (Zuständiges Gericht)

§ 11 Abs. 1 weist die gerichtliche Zuständigkeit einer Zivilkammer zu. Das erscheint sachgerecht, weil das gerichtliche Verfahren nach zivilprozessualen Grundsätzen, insbesondere mit Blick auf die Darlegungs- und Beweislast, ablaufen soll, und nach den §§ 12, 13 die Vorschriften der Zivilprozessordnung entsprechende Anwendung finden. Zugleich wird damit auch gegenüber der Öffentlichkeit deutlich gemacht, dass die Einziehung nach dem VEG kein Strafverfahren ist, sondern eine vermögensordnende Maßnahme eigener Art.

Abs. 2 S. 1 trifft eine Regelung zur örtlichen Zuständigkeit des Gerichts und übernimmt dabei die aus der Zivilprozessordnung bekannten Regelungen zur Zuständigkeit, soweit sie auf das hiesige Verfahren passen. Über § 143 GVG ist damit zugleich die örtliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft geregelt. Wie schon nach heutiger Rechtslage bei Strafverfahren kann es zu der Situation kommen, dass mehrere Gerichte und damit auch mehrere Staatsanwaltschaften zuständig sein können. Der Verweis auf § 35 ZPO soll deutlich machen, dass das Wahlrecht in diesen Fällen bei den Staatsanwaltschaften liegt. Können sich Staatsanwaltschaften verschiedener Länder nicht einigen, welche von ihnen das Verfahren führen soll, so entscheidet der Generalbundesanwalt (§ 143 Abs. 3 GVG).

Abs. 2 S. 2 enthält eine spezielle Regelung der örtlichen Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für den Fall, dass zunächst in einem subjektiven Strafverfahren Ermittlungen dazu angestellt werden, woher ein Vermögensgegenstand rührt, das subjektive Strafverfahren aber scheitert (etwa weil die Anlasstat verjährt oder der Beschuldigte verstorben ist). Abs. 2 S. 2 bewirkt in dieser Situation, dass die im subjektiven Strafverfahren tätig gewordene Staatsanwaltschaft nahtlos in das objektive Einziehungsverfahren nach dem VEG übergehen kann, ohne ihre ursprünglich auf §§ 7 bis 21 StPO gestützte örtliche Zuständigkeit für den Fall zu verlieren. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass beim Übergang vom subjektiven in das objektive Verfahren kein unnötiger Mehraufwand durch Einarbeitung einer neuen Staatsanwaltschaft entsteht. Die durch Abs. 2 S. 2 geregelte örtliche Zuständigkeit ist aber nicht ausschließlich, d.h. der betroffenen Staatsanwaltschaft ist es unbenommen, das objektive Einziehungsverfahren nach den allgemeinen Regeln abzugeben.

### Zu § 12 (Einziehungsverfahren)

§ 12 übernimmt weitgehend die Regelungen der Zivilpro-

zessordnung. Diese allein passen zu der hier vorgeschlagenen Lösung über die Darlegungs- und Beweislast. Zugleich wird damit die Idee der Einziehung als Quasi-Kondition auch verfahrensrechtlich umgesetzt. Bei dem Verfahren tritt die Staatsanwaltschaft als Klägerin auf, der Inhaber des Vermögensgegenstands als Beklagter.

Bei einem Gegenstand, an dem mehrere Personen Rechte haben, ist jedes dieser Rechte grundsätzlich ein eigenständiger Vermögensgegenstand im Sinne dieses Gesetzes. Daher ist jedes einzelne auch durch eine gerichtliche Entscheidung einzuziehen. § 12 Abs. 3 soll die Möglichkeit eröffnen, Verfahren zusammenzufassen und so eine gerichtliche Entscheidung zu ermöglichen, bei der der Staat einen Vermögensgegenstand nach § 15 erwirbt, an dem keine Rechte Dritter mehr bestehen.

Abs. 4 dient der Vereinfachung des Verfahrens, indem für die Einziehung mehrerer Gegenstände unter den Voraussetzungen der Anspruchshäufung nach § 260 ZPO ein einheitlicher Antrag gestellt werden kann. Dabei ist aber zuerst genau zu prüfen, ob es sich bei mehreren Objekten nicht tatsächlich nur um einen Vermögensgegenstand nach § 1 Abs. 1 handelt.

### Zu § 13 (Fortgang des gerichtlichen Verfahrens)

§ 13 Abs. 1 ermöglicht der Staatsanwaltschaft, ihre Einziehungsklage auch vor Gericht zu vertreten. Diese Regelung ist notwendig, weil § 78 Abs. 2 ZPO nur in engen Grenzen zulässt, dass sich juristische Personen des öffentlichen Rechts durch eigene Mitarbeiter vertreten lassen. Durch Abs. 2 wird die Güteverhandlung ausgeschlossen. Das VEG zielt nicht auf eine Einigung zwischen den Parteien ab, sodass die Vorschriften zur Güteverhandlung auf das Verfahren nicht passen.

Abs. 3 ist an § 221 Abs. 2 BauGB angelehnt und soll die in der Einleitung thematisierte Bedenken gegen den Verhandlungsgrundsatz ausräumen. Ob das Gericht eine weitere Sachverhaltsaufklärung vornimmt, steht grundsätzlich in seinem Ermessen. Dabei ist es als ermessenfehlerfrei anzusehen, wenn das Gericht unwidersprochenen, unsubstantiiert oder widersprüchlich bestrittenen Vortrag der Staatsanwaltschaft als wahr unterstellt. Nur ausnahmsweise reduziert sich das Ermessen auf eine Pflicht zur eigenen Sachverhaltsaufklärung, nämlich dann, wenn das Gericht anderenfalls genötigt wäre, auf Grundlage einer erkannten falschen Tatsachengrundlage zu entscheiden. Hierbei kann an die Rechtsprechung des *BGH* zu § 221 Abs. 2 BauGB<sup>30</sup> angeknüpft werden.

### Zu § 14 (Gerichtliche Entscheidung)

§ 14 Abs. 1 S. 1 normiert die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Einziehung, nämlich das Herrühren aus einer rechtswidrigen Tat. Nach S. 2 kann das Gericht seine Überzeugung von der inkriminierten Herkunft des Gegenstandes auf die in § 3 genannten Anhaltspunkte stützen. Dieser Satz ergibt sich bereits aus allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen, wird hier aber – schon weil er aus

<sup>30</sup> *BGH*, NJW 2006, 1729 (1731).

§ 437 StPO bekannt ist – zur Klarstellung genannt. Es gelten ferner die üblichen Grundsätze über die Darlegungs- und Beweislast. Demnach muss der Beklagte den Vortrag der Staatsanwaltschaft zur illegalen Herkunft des streitbefangenen Gegenstandes gem. § 138 Abs. 2 ZPO zumindest substantiiert bestreiten bzw. ihn trifft sogar eine sekundäre Darlegungslast, sonst gilt der Vortrag nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Dies hängt davon ab, wie substantiiert der Vortrag der Staatsanwaltschaft ist.

Mit § 14 Abs. 2, Abs. 3 werden die Härten abgefedert, die sich aus dem weiten Begriff des „Herrührens“ ergeben (siehe dazu auch die Begründung zu § 2 Abs. 1). Es werden dabei die Wertungen des § 73d StGB aufgegriffen. Dass die Beweislast beim Inhaber des Vermögensgegenstandes liegt, ist verfassungsrechtlich vertretbar, da die Beweisnot des Staates (welcher Teil ist wirtschaftlich betrachtet illegalen Ursprung, welcher nicht?) nur durch das Verhalten des Vermögensinhabers entsteht, der unbemakeltes und bemakeltes Vermögen vermischt.<sup>31</sup>

### Zu § 15 (Wirkung der Entscheidung)

§ 15 Abs. 1 ordnet den Übergang des Eigentums bzw. des Rechts auf den Staat mit Eintritt der Rechtskraft an. Rechte Dritter bleiben wie bei der Einziehung nach dem StGB (§ 75 Abs. 2 StGB) bestehen. Jedoch soll das Einziehungsverfahren, wenn Rechte Dritter an einem Vermögensgegenstand bekannt sind und diese ebenfalls einziehbar sind, in der Regel als gemeinsames Verfahren gegen als Rechtsinhaber einfache Streitgenossen nach § 12 Abs. 3 geführt werden, sodass die gerichtliche Entscheidung in vielen Konstellationen zum Erwerb unbelasteten Eigentums bzw. unbelasteter Rechte führen dürfte.

§ 15 Abs. 2 setzt den Gedanken der § 14 Abs. 2 und 3 bei Vermögensgegenständen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung nur teilweise aus einer rechtswidrigen Tat herrühren, auf der Rechtsfolgenseite konsequent fort. Die Regelungen über die Aufhebung von Bruchteilsgemeinschaften passen für alle – insbesondere auch unteilbare – Vermögensgegenstände.

§ 15 Abs. 3 soll absichern, dass die gerichtliche Entscheidung nicht dadurch unterlaufen wird, dass der Gegenstand bis zum Eintritt der Rechtskraft, ab dem der Vermögensgegenstand erst in das staatliche Vermögen übergeht, veräußert wird. Die Regelung entspricht § 75 Abs. 3 StGB.

### Zu § 16 (Rechtsmittel)

Der Verweis in § 16 VEG hat zwei Funktionen: Zum einen eröffnet er sowohl dem Inhaber des Vermögensgegenstandes als auch der Staatsanwaltschaft Rechtsmittel gegen die Einziehungsentscheidung nach § 14 VEG bzw. gegen die Ablehnung der Einziehung durch das Gericht des ersten Rechtszugs. Im Normalfall wird das Verfahren

nach dem VEG erstinstanzlich durch Endurteil abgeschlossen. Gegen dieses kann Berufung eingelegt werden, sofern der Wert des Beschwerdegegenstands 600 EUR übersteigt oder das Gericht des ersten Rechtszugs die Berufung zugelassen hat (§ 511 ZPO). Der für die Wertschwelle maßgebliche Rechtsmittelstreitwert ergibt sich aus dem Wert des Vermögensgegenstandes und dem Umfang der (Nicht-)Einziehung dieses Gegenstandes (§§ 2, 3, 6 ZPO). Das Berufungsgericht kann die erstinstanzliche Entscheidung selbst abändern oder aber die Entscheidung aufheben und die Sache zurückverweisen (§ 538 ZPO). Gegen ein das Berufungsverfahren abschließendes Endurteil findet die Revision zum Bundesgerichtshof statt, sofern diese vom Berufungsgericht oder vom Bundesgerichtshof auf die Nichtzulassungsbeschwerde hin zugelassen wurde (§§ 542 bis 544 ZPO).

Der Verweis in § 16 VEG umfasst zum anderen jedoch auch die Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 567 ZPO) und der Rechtsbeschwerde (§ 574 ZPO), die die Zivilprozessordnung gegen bestimmte der Hauptsacheentscheidung vorausgehende oder ihr nachfolgende Entscheidungen vorsieht.

### Zu § 17 (Wiederaufnahme des Verfahrens)

§ 17 VEG enthält durch den Verweis auf die Wiederaufnahmefristen der ZPO eine eng gefasste Möglichkeit der Rechtskraftdurchbrechung, wenn der Fortbestand der (Nicht-)Einziehungsentscheidung schlechterdings unhaltbar erscheint.

### Zu § 18 (Verhältnis zum Strafverfahren)

§ 18 Abs. 1 S. 1 statuiert den Vorrang des subjektiven (strafrechtlichen) Einziehungsverfahrens gegenüber dem objektiven Einziehungsverfahren nach dem VEG. Schon nach geltendem Recht ist die Tatertragseinziehung im objektiven Verfahren gegenüber der Tatertragseinziehung im subjektiven Verfahren subsidiär.<sup>32</sup>

§ 18 Abs. 1 S. 3 enthält eine Verfahrenskonkurrenzregel für Fälle, in denen ein Vermögensgegenstand sowohl als Tatprodukt, -mittel bzw. -objekt einerseits (welches weiterhin im selbständigen Verfahren nach § 76a StGB eingezogen werden könnte) als auch als Tatertrag andererseits (der im VEG-Verfahren eingezogen werden könnte) qualifiziert werden kann. Für diese etwa bei Korruptions- und Betäubungsmitteldelikten,<sup>33</sup> bei Hehlerei und insbesondere bei Geldwäschetaten auftretende Konstellation<sup>34</sup> ordnet die Vorschrift den Vorrang der selbständigen Einziehung als Tatertrag an. Die Regelung zeichnet damit die in § 261 Abs. 10 S. 3 StGB enthaltene – und sachlich auch gebotene<sup>35</sup> – Vorrangregel nach.

§ 18 Abs. 2 und 3 sollen verhindern, dass der Tatertrag

<sup>31</sup> Vgl. die entsprechende Argumentation zum erweiterten Verfall in BVerfGE 110, 1 ff.

<sup>32</sup> Ganz h.M., s. nur *Eser/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 76a Rn. 1, 5.

<sup>33</sup> Vgl. *BGH*, NJW 2022, 2701 Rn. 17.

<sup>34</sup> Vgl. *Neuheuser*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 261 Rn. 150; *Bittmann*, NStZ 2022, 577 (583 f.).

<sup>35</sup> *El-Ghazi*, GWuR 2022, 49 (53); zur Begr. s. BT-Drs. 19/24180, S. 37.

einer Tat bei wirtschaftlicher Betrachtung mehrfach, nämlich im subjektiven Strafverfahren als Wertersatz und im Verfahren nach dem VEG als bemakelter Vermögensgegenstand, eingezogen wird. Dabei betrifft Abs. 2 den Fall, dass es bereits eine Verurteilung in einem Strafverfahren gab, bei der kein konkreter Gegenstand eingezogen werden konnte, daher nach § 73c StGB eine Wertersatzeinziehung angeordnet wurde und erst dann ein Vermögensgegenstand auftaucht, welcher der schon abgeurteilten Tat als Tatertrag zugeordnet werden kann. Dieser soll trotz der schon angeordneten Wertersatzeinziehung nach dem VEG eingezogen werden können. Mit der Einziehung erlischt aber der Wertersatzanspruch. Abs. 2 S. 3 stellt dabei sicher, dass dies nicht zulasten der Verletzten der Straftat geht, die im Falle einer Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB Anspruch auf Verteilung des Eingezogenen haben. § 18 Abs. 3 betrifft die umgekehrte Konstellation, dass ein Vermögensgegenstand nach VEG eingezogen wurde, die Tat, aus der der Gegenstand herrührte, jedoch zunächst nicht abgeurteilt werden konnte, nunmehr aber abgeurteilt werden kann. Dabei müsste eigentlich nach dem zwingenden § 73c StGB eine Wertersatzeinziehung anstelle der nicht mehr vorhandenen Taterträge stattfinden. Dies wird mit § 18 Abs. 3 S. 2 verhindert. Abs. 3 S. 3 schützt wiederum die Stellung der Verletzten.

## Zu 2. (Änderungen in StGB, StPO und weiteren Vorschriften)

### Zu a) (Streichung der Vorschriften über die erweiterte selbständige Einziehung)

Die erweiterte selbständige Einziehung von Taterträgen ist zwar ein legitimes Präventionsinstrument, bildet aber als sog. *non-conviction-based confiscation* seit jeher einen konfliktträchtigen Fremdkörper im strafrechtlichen Einziehungsrecht.<sup>36</sup> Da in allen bislang von § 76a Abs. 4 StGB erfassten Konstellationen nunmehr eine Einziehung nach VEG möglich ist, soll das strafrechtliche Einziehungsrecht vollständig von der erweiterten selbständigen Einziehung entlastet werden. Damit entfällt zugleich die Existenzberechtigung für den bisherigen § 437 StPO;<sup>37</sup> dessen Funktion wird im VEG-Einziehungsverfahren von § 14 Abs. 1 S. 2 übernommen.

Demgegenüber bleibt die im subjektiven Verfahren anordenbare erweiterte Einziehung nach § 73a StGB weiterhin im StGB verankert. Denn das objektive Einziehungsverfahren nach dem VEG soll nur dann zur Anwendung kommen, wenn eine Einziehung im subjektiven Verfahren nicht in Betracht kommt.

### Zu b) (Neufassung von § 76a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und § 76b StGB)

Durch die Änderungen in §§ 76a Abs. 1 und 2 sowie § 76b StGB wird die objektive Einziehung von Taterträgen aus

dem strafrechtlichen Einziehungsrecht getilgt. Der bisherige § 76a Abs. 1 und 2 StGB ermöglicht u.a. die quasi-konditionelle Einziehung von Taterträgen (§§ 73–73e StGB) im selbständigen Einziehungsverfahren nach § 435 StPO. Mit Einführung des VEG fällt der Bedarf hierfür weg, da in jenen Konstellationen nunmehr stets das mit derselben Zielrichtung betriebene Einziehungsverfahren nach §§ 12 ff. VEG möglich ist.

§ 76a Abs. 1 und 2 StGB wird deshalb so geändert, dass das strafrechtliche objektive Einziehungsverfahren künftig auf die gefahrenabwehrrechtliche Sicherungseinziehung nach § 74b StGB und auf die (überwiegend) pönale Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten nach §§ 74, 74a, 74c–74f StGB beschränkt ist.

Eine gänzliche Streichung des selbständigen Einziehungsverfahrens nach § 76a StGB, §§ 435 f. StPO kommt demgegenüber nicht in Betracht. Da die Konfiskation gem. § 74 StGB nach h.M. auch im objektiven Einziehungsverfahren ihren Strafcharakter nicht verliert,<sup>38</sup> kann diese Funktion nicht von dem auf die Einziehung von Taterträgen ausgerichteten und daher zivilprozessual ausgestalteten VEG-Verfahren übernommen werden.

### Zu c) (Ergänzung von § 477 Abs. 2 StPO)

Die Vorschrift stellt klar, dass Spontanübermittlungen von einer Staatsanwaltschaft an eine andere, etwa bei Zufallsfunden aus einem subjektiven Verfahren, zulässig sind.

### Zu d) (Ergänzung von § 479 Abs. 2 StPO)

Diese Ergänzung ermöglicht es, im *in-rem*-Verfahren nach dem VEG auch solche personenbezogenen Daten zu verwenden, die zuvor in einem Strafverfahren durch eingriffsintensive Maßnahmen mit besonderen Anordnungsvoraussetzungen (z.B. TKÜ) gewonnen worden sind. Ohne die Ergänzung bestünde ein Übermittlungsverbot bzw. eine Verwendungsbeschränkung, da die bisher bestehenden Datenübermittlungsbefugnisse nicht greifen: Weder ist das VEG-Verfahren ein „anderes Strafverfahren“ i.S.v. § 479 Abs. 2 S. 1 StPO, noch lässt es sich unter die in § 479 Abs. 2 S. 2 Nrn. 1–4 StPO genannten Verwendungszwecke subsumieren. Das Verwendungsverbot nach § 6 Abs. 3 VEG für ganz besonders eingriffsintensive Ermittlungsmaßnahmen (u.a. Online-Durchsuchung) bleibt davon allerdings unberührt.

### Zu 3. (Änderungen in der AO) und 4. (Änderungen im GWG)

Siehe hierzu die obige Begründung zu § 5.

<sup>36</sup> Vgl. Marstaller/Zimmermann, Non-conviction-based confiscation in Deutschland?, 2018, S. 30 ff.

<sup>37</sup> Auf die in § 73a StGB verbleibende erweiterte Einziehung kann § 437 StPO ohnehin nicht unmittelbar angewendet werden, vgl. BGH, NZWiSt 2021, 356 (357 f.).

<sup>38</sup> Vgl. RGSt 53, 124 (126); Joecks/Meißner, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. (2020), § 76a Rn. 3.

# Der EU-Kommissionsvorschlag einer Verordnung für künstliche Intelligenz aus rechts- und kriminalpolitischer Perspektive – Zur unumgänglichen aber nachbesserungsbedürftigen Harmonisierung

von Jana Engelhard und  
Prof. Dr. Anja Schiemann\*

## Abstract

Am 21.4.2021 wurde von der Europäischen Kommission der Entwurf für eine Verordnung zur „Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz“ (KI-VO-E) vorgelegt. Ziel ist es, einen einheitlichen Rechtsrahmen für vertrauenswürdige künstliche Intelligenz zu schaffen. Durch den Verordnungsvorschlag zur künstlichen Intelligenz soll gewährleistet werden, dass KI-Systeme die Grundrechte der Union beachten und so Vertrauen und Rechtssicherheit geschaffen wird. Die KI-VO-E verfolgt einen sog. „risikobasierten Regulierungsansatz“, so dass je nach Risiko der KI-Anwendung für die Europäischen Grundrechte höhere oder niedrigere Anforderungen etwa in Bezug auf die Sicherheit oder Transparenz aufgestellt werden. So sehr insgesamt die Harmonisierung zu begrüßen ist, so muss doch am Feinschliff der Verordnung noch gearbeitet werden, um zu überzeugen. Dies gilt auch für diverse Privilegierungen der Strafverfolgungsbehörden. Diesen wird zwar – zu Recht – mehr gestattet als Privaten, allerdings ist ein sachlicher Grund nicht immer zu erkennen.

On 21.4.2021, the European Commission presented the draft for a regulation to "establish harmonized rules for artificial intelligence" (AI Act). The aim is to create a uniform legal framework for trustworthy artificial intelligence. The proposed regulation on artificial intelligence aims to ensure that AI systems respect the fundamental rights of the Union, thus creating trust and legal certainty. The AI Act follows a so-called "risk-based regulatory approach", so that depending on the risk of the AI application, higher or lower requirements are set for European fundamental rights, for example in terms of security or transparency. As much as the harmonization is to be welcomed overall, the fine-tuning of the regulation still needs to be worked on to be convincing. This also applies to various privileges for law enforcement agencies. They are -

rightly - allowed more than private individuals, but the underlying objective reason is not always apparent.

## I. Rückblick

Die Bestrebungen der Europäischen Kommission, deutliche Akzente auf dem Feld der künstlichen Intelligenz (KI) zu setzen, reicht knapp 20 Jahre zurück. Bereits 2004 wurde verstärkt Forschung im Bereich der KI durch die Kommission gefördert und 2018 eine hochrangige Expertengruppe eingesetzt,<sup>1</sup> die 2019 Ethik-Leitlinien für vertrauenswürdige KI veröffentlichte.<sup>2</sup> Im Februar 2020 stellte die Kommission in ihrem Weißbuch zur KI ihre klare Zielvorstellung vor, nämlich ein Europäisches Konzept der Exzellenz und des Vertrauens im Bereich der KI zu schaffen.<sup>3</sup> Im Rahmen der sich anschließenden Diskussion gingen über 1.500 Beiträge ein, die, ebenso wie viele Studien und Dokumente sowie die Arbeiten der Expertengruppe, Eingang in den Verordnungsentwurf fanden.<sup>4</sup> Dieser Verordnungsvorschlag zur Festlegung harmonisierender Vorschriften für KI wurde dann am 21.4.2021 veröffentlicht, um einheitliche Standards innerhalb der Europäischen Union für künstliche Intelligenz festzulegen.<sup>5</sup> Mittlerweile hat sich auch der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments mit dem Entwurf beschäftigt und eine Stellungnahme verfasst.<sup>6</sup> Am 29.9.2022 hat der Bundestag erstmals einen Antrag der CDU/CSU-Fraktion mit dem Titel „Europäische KI-Verordnung – Raum lassen für Innovation und Wettbewerbsfähigkeit“ beraten.<sup>7</sup> In dem Antrag wurde die Bundesregierung insbesondere dazu aufgefordert, ausreichend und regelmäßig zum Stand der Verhandlungen zur KI-Verordnung zu informieren und inhaltliche Anregungen des Deutschen Bundestags in die Verhandlungen einfließen zu lassen. Den Verhandlungen zur KI-Verordnung im Rat der EU solle endlich die Bedeutung eingeräumt werden, die dem Regelwerk mit

\* Jana Engelhard ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität zu Köln und sowohl mit der Betreuung des Examenkurses Strafrecht betraut als auch im Projekt COMBI tätig. Anja Schiemann ist Universitätsprofessorin und Lehrstuhlinhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln.

<sup>1</sup> Meldung abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_18\\_1381](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_18_1381) (zuletzt abgerufen am 22.10.2022).

<sup>2</sup> Diese Guidelines können abgerufen werden unter: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai> (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

<sup>3</sup> Das Weißbuch ist abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/info/files/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust\\_de](https://ec.europa.eu/info/files/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_de). Wichtige Meilensteine der Entwicklung sind abrufbar unter: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/european-approach-artificial-intelligence> (beides zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

<sup>4</sup> S. Orsich, EuZW 2022, 245 (255), so bspw. auch der Bericht der deutschen Datenethikkommission oder der Bericht der Enquete-Kommission KI des Deutschen Bundestags.

<sup>5</sup> Der Vorschlag für eine Verordnung ist abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206> (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

<sup>6</sup> Die Stellungnahme ist abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PA-719827\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PA-719827_DE.pdf) (zuletzt abgerufen am 22.10.2022).

<sup>7</sup> Hier ging es um die BT-Drs. 20/3689 v. 27.9.2022.

weitreichenden Auswirkungen auf die durch KI entstehenden Chancen für Gesellschaft, Wirtschaft und Forschung zukomme.<sup>8</sup>

## II. Überblick über den Verordnungsvorschlag zur KI

### 1. Einführung

Die angemahnten weitreichenden Auswirkungen liegen zum einen darin begründet, dass der „Artificial Intelligence Act“ in Form einer Verordnung erlassen werden soll, die nach Art. 288 Abs. 2 AEUV ohne weiteren Umsetzungsakt zu unmittelbar anwendbarem Recht in Deutschland wird. Durch die unmittelbare Anwendbarkeit in jedem EU-Mitgliedstaat soll eine Fragmentierung des Binnenmarktes verhindert werden. Denn einige Mitgliedstaaten haben bereits eine Verabschiedung nationaler Vorschriften zur Regulierung von KI-Systemen in Erwägung gezogen. Die einheitliche Anwendbarkeit der Verordnung soll durch unterschiedliche länderspezifische Gesetze bedingten Binnenmarkthindernissen entgegenwirken und einen einheitlichen Rechtsrahmen schaffen.<sup>9</sup> Gleichzeitig soll durch die harmonisierten gesetzlichen Vorgaben für Bürger Vertrauen in die Nutzung von KI-Systemen geschaffen und Unternehmen motiviert werden, KI-Lösungen zu entwickeln.<sup>10</sup>

Anders als noch im Weißbuch<sup>11</sup> wird eine differenziertere Risikoeinteilung vorgenommen. KI-Systeme werden in vier Kategorien eingeteilt:

- Verbotene KI-Anwendungen (Art. 5 KI-VO-E)
- Hochrisiko-KI-Systeme (Art. 6-51 KI-VO-E)
- KI-Systeme mit geringem Risiko und mit besonderen Transparenzanforderungen (Art. 52-55 KI-VO-E)
- KI-Systeme mit minimalem Risiko (Art. 69 KI-VO-E)

### 2. Anwendungsbereich des Verordnungsentwurfs

#### a) Personeller und räumlicher Anwendungsbereich

Die Verordnung soll nach Art. 2 Abs. 1 KI-VO-E für Anbieter gelten, die KI-Systeme in der Union in Verkehr bringen oder in Betrieb nehmen. Dies soll unabhängig davon gelten, ob diese Anbieter in der EU oder einem Drittland niedergelassen sind. Weiterhin erstreckt sich der territoriale Anwendungsbereich auf Nutzer von KI-Systemen, die sich in der Union befinden. Darüber hinaus gilt das Verwendungsprinzip, nach dem auch solche Anbieter und Nutzer von KI-Systemen vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst sind, die in einem Drittland niedergelassen oder ansässig sind, soweit das vom System hervorgebrachte Ergebnis in der Union verwendet wird. Die

zentralen Begriffe Anbieter, Nutzer und KI-Systeme werden in Art. 3 KI-VO-E definiert. Anbieter ist eine natürliche oder juristische Behörde, Einrichtung oder sonstige Stelle, die ein KI-System entwickelt oder entwickeln lässt, um es unter ihrem eigenen Namen oder ihrer eigenen Marke entgeltlich oder unentgeltlich in Verkehr zu bringen. Dadurch, dass der KI-VO-E mit den Anbietern Entwickler von KI-Systemen in die Verantwortung nimmt, setzt er im Gegensatz zur DS-GVO bereits beim Entstehungsprozess an.<sup>12</sup>

Nutzer sind natürliche oder juristische Personen, Behörden, Einrichtungen oder sonstige Stellen, die ein KI-System in eigener Verantwortung verwenden, es sei denn, das KI-System wird im Rahmen einer persönlichen und nicht beruflichen Tätigkeit genutzt. Insofern soll die KI-VO zwar für Anbieter und professionelle Nutzer, nicht aber für private Endnutzer gelten.<sup>13</sup>

#### b) Sachlicher Anwendungsbereich – die Definition von KI-Systemen

Das im Zentrum des KI-VO-E stehende *System der künstlichen Intelligenz* wird zur begrifflichen Handhabarmachung in Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E als „eine Software, die mit einer oder mehreren der in Anhang I aufgeführten Techniken und Konzepte entwickelt worden ist und im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren“ definiert. Die im Verweis auf Anhang I erfassten Techniken und Konzepte spezifiziert der KI-VO-E wie folgt:

- Konzepte des maschinellen Lernens, mit beaufsichtigtem, unbeaufsichtigtem und bestärkendem Lernen unter Verwendung einer breiten Palette von Methoden, einschließlich des tiefen Lernens (Deep Learning)
- Logik- und wissensgestützte Konzepte, einschließlich Wissensrepräsentation, induktiver (logischer) Programmierung, Wissensgrundlagen, Inferenz- und Deduktionsmaschinen, (symbolischer) Schlussfolgerungs- und Expertensysteme
- Statistische Ansätze, Bayessche Schätz-, Such- und Optimierungsmethoden

Mit der in Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E erfassten Begriffsdefinition erfolgt die Abkehr der EU-Kommission von ihren erstmals im Jahr 2018, in der Mitteilung über KI in Europa, geprägten Ansätzen der Umgrenzung des KI-Begriffs.<sup>14</sup> Letztere beschreiben KI-Systeme abstrahiert als „Systeme mit einem „intelligenten“ Verhalten“,<sup>15</sup> bevor exemplarisch konkretisierende technische Verfahren

<sup>8</sup> BT-Drs. 20/3689, S. 3.

<sup>9</sup> Vgl. Ebers, RD 2021, 588 (589); Engelmann/Brunotte/Lütken, RD 2021, 317.

<sup>10</sup> S. KI-VO-E, S. 1; abrufbar unter [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0019.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_1&format=PDF) (zuletzt abgerufen am 17.11.2022).

<sup>11</sup> Hier gab es lediglich eine Grobeinteilung in hohes Risiko und kein hohes Risiko.

<sup>12</sup> S. Ebert/Spiecker, NVwZ 2021, 1188.

<sup>13</sup> Vgl. Engelmann/Brunotte/Lütken, RD 2021, 317 (319).

<sup>14</sup> Vgl. Mitteilung KI für Europa, 2018, S. 1; abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=de> (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

<sup>15</sup> A.a.O.

ebenso wie Anwendungsbeispiele aufgeführt werden. Als Ausgangspunkt der Ermittlung einer einheitlichen Terminologie diene auf EU-Ebene somit zunächst der vorwiegend psychologisch geprägte Intelligenzbegriff. Dieser ist nicht nur seinerseits keiner konsentierten Definition zugänglich,<sup>16</sup> sondern aufgrund des ihm ureigenen Menschenbezugs erweisen sich Einzelheiten betreffend dessen Übertragbarkeit auf technische Anwendungen als weitestgehend ungeklärt.<sup>17</sup> Eine bedeutsame Änderung des definitorischen Bezugspunkts, die EU-Kommission selbst spricht von einer *Präzisierung*,<sup>18</sup> hat der KI-Begriff durch die seitens der EU-Kommission eingesetzte hochrangige Expertengruppe für KI (HEG-KI) erfahren. Indem diese KI-Systeme Intelligenz sinngemäß als Software, die durch Dateninterpretation komplexe Ziele zu lösen imstande ist, beschreibt,<sup>19</sup> bewegt sie den Fokus weg vom Intelligenzbegriff und hin zu technisch-datenbasierten Verfahren, die die Funktionsweise von KI prägen. Begrüßenswert ist es im Angesicht dieser kursorischen Historie der Bemühungen zur Umgrenzung des KI-Begriffs auf EU-Ebene, dass sich die Kommission in Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E für eine an technischen Eigenschaften orientierte Grundausrüstung der Begriffsbestimmung entschieden hat.<sup>20</sup>

Ein vergleichbarer *Paradigmenwechsel* bleibt indes im Hinblick auf die Extensität der gewählten KI-Definition zu vermissen, obschon der EU-Kommission die Nachteile einer zu weit gefassten Begriffsbestimmung hinlänglich bekannt sein dürften. Nicht nur betrifft diese Kritik bereits die KI-Regulierungsmodelle der EU-Kommission prä-KI-VO-E,<sup>21</sup> sondern im Weißbuch der EU-Kommission zur Regulierung künstlicher Intelligenz mahnt ebendiese selbst an, dass eine KI-Definition zwar einerseits flexibel und entwicklungs offen, andererseits aber auch „präzise [sein muss], um die erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten“.<sup>22</sup> An jener Präzision mangelt es in der Legaldefinition des Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E, da diese aufgrund der nicht näher spezifizierten Inklusion logik- und wissenschaftlicher Systeme sowie statistischer Ansätze ebenso einfache deterministische Software wie Expertensysteme erfasst.<sup>23</sup> Begründen lässt sich der dahinter stehende technikneutrale Ansatz auch nicht allein mit dem Ziel der

Schaffung einer möglichst zukunftstauglichen Definition,<sup>24</sup> da deren Reichweite vor allem Software mit umfasst, die keine spezifischen Risiken künstlicher Intelligenz wie z.B. Autonomie,<sup>25</sup> Lernfähigkeit<sup>26</sup> oder Intransparenz<sup>27</sup> aufweist. Insofern erlegt Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E konventioneller Software strenge Regulierungsmaßnahmen auf, die technischen Fortschritt in diesem Bereich eher zu hemmen drohen. Ausräumen lässt sich diese Kritik auch nicht unter Bezugnahme auf die in Art. 5 KI-VO-E geregelten verbotenen Praktiken. Dieser stützt sich zwar nicht auf funktionale Eigenschaften der eingesetzten Technik, sondern auf Risiken, die aus ihrer Verwendung resultieren, sodass unerheblich sein könnte, ob die verbotene Praktik per KI-System oder konventioneller Software Anwendung findet.<sup>28</sup> Indes bezieht sich die Legaldefinition des Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E ebenso auf den Einsatz von Hochrisiko-KI (Art. 6 ff. KI-VO-E), deren Regulierung sich in der KI-VO-E selbst unmittelbar an Grundrechtsgefährdungen knüpft, die aus den besonderen Eigenschaften künstlicher Intelligenz herrühren.<sup>29</sup> Gleiches ergibt sich allgemein aus den Gründen und Zielen des Regulierungsvorschlags, die KI-Spezifika „...wie *Undurchsichtigkeit, Komplexität, der sogenannte „Bias“, ein gewisses Maß an Unberechenbarkeit und teilweise autonomes Verhalten*“ aufgreifen, welche konventioneller Software nicht vergleichbar immanent sind.<sup>30</sup> Eine rein ergebnisbezogene Sichtweise ist somit nicht angezeigt. Ein Zugewinn an terminologischer Flexibilität wird hingegen durch die in Art. 4, 73 KI-VO-E angelegte Option der Anpassung des Anhang I zum KI-VO-E durch delegierte Rechtsakte erreicht, weil dies eine stete Adaption an technischen Fortschritt gewährleistet.<sup>31</sup> Entbehrlich wird eine eindeutig auf künstliche Intelligenz zugeschnittene Definition dadurch aber nicht.

### 3. Die risikobasierte Einstufung von KI-Systemen

Der Vorschlag der KI-VO folgt einem sog. risikobasierten Ansatz und stellt für unterschiedliche Risikokategorien von KI-Systemen unterschiedliche Anforderungen auf.<sup>32</sup> Wie bereits oben erwähnt, werden vier Risikostufen benannt.

<sup>16</sup> Zu verschiedenen Definitionsansätzen des Intelligenzbegriffs vgl. nur *Gruber/Stamouli*, in: Pädagogische Psychologie, Intelligenz und Vorwissen, S. 28 f.; zu Unklarheiten des Intelligenzbegriffs im Kontext von KI vgl. nur *Kaplan*, Künstliche Intelligenz 2017, S. 15 f.; *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2826 f.); *Nink*, Justiz und Algorithmen 2020, S. 146 m.w.N.

<sup>17</sup> Ausführlich *Kaplan*, Künstliche Intelligenz, 2017, S. 15 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Europäische Kommission, COM(2020) 65 final – Weißbuch KI, 2020, S. 19.

<sup>19</sup> Für den vollständigen Wortlaut der Definition vgl. HEG-KI, Guidelines, 2019, S. 47.

<sup>20</sup> Ebenso *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (845).

<sup>21</sup> Vgl. nur *Detting/Krüger*, MMR 2019, 211 (212); *Herberger*, NJW 2018, 2825 (2827) mit direktem Verweis auf das zu weite KI-Begriffsverständnis der EU-Kommission in Fn. 23.

<sup>22</sup> Europäische Kommission, COM(2020) 65 final – Weißbuch KI, 2020, S. 19; *Lachenmann*, ZD-Aktuell 2020, 07021 spricht diesbezüglich von gängigen Definitionsmaßstäben.

<sup>23</sup> So *Spindler*, CR 2021, 361 (362 f.), wonach die Legaldefinition in Art. 3 Nr. 1 KI-VO-E deswegen sogar extensiver als jene der HEG-KI ist; ebenfalls mangelnde Präzision attestieren KI-Bundesverband, Feedback AI-Act 2021, S. 1; *Ebers/Hoch et al.*, RD 2021, 529; *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (845); Bitkom e.V., Positionspapier zum EU-Regulierungsrahmen für KI 2021, S. 2.

<sup>24</sup> So aber Europäische Kommission, COM(2021) 206 final – KI-VO-E 2021, S. 14.

<sup>25</sup> Dazu *Werner*, NJOZ 2019, 1041.

<sup>26</sup> Vgl. *Wischmeyer*, AöR 2018, 1 (4); *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, 225 (226 f.).

<sup>27</sup> Vgl. *Hagendorff*, Österreich Z Soziol 2019, 53 (54) bezogen auf maschinelles Lernen.

<sup>28</sup> In diese Richtung *Ebert/Spiecker gen. Döhmman*, NVwZ 2021, 1188 (1189).

<sup>29</sup> Vgl. Europäische Kommission, COM(2021) 206 final – KI-VO-E 2021, S. 12; so auch *Ebers/Hoch et al.*, RD 2021, 529.

<sup>30</sup> Europäische Kommission, COM(2021) 206 final – KI-VO-E 2021, S. 2.

<sup>31</sup> Dazu auch *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (331), die treffend von einer "dynamischen Konzeption" sprechen.

<sup>32</sup> Vgl. auch *Kevekorde*, in: Hdb. Multimedia-Recht, Stand: 58. ErgLg. (März 2022), Teil 29.1 Rn. 48; *Engelmann/Brunotte/Lütken*, RD 2021, 317 (319); *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (337).

### a) Verbotene KI-Systeme mit unannehmbarem Risiko

Von vornherein verboten werden gem. Art. 5 KI-VO-E KI-Systeme mit unannehmbarem Risiko. Diese verletzen nach Ansicht der Europäischen Kommission Europäische Grundrechte und Werte, so dass diese schädlichen Anwendungsmöglichkeiten von KI-Systemen von vornherein verboten sind.<sup>33</sup> Insgesamt lassen sich bei der Aufstellung der verbotenen Praktiken in Art. 5 KI-VO-E drei Kategorien unterscheiden.

#### aa) Verhaltensmanipulation

Verboten werden zum einen bestimmte KI-Systeme, die zu Zwecken der Verhaltensmanipulation eingesetzt werden. Art. 5 Abs. 1 lit. a KI-VO-E benennt hier den Einsatz von Techniken der unterschweligen Beeinflussung außerhalb des Bewusstseins einer Person, um das Verhalten einer Person in einer Weise wesentlich zu beeinflussen, die dieser Person oder einer anderen Person einen physischen oder psychischen Schaden zufügt oder zufügen kann.<sup>34</sup>

#### bb) Social Scoring

Als verbotene Praktik wird des Weiteren das sog. Social Scoring<sup>35</sup> genannt. Gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c KI-VO-E wird die Inbetriebnahme oder die Verwendung von KI-Systemen durch Behörden oder in deren Auftrag verboten, die zur Bewertung oder Klassifizierung der Vertrauenswürdigkeit natürlicher Personen über einen bestimmten Zeitraum auf der Grundlage ihres sozialen Verhaltens oder bekannter oder vorhergesagter persönlicher Eigenschaften oder Persönlichkeitsmerkmale dient. Dabei muss die soziale Bewertung zu einer Schlechterstellung oder Benachteiligung in sozialen Zusammenhängen führen, die in keiner Beziehung zu der ursprünglichen Datenerhebung stehen oder ungerechtfertigt oder unverhältnismäßig sind.<sup>36</sup> Durch die Einschränkung „durch Behörden oder in deren Auftrag“ ist das Social Scoring mittels KI-Systemen im rein privaten Sektor nicht verboten.

#### cc) Biometrische Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme im öffentlichen Raum

Verboten ist schließlich der Einsatz von biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssystemen in öffentlich zugänglichen Räumen für Zwecke der Strafverfolgung gem. Art. 5 Abs. 1 lit. d KI-VO-E. Definiert wird ein „biometrisches Fernidentifizierungssystem“ in Art. 3 Nr. 36 KI-VO-E. Danach dienen diese Systeme dem Zweck, natürliche Personen aus der Ferne durch Abgleich biometrischer Daten einer Person mit den gespeicherten biometrischen Daten einer Referenzdatenbank zu identifizieren, ohne dass der Nutzer des KI-Systems vorher weiß, ob die Per-

son anwesend sein wird und identifiziert werden kann. Nach Art. 3 Nr. 33 KI-VO-E sind biometrische Daten solche zu physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen einer natürlichen Person, die eine eindeutige Identifizierung dieser Person ermöglichen oder bestätigen. Angesichts dieser Weite der Legaldefinition sind KI-Systeme zur Gesichtserkennung, aber auch zur Analyse von Bewegungsmustern oder Retina-Scans erfasst.<sup>37</sup> Verboten sind nur „Echtzeit“-Fernidentifizierungssysteme, worunter gem. Art. 3 Nr. 37 KI-VO-E für die Klassifizierung erforderlich ist, dass der Abgleich und die Identifizierung ohne erhebliche Verzögerung erfolgen, wobei auch die Identifizierung mit begrenzten kurzen Verzögerungen erfasst ist.<sup>38</sup> Dagegen fallen System zur nachträglichen biometrischen Fernidentifizierung gem. Anhang III Nr. 1 a KI-VO-E unter die hochriskanten KI-Systeme (hierzu unten unter b). Nicht erfasst werden sonstige Identifikationen, die der Nachidentifizierung dienen. Dies ist auch nach dem KI-VO-E möglich, da diese biometrischen Identifizierungen nur den KI-Systemen mit einem geringen Risiko zugeordnet werden (hierzu unter c). Warum die Nachidentifizierung ausgenommen ist, wird in der Begründung nicht weiter spezifiziert. Dieser hätte es aber bedurft, denn schließlich dient das Verbot dem Schutz vor einem „gläsernen Menschen“ im Sinne eines Orwell'schen Überwachungsstaats.<sup>39</sup> Insofern kann die Fernidentifikation aufgrund biometrischer Daten als solche zu Verunsicherungen in der Bevölkerung und abschreckenden Effekten führen.<sup>40</sup>

Auch für die Verwendung biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme in öffentlich zugänglichen Räumen zu Strafverfolgungszwecken sind Ausnahmen vorgesehen, von denen ein Mitgliedsstaat gem. Art. 5 Abs. 4 KI-VO-E Gebrauch machen darf.<sup>41</sup> Hierdurch wird das Verbot nach Art. 5 Abs. 1 lit. d KI-VO-E erheblich aufgeweicht. Der Einsatz von Echtzeit-Fernidentifizierungssystemen kann danach erlaubt sein

- zur gezielten Suche nach potentiellen Opfern oder nach vermissten Kindern,
- zum Abwenden einer konkreten, erheblichen und unmittelbaren Gefahr für das Leben oder die körperliche Unversehrtheit natürlicher Personen oder eines Terroranschlags oder
- zum Erkennen, Aufspüren, Identifizieren oder Verfolgen eines Täters oder Verdächtigen einer Straftat im Sinne des Übergabebeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten, der in dem betreffenden Mitgliedsstaat nach dessen

<sup>33</sup> S. Europäische Kommission, COM(2021) 206 final – KI-VO-E 2021, S. 15.

<sup>34</sup> Zu der Auslegung des Begriffs der „unterschweligen Beeinflussung außerhalb des menschlichen Bewusstseins“ vgl. ausführlich *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (338).

<sup>35</sup> Vgl. zum Begriff *Conrad/Hauser*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Hdb. IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. (2019), § 36 Rn. 244 ff.

<sup>36</sup> Ausf. zu Social Scoring und Art. 5 Abs. 1 Nr. 1 lit. c KI-VO-E vgl. *Linardatos*, GPR 2022, 58 (61); *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (340 f.).

<sup>37</sup> S. *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142 (143); *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (342).

<sup>38</sup> S. *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (342).

<sup>39</sup> So *Valta/Vasel*, ZRP 2021, 142 (143); diese zitierend *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (342).

<sup>40</sup> So auch EDPB-EDPS, Joint Opinion on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence, 18.6.2021, S. 12; *Linardatos*, GPR 2022, 58 (62).

<sup>41</sup> Insofern ist Art. 5 Abs. 1 lit. d KI-VO-E auch nicht unmittelbar anwendbar, sondern bedarf einer Umsetzung in nationales Recht.

Recht mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bedroht ist.

Die Verwendung der Identifikationssysteme steht unter einem Genehmigungsvorbehalt durch eine zuständige Justiz- oder Verwaltungsbehörde, es sei denn, es besteht Gefahr in Verzug (Art. 5 Abs. 3 KI-VO-E). Darüber hinaus normiert Art. 5 Abs. 2 S. 1 KI-VO-E abstrakte Kriterium der stets erforderlichen Interessenabwägung. Zu berücksichtigen sind danach das Ausmaß und die Wahrscheinlichkeit von Schäden, die Schwere des Eingriffs in Grundrechtspositionen sowie die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß der Folgen. Nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 KI-VO-E sind zudem notwendige sowie verhältnismäßige Schutzvorkehrungen und Bedingungen für die Verwendung einzuhalten, insbesondere hinsichtlich zeitlicher, geografischer und personenbezogener Beschränkungen. Gemeint ist damit insbesondere die Pflicht zur Zweckbindung, Datenlöschung aber auch Datenvermeidung und Datensparsamkeit, die bereits aus der DS-GVO folgt.<sup>42</sup>

Durch die zahlreichen Ausnahmen vom Verbot hat die Vorschrift faktisch eher den Charakter eines Erlaubnisdenkmalstatbestands mit Vorbehalt einer Erlaubnis. Durch diese Öffnungsklausel ist es quasi vorprogrammiert, doch wieder länderspezifische unterschiedliche Ausgestaltungen der biometrischen Echtzeitidentifizierung im Rahmen der Strafverfolgung festzuschreiben und so statt der gewünschten Einheitlichkeit eine Fragmentierung im Bereich der Strafverfolgung voranzutreiben. Insofern sollten die Ausnahmetatbestände klarer normiert und der Kreis eng gezogen werden. Auch fehlt ein prinzipielles Verbot automatischer Erkennung sensibler Personenmerkmale wie Sexualität, Herkunft, Religion etc., die gar keine Relevanz für Maßnahmen der Strafverfolgung haben und insofern hätten ausgespart werden können.<sup>43</sup>

#### b) Hochrisiko-KI-Systeme

Im Zentrum des Verordnungsentwurfs steht die in Art. 6 ff. KI-VO-E erfasste Regulierung hochriskanter KI-Systeme. Entsprechend der Risiko-Methodik des KI-VO-E, ist eine Einstufung als hochriskant vorzunehmen, sofern *erhebliche* Sicherheits-, Gesundheitsrisiken, oder Risiken für die Grundrechte einer Person im Laufe des gesamten Lebenszyklus eines KI-Systems, d.h. von seiner Entwicklung bis hin zu seiner Verwendung, aufzutreten vermögen.<sup>44</sup> Eine Spezifizierung erfährt der normativ ausfüllungsbedürftige Erheblichkeitsbegriff durch die über

eine Folgenbetrachtung hinausgehenden sektorbezogenen Ansätze des Art. 6 KI-VO-E.<sup>45</sup>

#### aa) Klassifizierung hochriskanter KI-Systeme

Art. 6 Abs. 1 lit. a KI-VO-E qualifiziert KI-Systeme als solche mit einem hohen Risiko, die entweder als Produkt selbst oder als Sicherheitskomponente eines Produkts verwendet werden,<sup>46</sup> das unter die in Anhang II KI-VO-E spezifizierten Harmonisierungsvorschriften fällt. Kumulativ gibt Art. 6 Abs. 1 lit. b KI-VO-E vor, dass jene EU-Harmonisierungsvorschriften eine Konformitätsbewertung durch Dritte betreffend das Inverkehrbringen oder Inbetriebnehmen des Produkts vorzusehen haben. Die in Anhang II KI-VO-E aufgeführten Harmonisierungsvorschriften gründen sich vorwiegend auf das *New Legislative Framework (NLF)*, einer Sammlung von EU-Rechtsakten, die übergreifende Produktsicherheitsvorschriften ebenso wie gemeinsame Verfahren zur Konformitätsbewertung festlegt.<sup>47</sup>

Nach Art. 6 Abs. 2 KI-VO-E gelten zudem eigenständige KI-Systeme, also solche die nicht bereits Produktsicherheitsvorschriften des *NLF* unterfallen als hochriskant, sofern diese in Anhang III des KI-VO-E benannt sind. Die darin enthaltene Aufzählung inkludiert die übergeordneten Sektoren „Biometrische Identifizierung und Kategorisierung natürlicher Personen“ (Anhang III Nr. 1 KI-VO-E),<sup>48</sup> „Verwaltung und Betrieb kritischer Infrastrukturen“ (Anhang III Nr. 2 KI-VO-E), „Allgemeine und berufliche Bildung“ (Anhang III Nr. 3 KI-VO-E), „Beschäftigung, Personalmanagement und Zugang zur Selbstständigkeit“ (Anhang III Nr. 4 KI-VO-E), „Zugänglichkeit und Inanspruchnahme grundlegender privater und öffentlicher Dienste und Leistungen“ (Anhang III Nr. 5 KI-VO-E), „Strafverfolgung“ (Anhang III Nr. 6 KI-VO-E), „Migration, Asyl und Grenzkontrolle“ (Anhang III Nr. 7 KI-VO-E) sowie „Rechtspflege und demokratische Prozesse“ (Anhang III Nr. 8 KI-VO-E), welche jeweils durch konkretere Anwendungsszenarien der KI-Systeme ausdifferenziert werden. Abschließend ist diese Aufzählung nicht, da gemäß Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 73 KI-VO-E seitens der Kommission delegierte Rechtsakte erlassen werden können, um die Aufzählung in Anhang III KI-VO-E zu modifizieren. Diese Option wird in Art. 7 Abs. 1 lit. a KI-VO-E insofern beschränkt, als dass Änderungen des Anhang III KI-VO-E lediglich im Rahmen der in Nr. 1 – 8 festgelegten, übergeordneten Bereiche erfolgen können. Obschon die Konzeption der Festlegung abstrahierter KI-Einsatzsektoren in Kombination mit einer nachträglichen Änderungsoption wegen der zugleich strukturierenden Wirkung und Zukunftstauglichkeit begrüßenswert ist, überzeugt deren Realisierung im KI-VO-E nicht. Die Auswahl übergeordneter Sektoren deckt schon aus aktueller

<sup>42</sup> Vgl. *Linardatos*, GPR 2022, 58 (62); *Spindler*, CR 2021, 361 (365); *Petermann/Sauter*, Biometrische Identifikationssysteme, 2002, S. 92.

<sup>43</sup> Insgesamt wie hier auch *Linardatos*, GPR 2022, 58 (62); ähnlich *Bomhard/Merkle*, RDi 2021, 276; *Ebers/Hoch/Rosenkranz/Ruschmeier/Steinrötter*, RDi 2021, 528. Kritisch auch *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (343 f.).

<sup>44</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, COM(2021) 206 final – KI-VO-E 2021, S. 4.

<sup>45</sup> Der Begriff des sektorbezogenen Ansatzes geht zurück auf *Ebert/Spiecker gen. Döhmann*, NVwZ 2021, 1188 (1190).

<sup>46</sup> Legaldefiniert ist der Begriff der Sicherheitskomponente in Art. 3 Nr. 14 KI-VO-E.

<sup>47</sup> Vgl. *Spindler*, CR 2021, 361 (366).

<sup>48</sup> Nicht nachvollziehbar ist, wieso Art. 3 Nr. 35 KI-VO-E auch die sexuelle oder politische Ausrichtung zu biometrischer Kategorisierung zählt; zu Recht kritisch *Chander/Jakubowska*, EU's AI law needs major changes to prevent discrimination and mass surveillance; abrufbar unter: <https://edri.org/our-work/eus-ai-law-needs-major-changes-to-prevent-discrimination-and-mass-surveillance/> (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

Perspektive nicht alle denkbaren hochriskanten Einsatzszenarien von KI-Systemen ab.<sup>49</sup> Nicht nur steht diese Einschränkung einer potentiellen Einbeziehung des – in Anbetracht des hohen Risikopotentials ohnehin schwer nachvollziehbar – exkludierten militärischen KI-Einsatzes in Art. 2 Abs. 3 KI-VO-E entgegen.<sup>50</sup> Es sind zudem auch bereits bekannte Sektoren wie z.B. der Gesundheitssektor in einer Dimension, die über Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Anhang II KI-VO-E hinausgeht, der Versicherungs- oder der Immobiliensektor nicht erfasst.<sup>51</sup> Umso mehr Probleme wird es bereiten, dass noch nicht absehbare, übergeordnete Sektoren, in denen sich der Einsatz von KI-Systemen als hochriskant erweist, von der nachträglichen Änderungsmöglichkeit ausgeschlossen sind. Ein derart starrer Sektorenbezug<sup>52</sup> überzeugt auch deswegen nicht, weil Art. 7 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 KI-VO-E ohnehin zusätzlich vorschreiben, dass das Gefährdungspotential der Anhang III KI-VO-E ergänzenden KI-Einsatzarten denjenigen, der bereits darin erfassten Arten mindestens vergleichbar sein muss. Warum eine qualitative Vergleichbarkeit nicht auch für die Ergänzung von Sektoren ausreichen kann, erschließt sich nicht.

#### bb) Folgen einer Klassifizierung als hochriskantes KI-System

Als Konsequenz einer Klassifizierung als Hochrisiko-KI-System werden in den Art. 8 ff. KI-VO-E daran zu stellende Anforderungen geregelt und sodann Pflichten aller an der Verwendung des KI-Systems Beteiligten in Art. 16 ff. KI-VO-E festgeschrieben. Einzelheiten betreffend die Konformitätsbewertung des Systems befinden sich in Art. 40 ff. KI-VO-E. Neben der allgemeinen Auseinandersetzung mit diesen Kategorien erfolgt deren Exemplifizierung an der Identifizierung und Kategorisierung natürlicher Personen anhand biometrischer Merkmale.

#### (1) Anforderungen (Art. 8 ff. KI-VO-E)

Intendiert wird mit der Pflicht zur Umsetzung der im KI-VO-E formulierten Anforderungen für hochriskante KI-Systeme nach Art. 8 Abs. 2 KI-VO-E, die jeweilige Zweckbestimmung des KI-Systems zu gewährleisten und dem gem. Art. 9 KI-VO-E zu implementierenden Risikomanagementsystem Rechnung zu tragen. Diese Zielsetzung legt den Grund für die Realisierung des von der EU-Kommission verfolgten risikobasierten Regulierungsan-

satzes, da nur die klar umgrenzte Zwecksetzung des KI-Systems ein treffendes Risikomanagement ermöglicht, welches zugleich spezifisch aus seiner Konstitution erwachsenden Gefahren begegnet ohne die Öffnung für Fortschritt über das erforderliche Maß hinausgehend zu begrenzen. Ob die Anforderungen der Art. 10 ff. KI-VO-E dieses Ziel zu erreichen vermögen, gilt es zu beurteilen. Normiert werden „Daten und Daten-Governance“-Vorgaben in Art. 10 KI-VO-E, die „Technische Dokumentation“ des KI-Systems zum Erfüllungsnachweis der hier zur Sprache stehenden Anforderungen in Art. 11 KI-VO-E, „Aufzeichnungspflichten“ in Art. 12 KI-VO-E zum Zwecke der Protokollierung des laufenden KI-System-Betriebs, zudem gem. Art. 13 KI-VO-E „Transparenz und Bereitstellung von Informationen für Nutzer“ um Handlungen und Ergebnisse des KI-Systems für diese nachvollziehbar zu machen. Weiterhin unterstellt Art. 14 KI-VO-E Hochrisiko-KI-Systeme „menschliche[r] Aufsicht“ und Art. 15 KI-VO-E fordert deren „Genauigkeit, Robustheit und Cybersicherheit“. Wenngleich diese Regelungen in weiten Teilen den erarbeiteten Anforderungen der HEG-KI entsprechen,<sup>53</sup> fällt beim Vergleich beider Anforderungsregime auf, dass der KI-VO-E den von der HEG-KI formulierten Katalog der „Vielfalt, Nichtdiskriminierung und Fairness“ zwar in seinen Erwägungsgründen jedenfalls unter dem Stichwort der Nichtdiskriminierung abdeckt, diesen aber mit keinem Wort im Verordnungsentwurf selbst erwähnt.<sup>54</sup> Zwar dient Art. 10 Abs. 3 KI-VO-E vor allem durch die Vorgabe der Repräsentativität von „Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze[n]“ der Vermeidung diskriminierender Effekte. Sektorabhängig drohen beispielsweise durch den Einsatz hochriskanter KI-Systeme zur biometrischen Identifizierung und Klassifizierung natürlicher Personen (vgl. Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anhang III Nr. 1 KI-VO-E) Diskriminierungsgefahren, denen nicht allein durch repräsentative Datensatzgestaltung zu begegnen ist. Um nur einige Beispiele zu nennen, können in diesem Fall z.B. *automation biases*<sup>55</sup> oder *default-Effekte*<sup>56</sup> ebenso zu Benachteiligungen oder Ungleichbehandlungen führen, wie das Einfließen bewusst oder unbewusst diskriminierender Annahmen programmierender Personen in die Ausgestaltung des KI-Systems.<sup>57</sup> Potentielle Folgen solcher *biases* und weiterer diskriminierender Effekte können im Beispielfall unmittelbar zur schlechteren Performanz des biometrisch identifi-

<sup>49</sup> So Ebers/Hoch et al., RDi 2021, 532; Roos/Weitz, MMR 2021, 844 (845); Rostalski/Weiss, ZfDR 2021, 329 (347).

<sup>50</sup> Dazu unter Hinweis auf Kritik von NGOs Horstmann, ZD-Aktuell 2022, 1182; auf hohes Gefährdungspotential hinweisend Roos/Weitz, MMR 2021, 844 (845); Verwunderung bekunden Valt/Vasel, ZRP 2021, 142 (143).

<sup>51</sup> Vgl. Ebers/Hoch et al., RDi 2021, 532.

<sup>52</sup> Diesen Terminus prägen Rostalski/Weiss, ZfDR 2021, 329 (347).

<sup>53</sup> Bezugnehmend auf den Vorrang menschlicher Aufsicht, technische Robustheit und Sicherheit, Datenqualitätsmanagement, Transparenz, vgl. HEG-KI, Guidelines, 2019, S. 17 f.

<sup>54</sup> Ebenso schon Europäische Kommission, COM(2020) 65 final – Weißbuch KI, 2020, S. 22, worin bei der Formulierung von Anforderungen zwar explizit auf die HEG-KI verwiesen wird, Nichtdiskriminierung aber nicht als Schlüsselmerkmal, sondern nur im Rahmen allgemeinen Grundrechtsschutzes erwähnt wird.

<sup>55</sup> Nach Cummings, JOTS 2006, 23 (25) meint automation bias die hinterfragte Annahme automatisiert generierter Ergebnisse als zutreffend.

<sup>56</sup> Zu default-Effekten vgl. *Anti-Bias* v. 7.1.2021, Anti-Bias 2020, abrufbar unter: <https://www.anti-bias.eu/anti-bias-strategien/nudges-beispiele/default/> (zuletzt abgerufen am 08.11.22), diese äußern sich in kognitiven Verzerrungen, wonach automatisierte Entscheidungen bevorzugt werden, die kein selbstständiges aktiv werden erfordern.

<sup>57</sup> Zu Einflussnahmefaktoren von Softwareentwicklern vgl. nur Braegelmann/Kaulartz, Rechtslexikon AI und Machine Learning 2020, Kapitel 2.2, 34 Rn. 13.

zierenden oder klassifizierenden KI-Systemen bei marginalisierten Gruppen führen.<sup>58</sup> Mittelbar droht eine weitreichendere Stigmatisierung, z.B. durch darauf basierenden, fehlerhaft eingeleiteten polizeilichen Ermittlungen bis hin zu Fehlurteilen. Jene Umstände sind nicht mit repräsentativer Datensatzgestaltung zu beheben, sondern bedürften gerade für hochriskante KI-Systeme weiterer Maßnahmen wie der Beteiligung marginalisierter Gruppen am Entwicklungsprozess oder Aufklärungsmaßnahmen über jene Effekte. Augenfällig wird bei der vorausgegangenen Aufzählung, dass Diskriminierungspotentiale letztlich so vielfältig in Erscheinung treten können, wie Maßnahmen, um diesen zu begegnen. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, dass allein die aus Art. 9 KI-VO-E hervorgehende Anforderung, allen denkbar auftretenden Risiken eines KI-Systems angemessen zu begegnen, Diskriminierungsrisiken hinreichend gegenübertritt. Vielmehr sollte die Zielsetzung der Nichtdiskriminierung ausdrücklich in den Anforderungen an hochriskante KI-Systeme aufgegriffen werden, um diese auch für Gestaltungsmaßnahmen vor Inverkehrbringen oder Inbetriebnahme des KI-Systems mit höchster Relevanz zu versehen. Der im KI-VO-E verfolgte Ansatz der Bezugnahme auf Nichtdiskriminierung im Kontext von Gewährleistungen der EU-Grundrechtecharta<sup>59</sup> ist zwar ebenfalls entscheidend, entfaltet aber vorrangig Schutz in Fällen, in denen sich eine Diskriminierung bereits realisiert hat oder jedenfalls das KI-System schon verwendet wird. In diesem Kontext ist hervorzuheben, dass gerade KI-Systemen immanente Spezifika (Undurchsichtigkeit, Komplexität) die Erkennbarkeit bereits aufgetretener Diskriminierungen erschweren, wodurch die Bedeutsamkeit präventiver Maßnahmen wächst.

An diesem Beispiel wird deutlich, dass die im KI-VO-E formulierten Anforderungen teilweise zu unspezifisch sind und insofern einer Nachbesserung bedürfen.<sup>60</sup> Bestmöglich wird der im KI-VO-E intendierte Interessenausgleich zwischen effizientem Schutz vor Risiken und zukunftstauglicher Flexibilität nämlich dann erreicht, wenn Anforderungen an die KI-Regulierung auf Gefahren zugeschnitten sind, die sich aus den technischen Besonderheiten künstlicher Intelligenz ergeben. An anderer Stelle, so z.B. in Art. 10, 14, 15 KI-VO-E wird diesen speziellen Risiken jedenfalls thematisch besser Rechnung getragen. Was hingegen deren inhaltliche Ausdifferenzierung angeht, sind auch diese Normen allgemein gehalten.

In Bezug auf das Vorgenannte erweist sich gerade die strukturelle Entscheidung der EU-Kommission, unspezifisch gehaltene Anforderungen in den Art. 8 ff. KI-VO-E

zu formulieren und diese mit der weitreichenden Übertragung von Konkretisierungsbefugnissen an private EU-Normungsorganisationen zu kombinieren als nicht unproblematisch. So spricht ErWG 61 S. 1 KI-VO-E von der Normung als Schlüsselrolle zur Ermittlung technischer Lösungen für KI-System-Anwender. Ebenso haben notifizierende Stellen, d.h. solche Stellen die die Konformität hochriskanter KI-Systeme überprüfen, gem. Art. 33 Abs. 11 KI-VO-E an der Arbeit europäischer Normungsorganisationen<sup>61</sup> mitzuwirken. Deren Wirkmacht ist somit einerseits nicht zu unterschätzen und andererseits nicht klar definiert. Wegen der nur begrenzt EU-rechtlich zulässigen Delegation von Entscheidungskompetenzen auf privatrechtliche Organisationen,<sup>62</sup> die vor allem auch auf deren fehlende, demokratische Legitimation zurückzuführen ist,<sup>63</sup> sollte die Rolle solcher Normungsorganisationen jedenfalls eindeutig um- und begrenzt werden.

### (2) Pflichten (Art. 16 ff. KI-VO-E)

Der inhaltlichen Befassung mit Pflichten, die mit dem Betrieb hochriskanter KI-Systeme verbunden sind, hat die Auseinandersetzung mit den Adressaten dieser Pflichten voranzugehen. Die Überschrift des gegenständlichen Kapitels 3 des KI-VO-E richtet sich an Anbieter und Nutzer hochriskanter KI-Systeme. Wie bereits herausgearbeitet unterscheiden sich beide Begrifflichkeiten in ihrem chronologischen Bezugspunkt. Als begrüßenswert erweist sich, speziell für die Pflichten der Anbieter und Nutzer hochriskanter-KI, die Miterfassung des Entwicklungsprozesses des KI-Systems (Art. 3 Nr. 2 KI-VO-E) in zweierlei Hinsicht. Zum einen legt dieser präventiv ausgerichtete Ansatz den Grund für eine verbesserte Überschaubarkeit und Einschätzbarkeit des KI-Systems selbst, indem er den in Art. 16 ff. KI-VO-E normierten Pflichten über den bloßen Verwendungszeitraum hinaus Geltung verschafft. Daraus resultiert u.a., dass die Nachprüfbarkeit der Einhaltung jener Pflichten erleichtert wird. Zum anderen betrifft der Anbieterbegriff in Art. 3 Nr. 2 KI-VO-E zwar nicht per se jeden einzelnen Programmierer, aber die als Entwickler geltende, verantwortliche Person oder Stelle.<sup>64</sup> Da Verletzungen dieser Pflichten gem. Art. 71 Abs. 1, 4 KI-VO-E sanktionsbewehrt sind, besteht also bereits in einem frühen Stadium ein starker „Anreiz“, gerichtet an den Verantwortungsträger des Entwicklungsprozesses, zur Einhaltung dieser Pflichten.

Modifiziert werden die Adressaten sog. Anbieterpflichten (Art. 16 – 23 KI-VO-E) in den Art. 24 ff. KI-VO-E. So gelten für Produkthersteller, die unter Rechtsakte fallen, welche in Anhang II Abschnitt A KI-VO-E erfasst sind (Art. 24 KI-VO-E) und für die Fälle des Art. 28 KI-VO-E

<sup>58</sup> Nach der "Gender Shades"-Study von Buolamwini/Gebbru, PMLR 2018, 1 (8) liegt die Fehlerrate biometrischer Gesichtserkennung bei Frauen mit dunkler Haut bei bis zu 34,7 %; die Fehlerrate im Falle weißer Männer liegt stellenweise bei höchstens 0,3 %; diese Erkenntnis stellt keinen Einzelfall dar; vgl. dazu die Zusammenfassung weiterer Studien, die Diskriminierung im Bereich biometrischer Gesichtserkennung zum Gegenstand haben *Najibi v.* 24.10.2020, Racial Discrimination, abrufbar unter: <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2020/racial-discrimination-in-face-recognition-technology/> (zuletzt abgerufen am 11.11.22).

<sup>59</sup> Vgl. nur Europäische Kommission, COM(2021) 206 final – KI-VO-E 2021, S. 4, 12.

<sup>60</sup> So auch Ebers, RD 2021, 588 (590).

<sup>61</sup> So z.B. das CEN (Comité Européen de Normalisation), das CENELEC (Comité Européen de Normalisation Électrotechnique) oder das ETSI (European Telecommunications Standards Institute).

<sup>62</sup> So schon *EuGH*, Slg. 1958, 16 (44) – Meroni I; Slg. 1956, 57 (81) – Meroni II.

<sup>63</sup> Dazu sehr ausführlich Ebers, RD 2021, 588 (593 ff.).

<sup>64</sup> Anders gestaltet ist Art. 25 DS-GVO, der produktspezifische Anforderungen nur für Verwender formuliert, wohingegen Hersteller gerade nicht unmittelbar betroffen sind, vgl. *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (846).

die in Art. 16 – 23 KI-VO-E normierten Pflichten unverändert. Bevollmächtigte für Anbieter, die außerhalb der EU niedergelassen sind (Art. 25 KI-VO-E), Einführern (Art. 26 KI-VO-E), Händlern (Art. 27 KI-VO-E) und Nutzern (Art. 29 KI-VO-E) werden in der sie betreffenden Norm in unterschiedlichem Umfang angepasste Pflichtenregime zugewiesen.<sup>65</sup> Wenngleich diese Zuschreibung von Pflichten auf den ersten Blick unübersichtlich zu sein scheint, ermöglicht sie letztlich eine passgenaue Regelung je tätig werdendem Akteur.

Neben den zuvor erwähnten, günstigen Folgen der Einbeziehung der Entwicklungsphase des KI-Systems, erwächst daraus aber auch eine Schwierigkeit. Aufgrund der untrennbaren Verknüpfung von KI-Systemen mit Daten, besteht im Falle der Eröffnung des Anwendungsbereichs der DS-GVO zu dieser ein Wertungswiderspruch. Wie schon dargestellt, entspricht der „*Verantwortliche*“ i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO, an den sich auch die in Art. 25 DS-GVO normierten Pflichten richten, am ehesten dem Nutzerbegriff aus Art. 3 Nr. 4 KI-VO-E.<sup>66</sup> Richten sich also nach der DS-GVO, in der Terminologie des KI-VO-E gesprochen, Pflichten vorrangig an den Nutzer und betreffen damit auch den Zeitpunkt nach Inverkehrbringen/Inbetriebnahme, so läuft dies der Fokussierung des KI-VO-E auf Anbieterpflichten, die das Entwicklungsstadium vor der Nutzung des KI-Systems betreffen, entgegen. Nutzer hochriskanter KI-Systeme müssen also nach aktuellem KI-VO-E regelmäßig keine eigene Risikobewertung durchführen, die Spezifika künstlicher Intelligenz mitberücksichtigt, obschon gerade diese durch ihre praktischen Anwendungserfahrungen besonders wertvolle Erkenntnisse erwarten können.<sup>67</sup> Abhilfe verschafft insofern auch nicht der Verweis in Art. 29 Abs. 6 KI-VO-E auf die in Art. 35 DS-GVO normierte Datenschutz-Folgenabschätzung, weil diese nicht vergleichbar speziell auf die Risiken automatisierter Verarbeitung enormer Datenmengen ausgerichtet ist, wie es beim KI-Einsatz regelmäßig der Fall ist. Deswegen ist nach hier vertretener Ansicht auch für Nutzer hochriskanter KI-Systeme eine Risikofolgenabschätzung zu implementieren, um gleichlaufend mit der DS-GVO, auch die Nutzerperspektive wirkungsvoll zu berücksichtigen.<sup>68</sup>

Inhaltlich gibt Art. 16 KI-VO-E einen Überblick über alle Pflichten der *Anbieter* hochriskanter KI-Systeme. Mit Ausnahme des Art. 16 lit. a KI-VO-E, der die Einhaltung der zuvor besprochenen Anforderungen normiert und des Art. 16 lit. f, i KI-VO-E, der auf spezielle Konformitätskennzeichnungs- und Registrierungsvorschriften des Kapitel 5 des KI-VO-E verweist, beinhalten die weiteren Anwendungsalternativen des Art. 16 KI-VO-E<sup>69</sup> Verweisungen in die direkt nachfolgenden Vorschriften des gegen-

ständlichen Kapitels. Feststellbar sind qualitativ unterschiedliche Pflichtenkategorien.

Vorgaben betreffen *erstens* die Risikoregulierung des KI-Systems im Sinne des KI-VO-E unmittelbar. So sieht Art. 17 KI-VO-E die Einrichtung eines KI-Qualitätsmanagementsystems vor, Art. 19 KI-VO-E sichert die Durchführung eines Konformitätsbewertungsverfahrens vor Inverkehrbringen oder Inbetriebnahme des KI-Systems ab und Art. 21 KI-VO-E verpflichtet zur Korrektur eines nicht (mehr) den Vorgaben des KI-VO-E entsprechenden KI-Systems. *Zweitens* bestehen Pflichten zur Gewährleistung der Nachprüfbarkeit des KI-Systemverhaltens in Form der Verpflichtung zur technischen Dokumentation (Art. 18 i.V.m. Art. 11 KI-VO-E) und in Gestalt der Aufbewahrung automatisch erzeugter Protokolle des hochriskanten KI-Systems (Art. 20 KI-VO-E). Zuletzt sind *drittens* Kooperationspflichten auszumachen, genauer Informationspflichten gem. Art. 22 KI-VO-E über Risiken i.S.d. Art. 65 Abs. 1 KI-VO-E sowie nach Art. 23 KI-VO-E Pflichten zur Zusammenarbeit mit zuständigen, nationalen Behörden.

Eine andere Perspektive, die u.a. eine Aussage über die Eingriffsintensität der Pflichten für Systemanbieter enthält, bietet die Kategorisierung der Pflichten der Art. 16 ff. KI-VO-E in Selbst- und Fremdregulierung.<sup>70</sup> Erstere betrifft die Umsetzung jener Pflichten durch den Anbieter selbst, wohingegen Letztere deren, regelmäßig einschneidendere, Umsetzung durch Dritte mit für den Anbieter verpflichtender Wirkung beinhaltet. Eine gleichmäßige Verteilung beider Kategorien ist indes nicht festzustellen, da Selbstregulierung im Wege der internen Kontrolle der Einhaltung dieser Pflichten den ganz überwiegenden Anteil des KI-VO-E betrifft. Exemplarisch dafür steht die Zusammenschau von Art. 17 KI-VO-E und Art. 21 KI-VO-E, die rein inhaltlich zu überzeugen vermag.<sup>71</sup> So umfasst das in Art. 17 KI-VO-E normierte Qualitätsmanagementsystem den gesamten Lebenszyklus des KI-Systems und bezieht darüber hinaus sogar Qualitätsvorgaben für Daten in Art. 17 Abs. 1 lit. f KI-VO-E ein. Findet eine Abweichung von diesen Vorgaben statt, verpflichtet Art. 21 KI-VO-E zur Vornahme unverzüglicher Korrekturmaßnahmen. Eine erhebliche Einbuße an Durchschlagskraft erfährt dieser umfangreiche und dennoch dynamische Ansatz jedoch dadurch, dass er der Kategorie der Selbstregulierung unterfällt. So bleibt doch zu bezweifeln, dass Anbieter, die das KI-System ebenso wie das Qualitätsmanagementsystem entworfen haben, am besten für dessen kritische Beurteilung geeignet sind. Ohne dabei zwingend von der bewussten Außerachtlassung von Korrekturmaßnahmen auszugehen, ist zu befürchten, dass der Interessenkonflikt zwischen dem Ziel der Inbetriebnahme/Inverkehrbringen bzw. Nutzung des KI-Systems

<sup>65</sup> Legaldefiniert werden "Bevollmächtigte" in Art. 3 Nr. 5 KI-VO-E, "Einführer" in Art. 3 Nr. 6 KI-VO-E und "Händler" in Art. 3 Nr. 7 KI-VO-E; als Sammelbegriff für alle denkbaren Adressaten fungiert gem. Art. 3 Nr. 8 KI-VO-E der Begriff des "Akteur[s]".

<sup>66</sup> So auch Ebers/Hoch et al., RD 2021, 534; Ebert/Spiecker gen. Döhmann, NVwZ 2021, 1188.

<sup>67</sup> Vgl. EDPB-EDPS, Joint Opinion on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence, 18.6.2021, S. 11.

<sup>68</sup> Vgl. Ebers/Hoch et al., RD 2021, 534, die konkret von einer KI-Folgenabschätzung sprechen.

<sup>69</sup> Konkreter Art. 16 lit. b – e, g, h, j KI-VO-E.

<sup>70</sup> Von interner und externer Kontrolle sprechen Ebert/Spiecker gen. Döhmann, NVwZ 2021, 1188 (1191). Exkludiert werden an dieser Stelle Sonderregelungen für Kreditinstitute i.S.d. Richtlinie 2013/36/EU, vgl. nur Art. 17 Abs. 3, 18 Abs. 2, 19 Abs. 2, 20 Abs. 2 KI-VO-E.

<sup>71</sup> So auch ebd.

einerseits und dessen Rücknahme zum Zwecke der Korrektur andererseits, den unvoreingenommenen Blick für den höchstmöglichen Schutz vor Risiken verstellt. Noch augenfälliger werden die Folgen der Klassifizierung als selbstregulierend in Art. 22 KI-VO-E. Dieser dient dem Schutz der in Art. 65 KI-VO-E verbürgten Rechte, davon umfasst ist nach Art. 65 Abs. 2 KI-VO-E auch der Grundrechtsschutz. Wird ein entsprechender Verstoß festgestellt, kommt nach Art. 65 Abs. 5 KI-VO-E auch das Verbot der Bereitstellung des KI-Systems, dessen Rückruf oder die Entnahme vom Markt in Betracht. Die zur Ermittlung tatsächlich bestehender Risiken seitens der zuständigen Marktüberwachungsbehörde<sup>72</sup> erforderlichen, hinreichenden Gründe, hängen jedoch in Ermangelung der Existenz externer Kontrollen von der Kooperation und Initiative der Anbieter des KI-Systems selbst ab.<sup>73</sup> Unbenommen unbewusster Konsequenzen, die aus Interessenkonflikten resultieren können, bietet diese Konstellation für Anbieter, die Risiken verschleiern wollen, die besten Umstände dies zu tun. An alledem manifestiert sich, dass der interne Kontrollansatz die theoretisch als wirksam einzustufenden Pflichten in letzter Konsequenz erheblich in ihrer Funktionalität beeinträchtigt. Insofern sollte eine Nachbesserung vorgenommen werden, die den Fokus mehr auf Fremdregulierung und externe Kontrollen verschiebt oder jedenfalls den Anteil an Selbst- und Fremdregulierung in Ausgleich bringt.

### (3) Konformitätsbewertung (Art. 40 ff. KI-VO-E)

Weder folgt die Konformitätsbewertung hochriskanter KI-Systeme einem einheitlichen Ablauf, noch ist deren Klassifizierung als selbst- oder fremdreguliert uniform. Der Kategorie der Fremdregulierung zuzuordnen ist, für den Fall nicht oder nicht vollständiger Anwendung harmonisierter Vorschriften gem. Art. 40 KI-VO-E, die Konformitätsbewertung biometrischer Systeme zur Klassifizierung und Identifizierung gem. Art. 43 Abs. 1 i.V.m. Anhang VII KI-VO-E durch eine notifizierte Stelle. Eine weitere Sonderregelung gilt gem. Art. 43 Abs. 3 KI-VO-E für KI-Systeme, die unter Anhang II Abschnitt A KI-VO-E fallen. Deren Konformitätsbewertung richtet sich nach den jeweiligen produktsicherheitsrechtlichen Vorschriften, da diese selbst harmonisiert sind – regelmäßig ist das NLF einschlägig<sup>74</sup> – und sie damit ohnehin einer Konformitätsprüfung Dritter unterfallen (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. b KI-VO-E).<sup>75</sup> Abgesehen davon bedürfen gem. Art. 43 Abs. 2 KI-VO-E eigenständige KI-Systeme gem. Anhang III Nr. 2 – 8 KI-VO-E einer Konformitätsbewertung in Gestalt einer selbstregulierenden, internen Kontrolle. Somit ist die Konformitätsbewertungspflicht des Art. 19 KI-VO-E abhängig von der Klassifizierung und der Art des KI-Systems fallspezifisch einer externen oder internen Kontrolle zugänglich.

Das bereits dargestellte Problem der Abhängigkeit von Anbietern des KI-Systems vertieft sich bedeutsam in der

Konstellation des Art. 43 Abs. 2 i.V.m. Anhang III Nr. 2 – 8 KI-VO-E. Über die Einhaltung von Pflichten und Anforderungen, sowie die ex-post Überwachung durch die zuständige Behörde hinausgehend, wird auch die Konformitätsbewertung des hochriskanten KI-Systems prä-Inverkehrbringen/Inbetriebnahme in die Hände der Anbieter selbst gelegt.<sup>76</sup> Wenngleich aus der strengeren Behandlung biometrischer Systeme i.S.d. Anhang III Nr. 1 KI-VO-E gem. Art. 43 Abs. 1 KI-VO-E hervorgeht, dass diese im Verhältnis zu den Sektoren des Anhang III Nr. 2 – 8 KI-VO-E pauschal als riskanter eingestuft werden, ist die de facto nahezu vollständige Verantwortungsabgabe in die Hände der Anbieter, die den gesamten Lebenszyklus des KI-Systems betrifft, nicht angezeigt. Vielmehr sollte als Gegengewicht zur überwiegend selbstregulierend erfolgenden ex-post Überwachung eine vollständige Übertragung der ex-ante Konformitätsbewertung an Dritte, unabhängige Stellen, erwogen werden.<sup>77</sup>

### (4) Durchsetzungsmechanismen (Art. 56 ff. KI-VO-E)

Die Durchsetzung des KI-VO-E soll durch das Ineinandergreifen zweier Ebenen gewährleistet werden. Abgesichert wird zum einen auf nationaler Ebene die Anwendung sowie Durchführung des KI-VO-E durch eine je Mitgliedstaat zu benennende, nationale Behörde (vgl. Art. 59 KI-VO-E), der in Art. 63 ff. KI-VO-E eine Reihe verschiedener Befugnisse zuteilwerden. Davon umfasst sind nicht nur überwiegend auf die nationale Marktüberwachung fokussierte Kompetenzen, wie der Zugang zu Daten und zur technischen Dokumentation (Art. 64 KI-VO-E), sondern auch mitgliedstaatenübergreifende Regelungen wie z.B. in Art. 65 KI-VO-E, die eine Überprüfung von Maßnahmen anderer Mitgliedstaaten durch die Kommission ermöglichen. Zum anderen erfolgt in Art. 56 KI-VO-E die Einsetzung des *Europäischen Ausschusses für künstliche Intelligenz* (im Folgenden: EAKI) auf EU-Ebene, der einen Beitrag zur Kooperation nationaler Behörden leisten und die Umsetzung des KI-VO-E gleichermaßen durch die Kommission, wie durch die nationalen Aufsichtsbehörden unterstützen soll. Dieser Ausschuss setzt sich gem. Art. 57 Abs. 1 KI-VO-E aus Vertretern der nationalen Aufsichtsbehörden gem. Art. 56 KI-VO-E und dem EU-Datenschutzbeauftragten zusammen. Überdies können andere nationale Behörden bei Bedarf eingeladen werden. Wenngleich eine derartige Bündelung nationaler Aufsichtsbehörden auf EU-Ebene sinnvoll ist, sind die Einflussnahmemöglichkeiten des EAKI als sehr gering zu bewerten, weil diesem keine Befugnisse zur Durchsetzung von Maßnahmen zukommen, sondern eine Beschränkung auf unverbindliche Empfehlungen, Stellungnahmen und schriftliche Beiträge (Art. 58 lit. c KI-VO-E) sowie auf die Leistung von Beiträgen und Unterstützungshandlungen (Art. 56 Abs. 2 KI-VO-E). Hinzu kommt, dass mit der EU-Kommission als Vorsitzender des Ausschusses (Art. 57 Abs. 3 KI-VO-E), deren Kompetenz u.a. in der Vorbereitung von Tagesordnung und Aufgaben des

<sup>72</sup> Die Rolle der Marktüberwachungsbehörden vertiefend *Orssich*, EuZW 2022, 254 (260).

<sup>73</sup> Dazu ebenfalls kritisch *Spindler*, CR 2021, 361 (367).

<sup>74</sup> Vgl. *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (845), die zudem auf den Sonderfall sonstiger harmonisierender Vorschriften i.V.m. Art. 84 KI-VO-E näher eingehen.

<sup>75</sup> Vgl. *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (347).

<sup>76</sup> Die Begriffe pre-market und post-market prägt *Orssich*, EuZW 2022, 254 (256) im Kontext von Konformitätsbewertung einerseits und Marktüberwachung andererseits.

<sup>77</sup> So im Ergebnis auch EDPB-EDPS, Joint Opinion on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence, 18.6.2021, S. 15.

Ausschusses liegt, ein nicht unerheblicher politischer Einfluss auf die Arbeit des EAKI vorliegt, der ein zusätzliches Abhängigkeitsverhältnis schafft.<sup>78</sup>

Zur verbindlichen Durchsetzung der KI-Verordnung sind somit nationale Aufsichtsbehörden und die Kommission befugt. Konkrete Durchsetzungsmittel können einerseits das KI-System selbst betreffen, indem die Verpflichtung zur Vornahme von Korrekturmaßnahmen in einer bestimmten Frist (Art. 65 Abs. 2 KI-VO-E), das Bereitstellungsverbot des KI-Systems auf dem Markt oder dessen Rücknahme vom Markt (Art. 65 Abs. 5 KI-VO-E) ausgesprochen wird. Daneben kommen auch Sanktionierungen in Form von Geldbußen (Art. 71 Abs. 1 KI-VO-E) in Betracht. Obschon die in Art. 71 Abs. 3 – 5 KI-VO-E vorgesehene Höhe dieser Geldbußen durchaus abschreckend zu sein vermag, verliert dieses Mittel schon dadurch an Durchschlagskraft, dass es Mitgliedstaaten nach Art. 71 Abs. 7 KI-VO-E überlassen bleibt, ob diese Sanktionen auch für Behörden und öffentliche Stellen gelten. Nicht nur geht damit eine Einbuße betreffend den Grad der Harmonisierung einher,<sup>79</sup> noch dazu ist der für Bürger besonders einschneidende, staatliche Einsatz von KI-Systemen jedenfalls optional mit weniger Schutzvorkehrungen versehen.

Hinzu kommt, dass unbenommen der Existenz dieser Durchsetzungsmechanismen aufgrund des hohen Anteils an Selbstregulierung und interner Kontrollen zu bezweifeln ist, in welchen Fällen nationale Marktüberwachungsbehörden oder die EU-Kommission überhaupt auf Verstöße gegen die Verordnung aufmerksam (gemacht) werden. Von einer hinreichenden Gewährleistung der Durchsetzbarkeit der Verordnung ist demnach nicht auszugehen.<sup>80</sup>

#### cc) Exkurs: Hochriskante KI-Systeme öffentlicher Stellen und Behörden

Mit der Inbetriebnahme und Nutzung hochriskanter KI-Systeme durch öffentliche Stellen und Behörden gehen nicht nur allgemein verringerte Durchsetzungsmöglichkeiten der Verordnung und eine gesteigerte Eingriffintensität für Bürger einher, sondern in der staatlichen Anwendung intransparenter Technologien manifestiert sich auch das Machtgefälle zwischen Staat und Individuum in besonderem Maße. Diesem Gefälle tritt auch die in der Begründung des KI-VO-E zum Ausdruck kommende Wahrnehmung nicht entgegen, nach der für effektiven Grundrechtsschutz durch Transparenzanforderungen und Rückverfolgbarkeit der KI-Systeme „im Verbund mit starken Ex-post-Kontrollen gesorgt [sei]“.<sup>81</sup> Vielmehr

führen schwache Durchsetzungsmechanismen, die für öffentliche Stellen und Behörden nochmals aufgeweicht werden (Art. 71 Abs. 7 KI-VO-E) dazu, dass Transparenzpflichten dem dargestellten Durchsetzungsdefizit ebenso wie alle weiteren Anforderungen und Pflichten unterliegen.

Noch größer ist jenes Machtgefälle im Bereich des Einsatzes hochriskanter KI-Systeme zur Strafverfolgung.<sup>82</sup> Dieser ist im KI-VO-E in Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anhang III Nr. 1, 6 KI-VO-E erfasst und begegnet neben den bereits kritisierten Maßnahmen zur Verordnungsdurchsetzung, zudem in Art. 60 Abs. 2 i.V.m. Anhang VIII Nr. 11 KI-VO-E einer weiteren Erleichterung in Gestalt der Begrenzung der Informationsbereitstellung von KI-Systeminformationen in der sog. „EU-Datenbank für eigenständige Hochrisiko-KI-Systeme“. Aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden liegt auf der Hand, dass die genaue Funktionsweise eines derart verwendeten KI-Systems der Öffentlichkeit nicht ohne weiteres in einer Datenbank frei zugänglich gemacht werden kann. Auch kriminalpolitisch kann sich der Einsatz von KI-Systemen jedenfalls aus Perspektive effektiver Strafverfolgung sowie dem Gedanken der negativen Generalprävention entsprechend,<sup>83</sup> als sinnvoll erweisen. Wird ein solcher Einsatz erwogen, sind aus kriminalpolitischer Perspektive jedoch gleichermaßen soziale Effekte des KI-Einsatzes in Rechnung zu stellen. So können die bereits dargestellten, in KI-Systemen enthaltenen *biases* und weiteren *Diskriminierungsrisiken* durch fehlende Durchsetzbarkeit von Transparenzpflichten zu sozialen Benachteiligungen führen.<sup>84</sup> Abstrakter sind die sozialen Folgen des staatlichen Einsatzes intransparenter und bisweilen für den Staat selbst, in ihrer Funktionsweise nicht nachvollziehbarer Technik, zu berücksichtigen. Drohen können der gesellschaftliche Vertrauensverlust in die Justiz ebenso, wie steigender Überwachungsdruck auf die Gesellschaft, der zur Einschränkung grundrechtlich geschützter Gewährleistungen zu führen vermag. Da diese Überlegungen kriminalpolitisch in Rechnung zu stellen sind, ist auch aus dieser Perspektive die Stärkung von Durchsetzungsmechanismen des KI-VO-E, sowie die Fokussierung auf externe Kontrollen durch unabhängige Stellen als präferabel zu erachten, weil so das Vertrauen in derartige Techniken gestärkt wird. Überdies vermag ein Zugewinn an Transparenz mit einem *Mehr* an Rechtssicherheit einherzugehen.

#### c) KI-Systeme mit geringem Risiko

Als KI-Systeme mit geringem Risiko sieht die EU-Kommission solche an, die „ein besonderes Risiko in Bezug

<sup>78</sup> So auch Ebers/Hoch, RD 2021, 528 (536).

<sup>79</sup> Zur unbedingten Erforderlichkeit des Bestehens einheitlicher Durchsetzungsmechanismen auch EDPB-EDPS, Joint Opinion on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence, 18.6.2021, S. 15.

<sup>80</sup> Ebenso Ebers/Hoch, RD 2021, 528 (535 f.); Ebert/Spiecker gen. Döhm, NVwZ 2021, 1188 (1193) weisen zudem auf das Fehlen von Beweislastumkehrungen und Kausalitätserleichterungen hin; generelle Schwierigkeiten effektiver Rechtsdurchsetzung beschreiben Valta/Vasel, ZRP 2021, 142 (145).

<sup>81</sup> Europäische Kommission, COM(2021) 206 final – KI-VO-E 2021, S. 13.

<sup>82</sup> Im datenschutzrechtlichen Kontext aber verallgemeinerbar vgl. Stief, StV 2017, 470 (475) zur Machtasymmetrie zwischen Strafverfolgungsbehörden und Bürgern.

<sup>83</sup> Vgl. dazu nur Walter, ZIS 2011, 636 (638 ff.).

<sup>84</sup> Zur sozialpolitischen Einbettung der Kriminalpolitik umfassend Kunz, NK 2005, 151 (151 f.).

auf Identitätsbetrug oder Täuschung bergen“.<sup>85</sup> Die Transparenzpflichten gelten für folgende KI-Systeme:

- solche, die mit Menschen interagieren („Chatbots“)<sup>86</sup>
- solche, die Emotionen erkennen oder Menschen biometrisch kategorisieren oder
- solche, die Inhalte erzeugen oder manipulieren („Deepfakes“)<sup>87</sup>

#### aa) KI-Systeme für die Interaktion mit natürlichen Personen

KI-Systeme, die für die Interaktion mit natürlichen Personen bestimmt sind, müssen grundsätzlich so konzipiert und entwickelt werden, dass die natürliche Person davon Kenntnis erlangt, dass es sich beim Gegenüber um ein KI-System handelt. Dadurch soll der Gefahr entgegengewirkt werden, durch Chatbots Stimmungsbilder zu verfälschen und Falschnachrichten zu verbreiten, da durch die Informationslücke über den Gesprächspartner Meinungsbildungsprozesse beeinträchtigt werden können.<sup>88</sup> Für Legal Tech-basierte Anwendungen bedeutet dies, dass der Nutzer eindeutig darüber informiert werden muss, dass er nicht über ein Chat-Programm mit einem juristischen Berater kommuniziert, sondern allein ein KI-System für die Kommunikation verantwortlich ist.<sup>89</sup>

Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass aufgrund der Umstände und des Kontextes für den Nutzer offensichtlich ist, dass es sich um ein KI-System handelt. Nicht näher präzisiert wird allerdings, wann ein solcher Fall der Offensichtlichkeit vorliegen soll. Insofern sind Auslegungsschwierigkeiten und Unsicherheiten vorprogrammiert.<sup>90</sup>

Eine weitere Ausnahme ist gem. Art. 52 Abs. 1 S. 2 KI-VO-E für den Bereich der Strafverfolgung vorgesehen. D.h. die Transparenzpflichten müssen von solchen KI-Systemen nicht erfüllt werden, die gesetzlich zur Aufdeckung, Verhütung, Ermittlung und Verfolgung von Straftaten zugelassen sind. Würde man den Strafverfolgungsbehörden hier Transparenzpflichten auferlegen, würde die ganze Ermittlungs- und Präventionsarbeit ad absurdum geführt. Als Rückausnahme ist aber die Einschränkung anzusehen, dass diese Ausnahmevorschrift nicht für Systeme gilt, die der Öffentlichkeit zur Anzeige einer Straftat zur Verfügung stehen. Da es hier um die klassische Form der Chatbots geht, in der natürliche Personen mit einem KI-System in die Kommunikation treten, ist dies aufgrund

des Gleichklangs mit den Transparenzpflichten Privater angemessen.

#### bb) Emotionserkennungssysteme oder Systeme zur biometrischen Kategorisierung

Die Informationspflichten gegenüber betroffenen Personen werden in Art. 52 Abs. 2 KI-VO-E auf Emotionserkennungssysteme oder Systeme zur biometrischen Kategorisierung erweitert. Der Begriff des Emotionserkennungssystems wird in Art. 3 Nr. 34 KI-VO-E legaldefiniert als ein KI-System, das dem Zweck dient, Emotionen oder Absichten natürlicher Personen auf der Grundlage ihrer biometrischen Daten festzustellen oder daraus abzuleiten. Emotionsdaten können auf sehr unterschiedliche Weise generiert werden, beispielsweise durch die Analyse von Texten, durch Gesichtserkennung oder auch durch Spracherkennung.<sup>91</sup> Auch KI-Systeme zur biometrischen Kategorisierung werden in Art. 3 Nr. 35 KI-VO-E legaldefiniert. Danach dienen solche Systeme dem Zweck, natürliche Personen auf der Grundlage ihrer biometrischen Daten bestimmten Kategorien wie Geschlecht, Alter, Haarfarbe, Augenfarbe, Tätowierung, ethnische Herkunft oder sexuelle oder politische Ausrichtung zuzuordnen. Durch die Transparenz, die von solchen KI-Systemen gefordert wird, soll der Betroffene in die Lage versetzt werden, autonom und in Kenntnis der relevanten Parameter zu entscheiden, ob ein derartiges KI-System von ihnen genutzt werden soll oder nicht.<sup>92</sup>

Angesichts der Tiefe des Eingriffs und des hohen Missbrauchspotentials wird kritisiert, dass die Einordnung unter KI-Systeme mit geringem Risiko missglückt ist. Teilweise wird sogar ein generelles Verbot entsprechender Systeme gefordert, wobei für Gesundheits- oder Forschungszwecke eng begrenzte Ausnahmen gelten sollen.<sup>93</sup> Gerade der Einsatz von Emotionserkennungssystemen kann aufgrund des großen Missbrauchspotentials, bspw. emotionale Schwächen zu identifizieren und entsprechende Maßnahmen zur „Stärkung“ einzuleiten, erhebliche Auswirkungen auf die Persönlichkeitsentwicklung haben, so dass die Anforderungen an den Einsatz zu überdenken und anzupassen sind.<sup>94</sup>

Hinzu kommt, dass für die Systeme zur biometrischen Kategorisierung wiederum eine Ausnahme für die Zwecke der Strafverfolgung besteht. Die Transparenzpflicht gilt gem. Art. 52 Abs. 2 S. 2 KI-VO-E also nicht für gesetzlich zur Aufdeckung, Verhütung, Ermittlung und Verfolgung

<sup>85</sup> Europäische Kommission, COM(2021) 206 final – KI-VO-E 2021, S. 39, Erwägungsgrund 70. Kritisch die Literatur, die tw. von KI-Systemen mit mittlerem Risiko ausgeht, vgl. bspw. *Bomhard/Merkle*, RD 2021, 276 (282). Problematisch ist diese Differenzierung nicht, gelten doch zumindest für diese „Gruppe“ KI-Systeme, wie auch immer man sie klassifiziert, die Informations- und Transparenzpflichten gem. Art. 52 KI-VO-E. So weisen Vgl. *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (350) zu Recht darauf hin, dass auch Hochrisiko-KI-Systeme im Einzelfall zugleich den Anforderungen aus Art. 52 KI-VO-E unterfallen.

<sup>86</sup> Unter einem Chatbot (sog. Gesprächsroboter) versteht man ein textbasiertes, rein virtuelles Dialogsystem, s. *Herrmann*, CR 2022, 350.

<sup>87</sup> Bei Deepfakes handelt es sich um „alle Arten synthetischer Medieninhalte (wie Fotos, Audiodateien oder Videos), die mithilfe Künstlicher Intelligenz manipuliert oder sogar komplett erstellt wurden“, s. *Schick*, Deepfakes: Wie gefälschte Botschaften im Netz unsere Demokratie gefährden und unsere Leben zerstören können, 2021, S. 24.

<sup>88</sup> *Kalbhenn*, ZUM 2021, 663 (669).

<sup>89</sup> *S. Engelmann/Brunotte/Lütken*, RD 2021, 317 (321).

<sup>90</sup> In diesem Sinne auch *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (351); kritisch auch *Engelmann/Brunotte/Lütken*, RD 2021, 317 (321).

<sup>91</sup> *S. Kalbhenn*, ZUM 2021, 663 (670).

<sup>92</sup> *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (351).

<sup>93</sup> EDPB-EDPS, Joint Opinion on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence, 18.6.2021, S. 15; zur Kritik auch *Bomhard/Merkle*, RD 2021, 276 (282).

<sup>94</sup> So auch *Rostalski/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (352 f.).

von Straftaten zugelassene KI-Systeme, die zur biometrischen Kategorisierung verwendet werden. Dies ist zumindest im Hinblick auf die Parameter der ethnischen Herkunft oder sexuelle oder politische Ausrichtung bedenklich. Beispielsweise hat der deutsche Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, bei der molekulargenetischen Untersuchung nach § 81e StPO Feststellungen zur biogeographischen Herkunft zu treffen.<sup>95</sup>

cc) KI-Systeme, die Inhalte erzeugen oder manipulieren („Deepfakes“)

Art. 52 Abs. 3 S. 1 KI-VO-E formuliert bestimmte Transparenzpflichten für ein KI-System, „das Bild-, Ton- oder Videoinhalte erzeugt oder manipuliert“, um tatsächlich existierende Personen, bestimmte Gegenstände, Orte, Einrichtungen oder Ereignisse dergestalt nachzuahmen, dass sie einer anderen Person „fälschlicherweise als echt oder wahrhaftig erscheinen“. Liegt per Definition ein sog. *Deepfake* vor, ist gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 KI-VO-E offenzulegen, dass eine künstliche Erzeugung oder Manipulation des gegenständlichen Inhalts erfolgt ist. Darüber hinaus normiert Art. 52 Abs. 3 S. 2 KI-VO-E Ausnahmen von dieser Kennzeichnungspflicht, unter anderem im Bereich der Strafverfolgung.

Dass *Deepfakes* generell mit erheblichen Gefahren in gesellschaftlicher sowie privater Hinsicht verbunden sind, lässt sich sowohl anhand konkreter Fälle als auch auf Basis abstrakter Gefahrenszenarien veranschaulichen. So werden *Deepfakes* jüngst wiederholt im Kontext des Ukraine-Kriegs genutzt, beispielsweise als ein täuschend echt aussehendes *Deepfake*-Video des ukrainischen Präsidenten *Volodymyr Selenskyj* auftauchte, in dem er die ukrainische Bevölkerung vermeintlich zur Kapitulation aufruft.<sup>96</sup> Auswirkungen, die bis hin zur Eskalation eines Krieges reichen können, sind damit nicht auszuschließen. Ebenso vermögen *Deepfakes* gravierende Folgen auf persönlicher Ebene auszulösen, so z.B. im Falle der damals 18-jährigen Studentin *Noelle Martin*, deren Gesicht mittels eines KI-Systems in pornographische Inhalte eingefügt wurde, sodass der Anschein erweckt wurde, sie hätte an der Generierung dieser Inhalte mitgewirkt.<sup>97</sup> Ebenso ist auf abstrakter Ebene nicht auszuschließen, dass z.B. *Deepfakes* erstellt werden, die unschuldige Personen vermeintlich bei der Begehung einer Straftat darstellen, welche sodann – ebenfalls durch KI-Systeme – nachträglich biometrisch identifiziert werden. Im letzteren Fall wäre künstliche Intelligenz sowohl für die Erzeugung als auch

für die Verurteilung einer unschuldigen Person von entscheidender Bedeutung.

Angesichts der massiven Gefahren, die mit der Erzeugung von *Deepfakes* verbunden sein können, ist nicht nachvollziehbar, diese unter *KI-Systeme mit geringem Risiko* zu subsumieren. Über die exemplarisch veranschaulichten Konstellationen hinausgehend bestehen Risiken für demokratische Prozesse, die in der Natur von *Deepfakes* als Desinformationsquelle begründet liegen.<sup>98</sup> Daneben droht das Vertrauen in die Technik – eines der selbst erklärten Ziele des KI-VO-E – durch die Erzeugung von *Deepfakes* erheblichen Schaden zu nehmen.<sup>99</sup> Ein Vertrauensverlust droht ebenso betreffend die Richtigkeit und Echtheit medialer Inhalte, womit ein medialer Vertrauensverlust insgesamt einherzugehen vermag und zwar je mehr, desto genauer gesellschaftlich das weitreichende Potential von *Deepfakes* an Bekanntheit erlangt.<sup>100</sup> All diesen Risiken vermag die Kennzeichnungspflicht nicht hinreichend abzuwehren, da in den letzten Jahren bereits eindrücklich zu Tage getreten und wissenschaftlich belegt worden ist, dass sich nachweisliche Falschinformationen trotz deren Korrektur und der gesellschaftlichen Akzeptanz dieser Korrektur dennoch weiter selbst auf solche Personen auswirken, die sich im klaren darüber sind, einer Falschinformation ausgesetzt zu sein (sog. *continued-influence effect*).<sup>101</sup> Ebenso neigen Menschen nicht selten dazu, Informationen unhinterfragt zu übernehmen, die deren Weltbild bestätigen.<sup>102</sup>

Aus diesen Gründen sollten das Inverkehrbringen/Inbetriebnehmen sowie der Einsatz von KI-Systemen zur Erzeugung von *Deepfakes* regelmäßig verboten und nur in engen Grenzen erlaubt sein.<sup>103</sup> Dies gilt umso mehr, als dass über Möglichkeiten der sicheren Kennzeichnung von *Deepfakes* ohnehin noch keine Einigkeit besteht.<sup>104</sup>

### III. Gesamtfazit

Die Schaffung einer EU-weit harmonisierten, verbindlichen KI-Verordnung als Rahmenwerk zur Regelung des Inverkehrbringens/Inbetriebnehmens bzw. Nutzens von KI-Systemen ist nicht nur begrüßenswert, sondern auch höchst relevant, um den Umgang mit derartigen, sich rasant fortentwickelnder Technik, entwicklungs- und rechtssicher zu gestalten. Ebenfalls erweist sich die Herangehensweise des KI-VO-E in Gestalt der Schaffung ei-

<sup>95</sup> In der kriminalpolitischen Diskussion wurde die Aufnahme dieses Merkmals im Vorfeld zur Gesetzesänderung kontrovers diskutiert, vgl. statt vieler *Schneider*, NSTZ 2018, 692.

<sup>96</sup> Vgl. ZDF, Propaganda im Ukraine Krieg, Fake-Video von Selenskyj im Umlauf; abrufbar unter: <https://www.zdf.de/nachrichten/video/panorama-fake-video-selenskyj-100.html> (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

<sup>97</sup> Vgl. ABC News, The insidious rise of deepfake porn videos — and one woman who won't be silenced; abrufbar unter: <https://www.abc.net.au/news/2019-08-30/deepfake-revenge-pornoelle-martin-story-of-image-based-abuse/11437774> (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

<sup>98</sup> Das BMVG spricht sogar von „Desinformation als Mittel der hybriden Kriegsführung“, abgerufen unter: <https://www.bmvg.de/de/themen/dossiers/weissbuch/gedanken/desinformation-als-mittel-der-hybriden-kriegsfuehrung-12286> (zuletzt abgerufen am 14.11.2022); allg. dazu *Rostalksi/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (352 f.).

<sup>99</sup> So auch *Kalbhenn*, ZUM 2021, 663 (670).

<sup>100</sup> Vgl. dazu nur *Chesney/Citron*, CLR 2019, 1785 f.

<sup>101</sup> Vgl. *Linardatos*, Das Ende der Verlässlichkeit; abgerufen unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/deepfakes-regulierung-europa-eu-schaden-demokratie-manipulation/> (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

<sup>102</sup> Ähnlich ebd.

<sup>103</sup> So auch *Rostalksi/Weiss*, ZfDR 2021, 329 (352 f.).

<sup>104</sup> Vgl. *Shane/Saltz/Leibowicz*, From deepfakes to TikTok filters: How do you label AI content?; abrufbar unter: <https://www.niemanlab.org/2021/05/from-deepfakes-to-tiktok-filters-how-do-you-label-ai-content/> (zuletzt abgerufen am 14.11.2022).

nes risikobasierten Ansatzes, der den gesamten Lebenszyklus des KI-Systems erfasst, als sachgerecht. Zu dessen Umsetzung dem Grunde nach geeignet, ist die im Verordnungsentwurf angelegte ex-ante Konformitätsbewertung und ex-post Marktüberwachung, verknüpft mit variierenden Durchsetzungsmechanismen. Demnach ist das implementierte Regulierungsmodell seiner Struktur nach zur Umsetzung des erklärten Ziels der Schaffung eines harmonisierten EU-Rechtsrahmens für KI-Systeme tauglich. Dieser Befund schlägt indes nicht auf die Feststellung einer uneingeschränkten Brauchbarkeit des KI-VO-E in inhaltlicher Hinsicht durch. So liegen in der Ausdifferenzierung des Regulierungsmodells jene Hauptprobleme, die der Eignung des KI-VO-E zur effektiven Regulierung von KI-Systemen entgegenstehen. Im Falle *verbotener KI-Systeme* ist zu kritisieren, dass die Vorschrift des Art. 5 KI-VO-E derart viele Ausnahmen festlegt, dass nicht nur deren intendierte Ausgestaltung als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in Zweifel steht, sondern die mit den Ausnahmeregelungen verbundene Öffnung für länderspezifische Regelungen den Grad der Harmonisierung erheblich verringert. Betreffend *KI-Systeme mit geringem Risiko* erweist sich die konkrete Zuordnung bestimmter Praktiken in diese Kategorie als nicht nachvollziehbar. So ergibt die Risikobewertung KI-basierter *Emotionserkennungssysteme*, *Systeme zur biometrischen Kategorisierung* oder zur Erstellung von *Deepfakes*, dass damit verbundene Risiken mitnichten gering sind und eher im Bereich des Verbots mit engen Ausnahmen angesiedelt werden sollten.

In besonderem Maße problematisch ist die Kategorie *hochriskanter KI-Systeme*, da diese aufgrund überwiegend intern durchzuführender ex-ante Konformitätsbeurteilungen und ex-post Kontrollen, Akteure, die KI-Systeme einsetzen, ganz regelmäßig nur zur Selbstregulierung verpflichtet. Gehemmt wird dadurch die Durchsetzungsfähigkeit der Anforderungen und Pflichten des KI-VO-E über den gesamten Lebenszyklus des KI-Systems hinweg. So wird durch diesen Ansatz die Ermittelbarkeit,

ob Vorgaben des KI-VO-E (nicht) eingehalten worden sind, von Akteuren, die ein eigenes Interesse an der Inbetriebnahme/Inverkehrbringung oder Nutzung des KI-Systems haben, abhängig gemacht. Nicht nur ist im Vergleich zur Beteiligung unabhängiger, externer Stellen an diesem Monitoringprozess die Effektivität des aktuellen Durchsetzungsmodells des KI-VO-E als gemindert einzustufen, sondern je nach Kooperationsbereitschaft der Akteure schwankt zudem der Grad der Durchsetzbarkeit. Dem sind allgemeine, rechtspolitische Bedenken entgegenzuhalten. So beeinträchtigt der selbstregulierende Ansatz die Rechtssicherheit und steht der Intention des KI-VO-E entgegen, der die Schaffung eines Rechtsrahmens vorsieht, welcher die zukunfts offene Entwicklung von KI-Systemen unterstützt und dennoch *Sicherheit und Vertrauen in die Technik* ermöglicht.

Zugleich bestehen speziell kriminalpolitische Einwände gegen die Ausgestaltung des Einsatzes hochriskanter KI-Systeme zum Zwecke der Strafverfolgung. Hier sind vorrangig soziale Konsequenzen des ermittelungsbehördlichen Einsatzes von KI-Systemen kritisch in Rechnung zu stellen. Nicht unerheblich wirken sich die im KI-VO-E zwar vorgesehenen, aber nur bedingt durchsetzbaren Transparenzvorgaben aus, die das aus dem staatlichen Strafmonopol resultierende Machtgefälle zwischen Staat und Bürger überzustrapazieren vermögen. Ebenso ist der aus dem Einsatz hochkomplexer und so schwer nachvollziehbarer Kriminaltechnik im Bereich der Bild- und Videotechnik, erwachsende Überwachungsdruck zu berücksichtigen. Obschon der staatliche – und konkret ermittelungsbehördliche – Einsatz von KI-Systemen gleichermaßen beispielsweise das bürgerliche Vertrauen in die Kompetenz der Strafverfolgungsorgane zu stärken vermag, ist dies trotzdem nur dann möglich, wenn damit verbundene Vorgaben betreffend die gegenständliche Technik konsequent und gleichförmig umsetzbar sind. Im Ergebnis besteht also trotz der positiv zu bewertenden Grundstruktur des KI-VO-E deutlicher Nachbesserungsbedarf.

## AUSLANDSBEITRÄGE

## Die Reichweite der Autonomie zur Lebensbeendigung Überlegungen zur neuen österreichischen Rechtslage

von Prof. Dr. Kurt Schmoller \*

### Abstract

Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat im Dezember 2020 die generelle Strafbarkeit einer Mitwirkung an der Selbsttötung in § 78 öStGB mit Wirkung am 31.12.2021 als verfassungswidrig aufgehoben. Der österreichische Gesetzgeber hat daraufhin am 1.1.2022 ein eigenes „Sterbeverfügungsgesetz“ in Kraft gesetzt und in § 78 öStGB eine (nur) eingeschränkte Strafbarkeit der Mitwirkung an einer Selbsttötung vorgesehen. Unklar ist, ob mit der gesetzlichen Neuregelung das Autonomiekonzept des VfGH hinreichend umgesetzt wurde. Im folgenden Beitrag wird die weit formulierte Autonomie zur Lebensbeendigung in der Entscheidung des VfGH mit dem Autonomiekonzept der gesetzlichen Neuregelung verglichen und die Grenzziehung kritisch hinterfragt.

In December 2020, the Austrian Constitutional Court annulled the general punishability of participation in suicide in § 78 Austrian Criminal Code as unconstitutional with effect from December 31, 2021. As a result, the Austrian legislature enacted a separate “Dispositions of Dying Act” on January 1, 2022 and provided for (only) limited criminal liability for assisting in a suicide in § 78 Austrian Criminal Code. It is unclear whether the new legal regulation sufficiently implements the Constitutional Court's concept of autonomy. The following article compares the broadly formulated autonomy to end life in the decision of the Austrian Constitutional Court with the autonomy concept of the new Austrian legal regulation and critically questions the demarcation.

### I. Aktuelle Entwicklung in Österreich

#### 1. Mitwirkung an der Selbsttötung – VfGH und Reform

Österreich blickt auf eine lange Rechtstradition zurück, nach der sowohl eine Tötung auf Verlangen (§ 77 öStGB)

als auch jede Verleitung und Hilfeleistung zur Selbsttötung (§ 78 öStGB i.d.F. bis 31.12.2021) generell strafbar waren.<sup>1</sup> Zwar gab es in den letzten Jahrzehnten Vorschläge, für tragische Euthanasiesituationen bei schwerkranken, leidenden Personen, die sich eine Lebensbeendigung wünschen, Ausnahmen von der Strafbarkeit vorzusehen.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber hat diese Anregungen jedoch nicht aufgegriffen.

Als der österreichische VfGH im Jahr 2016 die verwaltungsbehördliche Untersagung der Gründung eines Sterbehilfevereins zu beurteilen hatte, stufte er die §§ 77, 78 öStGB noch ausdrücklich als verfassungskonform ein.<sup>3</sup> Im Dezember 2020 überraschte der VfGH jedoch damit, dass er die generelle Strafbarkeit der Mitwirkung an der Selbsttötung für verfassungswidrig erklärte. Während die Verleitung zur Selbsttötung (§ 78 erster Fall öStGB) unberührt blieb, hob der VfGH die Wortfolge „oder ihm dazu Hilfe leistet“ (§ 78 zweiter Fall öStGB) unter Gewährung einer „Reparaturfrist“ bis 31.12.2021 auf.<sup>4</sup>

Als Folge der Entscheidung des VfGH erließ der österreichische Gesetzgeber mit Wirkung ab 1.1.2022 eine Neuregelung des § 78 öStGB, ergänzt durch ein zusätzliches „Sterbeverfügungsgesetz“ (StVfG).<sup>5</sup> Das StVfG regelt, unter welchen inhaltlichen und formellen Voraussetzungen es zulässig ist, dass eine Apotheke einer sterbewilligen Person oder jemandem, der einer solchen Person Hilfe leistet, ein zur Selbsttötung geeignetes Präparat aushändigen darf.<sup>6</sup> Im neu geregelten § 78 öStGB wird neben der nicht tangierten Strafvorschrift gegen die Verleitung zur Selbsttötung (nunmehr § 78 Abs. 1 öStGB) weiterhin auch an der Strafbarkeit einer sonstigen Hilfeleistung festgehalten, diese aber in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt (nunmehr § 78 Abs. 2 öStGB).<sup>7</sup> Zum einen ist künftig nur eine „physische Hilfe“ erfasst, zum anderen lässt die neue Tatbestandsformulierung jene Fälle straflos, in denen die

\* Prof. Dr. Kurt Schmoller ist Leiter des Fachbereichs Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Paris Lodron Universität Salzburg.

<sup>1</sup> Näher zur historischen Entwicklung in Österreich Memmer, JSt 2021, 469 ff.

<sup>2</sup> Z.B. Bernat, ÖJZ 2002, 92 (97 f.); Birklbauer, RdM 2016, 84 (87 ff.); Burda, RdM 2020, 272 (276 f.); Lengauer, JSt 2016, 109 (111); Pollak, in: Pollak/Amara, Neue Grenzverläufe im Strafrecht, 2020, S. 45; ebenso: Sterben in Würde. Empfehlungen der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt vom 9.2.2015, S. 30. – Für eine ersatzlose Streichung des § 78 StGB: Velten, in: Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum StGB (38. Lfg. 2018), Vorbem. zu §§ 77, 78 Rn. 19.

<sup>3</sup> VfGH, Erk. v. 8.3.2016, E 1477/2015 = RdM 2016, 108 mit Anm. Kneihls.

<sup>4</sup> VfGH, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019 = JBl 2021, 164 = RdM 2021, 75; umgesetzt mit BGBl I 154/2020.

<sup>5</sup> BGBl I 242/2021. Darstellend Dokalik/Mokrejs-Weinhappel/Rom, ÖJZ 2022, 161 ff.

<sup>6</sup> Zum StVfG näher Ganner, ÖZPR 2021, 180 ff.; Halmich/Klein, Sterbehilfe, Suizidbeihilfe in Österreich, 2021.

<sup>7</sup> Zur Neuregelung in § 78 öStGB ausführlich Bernat in diesem Heft. Angesichts der umfassenden Darstellung der neuen Rechtslage bei Bernat wird diese hier nicht wiederholt. Vielmehr widmet sich der vorliegende Beitrag nach einem kurzen Überblick über die neue Rechtslage spezifischen Fragen der Reichweite der Autonomie zur Lebensbeendigung.

physische Hilfeleistung

- ohne verwerflichen Beweggrund
- gegenüber einer volljährigen Person erfolgt, die
- an einer schweren Krankheit i.S. des StVfG leidet und die
- entsprechend dem StVfG zuvor ärztlich aufgeklärt wurde.

Auf die übrigen Voraussetzungen des StVfG kommt es für die Straflosigkeit nicht an.<sup>8</sup>

Sowohl die Entscheidung des VfGH als auch die gesetzliche Neuregelung werfen neue Fragen auf. Offen ist insbesondere, ob die neue gesetzliche Regelung den Vorgaben des VfGH entspricht.

## 2. Autonomie zur Lebensbeendigung in der Entscheidung des VfGH

Der VfGH stellt in seiner Entscheidung die Autonomie der individuellen Person in den Vordergrund. Erstmals in seiner Judikatur leitet er – unter Hinweis auf die Schutzgarantie von „Leben und Freiheit“ im Staatsvertrag von Saint-Germain (Art. 63 Abs. 1) – aus dem Grundrecht auf Privatsphäre (Art. 8 EMRK), dem grundrechtlichen Lebensschutz (Art. 2 EMRK) sowie dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 2 StGG und Art. 7 Abs. 1 B-VG) ein „Recht auf freie Selbstbestimmung“ ab; dieses umfasse sowohl ein „Recht auf die Gestaltung des Lebens“ als auch ein „Recht auf ein menschenwürdiges Sterben“<sup>9</sup>. Während die erste (sehr weit formulierte) Komponente der freien Lebensgestaltung nicht weiter ausgeführt wird, hält der VfGH zur zweiten Komponente ausdrücklich fest, dass das „Recht auf ein menschenwürdiges Sterben“ auch ein „Recht des Suizidwilligen auf Inanspruchnahme der Hilfe eines (dazu bereiten) Dritten“ umfasst.<sup>10</sup> Der hohe Stellenwert der Autonomie für die Entscheidung des VfGH wird insbesondere an seiner Aussage deutlich, dass es mit Blick auf § 78 öStGB „nicht um eine Abwägung zwischen dem Schutz des Lebens des Suizidwilligen und dessen Selbstbestimmungsrecht“ gehe, sondern allein maßgebend sei, „dass der Entschluss der Selbsttötung auf einer freien Selbstbestimmung gründet“; wenn die autonome Entscheidung feststeht, habe „der Gesetzgeber dies zu respektieren“.<sup>11</sup>

Mit dieser starken Betonung der Autonomie zur Lebensbeendigung orientiert sich der VfGH an der etwa ein halbes Jahr zuvor ergangenen Entscheidung des deutschen

*BVerfG*. Dieses leitete ebenso, wenngleich aus ganz anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben, nämlich dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), ein „Recht auf selbstbestimmtes Sterben“ ab, das auch die Freiheit umfasse, „hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen“.<sup>12</sup> Das *BVerfG* betont dabei ebenfalls die „eigenverantwortliche Entscheidung über das eigene Lebensende“. Diese stehe „in jeder Phase menschlicher Existenz“ zu und sei als „Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren“.<sup>13</sup>

Zur zunächst umfassenden Zuerkennung einer Autonomie zur Lebensbeendigung passt allerdings nicht ganz, dass der VfGH die Verfassungswidrigkeit des § 78 a.F. StGB letztlich in dem Umstand begründet sieht, dass diese Strafvorschrift durch „ein ausnahmsloses Verbot jegliche Hilfeleistung zur Selbsttötung“ gleichermaßen verbietet.<sup>14</sup> Wenn (nur) ein „ausnahmsloses“ Verbot verfassungswidrig ist, folgt daraus nämlich, dass eine eingeschränkte Strafbarkeit der Mitwirkung an der Selbsttötung verfassungskonform sein kann; dafür spricht auch der Umstand, dass der VfGH dem Gesetzgeber ausdrücklich die erwähnte „Reparaturfrist“ für eine Reform des § 78 StGB eingeräumt hat. Wie weit die Strafbarkeit dabei gehen darf, führt der VfGH allerdings nicht aus. Aus dem Gesamtkontext ergibt sich, dass eine Strafbarkeit der Suizidhilfe jedenfalls in Fällen verfassungskonform wäre, in denen die autonome Entscheidung des Sterbewilligen nicht hinreichend feststeht,<sup>15</sup> ebenso wohl auch dann, wenn trotz bestimmter Strafbarkeitsbereiche eine hinreichende Autonomie des Sterbewilligen verbleibt, seinen Suizidwillen auf anderem Weg umzusetzen. Wie weit zusätzliche Einschränkungen gehen dürfen, ist allerdings fraglich.

In einem Spannungsverhältnis zur starken Betonung der Autonomie zur Lebensbeendigung steht auf der anderen Seite auch, dass der VfGH gegen Ende seiner Entscheidung ausführt, die angestellten Erwägungen seien auf die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des § 77 öStGB (Tötung auf Verlangen) „nicht ohne Weiteres [...] übertragbar“, weil sich diese Strafvorschrift von der Mitwirkung an einer Selbsttötung „in wesentlichen Belangen [...] unterscheidet“.<sup>16</sup> Erwartet hätte man nach der weitreichenden Befürwortung einer Autonomie zur Lebensbeendigung eher, dass der VfGH auch die „ausnahmslose“ Strafbarkeit der „Tötung auf Verlangen“ als problematisch ansieht, weil sie der Autonomie zur Lebensbeendigung nicht hinreichend Rechnung trage. Der VfGH erklärt

<sup>8</sup> Kritisch insoweit *Birkbauer*, in: FS Brandstetter, 2022, S. 84 (91); *Burda*, RdM 2022, 88 (90 und 92).

<sup>9</sup> VfGH, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019 (Rn. 65). Näher sowie kritisch zur verfassungsrechtlichen Begründung *Gamper*, JBl 2021, 137 (140 ff.); *Pöschl*, EuGRZ 2021, 12 (13 ff.); *Lewisch*, ÖZ 2021, 978 (980); *Brade/Friedrich*, RdM 2021, 225 (227 ff.); *Khakzadeh*, RdM 2021, 48 (54); *Fremuth*, ZÖR 2021, 841 (870 ff.).

<sup>10</sup> VfGH, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019 (Rn. 74). Warum der (potenzielle) Suizidhelfer vom VfGH (und auch im Schrifttum) immer wieder als „Dritter“ bezeichnet wird, bleibt unklar. Denn regelmäßig geht es um ein Geschehen, in das allen zwei Personen involviert sind, nämlich der Sterbewillige und die den Suizid unterstützende Person.

<sup>11</sup> VfGH, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019 (Rn. 84).

<sup>12</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 = BVerfGE 153, 181 = NSStZ 2020, 528 mit Anm. *Brunhöber* = JZ 2020, 627 mit Anm. *Hartmann* (insb. Rn. 212). Auch das *BVerfG* spricht in Bezug auf den Suizidhelfer unklar von einem „Dritten“ (vgl. Fn. 10).

<sup>13</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 (Rn. 210).

<sup>14</sup> VfGH, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019 (Rn. 103 f., auch schon Rn. 81). *Pöschl*, EuGRZ 2021, 12 (16), spricht insoweit von einem „lauten Auftakt“ (umfassende Autonomie) und einem „leisen Ergebnis“ (Verbot nur der *ausnahmslosen* Strafbarkeit).

<sup>15</sup> Für eine Beschränkung allein auf diesen Aspekt des Autonomieschutzes: *Khakzadeh*, RdM 2021, 48 (50 f.); *Fremuth*, ZÖR 2021, 841 (885 und 897).

<sup>16</sup> VfGH, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019 (Rn. 115); zustimmend insoweit *Khakzadeh*, RdM 2021, 48 (53).

nicht, warum das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben nicht auch das Recht umfasst, Hilfe in Form einer schmerzfreien und komfortablen Tötung durch eine andere Person zu suchen und anzunehmen; diese Frage wird vor allem in Fällen akut, in denen ein Sterbewilliger auch mit Unterstützung nicht mehr in der Lage ist, eine Selbsttötung auszuführen.<sup>17</sup>

### 3. Autonomie zur Lebensbeendigung in der gesetzlichen Neuregelung

Mit der seit 1. 1. 2022 geltenden Neufassung des § 78 öStGB<sup>18</sup> hat der Gesetzgeber die Entscheidung des VfGH umgesetzt und die ausnahmslose Strafbarkeit einer Hilfe bei der Selbsttötung beseitigt. Allerdings blieb die Strafbarkeit doch in einem vergleichsweise weiten Bereich aufrecht, insbesondere weil die Strafflosigkeit eine schwere Krankheit i.S. des StVfG voraussetzt, zusätzlich eine ärztliche Aufklärung, Volljährigkeit des Sterbewilligen und das Fehlen eines verwerflichen Beweggrunds beim Täter. Der Gesetzgebung lag dabei offensichtlich ein deutlich eingeschränkteres Autonomiekonzept zugrunde als dem VfGH.

Der Gesetzgeber folgte offenbar nicht der Ansicht, dass eine entscheidungsfähige Person in jeder Lebenslage das Recht habe, Suizidassistenten in Anspruch zu nehmen; möglicherweise bestanden auch Bedenken, ob sich ein solcher Entschluss außerhalb der straflos gestellten Fälle mit hinreichender Klarheit feststellen lasse. Keine hinreichend autonome Entscheidung auf Lebensbeendigung wird danach generell bei minderjährigen Personen angenommen.<sup>19</sup> Aber auch volljährigen Personen wird, sofern sie nicht an einer schweren Krankheit i.S. des StVfG leiden und zusätzlich eine dem StVfG entsprechende ärztliche Aufklärung erhalten haben, keine Inanspruchnahme von Suizidassistenten gewährt.<sup>20</sup> Ausgehend vom Kriterium der Autonomie des Sterbewilligen lässt sich schließlich schwer erklären, warum allein ein „verwerflicher Beweggrund“ des Hilfeleistenden die vom Sterbewilligen erwünschte Hilfe unzulässig macht;<sup>21</sup> allenfalls ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass einer Person, die aus einem verwerflichen Beweggrund tätig wird, generell zu misstrauen sei, ob sie das Vorliegen eines autonomen Entschlusses auf Lebensbeendigung hinreichend genau prüft. Die Ausgestaltung des neuen § 78 öStGB lässt somit insgesamt darauf schließen, dass der Gesetzgeber die Autonomie, Suizidhilfe in Anspruch zu nehmen, merkbar enger sieht, als dies in den Formulierungen des VfGH zum Ausdruck kommt.

Nicht ganz klar erscheint in diesem Zusammenhang auch die Beschränkung der Strafbarkeit (in allen genannten Fällen) auf „physische Hilfe“ zur Selbsttötung. Zwar erweitert diese den Bereich der Strafflosigkeit, weil ein Gedankenaustausch über eine Selbsttötung (als allfällige psychische Hilfe) generell aus dem Strafbereich

ausgeklammert wird. Allerdings kann gerade eine psychische Einwirkung, wenn sie auf eine Bestärkung im Tatentschluss hinausläuft, (sogar eher als eine physische Hilfe) geeignet sein, die Autonomie der Entscheidung zur Lebensbeendigung infrage zu stellen. Denn so, wie die (psychische) Verleitung zur Selbsttötung weiterhin generell strafbar ist (§ 78 Abs 1 öStGB), wäre es sinnvoll, auch bei einer sonstigen Mitwirkung für die Straffreiheit zu fordern, dass der Selbsttötungsentschluss *unbeeinflusst* vom Hilfeleistenden zustande gekommen ist.<sup>22</sup> Wenn hingegen die psychische Einflussnahme den vorhandenen Selbstmordentschluss deutlich bestärkt hat, möglicherweise der Sterbewillige sogar davon abgehalten wurde, den gefassten Entschluss wieder aufzugeben, lässt sich nicht mehr sagen, dass der Selbsttötungsentschluss eine „unbeeinflusste“ freie Entscheidung des Suizidenten war. Dies würde in den angesprochenen Fällen einer psychischen Unterstützung eher gegen eine Straffreistellung sprechen.

### 4. Verbleibende Fragen

Vergleicht man das weit formulierte Konzept der Autonomie zur Lebensbeendigung in der Entscheidung des VfGH (auch wenn dann letztlich nur die Verfassungswidrigkeit einer *ausnahmslosen* Strafbarkeit der Mitwirkung an der Selbsttötung festgestellt wurde) mit dem Autonomiekonzept, das der Gesetzgeber dem neu geregelten § 78 öStGB zugrunde gelegt hat, stößt man auf eine gewisse Diskrepanz. Wie diese aufzulösen ist, erscheint als eine der wesentlichen Fragen der Neuregelung. Ob die Neuregelung einer allfälligen (erneuten) Anfechtung vor dem VfGH standhält, wird die Zukunft zeigen.

Im Folgenden soll die Reichweite der „Autonomie zur Lebensbeendigung“, insbesondere deren Wirkung auf hilfeleistende Personen, näher analysiert und dabei aufgezeigt werden, dass in unterschiedlicher Hinsicht Differenzierungen sachgerecht erscheinen.

## II. Differenzierung zwischen eigenem Verhalten und Unterstützungshandlungen?

### 1. Autonomie unabhängig von der Bewertung durch andere

Die Autonomie des Einzelnen, über sich selbst zu verfügen, ist auch dann zu respektieren, wenn sein Verhalten von der Mehrheit als nicht nachvollziehbar, unvernünftig oder schädlich angesehen wird. Denn der Wert der Autonomie liegt gerade darin, dass sie auch die Freiheit zu solchen Verhaltensweisen gewährleistet. So mag z.B. gefährliches Extremklettern, Paragleiten oder Schifahren ohne Sturzhelm von vielen negativ bewertet werden, weil man dabei Leib und Leben allzu sehr der Gefahr eines schweren Unfalls aussetzt, mit allen negativen Folgen z.B. für Retter und Angehörige. Dennoch spricht die Autonomie des Einzelnen zu seiner Lebensgestaltung dagegen, ein

<sup>17</sup> Zu dieser Inkonsequenz ebenfalls kritisch *Burda*, ÖJZ 2021, 220 (224 f.); *Fremuth*, ZÖR 2021, 841 (902 ff.); *Gamper*, JBl 2021, 137 (141 Fn. 31); *Khakzadeh*, RdM 2021, 48 (54); *Lewis*, ÖJZ 2021, 978 (980 f.); *Schmoller*, JBl 2021, 147 (151).

<sup>18</sup> BGBl I 242/2021. Zur vorangegangenen Diskussion im „Dialogforum Sterbehilfe“ beim BMJ vgl. *Birkbauer*, JSt 2021, 555 (562 ff.).

<sup>19</sup> Strafbarkeit gemäß § 78 Abs. 2 Z 1 StGB.

<sup>20</sup> Strafbarkeit gemäß § 78 Abs. 2 Z 3 StGB.

<sup>21</sup> Strafbarkeit gemäß § 78 Abs. 2 Z 2 StGB.

<sup>22</sup> Ebenso *Lewis*, ÖJZ 2021, 978 (983 f. und 986).

solches Verhalten zu verbieten. Auch wenn jemand z.B. lange Autobahnstrecken ohne Ziel einfach deshalb fährt, weil ihm Autofahren Spaß macht, kann dies zwar im Hinblick auf die damit verbundene Umweltbeeinträchtigung negativ bewertet werden, ist aber durch die Autonomie des Einzelnen gedeckt. Wenn ein Familienvater intensiv seinem Hobby nachgeht und deshalb kaum Zeit mit seinen Kindern verbringt, kann darin ein Unwert gesehen werden; dennoch wird eine solche autonome Entscheidung über die Lebensführung rechtlich weitgehend hingenommen. In diesen Kontext reihen sich auch Fälle der Selbsttötung ein. Eine solche kann, vor allem wenn der Grund für die Selbsttötung „unvernünftig“ erscheint, großes Leid für Angehörige, insbesondere für die der Obsorge obliegenden Kinder, auslösen. Die Selbsttötung wird in solchen Fällen allgemein als „unerwünschtes Ereignis“, als „Unglück“ empfunden.<sup>23</sup> Dennoch wird dem Suizidenten die Autonomie, seinem Leben ein Ende zu setzen (soweit es sich um einen frei und eigenverantwortlich gebildeten, einigermaßen dauerhaften Entschluss handelt), nicht abgesprochen.

Die Anerkennung von Autonomie auch bei (wegen der möglichen Folgen) negativ bewerteten Verhaltensweisen ist zu befürworten, andernfalls ginge der spezifische Wert der Autonomie für den Einzelnen verloren.

## 2. Weite Akzeptanz eigenen autonomen Verhaltens

Bei Fragen der individuellen Lebensgestaltung akzeptiert die Rechtsordnung die Autonomie des Betroffenen jedenfalls so lange sehr weitgehend, als die betroffene Person das jeweilige Verhalten selbst vornimmt. So ist es etwa (in Anknüpfung an die vorstehend angeführten Beispiele) rechtlich erlaubt, gefährliches Extremklettern auszuüben, Paragleitflüge zu absolvieren, mit dem Auto lange Spazierfahrten auf Autobahnen zu machen oder sich auch als Familienvater so exzessiv seinem Hobby zu widmen, dass wenig Zeit für die Kinder verbleibt.

Ebenso wird heute ein Suizid als rechtmäßig angesehen, auch wenn sich der Suizident dadurch familiären Pflichten entzieht und seinen Angehörigen großes Leid zufügt.<sup>24</sup> Nicht anders wäre z.B. auch zu entscheiden, wenn sich jemand aufgrund autonomer Selbstbestimmung, etwa aus einem religiösen Extremismus, selbst eine körperliche, insbesondere genitale Verstümmelung zufügt.<sup>25</sup> Eine solche Verstümmelung ist, ebenso wie religiöser Extremismus allgemein, negativ zu bewerten. Die Autonomie, über

sich selbst zu verfügen, hat demgegenüber aber Vorrang.

In einem gewissen Widerspruch zur Autonomie entscheidungsfähiger Personen stehen allerdings einzelne Verbote, die auch für volljährige entscheidungsfähige Personen bestimmte selbstgefährdende Verhaltensweisen verbieten, etwa die für alle geltende Helmpflicht beim Lenken eines motorisierten Zweirads oder die Pflicht zur Anlegung eines Sicherheitsgurts in den meisten Fahrzeugen.<sup>26</sup> Zweifellos sind diese Verbote geeignet, in sinnvoller Weise Verletzungen und Todesfolgen entgegenzuwirken. Mit dem vom VfGH postulierten Recht auf „freie Selbstbestimmung“, insbesondere dem Recht auf „eigene Lebensgestaltung“, sind solche Verbote allerdings kaum vereinbar.

## 3. Verbot von Unterstützungshandlungen

Ausgehend von der Problematik der Suizidassistenten stellt sich allerdings die Frage, ob alle Verhaltensweisen, deren Selbstvornahme als Ausdruck individueller Autonomie rechtlich zu akzeptieren sind, damit automatisch auch von anderen Personen durch Hilfeleistung aktiv unterstützt werden dürfen. Bei näherer Betrachtung ist diese Frage nicht pauschal zu beantworten, sondern – weil es nicht mehr allein um die Ausübung eigener Autonomie geht – einer abwägenden Differenzierung zugänglich.

Zum einen bezieht sich das Konzept der individuellen Autonomie primär auf die Wahl eigenen Verhaltens. Bei der Frage der Hilfeleistung geht es hingegen um die Umsetzung fremder Autonomie, die nicht in den zentralen Bereich der eigenen Lebensgestaltung fällt. Zum anderen kommt immer dann, wenn eine Verhaltensweise mit einer Preisgabe eigener Rechtsgüter verbunden ist, hinzu, dass diesbezügliche Unterstützungshandlungen nicht ein eigenes, sondern ein fremdes Rechtsgut beeinträchtigen.<sup>27</sup> Aufgrund dieser Unterschiede ist es nicht ausgeschlossen, dass bei einer negativ bewerteten Verhaltensweisen zwar die Verwirklichung eigener Autonomie zu respektieren ist, einer zusätzlichen Förderung solcher Verhaltensweisen durch andere Personen aber entgegengewirkt wird. Unstreitig dürfte insoweit sein, dass den Staat keine Pflicht trifft, negativ bewertete Verhaltensweisen, nur weil sie Ausdruck individueller Autonomie sind, staatlich zu fördern.<sup>28</sup> Ebenso wie der Staat eine staatliche Förderung verweigern kann, erscheint es auch zulässig, dass der Staat darauf hinwirkt, eine Förderung durch private Personen hintanzuhalten.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> Vgl. z.B. *Duttge*, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 56, 2021, S. 87 (98).

<sup>24</sup> Schon vor der Entscheidung des VfGH (Fn. 4) war in Österreich anerkannt, dass ein Suizid als rechtmäßiges Verhalten einzustufen ist; vgl. z.B. *Birkbauer*, in: Höpfl/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. (217. Lfg. 2019), § 78 Rn. 11 ff.; *Velten*, SbgK-StGB, §§ 77, 78 Rn. 9 f.; *Lengauer*, JSt 2016, 109 (110); *Pollak*, in: Pollak/Amara, S. 15 (67); *Bernat*, ÖJZ 2002, 92 (95); *Schmoller*, ÖJZ 2000, 361 (363).

<sup>25</sup> Dies wird hier im Hinblick auf § 90 Abs. 3 StGB betont, auf den in den folgenden Abschnitten noch zurückgekommen wird.

<sup>26</sup> Dabei handelt es sich freilich um weniger einschneidende Verbote, weil die staatliche Reaktion in einer (bloßen) Verwaltungsstrafe besteht. Vgl. zu diesen „Durchbrechungen“ der Autonomie auch *Bernat*, in diesem Heft S. 475 (in Fußnote 110).

<sup>27</sup> *Engländer*, in: FS Schünemann, 2014, S. 583 (587 ff.); vgl. auch *Duttge*, in: Essener Gespräche, S. 87 (97), der sich aber dennoch gegen jede Strafbarkeit der Suizidbeihilfe ausspricht (S. 107).

<sup>28</sup> Weder der VfGH noch das BVerfG leiten deshalb aus dem Recht auf selbstbestimmtes Sterben eine staatliche Pflicht zu einer Unterstützung des Suizids ab; dazu *Schmoller*, JBl 2021, 147 (148); hinterfragend allerdings *Fremuth*, ZÖR 2021, 841 (880 f.).

<sup>29</sup> Dass die Beeinträchtigung eines fremden Rechtsguts grundsätzlich auch dann als Unrecht eingeordnet werden kann, wenn der Rechtsträger dieses Rechtsgut selbst preisgibt, zeigt insbesondere auch die weitgehend akzeptierte Strafbarkeit einer Tötung auf Verlangen.

Aus der rechtlichen Erlaubtheit einer Verhaltensweise folgt deshalb nicht zwingend, dass stets auch eine Förderung solcher Verhaltensweisen erlaubt sein muss. Zwar wird in den meisten Fällen (weniger gravierender Verhaltensweisen) die Autonomie nicht nur die Selbstvornahme, sondern auch die Hilfeleistung durch andere legitimieren. Bei besonders gravierenden und irreversiblen Handlungen ist es aber möglich, die Autonomie einer Selbstvornahme zu respektieren, eine Förderung solcher Handlungen durch andere aber einzuschränken. Von daher erscheint es grundsätzlich nicht als Widerspruch, eine Suizidassistenz unter Strafe zu stellen, obwohl die Selbsttötung als solche nicht rechtswidrig ist. Als Beispiel aus einem anderen Bereich kann etwa der Konsum von Sucht- bzw. Betäubungsmitteln dienen, der als solcher ebenfalls nicht unter Strafe steht, bei dem aber jede Mitwirkung am Konsum (z.B. durch Verschaffen oder Weiterreichen des Sucht- bzw. Betäubungsmittels) strafbar ist.<sup>30</sup> Wenngleich etwas anders gelagert, lässt sich auch die straffreie Flucht eines Häftlings aus einem Gefängnis bei gleichzeitiger Strafbarkeit einer diesbezüglichen Hilfeleistung anführen.<sup>31</sup> Beim oben erwähnten Beispiel einer körperlichen, insbesondere genitalen Selbstverstümmelung ist nach derzeitiger Rechtslage auch eine Hilfeleistung dazu nicht unter Strafe gestellt. Vor dem Hintergrund, dass derartige Verstümmelungen gesellschaftlich stark negativ bewertet werden (vgl. das generelle Verbot einer Genitalverstümmelung auch mit Zustimmung des/r Betroffenen in § 90 Abs. 3 öStGB), wäre es aber nach dem Gesagten – ungeachtet der Autonomie des/r Einzelnen – rechtlich nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber eine Hilfeleistung bei einer körperlichen, insbesondere genitalen Selbstverstümmelung unter Strafe stellt (dies stünde sogar in einem gewissen Einklang mit § 90 Abs. 3 öStGB).

Auf den ersten Blick scheint die Strafbarkeit der Hilfeleistung zu einem Verhalten, das für sich straflos ist, mit einem Einheitstätersystem, wie in Österreich, leichter vereinbar zu sein als mit dem durch Akzessorietät geprägten deutschen Teilnahmesystem; denn die Strafbarkeit des Hilfeleistenden hängt im Einheitstätersystem generell nicht von der strafrechtlichen Beurteilung des unmittelbar Ausführenden ab. Jedoch bildet auch ein (akzessorisch ausgestaltetes) Teilnahmesystem kein zwingendes Hindernis einer solchen Konstruktion; denn wenn der Gesetzgeber allein eine bestimmte Hilfeleistung als strafwürdig einstuft und diese in einen eigenen Straftatbestand kleidet, wird dieser Straftatbestand „als Täter“ und deshalb ohne Akzessorietät zu anderen Mitwirkenden verwirklicht.<sup>32</sup>

Im Einzelnen muss der Gesetzgeber aber stets abwägen, ob bei der Unterstützung einer autonomen Verhaltensweise der Vorteil für die Autonomie des Geförderten überwiegt oder aber das Anliegen, bei negativ bewerteten Verhaltensweisen eine Förderung durch andere Personen möglichst hintanzuhalten. Eine solche differenzierende

Abwägung könnte deshalb auch bei der Suizidassistenz getroffen werden: Vor allem bei Personen, die auf Hilfe beim Suizid angewiesen sind, fällt das Anliegen, deren Autonomie zu wahren, verstärkt ins Gewicht;<sup>33</sup> dies gilt umso mehr, je besser nachvollziehbar der Sterbewille ist. Umgekehrt überwiegt bei einer jungen gesunden Person ohne hinreichenden Grund für einen Sterbewunsch tendenziell das Anliegen, die Förderung eines solchen Suizids durch Dritte zu verhindern.

Wichtig ist dabei festzuhalten, dass die individuelle Autonomie zwar möglichst weitgehend zu respektieren ist, solange es um die Vornahme des autonomen Verhaltens selbst geht, dass aber hinsichtlich der Beurteilung der Förderung durch eine andere Person eine Abwägung nicht ausgeschlossen erscheint. Wenn der VfGH deshalb formuliert, dass es nicht um eine Abwägung, sondern um die Respektierung von Autonomie gehe,<sup>34</sup> lässt sich diese Aussage zwar generell für die autonom handelnde Person selbst, nicht aber für eine Förderung durch eine andere Person aufrechterhalten.

#### 4. Verbot einer Durchführung anstelle des Betroffenen

Eine Förderung der Umsetzung individueller Autonomie kann nicht nur dadurch erfolgen, dass das autonome Handeln des Betroffenen durch einen anderen unterstützt wird, sondern auch dadurch, dass ihm die erforderliche Handlung gänzlich abgenommen wird, um unmittelbar das vom Betroffenen autonom verfolgte Ziel zu erreichen. Unter dem Gesichtspunkt der Umsetzung individueller Autonomie ist eine so weitgehende Hilfeleistung für den Betroffenen sogar besonders wertvoll. Dies gilt umso mehr dann, wenn die betroffene Person Schwierigkeiten hat, ihre Autonomie (selbst mit fremder Hilfe) durch eigenes Verhalten zu verwirklichen.

Im Fall der negativen Bewertung eines – wenngleich vom Betroffenen autonom gewählten – Ziels wird allgemein davon ausgegangen, dass die Rechtsordnung verbieten kann, die zum Ziel führende Handlung dem Betroffenen abzunehmen, sie also an seiner Stelle durchzuführen. Dies zeigt deutlich die international verbreitete Strafbarkeit einer „Tötung auf Verlangen“. Während die eigene Durchführung eines Suizids als rechtmäßig bewertet wird, ist es selbst auf ein Verlangen des Sterbewilligen hin mit Strafe bedroht, diesem die Tötungshandlung abzunehmen.

Richtigerweise geht es auch hier um eine Abwägung zwischen der Verwirklichung individueller Autonomie und der Hintanhaltung der Förderung negativ bewerteter Ereignisse. Diese Abwägung kann allenfalls auch zugunsten der Autonomie ausgehen, vor allem dann, wenn der Betroffene (z.B. infolge starker körperlicher Einschränkungen) gar keine Möglichkeit mehr hat, sein Ziel durch ei-

<sup>30</sup> Dazu auch *Bernat*, in diesem Heft S. 475 (in Fußnote 110).

<sup>31</sup> *Engländer*, in: FS Schünemann, S. 583 (592); *Duttge*, in: Essener Gespräche, S. 87 (106). Die Situation ist deshalb etwas anders gelagert, weil die Strafvorschrift der Gefangenenbefreiung dem Schutz der Rechtspflege, und damit eines staatlichen Rechtsguts, dient.

<sup>32</sup> *Engländer*, in: FS Schünemann, S. 583 (591 f).

<sup>33</sup> *Lewis*, ÖJZ 2021, 978 (981 f. und 987) hatte vorgeschlagen, die Straffreistellung der Suizidbeihilfe allein auf solche Fälle zu beschränken.

<sup>34</sup> Oben bei Fn. 11.

genes Verhalten (selbst mit fremder Hilfe) zu verwirklichen,<sup>35</sup> und umso mehr, wenn das Ziel aufgrund der individuellen Situation gut nachvollziehbar ist. Andererseits wird es in Fällen, in denen der Betroffene selbst seine Ziele durch eigenes Verhalten ohne Weiteres erreichen kann, und zudem, je weniger plausibel das Motiv für die Zielerreichung erscheint, eher angebracht sein, eine so weitgehende Unterstützung wie die Durchführung der erforderlichen Handlung anstelle des Betroffenen rechtlich zu verbieten. Die Strafbarkeit einer Tötung auf Verlangen erscheint insoweit legitim. Allerdings sind auch Extremfälle denkbar, in denen ein Vorrang der Autonomie und damit eine Straflosigkeit der Tötung auf Verlangen ähnlich begründbar ist wie eine Straflosigkeit der Mitwirkung an der Selbsttötung.<sup>36</sup> Die derzeitige ausnahmslose Strafbarkeit einer Tötung auf Verlangen in § 77 öStGB trägt dieser Überlegung nicht Rechnung.

Eine analoge Situation zur Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen besteht im Bereich schwerer Körperverletzungen dort, wo eine solche ungeachtet einer Einwilligung oder sogar eines Verlangens des Betroffenen strafbar ist, obwohl eine entsprechende Selbstverletzung des Betroffenen erlaubt wäre. Dies gilt für alle Körperverletzungen, die unabhängig von der Zustimmung des Betroffenen i.S. des § 90 öStGB als „sittenwidrig“ bewertet werden und die deshalb trotz Einwilligung stets strafbar sind. Hierher gehört etwa generell eine Genitalverstümmelung, die bei Vornahme durch einen anderen gemäß § 90 Abs. 3 öStGB auch bei einem Verlangen des Betroffenen strafbar ist (während eine Selbstvornahme oder auch eine Beteiligung daran straflos bliebe).<sup>37</sup> Auch an diesem Beispiel zeigt sich, dass die Autonomie zur Verfügung über den eigenen Körper nicht entgegensteht, eine Hilfe in Form der Durchführung durch einen anderen unter Strafe zu stellen.

### 5. Zwischenergebnis

Nach den bisherigen Überlegungen ist festzuhalten, dass ein (vom VfGH angenommenes) „Recht auf freie Selbstbestimmung“ zwar in weitem Rahmen zur Folge hat, dass Verhaltensweisen einer Person, die Ausdruck *eigener* Autonomie sind, durchgeführt werden dürfen. Damit ist aber nicht „automatisch“ verbunden, dass auch eine Unterstützung solcher Verhaltensweisen oder gar eine Vornahme der betreffenden Verhaltensweise anstelle des Autonomieträgers gleichermaßen erlaubt sind. Vielmehr kann der Gesetzgeber bei Verhaltensweisen, die negativ bewertet werden, zwar der Autonomie des Einzelnen Rechnung tragen, indem er solche Verhaltensweisen erlaubt, gleichzeitig aber eine Mitwirkung an solchen Verhaltensweisen und umso mehr eine Vornahme der Handlung anstelle der autonomen Person verbieten bzw. mit Strafe bedrohen. Allein der Umstand, dass ein Suizid als solcher generell als rechtmäßig angesehen wird, steht deshalb nicht entgegen, in bestimmten Fällen eine Suizidassistenz mit Strafe

zu bedrohen oder – in noch weiterem Umfang – eine Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen vorzusehen. Umgekehrt gibt es Situationen, in denen bei einer Abwägung das Interesse an der Umsetzung eines autonomen Entschlusses auf Lebensbeendigung vorrangig erscheint. In diesen Fällen wäre es konsequent, auch eine Hilfeleistung bei der Selbsttötung und u.U. sogar eine Tötung auf Verlangen straffrei zu stellen.

## III. Schutz vor Ausübung „temporärer“ Autonomie?

### 1. Ausgangspunkt: wechselnde Lebensphasen

Das vom VfGH ebenso wie vom BVerfG zugrunde gelegte Konzept eines „Rechts auf freie Selbstbestimmung“, das auch die Lebensbeendigung umfasse und grundsätzlich in jeder Lebensphase zustehe, stößt auf eine Problematik, die von keinem der beiden Gerichte angesprochen wurde, aber bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Suizidassistenz beachtet werden sollte. Es entspricht nämlich der Erfahrung wohl jedes (nicht mehr ganz jungen) Menschen, dass man im Lauf der Jahre und Jahrzehnte sehr wechselnden Lebensphasen ausgesetzt ist, in denen sich die Umstände und Rahmenbedingungen, aber auch die individuellen Präferenzen und Empfindungen stark ändern. Was man in einer früheren Lebensphase als Genuss empfunden hat, mag mehrere Jahre oder Jahrzehnte später unattraktiv oder sogar lästig sein, was man umgekehrt in einer früheren Lebensphase verabscheut hat, kann man zu einem späteren Zeitpunkt wertschätzen. Wenn einer Person voraussichtlich noch viele Jahre bzw. sogar mehrere Jahrzehnte des Lebens offenstehen, lässt sich im Regelfall nicht voraussehen, in welche Richtung sich Umstände ändern und welche Lebensphasen diese Person noch durchlaufen wird. Was in Jahrzehnten passieren kann und wie man sich selbst in Jahrzehnten fühlen wird, ist in der Regel nicht überblickbar.

Sowohl der VfGH als auch das BVerfG nehmen einen autonomen Entschluss zur Lebensbeendigung nur dann an, wenn dieser eine gewisse Dauer und Nachhaltigkeit aufweist.<sup>38</sup> Zwar wird insoweit keine bestimmte Zeitspanne angegeben, man kann aber davon ausgehen, dass ein Entschluss, der mehrere Wochen oder sogar mehrere Monate aufrecht ist, das Erfordernis dieser Dauerhaftigkeit erfüllt. Auch junge und selbst minderjährige Menschen können einen solchen (relativ) dauerhaften Entschluss fassen. Es entspricht aber auch der Lebenserfahrung, dass man einen Entschluss, der im Alter von z.B. 18 Jahren mit einer gewissen Dauerhaftigkeit gefasst war, Jahrzehnte später nicht mehr befürwortet, weil man nun die Situation ganz anders sieht. Dies gilt insbesondere auch für einen Entschluss auf Lebensbeendigung. Wenn eine 18-jährige Person mit einer gewissen Nachhaltigkeit einen Entschluss auf Lebensbeendigung fasst, etwa aus überwältigendem Liebeskummer, aufgrund des Gefühls, sich öffentlich

<sup>35</sup> Auf diese Fälle weisen z.B. hin: *Fremuth*, ZÖR 2021, 841 (903 ff.); *Khakzadeh*, RdM 2021, 48 (53); *Kneihs*, NLMR 2020, 425 (437); *Engländer*, in: FS Schünemann, S. 583 (587).

<sup>36</sup> Eine punktuelle Durchbrechung der Strafbarkeit einer Tötung auf Verlangen erwägen deshalb auch die in Fn. 35 angeführten Autoren.

<sup>37</sup> Zu § 90 Abs. 3 öStGB vgl. insoweit auch *Lewisch*, ÖJZ 2021, 978 (981); *Bernat*, in diesem Heft S. 475 (in Fußnote 110).

<sup>38</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019 (Rn. 85); *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 (Rn. 244).

extrem blamiert zu haben, oder etwa aufgrund eines verschuldeten tödlichen Unfalls, ist dennoch keineswegs unwahrscheinlich, dass diese Person 20 Jahre später ihre Lebenskrise überwunden hat, das weitere Leben schätzt und genießt. Auch ein mehrere Wochen oder Monate anhaltender Entschluss auf Lebensbeendigung ist in diesem Fall nur „temporär“, weil durchaus wahrscheinlich ist, dass der Entschluss nach Überwindung der Lebenskrise revidiert wird.<sup>39</sup>

Grundsätzlich schützt die Rechtsordnung nicht vor Verhaltensweisen, die man selbst später bereut. Problematisch sind in diesem Zusammenhang aber vor allem Verhaltensweisen, wie die eigene Lebensbeendigung, die zentrale Weichenstellungen betreffen und gleichzeitig unumkehrbar sind. In einem solchen Bereich erscheint es als ein legitimes Ziel der Rechtsordnung, eine (vor allem junge) Person bis zu einem gewissen Grad davor zu schützen, dass sie in einer Lebensphase eine existenzielle und endgültige Entscheidung umsetzt, die ihr die Möglichkeit nimmt, sich später anders zu orientieren. Mit einem grundsätzlichen Bekenntnis zur Autonomie ist es deshalb vereinbar, wenn die Rechtsordnung versucht, eine frühe Lebensbeendigung aus Liebeskummer zu verhindern (auch wenn der Entschluss auf Lebensbeendigung einige Wochen oder sogar Monate anhält), um der betroffenen Person die Möglichkeit zu bewahren, in einer späteren Lebensphase unter geänderten Umständen das Leben gern weiterzuführen und zu genießen. Dasselbe Anliegen kann die Rechtsordnung etwa auch für die Umsetzung eines Entschlusses auf körperliche Verstümmelung, insbesondere Genitalverstümmelung, verfolgen. Wenn eine Frau in jungen Jahren, etwa aufgrund extremer religiöser Anschauungen, den Entschluss zu einer verstümmelnden Genitalbeschneidung fasst, ist es ein berechtigtes Anliegen der Rechtsordnung, dieses Anliegen nicht zu fördern, weil sich die Person damit der Möglichkeit beraubt, zu einem späteren Zeitpunkt, wenn sie z.B. ihren religiösen Extremismus überwunden hat, wieder ein unbeeinträchtigtes Leben ohne Verstümmelung zu führen.

## 2. Konsequenzen für eigenes Verhalten und Unterstützung

Auch hinsichtlich des Anliegens, Menschen vor ihrem eigenen „temporären“ Entschluss auf Lebensbeendigung zu schützen, um ihnen die (nicht unwahrscheinliche) Möglichkeit zu erhalten, später lebenbejahend weiterzuleben, erscheint jedoch eine abgestufte rechtliche Regelung angemessen. So reicht das Anliegen, eine Person gleichsam „vor sich selbst zu schützen“, nicht aus, um das autonome Verhalten der Person selbst zu verbieten. Auch der Suizid

einer jungen, gesunden Person aus Liebeskummer ist für sich gesehen nicht rechtswidrig, sondern Ausübung einer Autonomie, die die Rechtsordnung respektieren muss. Gleiches gilt etwa für eine selbst durchgeführte (Genital-)Verstümmelung. Insofern gilt die Aussage des *VfGH*, dass der Respekt vor der Autonomie des Einzelnen keine Abwägung zulässt.<sup>40</sup>

Anders ist die rechtliche Situation aber im Hinblick auf eine Förderung solchen Verhaltens durch andere Personen. Es erscheint legitim, die Umsetzung eines „temporären“ Entschlusses einer jungen Person auf Selbsttötung dadurch möglichst hintanzuhalten, dass die Rechtsordnung die Unterstützung eines solchen Verhaltens durch eine andere Person untersagt. Erst recht kann die Rechtsordnung verbieten, dass eine andere Person die Umsetzung des Entschlusses auf Lebensbeendigung für die betreffende Person ausführt, sie also auf ihr Verlangen hin tötet. Mit den Straftatbeständen der Tötung auf Verlangen und der Mitwirkung an einer Selbsttötung hat der Gesetzgeber wohl gerade den Schutzzweck verfolgt, eine Person vor ihrem eigenen (bei noch langer Lebenserwartung) stets „temporären“ Entschluss auf Lebensbeendigung zu bewahren, um nicht die Möglichkeit eines lebensbejahenden Weiterlebens in einer späteren Lebensphase zu vereiteln.<sup>41</sup>

Analoges lässt sich für das Anliegen, Personen vor einer auf einem temporären Entschluss beruhenden (Genital-)Verstümmelung zu bewahren. Zwar hat der Gesetzgeber bisher keinen Anlass gesehen, eine Hilfeleistung bei der Selbstverstümmelung einer Person unter Strafe zu stellen. Die Grenze ist aber dahingehend gezogen, dass es ausnahmslos rechtswidrig und strafbar ist, einer Person bei der Umsetzung ihres autonomen Entschlusses dadurch zu helfen, dass die von der Person gewünschte verstümmelnde Handlung vorgenommen wird. Der Gesetzgeber hat dies durch das generelle Verbot einer sittenwidrigen Körperverletzung, unter ausdrücklicher Hervorhebung einer Genitalverstümmelung, in § 90 öStGB zum Ausdruck gebracht; die Strafbarkeit besteht gleichermaßen, wenn der Betroffene aufgrund eines autonomen Entschlusses den Täter eindringlich um Durchführung der Verstümmelung gebeten hat.

## 3. Entfall der Beschränkung bei „finaler“ Autonomie

Das dargestellte Schutzbedürfnis entfällt allerdings, wenn sich die zur Lebensbeendigung entschlossene Person in einer Situation befindet, in der realistischerweise keine wesentliche Änderung der Situation zu erwarten ist und

<sup>39</sup> Zum Phänomen der „temporären“ Autonomie und den Konsequenzen daraus vgl. schon ausführlich *Schmoller*, JBl 2021, 147 (152 ff.); *ders.*, *Imago Hominis* 2021, 15 (22 ff.).

<sup>40</sup> Oben bei Fn. 11.

<sup>41</sup> Ebenso *Lewis*, ÖJZ 2021, 978 (983); *Engländer*, in: FS Schünemann, S. 583 (586 f.: „Übereilungsschutz“); *Bernat*, in diesem Heft S. 475 (bei Fußnote 108); aus moraltheologischer Sicht *Hofmann*, *Imago Hominis* 2021, 187 ff.; wohlwollend, aber wegen der Entscheidung „von außen“ kritisch *Birkbauer*, JSt 2021, 555 (561). – Die Bewahrung vor einem „temporären“ Entschluss auf Lebensbeendigung hat gewiss paternalistische Elemente. Im Vordergrund steht aber nicht ein Paternalismus, weil es nicht darum geht, statt einer Entscheidung des Betroffenen eine „objektiv bessere“ Entscheidung zu treffen, sondern darum, dem Betroffenen die Chance auf eine spätere *eigene* autonome Entscheidung zu bewahren. Vgl. *Engländer*, in: FS Schünemann, S. 583 (586); *Schmoller*, JBl 2021, 147 (154 mit Fußnote 49).

damit auch eine Änderung des Entschlusses auf Lebensbeendigung nicht mehr wahrscheinlich ist. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn eine Person aufgrund ihrer schweren Krankheit oder sonst ihres schweren Leidens die verbleibende Lebensspanne hinreichend überblicken kann und eine Verbesserung der Situation während dieses Zeitraums unrealistisch ist. In solchen Fällen erscheint ein überlegter Entschluss zur Lebensbeendigung nicht mehr „temporär“, sondern angesichts der Überblickbarkeit des Lebensrests und der sich voraussichtlich nicht mehr wesentlich ändernden Lebensumstände „final“. Lässt die Lebenssituation darauf schließen, dass ein Entschluss auf Lebensbeendigung in diesem Sinn als „final“ anzusehen ist, entfällt das Schutzinteresse, die Person für eine Revidierung ihres Entschlusses in einer späteren Lebensphase am Leben zu erhalten.<sup>42</sup> In solchen Situationen kann der rechtliche Schutz deshalb zugunsten einer erweiterten Autonomie leichter zurückgenommen werden, indem auch eine Hilfeleistung bei der Selbsttötung und unter Umständen sogar eine Tötung auf Verlangen rechtlich zugelassen werden.

Gegen die hier vorgenommene Unterscheidung zwischen einem „temporären“ und einem „finalen“ Entschluss auf Lebensbeendigung wurde eingewandt, dass auch bei schwer kranken Personen in der letzten Lebensphase eine Änderung des Entschlusses nie ausgeschlossen werden kann und der Entschluss sich deshalb stets erst dann als „final“ erweist, wenn er bis zum Tod aufrechterhalten wurde, in diesem Fall aber kein Bedarf mehr für eine Lebensbeendigung besteht.<sup>43</sup> Dieser Einwand beruht jedoch auf einem Missverständnis. Für die Beurteilung eines Entschlusses auf Lebensbeendigung als „final“ ist nicht die theoretische Möglichkeit maßgebend, dass eine Person ihren Entschluss jederzeit ändern kann, sondern es kommt darauf an, ob zu erwarten ist, dass die Person später unter deutlich geänderten Umständen in eine neue Lebensphase tritt, in der sie wieder gern weiterlebt. Ist hingegen das verbleibende Leben überschaubar und besteht keine Aussicht, dass sich die Lebensverhältnisse in diesem Zeitraum deutlich verbessern, so ist keine neue „Lebensphase“ zu erwarten, in der der Betroffene möglicherweise wieder gern lebt. Bei gleichbleibenden Lebensumständen ist vielmehr die autonome Entscheidung der Person auf Lebensbeendigung als verbindlich hinzunehmen. In dieser Situation ist eine Rücknahme der Strafdrohungen gegen Suizidassistenten oder gegen eine Tötung auf Verlangen vertretbar.

#### 4. Zwischenergebnis

Das vom VfGH angenommene Recht auf „freie Selbstbestimmung“ ist im Hinblick auf die Lebensbeendigung auch dadurch zu relativieren, dass bei Personen mit noch jahrzehntelanger Lebenserwartung das restliche Leben nicht überblickbar ist und deshalb keineswegs unwahrscheinlich erscheint, dass die Person in einer späteren Lebensphase wieder Gefallen an ihrem Leben findet und die-

ses genießt. In solchen Fällen ist ein Entschluss auf Lebensbeendigung zwar möglicherweise bis zu einem gewissen Grad „dauerhaft“, stets aber nur „temporär“ auf die jeweilige Lebensphase bezogen. Es erscheint als berechtigtes Anliegen, dass die Rechtsordnung der Förderung eines solchen „temporären“ Entschlusses auf Lebensbeendigung entgegentritt. Zwar ist auch in solchen Fällen der Suizid selbst als Ausübung von Autonomie und damit als rechtmäßig zu respektieren. Die Rechtsordnung verfolgt aber ein berechtigtes Anliegen, wenn sie der Hilfe bei der Umsetzung eines solchen Selbstmordentschlusses durch Strafvorschriften gegen Suizidassistenten bzw. gegen eine Tötung auf Verlangen entgegentritt. Es gilt dasselbe wie hinsichtlich der in § 90 Abs. 3 öStGB vorgesehenen generellen Strafbarkeit einer Genitalverstümmelung, die selbst auf einen autonomen Entschluss und eindringliches Bitten des Betroffenen hin strafbar ist.

Das aufgezeigte Schutzbedürfnis reduziert sich allerdings in Fällen eines „finalen“ Entschlusses auf Lebensbeendigung, wenn sich der Betroffene aufgrund eines schweren Leidens in einer ausweglosen Situation befindet, in der die ihm verbleibende Lebenszeit überblickbar ist und die Lebensumstände sich nicht mehr verbessern werden. In solchen Fällen ist es vertretbar, den rechtlichen Schutz (in Form eines Verbots der Suizidassistenten oder auch einer Tötung auf Verlangen) partiell zurückzunehmen.

#### IV. Bewertung der österreichischen Rechtslage und Ausblick

Die Überlegungen zum Verhältnis zwischen Autonomie zur Lebensbeendigung, Suizidassistenten und Tötung auf Verlangen haben ergeben, dass der Ausgangsposition des VfGH sowie des BVerfG hinsichtlich der Selbstbestimmung über die Lebensbeendigung grundsätzlich zuzustimmen ist. Das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht ist zu akzeptieren, Konsequenzen bestehen darin, dass jedenfalls die Ausführung eines Suizids nicht als rechtswidrig einzustufen ist, und dass die Autonomie des Sterbewilligen auch für den Bereich der Suizidassistenten und ebenso der Tötung auf Verlangen ein wesentliches Recht darstellt.

Andererseits folgt aus der Autonomie zur Lebensbeendigung nicht zwingend, dass stets auch eine Unterstützung durch eine andere Person, sei es in Form einer Suizidassistenten oder einer Tötung auf Verlangen, ebenfalls als rechtmäßig eingeordnet werden muss. Sobald es nicht mehr um die Umsetzung eigener Autonomie, sondern um die Förderung der Autonomie anderer geht, besteht für die Gesetzgebung ein Abwägungsspielraum, inwieweit eine Förderung durch Verbote eingeschränkt werden soll. Diese Einschränkungen dürfen aber nicht so weit gehen, dass sie es der betroffenen Person unmöglich machen, ihre Autonomie zur Lebensbeendigung umzusetzen. Vor allem in Fällen, in denen eine Person zur eigenen Lebensbeendigung nicht mehr imstande ist, darf eine entsprechende Hilfe in Form der Suizidassistenten, konsequenterweise bei

<sup>42</sup> Ebenso Engländer, in: FS Schünemann, S. 583 (594 f.); näher zu „finaler“ Ausübung von Autonomie Schmöller, JBl 2021, 147 (154 f.).

<sup>43</sup> Vgl. Brade/Friedrich, RdM 2021, 225 (227); Fremuth, ZÖR 841 (895).

Bedarf aber auch eine Tötung auf Verlangen, nicht ausnahmslos verboten werden.

Die Neuregelung der Mitwirkung an der Selbsttötung in § 78 öStGB hat dem Auftrag des *VfGH* Rechnung getragen, eine solche Mitwirkung nicht ausnahmslos unter Strafe zu stellen. Eine begrenzte Strafbarkeit erscheint mit den Vorgaben des *VfGH* vereinbar. Die Rechtmäßigkeit des Suizids steht einer begrenzten Strafbarkeit der Suizidassistenz, wie gezeigt, nicht im Weg. Die entscheidende Frage ist zunächst, ob es verfassungskonform ist, eine Erlaubnis zur Suizidassistenz davon abhängig zu machen, dass der Sterbewillige an einer schweren, zum Tod führenden oder dauerhaften Krankheit leidet. Vor dem Hintergrund der Problematik eines „temporären“ Entschlusses zur Lebensbeendigung (der sich in einer neuen Lebensphase nach Jahren oder Jahrzehnten wieder vollständig ändern kann) erscheint es legitim, dass der Gesetzgeber versucht hat, auf einen „finalen“ Entschluss (in einer Situation, in der für das verbleibende Leben keine wesentliche Verbesserung der Lebenslage zu erwarten ist) abzustellen (hinsichtlich der näheren Umschreibung der Krankheit erweist sich allerdings der Verweis über das StVG auf den Krankheitsbegriff des ASVG als nicht sehr sachgerecht).<sup>44</sup> Ebenso verdient das Erfordernis einer vorangegangenen Aufklärung Zustimmung.<sup>45</sup>

Die generelle Strafbarkeit der Suizidassistenz bei Minderjährigen geht möglicherweise zu weit, weil nicht ausgeschlossen erscheint, dass auch eine todkranke und leidende minderjährige Person eine hinreichende Entscheidungsfähigkeit aufweist, um einen „finalen“ Entschluss zur Lebensbeendigung zu fassen.<sup>46</sup>

Nicht zum Konzept der Autonomie passt auch, dass allein ein „verwerflicher Beweggrund“ des Täters die Strafbarkeit der Suizidassistenz begründet. Wenn ein „finaler“ Entschluss zur Lebensbeendigung vorliegt und jemand die autonome Entscheidung des Sterbewilligen wunschgemäß unterstützt, sollte es auf das Motiv des Hilfeleistenden nicht ankommen.<sup>47</sup>

Ebenso nicht ganz konsequent wirkt die Beschränkung des § 78 öStGB auf eine „physische Hilfe“. Denn gerade eine „psychische“ Unterstützung stellt, wenn sie den Suizidwillen bestärkt, die eigenständige und autonome Entscheidung des Sterbewilligen eher in Frage als eine rein physische Hilfe. Eher sollte es für eine Straffreiheit der Mitwirkung an der Selbsttötung darauf ankommen, dass der Suizidentschluss frei und unbeeinflusst gefasst wurde.<sup>48</sup>

Im Unterschied zur Ansicht des *VfGH* stellt sich die Situation bei einer Tötung auf Verlangen zwar nicht identisch, aber auch nicht gänzlich anders dar als bei einer Mitwirkung an der Selbsttötung. Für eine schwerkranke und leidende Person, vor allem dann, wenn sie zu einer Selbsttötung nur mehr eingeschränkt in der Lage ist, kann die Übernahme der Tötungshandlung durch eine andere Person – bei entsprechend gesichertem freien Entschluss auf Lebensbeendigung – die unkomplizierteste und am wenigsten belastende Vorgangsweise sein. Es wäre deshalb zu erwägen, für entsprechende Fälle eines „finalen“ Entschlusses auf Lebensbeendigung zur Absicherung der Autonomie des Sterbewilligen auch eine Ausnahme von der Strafbarkeit wegen Tötung auf Verlangen vorzusehen.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Kritisch zum Verweis auf den Krankheitsbegriff des ASVG auch *Burda*, RdM 2022, 88 (89 und 91). Auch darüber hinaus erscheint der Begriff der „Krankheit“ etwas zu eng. Dies verdeutlicht der im Schrifttum diskutierte Fall, dass ein Lastwagenfahrer nach einem Unfall eingeklemmt ist und der Lastwagen zu brennen beginnt; als auch der Lastwagenfahrer bereits von den Flammen erfasst wird, fleht er den unverletzten Beifahrer an, ihn zu erlösen, worauf dieser ihn erschlägt; vgl. *Otto*, in: 56. DJT, 1986, S. 60. Unabhängig von einer Krankheit liegt auch hier gewiss ein „finaler“ Entschluss auf Lebensbeendigung vor.

<sup>45</sup> Kritisch zum unflexiblen Aufklärungserfordernis allerdings *Bernat*, in diesem Heft (bei Fußnote 118 und vor Fußnote 129); *Burda*, RdM 2022, 88 (90 und 92).

<sup>46</sup> *Bernat*, in diesem Heft S. 474 (bei Fußnote 101); *Birkbauer*, in: FS Brandstetter, S. 84 (97); *Fremuth*, ZÖR 2021, 841 (895).

<sup>47</sup> *Bernat*, in diesem Heft S. 474 f (bei Fußnote 104); *Birkbauer*, in: FS Brandstetter, S. 84 (98 f.); *Burda*, RdM 2022, 88 (90 f.); *Tipold*, JSt 2022, 5 (6).

<sup>48</sup> Oben bei Fn. 22.

<sup>49</sup> Ebenso *Engländer*, in: FS Schünemann, S. 583 (585 ff.).

## Strafbarkeit der Mitwirkung am freiverantwortlich begangenen Suizid?

### Ein Beitrag zum neuen österreichischen Sterbeverfügungsgesetz und zur Novellierung des § 78 österreichisches StGB

von Univ.-Prof. Dr. iur. Erwin Bernat\*

#### Abstract

In Österreich war die Mitwirkung am Suizid (Verleitung und Beihilfe zur Selbsttötung) bis zum Ende des Kalenderjahres 2021 auch dann strafbar, wenn sich der Sterbewillige aus freien Stücken das Leben nahm (§ 78 StGB i.d. Stammfassung). Dieser Regelung wurde allerdings durch eine Entscheidung des VfGH (VfSlg. 20.433), die in weiten Teilen ein Spiegelbild des Urteils des BVerfG zu § 217 dStGB (BVerfGE 153, 182) ist, der Boden entzogen. In Reaktion auf VfSlg. 20.433 gewährleistet das mit 1.1.2022 in Kraft getretene Sterbeverfügungsgesetz (BGBl I 2021/242) ein Recht auf Suizid und Suizidbeihilfe, verankert aber gleichzeitig einschneidende administrativ-prozedurale Regeln, die der Sterbewillige beachten muss, um das todbringende Präparat legal zu erwerben. Schließlich kann die Leistung von Suizidbeihilfe für den Suizidbeihilfer strafrechtliche Folgen nach sich ziehen, wenn er gewisse Regeln des Sterbeverfügungsgesetzes missachtet (§ 78 StGB i.d.F. von Art. 3 des Sterbeverfügungsgesetzes).

Sec. 78 of the Austrian Penal Code prohibited aiding and abetting in suicide without exception. Following a judgment of the Austrian Constitutional Court (VfSlg. 20.433) that mirrors the German Constitutional Court's judgment relating to sec. 217 of the German Penal Code (BVerfGE 153, 182) the Austrian legislature revised sec. 78 of its Penal Code in December 2021. At the same time the "Sterbeverfügungsgesetz" was enacted (Official Gazette I 2021/242) that came into force by 1 January 2022.

This statute contains administrative-procedural rules that the person who is willing to kill himself has to obey in order to gain access to the drug that ends his life.

#### I. Die Regelung der Mitwirkung am Suizid – Rechtsentwicklung und Gesetzgebung

##### 1. Deutschland

Während die Sanktionierung der (versuchten) Selbsttötung in den meisten Rechtsordnungen seit Mitte des 19. Jh. der Vergangenheit angehört,<sup>1</sup> ist die Entwicklung hinsichtlich der strafbaren Mitwirkung Dritter am Suizid ganz anders verlaufen. Für viele Strafgesetzegeber stand das Preußische ALR (1794) Pate, das in Teil II Titel 20 § 834 sowohl die Mitwirkung Dritter am Selbstmord als auch die Tötung auf Verlangen unter Strafe stellt.<sup>2</sup> Als Begründung für die Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid (Verleitung oder Beihilfe) wird regelmäßig angeführt, dass sich die Handlung des Mitwirkenden gegen ein fremdes Rechtsgut – das Leben des Sterbewilligen – richtet, so dass es gerechtfertigt erscheine, die „Teilnahme an einer straflosen Haupttat“ selbständig unter Strafe zu stellen.<sup>3</sup> Dieser Auffassung folgen auch heute noch u.a. die Gesetzgeber Englands und Wales,<sup>4</sup> Italiens,<sup>5</sup> Portugals,<sup>6</sup> Spaniens<sup>7</sup> und einer Reihe von Gliedstaaten der USA.<sup>8</sup> Unterschiedlich wird in vielen Rechtsordnungen, die die Mitwirkung an der Selbsttötung unter Strafe stellen, indes beurteilt, ob dieses Delikt dogmatisch als Tötungsdelikt<sup>9</sup>

\* Der Verfasser lehrt am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Karl-Franzens-Universität Graz.

<sup>1</sup> Siehe für Österreich StG 1803 (JGS 1803/626) Teil II, §§ 90 bis 92. Die rechtliche Sanktionierung der Selbsttötung wurde durch Art. XVI des sog. Milderungspatentes v. 17.1.1850, RGBl. 1850/34, aufgehoben; dazu zuletzt Memmer, JSt. 8 (2021), 469 (474 ff.); ders., *Imago Hominis* 29 (2022), 121 (126 f.); rechtsvergleichend Simson/Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, 1969, S. 63 ff.; Rehbach, DRiZ 1986, 241 ff.; Wacke, ZRG (Rom. Abt.) 97 (1980), 26 ff.

<sup>2</sup> Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut: „Wer einen Andern auf dessen Verlangen tödtet, oder ihm zum Selbstmorde behülflich ist, hat sechs- bis zehnjährige, und bey einem überwiegenden Verdachte, den Wunsch nach dem Tode bey dem Getödteten selbst veranlaßt zu haben, lebenswichtige Festungs- oder Zuchthausstrafe verwirkt“ (Abdruck u.a. bei Heinrich, in: GedS Tröndle, 2019, S. 539 [542 Fn. 23]).

<sup>3</sup> Begründung zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Sensburg, Dörflinger et al. v. 30.6.2015 über die Strafbarkeit der Teilnahme an der Selbsttötung, BT-Drs. 18/5376, S. 5; Heinrich, in: GedS Tröndle, 2019, S. 539 (542); Teising, in: Küchenhoff/Teising (Hrsg.), *Sich selbst töten mit Hilfe Anderer*, 2022, S. 13 (17 f.).

<sup>4</sup> Siehe McHale/Fox, *Health Care Law*, 2007, S. 998 ff.; G. Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law*, 1958, S. 264 ff.

<sup>5</sup> Siehe Bosch, in: Eser/Koch (Hrsg.), *Materialien zur Sterbehilfe*. Eine internationale Dokumentation, 1991, S. 391 (395).

<sup>6</sup> Siehe Hünerfeld, in: Eser/Koch (Hrsg.), ebd. S. 581 (587).

<sup>7</sup> Siehe Madlener, in: Eser/Koch (Hrsg.), ebd. S. 651 (662).

<sup>8</sup> Siehe *Commonwealth v. Hicks*, 118 Ky. 637 = 82 S.W. 265 (1904); Silving, Univ. Pennsylvania L. Rev. 103 (1954), 350 (369 ff.); *Baughman/Bruha*, Notre Dame L. Rev. 48 (1973), 1202 ff.; *Wright*, North Carolina Central L. Rev. 7 (1975), 156 ff.; *Engelhardt/Malloy*, Sw. L. J. 36 (1982), 1003 ff.; *Shaffer*, Columbia L. Rev. 86 (1986), 348 ff.; *G.P. Smith*, U. C. Davis L. Rev. 22 (1989), 275 ff.; ders., *Final Choices. Autonomy in Health Care Decisions*, 1989, S. 105 ff. – Eine gewisse „Mittellösung“ hat der Gesetzgeber in der Schweiz erzielt: Die Mitwirkung an der Selbsttötung ist nach Art. 115 des Schweizer StGB nur strafbar, wenn sie aus „selbstsüchtigen Beweggründen“ erfolgt; siehe dazu einlässlich Ch. Schwarzenegger, in: Petermann (Hrsg.), *Sicherheitsfragen der Sterbehilfe*, 2008, S. 82 ff.

<sup>9</sup> I.d.S. für § 78 österr. StGB i.d. Stammfassung Wach, ÖJZ 1978, 479 („... Sonderfall vorsätzlicher Tötung ...“); Kneihls, *Grundrechte und Sterbehilfe*, 1998, S. 487 („... Fremdtötung ...“); Nimmervoll, in: Leukauf/Steininger, StGB, 4. Aufl. (2016), § 78 Rn. 1 („... privilegierte[r] Fall der vorsätzlichen Tötung ...“).

oder als Delikt sui generis<sup>10</sup> eingeordnet werden soll.

In teilweiser Abkehr von Teil II Titel 20 § 834 des Preußischen ALR (1794)<sup>11</sup> verzichtete der deutsche Gesetzgeber nach der Reichsgründung (1871) auf eine ausdrückliche Regelung der Mitwirkung am Suizid, was – jedenfalls nach h.L. und Rspr. – zu deren Entkriminalisierung führte.<sup>12</sup> An diesem Rechtszustand hat sich in Deutschland, sieht man von der nicht einmal fünfjährigen Geltung des § 217 dStGB einmal ab,<sup>13</sup> seit nunmehr 150 Jahren nichts geändert.<sup>14</sup> Auch de lege ferenda spricht man sich in Deutschland – mehr oder weniger geschlossen – gegen die Strafbarkeit (jedenfalls) der Beihilfe zur Selbsttötung aus,<sup>15</sup> wie u.a. eine 2015 veröffentlichte Stellungnahme von 147 deutschen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrern<sup>16</sup> deutlich unter Beweis stellt. In dieser Stellungnahme heißt es u.a.:<sup>17</sup>

„Aus der Strafflosigkeit des Suizids ergibt sich nach bewährten strafrechtsdogmatischen Regeln, dass auch die Beihilfe zum Suizid nicht strafbar ist.<sup>18</sup> Dies zu ändern würde zu einem Systembruch führen, dessen Auswirkungen nicht absehbar sind.“

Das Recht auf Selbstbestimmung jedes Menschen, verfassungsrechtlich durch Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG garantiert, umfasst auch das eigene Sterben. Mit dem

Patientenverfügungsgesetz aus dem Jahre 2009<sup>19</sup> hat der Gesetzgeber dies ausdrücklich anerkannt. Eine Strafbarkeit der Suizidbeihilfe greift in das Selbstbestimmungsrecht unverhältnismäßig ein. Der Grundsatz, dass Strafrecht ultima ratio sein muss, wird nicht beachtet.

[...] Die Einführung einer Strafbarkeit von Ärzten wegen Beihilfe zum Suizid ist [...] entschieden abzulehnen. Deren Grundrecht der Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG, umfasst auch das Verhältnis zwischen dem Arzt und dessen Patienten, so dass eine strafrechtliche Neuregelung schon aus verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen ist.“

## 2. Österreich

In deutlichem Kontrast zum deutschen Recht, das die Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid von einsichts- und urteilsfähigen Personen nach wie vor verneint,<sup>20</sup> wurde in Österreich im Jahre 1934 neben der Tötung auf Verlangen (§ 139a StG 1945)<sup>21</sup> auch die „Mitwirkung am Selbstmord“ (so die Überschrift zu § 139b StG 1945) als eigenständiges Delikt verankert.<sup>22</sup> – Noch wenige Jahre zuvor wollte der Gesetzgeber nur die Verleitung, nicht aber die Beihilfe zum Suizid bei Strafe verbieten (§ 248 E 1927). Der StGB-Entwurf aus dem Jahr 1927,<sup>23</sup> der das Ziel verfolgte, das österreichische Strafrecht dem deutschen anzugleichen,<sup>24</sup> wurde freilich niemals Gesetz.

<sup>10</sup> So die wohl h.M. zu § 78 österr. StGB i.d. Stamfassung; siehe – stellvertretend – Moos, JBl. 2001, 196; Birklbauer, in: Wiener Komm. StGB, 2. Aufl. (Stand 1.3.2019, rdb.at), § 78 Rn. 8 („... kein privilegierter Fall des § 75 ...“); ebenso die Rspr.: OGH 31.3.1950, 1 Os 651/49 SSt. 21/42 („... selbständiges Verbrechen, weil eben der Selbstmord [k]eine strafbare Tat ist ...“).

<sup>11</sup> Siehe oben in Fn. 2.

<sup>12</sup> Siehe die Nachweise bei Heinrich, in: GedS Tröndle, 2019, S. 539 (544 f.).

<sup>13</sup> Dazu unter II.1.

<sup>14</sup> Siehe aus der Rspr. BGH, Urt. v. 12.2.1952 – 1 StR 59/50, BGHSt 2, 152 = NJW 1952, 552; BGH, Urt. v. 14.2.1984 – 1 StR 808/83, BGHSt 32, 262 = NSStZ 1984, 410 m. Anm. v. Roxin = JZ 1984, 750 m. Anm. v. Kienapfel; BGH, Urt. v. 7.2.2001 – 5 StR 474/00, JZ 2002, 150 m. Anm. v. Sternberg-Lieben = NSStZ 2001, 546 m. Anm. v. Duttge; aus der Literatur: Roxin, in: FS Dreher, 1977, S. 331 ff.; anders nur Schmidhäuser, in: FS Welzel, 1974, S. 801 ff.

<sup>15</sup> Für ausnahmslose Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid allerdings der Gesetzentwurf der Abgeordneten Sensburg, Dörflinger et al. v. 30.6.2015 über die Strafbarkeit der Teilnahme an der Selbsttötung, BT-Drs. 18/5376 sowie Vertreter aus der Ärzteschaft; vgl. Richter-Kuhlmann, Dtsch. Ärztebl. 109 (2012), A-1970.

<sup>16</sup> Achenbach et al., in: Saliger, Selbstbestimmung bis zuletzt. Rechtsgutachten zum strafrechtlichen Verbot organisierter Sterbehilfe, 2015, S. 216 ff.

<sup>17</sup> Achenbach et al., in: Saliger, ebd. S. 217.

<sup>18</sup> Dieses Argument wird auch als „formales Akzessoritätsargument“ (Prinzip der Eigenverantwortlichkeit des Suizidenten für sein Leben; vgl. nur Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 35) bezeichnet. – Pointiert schon Sanders v. State of Texas, 54 Tex. Crim. 101 (105) = 112 S.W. 68 (1908): „So far as our law is concerned, the suicide is innocent of any criminality. Therefore, the party who furnishes the means to the suicide is also innocent of violating the law. It may be a violation of morals and ethics and reprehensible that a party may furnish another poison or pistols or guns or any other means or agency for the purpose of the suicide to take his own life, yet our law has not seen proper to punish such persons or such acts.“

<sup>19</sup> Das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (sog. Patientenverfügungsgesetz), BGBl. I 2009, S. 2286, verwirklichte das Recht einwilligungsfähiger Personen, medizinische Eingriffe für den Fall des Verlusts der Einwilligungsfähigkeit im Wege einer Patientenverfügung zu untersagen (§ 1901a BGB); dazu u.a. Olzen/Schneider, MedR 2010, 745 ff.; Spickhoff, FamRZ 2009, 1949 ff.; zum österr. Patientenverfügungsgesetz (PatVG, BGBl. I 2016/55) siehe Bernat, EF-Z 2006, 42 ff. und 74 ff.; ders./Gaberc, GesR 2007, 1 ff.; ders., in: Albers (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2008, S. 97 ff.; ders., in: Körtnner/Kopetzki/Kletečka-Pulker (Hrsg.), Das österreichische Patientenverfügungsgesetz. Ethische und rechtliche Aspekte, 2007, S. 43 ff.; Duttge, ZfL 2006, 81 ff.; Kathrein, ÖJZ 2006, 555 ff.; Kopetzki, in: Duttge (Hrsg.), Ärztliche Behandlung am Lebensende, 2008, S. 79 ff.; Körtnner, ZEE 2006, 221 ff.; Memmer, RdM 2006, 163 ff.; Pogacar, Zak 2006, 223 ff.; Tolmein, FAZ v. 20.4.2006, S. 37.

<sup>20</sup> Siehe nochmals Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 35 sowie Hecker, JuS 2020, 82 ff. und Schneider, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), Vorbem. § 211 Rn. 34.

<sup>21</sup> Das Strafgesetz (StG) v. 27.5.1852, RGBl. 1852/117, wurde nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges durch § 2 Abs. 1 des Gesetzes v. 12.6.1945, StGBI 1945/25, i.d.F. v. 13.3.1938 wiederverlautbart. Seit damals wurde bzw. wird es als StG 1945 bezeichnet.

<sup>22</sup> Siehe Art. II Ziff. 5 des BG v. 19.6.1934 über die Wiedereinführung der Todesstrafe im ordentlichen Verfahren und die Umgestaltung der Geschworenengerichte (Strafrechtsänderungsgesetz 1934), BGBl. II 1934/77.

<sup>23</sup> 49 Blg. Sten. Prot. NR 3. GP. § 248 E 1927 hat folgenden Wortlaut: „Wer einen anderen verleitet, sich selbst zu töten, wird, auch wenn der andere nur versucht hat, sich zu töten, mit Gefängnis bestraft. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu zehn Jahren.“ Zu dieser Bestimmung heißt es in den amtlichen Erläuterungen (49 Blg. Sten. Prot. NR 3. GP, S. 196): „Der Entwurf lässt die Beihilfe straflos; wer einen anderen, der zum Selbstmord entschlossen ist, die Ausführung seines Entschlusses erleichtert, mag in hohem Grade sittlich verwerflich handeln, für eine strafrechtliche Ahndung dieses Tuns besteht kein ausreichendes Bedürfnis. Anders liegt es, wenn der Täter in dem anderen den Entschluß, sich selbst zu töten, erst erregt. Hier kann es sich [...] um Willensbeugungen schlimmster Art handeln.“

<sup>24</sup> Dazu einlässlich Rittler, ZBl. 46 (1928), 1 ff.

Der Gesetzgeber der großen österreichischen Strafrechtsreform, die erst 30 Jahre nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges abgeschlossen werden konnte, hat die Tatbilder der § 139a und § 139b StG 1945 in § 77 („Tötung auf Verlangen“) und § 78 StGB 1974 („Mitwirkung am Selbstmord“) fast wortgleich rezipiert. Diese Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:

#### „Tötung auf Verlangen

§ 77. Wer einen anderen auf dessen ernstliches und eindringliches Verlangen tötet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

#### Mitwirkung am Selbstmord

§ 78. Wer einen anderen dazu verleitet, sich selbst zu töten, oder ihm dazu Hilfe leistet, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

In den amtlichen Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErläutRV) (1971) des mit 1.1.1975 in Kraft getretenen StGB<sup>25</sup> finden sich zur Frage der rechtsethischen Legitimität und strafrechtsdogmatischen Rechtfertigung der §§ 77 f. StGB lediglich zwei knappe Sätze:

„Das Rechtsgut des menschlichen Lebens ist [...] um Interessen der Gesamtheit willen grundsätzlich unabhängig vom Willen des unmittelbaren Trägers dieses Rechtsguts geschützt [...] Die Fassung des § 139b StG entspricht durchaus der sozialetischen Beurteilung einer Mitwirkung am Selbstmord und den kriminalpolitischen Bedürfnissen.“<sup>26</sup>

## II. Deutsches *BVerfG* und österreichischer *VfGH* anerkennen ein Recht auf Suizid und Suizidbeihilfe

### 1. Das *BVerfG* erklärt das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 dStGB) für nichtig

Der deutsche Gesetzgeber verabschiedete im Jahr 2015 ein „Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“.<sup>27</sup> Durch dieses Gesetz wurde ein § 217 in das deutsche Strafgesetzbuch eingefügt. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„(1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.“

§ 217 dStGB will die Strafflosigkeit der Mitwirkung am freiverantwortlich begangenen Suizid zwar nicht – wie § 78 des österreichischen StGB i.d. Stamfassung – ausnahmslos infrage stellen, verfolgt aber das Ziel, „geschäftsmäßige Angebote der Suizidbeihilfe [nicht] als normale Behandlungsoption erscheinen [zu] lassen“.<sup>28</sup> Die Bestimmung war durch die Ausbreitung von öffentlich gemachten Angeboten zur Suizidbeihilfe ausgelöst worden.<sup>29</sup> Der deutsche Gesetzgeber befürchtete – ausweislich der Gesetzesmaterialien –, dass Menschen durch solche Angebote verleitet werden könnten, sich unbedacht das Leben zu nehmen.<sup>30</sup>

§ 217 dStGB schränkt den Freiheitsraum sterbewilliger Personen drastisch ein, weshalb diese Bestimmung auch auf fundamentale Kritik des deutschen Schrifttums gestoßen ist. Im Kern geht diese Kritik vom formalen Akzessorietätsargument aus, dem zufolge die Mitwirkung am Suizid bekanntlich nicht strafbar sein dürfe, weil ja auch der Suizid keine rechtswidrige Tat sei. Mitunter wird sogar ins Treffen geführt, dass der Suizident, der freiverantwortlich handelt, gar kein Rechtsgut verletze, „weil eine freiverantwortliche Selbstverletzung keine Rechtsgutsrelevanz“<sup>31</sup> habe. Das Hauptproblem des § 217 dStGB liege folglich darin, dass die von dieser Bestimmung „pönanisierten Verhaltensweisen keinen inneren Zusammenhang zum Schutzzweck (Autonomie- und damit einhergehend Lebensschutz) erkennen lassen.“<sup>32</sup> Worin, so fragt etwa *Duttge* pointiert, soll denn „eigentlich das strafwürdige Unrecht der ‚geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe‘ liegen“? Da die Förderung von unfrei begangenen Suiziden „schon de lege lata als Tötung in mittelbarer Täterschaft strafbar“ sei, fielen nur Suizide, die frei begangen werden, in den Anwendungsbereich des § 217 dStGB. Insofern führe die ausnahmslose Strafandrohung des § 217 dStGB aber zu einer „überschießenden Kriminalisierung und die Bestrafung jeder Förderungstat im Sinne des Gesetzes [zur] Verhängung und Vollstreckung einer Verdachtsstrafe.“<sup>33</sup>

Da § 217 dStGB zu einer massiven Einschränkung der Freiheit sterbewilliger Personen, Suizidbeihilfe in Anspruch zu nehmen, geführt hat, kam das Urteil des *BVerfG* v. 26.2.2020, mit dem diese Bestimmung wegen Unvereinbarkeit mit diversen Grundrechten des Bonner GG für nichtig erklärt worden ist,<sup>34</sup> nicht ganz unerwartet.

<sup>25</sup> BG v. 23.1.1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB), BGBl. 1974/60.

<sup>26</sup> 30 Blg. Sten. Prot. NR 13. GP, S. 196.

<sup>27</sup> BGBl. I 2015, S. 2177.

<sup>28</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 2. – „Geschäftsmäßig“ i.S.d. deutschen Strafrechts handelt der Täter schon dann, wenn er – nicht notwendigerweise in Gewinnerzielungsabsicht – etwas Dritten gegenüber nachhaltig betreibt oder anbietet (BT-Drs. 18/5373, S. 16). Die Entscheidung des Gesetzgebers, schon die „geschäftsmäßige“ und nicht erst die „gewerbsmäßige“ Förderung des Suizids unter Strafe zu stellen, hatte zur Folge, dass sich eine Person schon dann strafbar machte, wenn sie Suizidbeihilfe mit Wiederholungsabsicht anbot (*Brunhöber*, in: MüKo-StGB, § 217 Rn. 11).

<sup>29</sup> *Sachs*, JuS 2020, 580.

<sup>30</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 3.

<sup>31</sup> *Neumann*, in: FS Rengier, 2018, S. 572 (580).

<sup>32</sup> *Grünwald*, JZ 2016, 938 (947).

<sup>33</sup> *Duttge*, NJW 2016, 120 (123); kritisch auch *Sowada*, ZfL 2016, 34 ff.; *Roxin*, NStZ 2016, 185 (188 ff.); *Nakamichi*, ZIS 2017, 324 ff.

<sup>34</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182 = MedR 2020, 563 m. Anm. v. *Duttge* und *Kreß* = NStZ 2020, 528 m. Anm. v. *Brunhöber* = JuS 2020, 580 m. Anm. v. *Sachs*; aus der zahlreichen Literatur, die schon vor Verkündung dieses Urteils die Entscheidung zum Suizid als elementares Persönlichkeitsrecht eingeordnet hatte, siehe bloß *Bernat*, ÖJZ 2002, 92 ff.; *Botke*, GA 1982, 346 ff.; *Lindner*, ZRP 2017, 94 f.

Nach Auffassung des *BVerfG* lasse sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben ableiten, das nicht nur die Freiheit des Einzelnen einschließt, „sein Leben eigenhändig zu beenden“,<sup>35</sup> sondern auch die Freiheit, „hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen.“<sup>36</sup> Diese Freiheit lässt es nach Auffassung des *BVerfG* nicht zu, „die Zulässigkeit einer Hilfe zur Selbsttötung materiellen Kriterien zu unterwerfen, sie etwa vom Vorliegen einer unheilbaren oder tödlich verlaufenden Krankheit abhängig zu machen.“<sup>37</sup> Dies bedeute freilich nicht, dass es dem Gesetzgeber verboten sei, Regeln für den „Nachweis der Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit eines Selbsttötungswillens“ aufzustellen. Deshalb stehe es dem Gesetzgeber auch frei, ein „prozedurales Sicherungskonzept“ zu entwickeln.<sup>38</sup> Da aber das in § 217 dStGB verankerte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung die Möglichkeit einer assistierten Selbsttötung derart einenge, dass dem Sterbewilligen faktisch kein Raum zur Wahrnehmung seines Rechts auf Suizidbeihilfe verbleibe, sei der durch § 217 Abs. 1 dStGB hervorgerufene Eingriff in dieses Recht nicht mehr verhältnismäßig.<sup>39</sup> Wolle der Gesetzgeber bestimmte für die Autonomie des Suizidwilligen gefährliche Formen der Suizidbeihilfe unter Strafe stellen, dann müsse er auch „sicherstellen, dass trotz des Verbots im Einzelfall ein Zugang zu freiwillig bereitgestellter Suizidbeihilfe real eröffnet bleibt.“<sup>40</sup>

Die Nichtigerklärung des § 217 dStGB führte zu zahlreichen Vorschlägen zur Regulierung der Suizidbeihilfe.<sup>41</sup> Der deutsche Gesetzgeber ist bislang (Rechtsstand September 2022) aber noch nicht tätig geworden.

## 2. Der *VfGH* hebt das Verbot der Beihilfe zum Selbstmord (§ 78 Fall 2 StGB i.d. Stammfassung) auf

Auch der österreichische *VfGH* musste im Jahre 2020 aufgrund von Individualanträgen österreichischer Staatsbürger klären, ob es ein von der Verfassung geschütztes Recht auf Suizid und Suizidbeihilfe gibt. Das Erkenntnis des *VfGH*, das Ende 2020 ausgefertigt worden ist,<sup>42</sup> ist in weiten Teilen ein Spiegelbild des Urteils des *BVerfG* v. 26.2.2020.<sup>43</sup>

Nach Auffassung des *VfGH* zählt zu dem von der Verfassung gewährleisteten Recht auf freie Selbstbestimmung nicht nur das Recht, das eigene „Leben in Würde zu beenden“,<sup>44</sup> sondern auch auf Inanspruchnahme der Hilfe eines Dritten, der bereit ist, an der Selbsttötung mitzuwirken.<sup>45</sup> Daher habe der Gesetzgeber bei der Klärung der Frage, ob das Recht auf Suizidbeihilfe eingeschränkt werden dürfe, keinen weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum.<sup>46</sup> „Steht unzweifelhaft fest, dass der Entschluss der Selbsttötung auf einer freien Selbstbestimmung gründet, hat der Gesetzgeber dies zu respektieren.“<sup>47</sup> In einem solchen Fall sei er also verpflichtet, „die Hilfe eines Dritten bei der Selbsttötung zuzulassen.“<sup>48</sup> Dabei habe der Gesetzgeber dafür Sorge zu tragen, „dass der helfende Dritte eine hinreichende Grundlage dafür hat, dass der Suizidwillige“ seinen Entschluss, sich selbst zu töten, frei und selbstbestimmt gefasst hat.<sup>49</sup>

Der *VfGH* betont des Weiteren unmissverständlich, dass es aus grundrechtlicher Perspektive keinen Unterschied mache, ob der selbstbestimmungsfähige Patient eine lebenserhaltende oder -verlängernde (Weiter)Behandlung (im Wege einer Patientenverfügung) verweigert oder ob er sich mit der Hilfe eines Dritten selbst tötet, „um ein Sterben in der [von ihm] angestrebten Würde zu ermöglichen.“<sup>50</sup>

Das *ausnahmslose* Verbot der Beihilfe zur Selbsttötung (§ 78 Fall 2 StGB) stehe daher nicht im Einklang mit der österreichischen Verfassung.<sup>51</sup> § 78 Fall 2 StGB sei auch nicht deshalb verfassungskonform, weil das Strafrecht ein außerordentliches Milderungsrecht kenne (§ 41 StGB). Denn die Befugnis eines Strafgerichts, die Strafe – der geringen Schuld des Täters entsprechend – erheblich zu mildern, könne „den objektiven Unrechtsvorwurf, den § 78 Fall 2 StGB pauschal und ohne jede Differenzierung allen denkbaren Hilfestellungen zur Selbsttötung beimisst, [nicht] beseitigen.“<sup>52</sup>

Den Antrag auf Aufhebung des § 77 StGB (Tötung auf Verlangen) hat der *VfGH* aus formalen Gründen<sup>53</sup> zurückgewiesen,<sup>54</sup> aber betont, dass die Aufhebung des § 78 Fall 2 StGB nicht ohne weiteres zu dem Schluss verleiten

<sup>35</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182 (Rn. 209).

<sup>36</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182 (Rn. 212).

<sup>37</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182 (Rn. 210, 340).

<sup>38</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182 (Rn. 340).

<sup>39</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182 (Leitsatz 5).

<sup>40</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182 (Rn. 284).

<sup>41</sup> Überblick dazu bei Ausschuss Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein, MedR 2021, 536 f.; Eberbach, MedR 2022, 455 ff.; Gaede, ZRP 2022, 73 ff.; Pietsch, KriPoZ 2022, 148 ff.; Rostalski, GA 2022, 209 ff.; Saliger, in: FS Merkel, 2020, S. 1063 ff.

<sup>42</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 = JBl. 2021, 164 = RdM 2021/174, 75 = MedR 2021, 538 m. Problemstellung v. Dutte = GesR 2021, 809.

<sup>43</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182.

<sup>44</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 73).

<sup>45</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 74).

<sup>46</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 83).

<sup>47</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 84).

<sup>48</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 85).

<sup>49</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 85 a.E.).

<sup>50</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 92).

<sup>51</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 104).

<sup>52</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 105).

<sup>53</sup> Siehe *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 18); dazu kritisch Bernat, MedR 2021, 529 (531).

<sup>54</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 120).

dürfe, dass auch § 77 StGB verfassungswidrig sei.<sup>55</sup> Denn diese Bestimmung unterscheide sich „in wesentlichen Belangen von § 78 Fall 2 StGB“.<sup>56</sup> Ähnliches gelte für § 78 Fall 1 StGB (Verleitung zum Selbstmord): Da der Suizidwillige den Schutz der Verfassung nur dann in Anspruch nehmen könne, wenn sein Entschluss, sich eigenhändig zu töten, frei und unbeeinflusst zustande gekommen ist, und diese Voraussetzung bei einer Verleitung zur Selbsttötung „von vornherein nicht erfüllt“ werde, verstoße § 78 Fall 1 StGB gegen kein von der Verfassung gewährleistet Recht.<sup>57</sup>

Das Sterbehilfe-Erkenntnis des VfGH ist in der zahlreichen Literatur, die es ausgelöst hat, überwiegend begrüßt worden.<sup>58</sup> Uneinheitlich wurde lediglich beurteilt, welche Rolle dem Arzt im Rahmen einer Neuregelung der Suizidbeihilfe zugedacht werden sollte, ob die Suizidbeihilfe auch von objektiven Kriterien (bspw. einer schweren Erkrankung des Suizidwilligen) abhängig gemacht werden dürfe, und welche prozeduralen Regeln am ehesten geeignet erscheinen, sicherzustellen, dass nur entscheidungsfähige Menschen Suizidbeihilfe in Anspruch nehmen.

### III. Die Rückkehr zur Strafbarkeit: § 78 StGB i.d.F. von Art. 3 des Sterbeverfügungsgesetzes (StVfG)

In Deutschland hat die Nichtigerklärung des § 217 dStGB durch Urteil des BVerfG v. 26.2.2020<sup>59</sup> bislang (Rechtsstand September 2022) nur zur Streichung des berufsrechtlichen Verbots der ärztlichen Suizidbeihilfe geführt.<sup>60</sup> Demgegenüber hat der österreichische Gesetzgeber die Suizidbeihilfe noch kurz vor Jahresende 2021 in

einem Sterbeverfügungsgesetz (StVfG)<sup>61</sup> mehr als umfassend geregelt, gleichzeitig aber auch § 78 StGB neu gefasst. Offenbar fühlte sich der Gesetzgeber vom VfGH, der das Verbot der Suizidbeihilfe mit Ablauf des 31.12.2021 aufgehoben hatte,<sup>62</sup> unter Druck gesetzt: Durch das rasche Verabschieden des StVfG sollte vermieden werden, dass Beihilfe zum freiverantwortlich begangenen Suizid – wie zurzeit in Deutschland (Rechtsstand September 2022) – ab 1.1.2022 schrankenlos erlaubt ist.<sup>63</sup>

#### 1. Eckpunkte des StVfG

Das StVfG verankert ein Gesamtkonzept staatlicher Regelung der Suizidbeihilfe, das den Rahmen des Zulässigen sehr eng fasst. Im Zuge der Entstehung des Gesetzes wurde von Seiten der politisch Verantwortlichen auch betont, dass dem Suizid in jedem Fall etwas Tragisches anhafte, so dass es – ungeachtet des Sterbehilfe-Erkenntnisses des VfGH v. 11.12.2020<sup>64</sup> – legitim sei, restriktive Regeln zu schaffen, die es Suizidwilligen nicht gerade erleichtern, ihren Selbsttötungsentschluss in die Tat umzusetzen.<sup>65</sup> Aus diesem Grund wurde der in der rechtspolitischen Diskussion sehr häufig gemachte Vorschlag, die Suizidbeihilfe ausschließlich in die Hände der Ärzte zu legen (Arztvorbehalt),<sup>66</sup> vom Gesetzgeber entschieden abgelehnt: Ein Arztvorbehalt würde die gesellschaftliche Akzeptanz von Suizidbeihilfe stärken, was allerdings, so befürchtete die Bundesregierung, zu einer Unterminierung der „selbstbestimmte[n] Steuerung des Sterbeprozesses“ führen könne.<sup>67</sup> Auch die Ärzteschaft beurteilte die Verankerung eines Arztvorbehalts überwiegend kritisch und sprach sich unmissverständlich dagegen aus,

<sup>55</sup> A.A. in der Tendenz im Hinblick auf den § 77 StGB entsprechenden § 216 dStGB nun aber BGH, Urt. v. 28.6.2022 – 6 StR 68/21, NJW 2022, 3021 m. Anm. v. Grünwald = GesR 2022, 604. Der *sechste Strafsenat des BGH* neigt in dieser Entscheidung der Auffassung zu, „dass die vom BVerfG zu § 217d Abs. 1 dStGB entwickelten Grundsätze [...] auf § 216 dStGB übertragbar sind, weil diese Vorschrift in vergleichbarer Weise in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben eingreift“ (a.a.O. Rn. 23). In der Tendenz ebenso *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, 1998, S. 35: „Tötung auf Verlangen ist arbeitsteilig vollzogene Selbsttötung; denn der Verlangende, nicht der Ausführende, bestimmt den Zweckzusammenhang.“ Siehe zu BGH, Urt. v. 28.6.2022 – 6 StR 68/21, NJW 2022, 3021 m. Anm. v. Grünwald auch *Rixen*, GesR 2022, 640 ff. und *Dutge*, GesR 2022, 642 f.

<sup>56</sup> VfGH, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 115).

<sup>57</sup> VfGH, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 108).

<sup>58</sup> *Bernat*, MedR 2021, 529 ff.; *Birkbauer*, JSt. 8 (2021) 10 ff.; *Brade/Friedrich*, RdM 2021/334, 225 ff.; *Burda*, ÖJZ 2021/28, 220 ff.; *Fremuth*, ZÖR 76 (2021), 841 ff.; *Gamper*, JBl. 2021, 137 ff.; *Khakzadeh*, RdM 2021/109, 48 ff.; *Kneihls*, NLMR 2020, 425 ff.; *ders.*, in: Jahrbuch Öffentliches Recht 2021, S. 198 ff.; *Kopetzki*, RdM 2021/108, 45; *Lambauer*, in: Urban (Hrsg.), Wissenschaft – Praxis – Studium (2021), 15 ff.; *Margula*, RZ 2021, 19 f.; *Pöschl*, EuGRZ 2021, 12 ff.; (sehr) kritisch lediglich *Lewis*, ÖJZ 2021/124, 978 ff.

<sup>59</sup> BVerfG, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a. BVerfGE 153, 182.

<sup>60</sup> Bis 2021 hieß es in § 16 Satz 3 der deutschen (Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä): „Sie [Ärztinnen und Ärzte] dürfen keine Hilfe zur Selbsttötung leisten.“ Angesichts der Entscheidung des BVerfG v. 26.2.2021 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182, hat der 124. Deutsche Ärztetag (5.5.2021) diese Position aufgegeben. In § 16 Abs. 3 MBO-Ä i.d.F. des 124. Deutschen Ärztetages heißt es nunmehr: „Ärztinnen und Ärzte haben Sterbenden unter Wahrung ihrer Würde und unter Achtung ihres Willens beizustehen. Es ist ihnen verboten, Patientinnen und Patienten auf deren Verlangen zu töten.“ Siehe dazu einlässlich Bundesärztekammer, Dtsch. Ärztebl. 118 (2021), A-1428 ff.; *Kraatz*, NStZ-RR 2022, 33 (34); *Krekeler*, MedR 2022, 880 ff.

<sup>61</sup> BG, mit dem ein Sterbeverfügungsgesetz erlassen wird sowie das Suchtmittelgesetz und das Strafgesetzbuch geändert werden, BGBl. I 2021/242 (ausgegeben am 31.12.2021). – Der Ministerialentwurf wurde erst am 23.10.2021 zur Begutachtung versandt, die Begutachtungsfrist endete am 12.11.2021; siehe zur unangemessenen kurzen Begutachtungsfrist die Kritik bei *Bernat*, Stellungnahme zum Ministerialentwurf eines StVfG, 115/SN-150/ME.

<sup>62</sup> BGBl. I 2020/154.

<sup>63</sup> Vgl. JAB StVfG 1255 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 2.

<sup>64</sup> VfGH, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433.

<sup>65</sup> So *Edtstadler* (Bundesministerin für EU und Verfassung) im Rahmen der Salzburger Bioethik-Dialoge; siehe *Edtstadler*, ORF.at v. 1.5.2021, online abrufbar unter: <https://religion.orf.at/stories/3206294/> (zuletzt abgerufen am 30.8.2022). – Selbst der restriktive Kurs des StVfG schien der österreichischen Bischofskonferenz viel zu liberal; siehe dazu *Neuwirth*, Die Presse v. 13.11.2021, S. 11; *Kolosz*, Die Presse v. 29.10.2021, S. 30; *Prüller*, Die Presse v. 14.11.2021, S. 47.

<sup>66</sup> Statt vieler *Bernat*, MedR 2021, 529 (533); *Birkbauer*, RdM 2016/62, 84 (88); *Burda*, RdM 2020/283, 272 (275); aus der deutschen Diskussion *Thöns et al.*, Schmerzmedizin 37/4 (2021), 12 ff.

<sup>67</sup> ErläutRV StVfG 1177 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 5 f.

den Ärzten bei der Suizidbeihilfe eine Schlüsselrolle zukommen zu lassen.<sup>68</sup>

*a) Der Suizidwillige muss sich von zwei Ärzten aufklären lassen*

Das StVfG will sicherstellen, dass der Suizidwillige seine Entscheidung, sich zu töten, in „freier Selbstbestimmung“<sup>69</sup> gefällt hat. Zu diesem Zweck müssen zwei Ärzte, von denen einer eine palliativmedizinische Qualifikation haben muss, unabhängig voneinander bestätigen, dass der Suizidwillige entscheidungsfähig (§ 24 Abs. 2 ABGB<sup>70</sup>) ist und dass er seinen Entschluss, Suizid zu begehen, frei und selbstbestimmt, also ohne „Beeinflussung durch Dritte“ (§ 6 Abs. 2 StVfG) gefasst hat (§ 7 Abs. 1 StVfG). Im Falle des Verdachts auf das Vorliegen eines Suizident-schlusses, der durch eine „krankheitswertige psychische Störung“ hervorgerufen worden sein könnte, ist ein Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapeutische Medizin oder ein klinischer Psychologe hinzuzuziehen, der diesem Verdacht nachzugehen und die beiden in § 7 Abs. 1 StVfG namhaft gemachten Ärzte fachlich zu beraten hat (§ 7 Abs. 4 StVfG). Diese Ärzte unterliegen gegenüber dem Suizidwilligen umfangreichen Aufklärungspflichten, deren Mindestumfang (arg. „zumindest“) in § 7 Abs. 2 StVfG sehr detailliert beschrieben wird. Über die Ergebnisse des Aufklärungsgesprächs hat jeder der beiden Ärzte ein Dokument zu errichten, zu unterschreiben (§ 7 Abs. 3) und dem Suizidwilligen auszuhändigen.<sup>71</sup>

Ein Recht auf Suizidbeihilfe wird dem Suizidwilligen allerdings nur eingeräumt, wenn (zumindest) der Arzt, der palliativmedizinisch ausgebildet ist, bestätigt, dass der Suizidwillige an einer „unheilbaren, zum Tod führenden Krankheit (§ 120 Ziff. 1 ASVG) [§ 6 Abs. 3 Ziff. 1 StVfG] oder an einer schweren, dauerhaften Krankheit (§ 120 Ziff. 1 ASVG) mit anhaltenden Symptomen leidet, deren Folgen [ihn] in [seiner] gesamten Lebensführung dauerhaft beeinträchtigen [§ 6 Abs. 3 Ziff. 2 StVfG]“ (§ 7 Abs. 3 StVfG).

*b) Der Suizidwillige muss eine Sterbeverfügung errichten*

Ohne die beiden Dokumente, von denen in § 7 Abs. 2 StVfG die Rede ist, kann keine Sterbeverfügung errichtet werden (§ 8 StVfG). Und ohne Sterbeverfügung ist der

Suizidwillige nicht berechtigt, das todbringende Präparat (§ 3 Ziff. 9 StVfG) in einer öffentlichen Apotheke zu beziehen (§ 11 StVfG).

In Anlehnung an das Patientenverfügungsgesetz (PatVG)<sup>72</sup> kann der Suizidwillige seine Sterbeverfügung nur vor einem Notar oder vor einem rechtskundigen Mitarbeiter der nach Landesrecht eingerichteten Patientenvertretungen (§ 11e KAKuG) errichten. Leidet er an einer Krankheit i.S.d. § 6 Abs. 3 Ziff. 1 StVfG und ist die terminale Phase (§ 3 Ziff. 8 StVfG) bereits eingetreten, muss zwischen der (ersten) ärztlichen Aufklärung und der Errichtung der Sterbeverfügung ein Zeitraum von mindestens zwei Wochen verstrichen sein. Ist die terminale Phase noch nicht eingetreten oder leidet er an einer Krankheit i.S.d. § 6 Abs. 3 Ziff. 2 StVfG, beträgt die Frist zwölf Wochen. Die „cooling off“-Periode soll dazu beitragen, dass der Suizidwillige seinen Entschluss, sich zu töten, überdenkt, also nicht vorschnell in die Tat umsetzt.

Der Notar bzw. der rechtskundige Mitarbeiter der Patientenvertretung hat auf der Sterbeverfügung zu bestätigen, dass der Suizidwillige österreichischer Staatsbürger ist oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat;<sup>73</sup> weiter, dass er volljährig, entscheidungsfähig (§ 6 Abs. 1 StVfG) und nach Maßgabe des § 7 StVfG sachgerecht aufgeklärt worden ist. Bei Zweifeln an der Entscheidungsfähigkeit des Suizidwilligen „ist die Dokumentation der Errichtung abzulehnen“ (§ 8 Abs. 3 StVfG). Rechtsschutz gegen diese „Entscheidung“ hat der Suizidwillige keinen.

Das Original der Sterbeverfügung verbleibt beim Suizidwilligen. Der Notar bzw. der rechtskundige Mitarbeiter der Patientenvertretung ist aber verpflichtet, das Sterbeverfügungsregister<sup>74</sup> von der Errichtung der Sterbeverfügung, die ein Jahr wirksam ist (§ 10 Abs. 2 StVfG), in Kenntnis zu setzen (§ 9 Abs. 3 StVfG).

*c) Der Suizidwillige muss sich das todbringende Präparat in einer öffentlichen Apotheke besorgen bzw. besorgen lassen*

Die Sterbeverfügung berechtigt den Suizidwilligen, sich das todbringende Präparat (§ 3 Ziff. 9 StVfG<sup>75</sup>) in einer öffentlichen Apotheke selbst zu besorgen oder von einer Person, die er in seiner Sterbeverfügung namhaft gemacht

<sup>68</sup> Zur Diskussion in Deutschland *Birnbacher*, Ethik Med. 34 (2022), 161 ff.

<sup>69</sup> ErläutRV StVfG 1177 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 2.

<sup>70</sup> Dazu einlässlich *Bernat*, in: Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg.), Handbuch Erwachsenenschutzrecht, 2018, Rn. 8.4 ff.

<sup>71</sup> Nach *Mokrejs-Weinhappel*, in: Dokalik (Hrsg.), StVfG-Kurzkommentar (2022), § 7 Rn. 12 soll es – entgegen dem Wortlaut von § 7 Abs. 3 StVfG – genügen, dass die beiden Ärzte ein gemeinsames Dokument errichten.

<sup>72</sup> Siehe § 6 PatVG.

<sup>73</sup> Gem. § 1 Abs. 2 StVfG können nur österreichische Staatsbürger bzw. Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben, eine Sterbeverfügung errichten. Diese Einschränkung hat der Gesetzgeber ganz bewusst getroffen, um zu verhindern, „dass Personen mit fremder Staatsangehörigkeit nur zur Inanspruchnahme der Regelungen über den assistierten Suizid nach Österreich reisen“ (ErläutRV StVfG 1177 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 7). – Indes könnte § 1 Abs. 2 StVfG europarechtliche Fragen der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) aufwerfen, die der Gesetzgeber völlig ausgeblendet hat; siehe dazu in vergleichbarem Zusammenhang *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood* [1997] 2 All ER 687 = [1997] 2 WLR 806 = [1999] Fam. 151; *Hervey*, Oxford Journal of Legal Studies 18 (1998), 207 ff.; *Bernat*, Bioethische Entscheidungskonflikte im Spiegel der Judikatur, 2003, S. 136 ff.

<sup>74</sup> Dieses Register wird von dem für Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister elektronisch geführt (§ 9 Abs. 2 StVfG).

<sup>75</sup> Nach § 3 Ziff. 9 StVfG und § 2 StVf-Präp-VO (BGBl. II 2022/16) gilt als Präparat i.S.d. StVfG Natrium-Pentobarbital.

hat, besorgen zu lassen (§ 11 Abs. 1 StVfG). Das ist der eigentliche Zweck der Sterbeverfügung: Sie dient dem Suizidwilligen gewissermaßen als Ersatz für ein ärztliches Rezept.

Beihilfe zur Selbsttötung ist entsprechend der Legaldefinition des § 3 Ziff. 4 StVfG (nur) die „physische Unterstützung“ des Suizidwilligen bei der Begehung des Suizids dar, also v.a. die Überlassung des Tatmittels.<sup>76</sup> Den beiden Ärzten, die gem. § 7 StVfG aufgeklärt haben, sowie dem Notar (bzw. dem rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretung), der gem. § 8 StVfG an der Errichtung der Sterbeverfügung mitgewirkt hat, wurde die Beihilfe zur Selbsttötung (§ 3 Ziff. 4 StVfG) ausdrücklich verboten (§ 6 Abs. 4 StVfG). Mit diesem Verbot will der Gesetzgeber der Gefahr entgegenwirken, dass der Suizid „nicht vollständig autonom“ erfolgt.<sup>77</sup> – Will der Suizidwillige also bspw., dass ihm ein Arzt das todbringende Präparat in der Apotheke besorgt und (oder) eine Venenkannüle legt, wodurch er in die Lage versetzt wird, die Zuleitung dieses Präparats selbst in Gang zu setzen,<sup>78</sup> dann muss er sich auf die Suche nach einem weiteren – also einem dritten – Arzt begeben.

#### d) Freiwilligkeit der Unterstützung und Benachteiligungsverbot

Für die Professionisten, denen das StVfG bestimmte Aufgaben zugewiesen hat (ärztliche Aufklärung, Mitwirkung an der Errichtung der Sterbeverfügung, Abgabe des todbringenden Präparats), gilt in Anlehnung an das Recht des Schwangerschaftsabbruchs und der Fortpflanzungsmedizin<sup>79</sup> das Prinzip der Freiwilligkeit. Ärzte, Notare (bzw. rechtskundige Mitarbeiter der Patientenvertretung) sowie Betreiber öffentlicher Apotheken sind zur Unterstützung von Suizidwilligen also nicht verpflichtet, dürfen aber auch nicht benachteiligt werden, wenn sie entsprechende Unterstützungsleistungen anbieten oder nicht anbieten (§ 2 StVfG).

Das StVfG zeigt Suizidwilligen zwar den Weg auf, den sie einschlagen müssen, um in den Besitz des todbringenden Präparats zu gelangen, allerdings wird es für sie regelmäßig schwierig sein, herauszufinden, welche Ärzte und Notare (bzw. Patientenvertretungen) bereit sind, sie

bei der Vorbereitung des Suizids durch Aufklärung (§ 7 StVfG) bzw. Dokumentation der Sterbeverfügung (§ 8 StVfG) zu unterstützen. Ist es dem Suizidwilligen trotz aller vom Gesetzgeber aufgestellten Hürden gelungen, eine Sterbeverfügung zu errichten, dann hat der Notar (bzw. die Patientenvertretung) aber die Möglichkeit, ihm mitzuteilen, welche in der Nähe seines Wohnsitzes gelegene öffentliche Apotheke bereit ist, das todbringende Präparat abzugeben: Notare bzw. Patientenvertretungen bekommen auf Anfrage von der Österreichischen Apothekerkammer entsprechend Bescheid (§ 12 Abs. 7 S. 1 StVfG).<sup>80</sup>

Nachdem der Suizidwillige das todbringende Präparat erhalten hat, kann er sein von der Verfassung gewährleitetes Recht, freiwillig aus dem Leben zu scheiden, nicht nur „im privaten Rahmen“<sup>81</sup> – also zuhause oder in einem Alten- bzw. Pflegeheim<sup>82</sup> – ausüben. Denn es steht nirgends geschrieben, dass dieses Recht für Personen, die in einem (öffentlichen) Spital behandelt werden, keine Geltung hat.<sup>83</sup>

#### e) Werbe- und Kommerzialisierungsverbot

Das Sterbeverfügungsgesetz sanktioniert lediglich die Verletzung der in § 12 Abs. 1 und Abs. 3 StVfG verankerten Verbote: Wer Werbung für die im StVfG regulierte Beihilfe zur Selbsttötung macht (§ 12 Abs. 1 StVfG), begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 30.000 EUR, im Wiederholungsfall bis zu 60.000 EUR zu bestrafen (§ 13 StVfG).<sup>84</sup> Ebenso ist zu bestrafen, wer Suizidwilligen gegen Entgelt Beihilfe zur Selbsttötung anbietet oder leistet, sofern das Entgelt über den Ersatz von Aufwendungen hinausgeht (§ 12 Abs. 3 StVfG). Im Fall des Verbotes gem. § 12 Abs. 1, nicht hingegen im Fall des Verbotes gem. § 12 Abs. 3 StVfG ist auch der Versuch strafbar (§ 13 StVfG).

#### 2. Die in § 78 StGB verankerten Straftatbestände

Neben der Verletzung des Werbe- und Kommerzialisierungsverbotes (§ 13 StVfG) kann auch die Verletzung der in § 6 Abs. 3 und § 7 StVfG verankerten Regeln zu Sanktionen führen. Diese Sanktionen sind allerdings nicht im Verwaltungs-, sondern im Justizstrafrecht angesiedelt:

<sup>76</sup> Nach den ErläutRV StVfG, 1177 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 8, zählt zur „physischen Unterstützung“ auch die Bereitstellung einer Wohnung oder eines Zimmers, in der (dem) der Suizidwillige seinen Entschluss, sich eigenhändig zu töten, umsetzen kann.

<sup>77</sup> ErläutRV StVfG 1177 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 11. – Verletzt ein Arzt bzw. Notar § 6 Abs. 4 StVfG, so zieht dies nur disziplinarrechtliche Folgen nach sich; siehe § 136 Abs. 1 Ziff. 2 ÄrzteG, § 155 Abs. 1 Ziff. 1 NO. Im StVfG wird die Verletzung des § 6 Abs. 4 StVfG durch Arzt, Notar oder rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretung gar nicht sanktioniert.

<sup>78</sup> § 3 StVf-Präp-VO bestimmt ausdrücklich, dass das nach § 3 Ziff. 9 StVfG zulässige Präparat (Natrium-Pentobarbital) als magistrale Rezeptur sowohl oral zubereitet als auch „intravenös mit Infusion“ eingenommen werden kann. – Dass der zweite Fall „haarscharf“ an der Grenze zur Fremdtötung (§§ 75, 77 StGB) liegt, wird von den Legisten des Gesetzes mit keinem Wort erwähnt: *Dokalik/Mokrejs-Weinhappel/Rom*, ÖJZ 2022/23, 161; treffend schon *Silving*, Univ. Pennsylvania L. Rev. 103 (1954), 350 (369): „Clearly, the guilt of the physician who injects poison into a patient’s body hardly appears to be greater than that of his colleague who hands the injection needle to the patient and instructs him how to use it.“

<sup>79</sup> Siehe § 97 Abs. 3 StGB, § 6 FMedG i.d.F. BGBl. I 2015/35.

<sup>80</sup> Zu weiteren apothekenrechtlichen Fragen, die das StVfG aufwirft, einlässlich *Schwamberger*, RdM 2022/248, 164 ff.

<sup>81</sup> So die ErläutRV StVfG 1177 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 5.

<sup>82</sup> Alten- bzw. Pflegeheime dürfen das Recht auf Inanspruchnahme von Suizidbeihilfe auch nicht – etwa durch ein im Heimaufnahmevertrag verankertes Verbot – unterminieren (ebenso *Ganner*, ÖZPR 2021, 180 [183]; a.A. *Neumayr/Resch*, in: Gmünder Komm. Gesundheitsrecht [2022], § 2 StVfG Rn. 3); zur diesbezüglichen Problematik siehe *Weiser*, Die Presse v. 28.2.2021, S. 8; *dies*, Die Presse v. 29.10.2021, S. 10.

<sup>83</sup> Siehe *Druml*, Die Presse v. 28.10.2021, S. 10.

<sup>84</sup> § 12 Abs. 1 StVfG knüpft an § 219a dStGB (Verbot von Werbung für den Schwangerschaftsabbruch) an. Diese Bestimmung ist freilich durch BG v. 11.7.2022, BGBl. I 2022, S. 1082, aufgehoben worden ist. Mit der Aufhebung des § 219a dStGB wollte der deutsche Gesetzgeber „erreichen, dass sich betroffene Frauen besser informieren können.“ Die Erlaubnis, für straflose Schwangerschaftsabbrüche zu werben, gerate auch „mit der grundgesetzlichen Schutzpflicht für das ungeborene Leben“ nicht in Konflikt (BT-Drs. 20/1635, S. 1).

Durch eine Neufassung des § 78 StGB (Art. 3 StVfG) hielt die Strafbarkeit der Suizidbeihilfe erneut Einzug ins österreichische Recht. Das ist auf den ersten Blick erstaunlich, hatte doch der *VfGH* in seinem Sterbehilfe-Erkenntnis ein Recht auf Suizid<sup>85</sup> und Suizidbeihilfe<sup>86</sup> in Anknüpfung an das Urteil des deutschen *BVerfG* v. 26.2.2020<sup>87</sup> sehr deutlich anerkannt.

§ 78 StGB i.d.F. von Art. 3 StVfG besteht aus fünf Tatbeständen: Verleitung zum Suizid (Abs. 1); Beihilfe zum Suizid eines Minderjährigen (Abs. 2 Ziff. 1); Beihilfe zum Suizid aus verwerflichem Beweggrund (Abs. 2 Ziff. 2); Beihilfe zum Suizid einer Person, die nicht krank i.S.d. § 6 Abs. 3 StVfG ist (Abs. 2 Ziff. 3 Fall 1); sowie Beihilfe zum Suizid einer Person, die nicht gem. § 7 StVfG aufgeklärt worden ist (Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2). Wer eines dieser Delikte begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Suizidbeihilfe gem. § 78 Abs. 2 StGB ist – im Einklang mit § 3 Ziff. 4 StVfG – nur die *physische* (nicht also auch die *psychische*) Unterstützung bei der Selbsttötung. Dadurch sollte klargestellt werden, dass sich ein sozialadäquat handelnder Täter a priori nicht strafbar machen kann.<sup>88</sup> Nicht strafbar ist auch die Beihilfe zu einem Suizid, den der Sterbewillige ohne Errichtung einer Sterbeverfügung (§ 8 StVfG) begeht.<sup>89</sup>

Ist der Suizident im Tatzeitpunkt gar nicht entscheidungsfähig, oder geht er irrigerweise von Tatsachen aus, die ihn

zum Suizid bewegen (bspw. vom Vorliegen einer schweren Krankheit i.S.d. § 6 Abs. 3 StVfG), dann kann sich der Mitwirkende an dieser selbstschädigenden Tat – je nach Schuldform – entweder nach § 75 (Mord) oder nach § 80 StGB (fahrlässige Tötung) strafbar machen. § 78 StGB kommt folglich nur dann zur Anwendung, wenn der Suizident entscheidungsfähig gewesen ist und an keiner die Tathandlung auslösenden Störung in der Willensbildung gelitten hat.<sup>90</sup> Dabei ist in Anknüpfung an § 4 Abs. 1 JGG davon auszugehen, dass Unmündige (§ 74 Ziff. 1 StGB) a priori gar nicht fähig sind, sich freiverantwortlich zu töten.<sup>91</sup>

Da entscheidungsfähige Personen sogar ein von der Verfassung geschütztes Recht, sich eigenhändig zu töten,<sup>92</sup> haben, ist es – strafrechtssystematisch betrachtet – nicht gut möglich, die Mitwirkung am Suizid als akzessorisches Unrecht einzuordnen.<sup>93</sup> Anders gewendet: Wenn es dem Suizidwilligen – sogar von Verfassungs wegen – erlaubt ist, Hand an sich zu legen, dann kann dem Mitwirkenden am Suizid die (Mit-)Verursachung des Todes nicht als selbständige Tötungshandlung zugerechnet werden. Die in der österreichischen Strafrechtslehre mitunter vertretene Auffassung, dass die Mitwirkung am Suizid als Erfolgsverursachungsdelikt zu beurteilen sei,<sup>94</sup> kann also auf der Grundlage des *VfGH*-Erkenntnisses v. 11.12.2020<sup>95</sup> nicht mehr ernsthaft vertreten werden. Welche Schlussfolgerungen daraus abgeleitet werden sollten, wird in den nachfolgenden Abschnitten dieser Arbeit noch deutlich aufgezeigt.

<sup>85</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 73).

<sup>86</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 74).

<sup>87</sup> *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020, 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182.

<sup>88</sup> ErläutRV StVfG 1177 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 17. – Nach § 78 Fall 2 StGB i.d. Stammfassung war auch psychische Beihilfe zur Selbsttötung, also ein Verhalten des Täters, das den Entschluss seines Opfers, sich zu töten, bloß bestärkt, strafbar (dazu einlässlich *Schmoller*, in: FS Kopetzki, 2019, S. 591 ff.). In einer Entscheidung v. 21.3.1972 (12 Os 239/71 EvBl. 1972/328) bewertete der *OGH* sogar die Worte: „Mach, was du willst!“ als psychische Beihilfe zum Suizid. – Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber auch in der Neufassung des § 78 StGB eine in der Literatur seit Langem umstrittene Frage nicht abschließend geklärt: Macht sich A wegen Beihilfe zur Selbsttötung in der Begehungsform des Versuchs strafbar, wenn er B das Tatmittel zwar zur Verfügung stellt, es aber nicht einmal zu einem Selbsttötungsversuch kommt, weil B beschließt, weiterzuleben? Nach dem Tatbild des § 290 StGB-Entwurf 1912 (90 Blg. Sten. Prot. HH 21. Sess 1) wurde der Täter erst dann wegen Suizidbeihilfe in der Begehungsform des Versuchs strafbar, wenn der Suizidwillige die Ausführung des Selbstmordes bereits „unternommen“ hatte; ähnlich Art. 115 des Schweizer StGB („... wenn der Selbstmord [...] versucht wurde ...“). Obwohl § 78 StGB i.d. Stammfassung eine solche Einschränkung gar nicht trifft, wird sie auf der Grundlage einer Analogie zu § 15 Abs. 2 StGB (Straflosigkeit des Beitrags zum Versuch einer Straftat, so lange der unmittelbare Täter das objektive Versuchsstadium noch nicht erreicht hat) von einem Teil der Lehre für angemessen gehalten; siehe bloß *Kienapfel/Schroll*, Strafrecht BT I, 4. Aufl. (2016), § 78 Rn. 24; *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht AT, 11. Aufl. (2021), Kap. 28 Rn. 34; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Strafrecht BT I, 7. Aufl. (2020), S. 19 f.; *Schmölzer*, in: FS Burgstaller, 2004, S. 157 (164 Fn. 54); a.A. *Hoyer*, RZ 1934, 129 (131) zu § 139b StG 1945; *Schnek*, JBl. 1934, 359 (364) zu § 139b StG 1945; *Moos*, in: Wiener Komm. StGB, 1. Aufl. (1984), § 78 Rn. 14; *Wach*, ÖJZ 1978, 479 (481); *Lewisch*, Strafrecht BT I, 2. Aufl. (1999), S. 12 f.; sowie ErläutRV StGB 1974, 30 Blg. Sten. Prot. NR 13. GP, S. 197: „Ob sich der Lebensmüde zu töten versucht [...] hat, spielt [für die Strafbarkeit nach §§ 15, 78 StGB] keine Rolle.“

<sup>89</sup> Beispiel: Der schwerkranke (§ 6 Abs. 3 StVfG) und entsprechend § 7 StVfG aufgeklärte Suizidwillige errichtet keine Sterbeverfügung, weil er die „cooling off“-Periode (§ 8 Abs. 1 StVfG) nicht abwarten will. In einem solchen Fall kann er sich zwar nicht durch Einnahme von Natrium-Pentobarbital (i.e. das todbringende Präparat gem. § 3 Ziff. 9 StVfG und § 2 StVf-Präp-VO) das Leben nehmen, weil ihm der (legale) Erwerb dieses todbringenden Präparats ohne Sterbeverfügung gar nicht möglich ist. Allerdings kann er – unter Mitwirkung eines Suizidbeihilfers – auf andere Weise (bspw. durch Einnahme einer Überdosis von Schmerz-, Schlaf- oder Beruhigungsmitteln oder durch Erschießen, Erhängen etc.) Suizid begehen. Tut er dies, bleibt der Suizidbeihilfer straffrei, weil seine Mitwirkung an der Selbsttötung keinem der beiden Tatbestände des § 78 Abs. 2 Ziff. 3 StGB entspricht. – Scharfe Kritik an dieser Regelung bei *Cornides*, *Imago Hominis* 29 (2022), 113 ff.; siehe auch *Neuwirth*, *Die Presse* v. 13.11.2021, S. 11.

<sup>90</sup> Für § 78 StGB i.d. Stammfassung *OGH*, Beschl. v. 11.1.1999, 14 Os 180/98 SSt. 63/41 = RdM 1999/19, 156 m. Anm. v. *Bernat*; *OGH*, Urt. v. 14.3.2000, 14 Os 158/99 SSt. 63/86 = EvBl. 2000/162 = JBl. 2001, 194 m. Anm. v. *Moos*; *Wach*, ÖJZ 1978, 479 (480); *Schmölzer*, in: FS Burgstaller, 2004, S. 157 (163 f.); *Birkbauer*, in: Wiener Komm. StGB, 2. Aufl., § 78 Rn. 36 (Stand 1.3.2019, rdb.at); ebenso für § 78 StGB i.d.F. von Art. 3 StVfG ErläutRV StVfG 1177 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 17.

<sup>91</sup> *Moos*, JBl. 2001, 196 im Anschluss an *Bernat*, RdM 1999/19, 157.

<sup>92</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 73).

<sup>93</sup> A.A. – aber keineswegs überzeugend – die Begründung zum Gesetzentwurf der Abgeordneten *Sensburg*, *Dörflinger et al.* v. 30.6.2015 über die Strafbarkeit der Teilnahme an der Selbsttötung, BT-Drs. 18/5376, S. 5.

<sup>94</sup> *Wach*, ÖJZ 1978, 479 („... Sonderfall vorsätzlicher Tötung ...“); *Kneihls*, Grundrechte und Sterbehilfe, 1998, S. 487 („... Fremdtötung ...“); *Nimmervoll*, in: Leukauf/Steininger, StGB-Komm., 4. Aufl. (2016), § 78 Rn. 1 („... privilegierte[r] Fall der vorsätzlichen Tötung ...“).

<sup>95</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 73).

### a) Verleitung zum Suizid (§ 78 Abs. 1)

Das Verbot der Verleitung zum Suizid (§ 78 Abs. 1 StGB) deckt sich in vollem Umfang mit § 78 Fall 1 StGB i.d. Stammfassung. Verleiten bedeutet nichts anderes als anstiften (bestimmen) i.S.v. § 12 Fall 2 StGB. – A stiftet B zur Selbsttötung also an, wenn A den Entschluss des B, Suizid zu begehen, erst erregt.<sup>96</sup>

Da die Anwendung aller Tatbestände des § 78 StGB die Entscheidungsfähigkeit des Suizidenten voraussetzt, und Suizidwillige, die entscheidungsfähig sind, qua Verfassung das Recht haben, sich zu töten und Suizidassistenten in Anspruch zu nehmen, kann auch die Verleitung zur Selbsttötung – wie die Suizidbeihilfe (§ 78 Abs. 2 StGB) – nicht als akzessorisches Unrecht eingeordnet werden. Allerdings kommt es durch § 78 Abs. 1 StGB von vornherein nicht zu einem Eingriff in das qua Verfassung geschützte Recht auf Suizidbeihilfe. Dieses Recht setzt ja wohl voraus, dass der Suizidwillige seinen Selbsttötungsentschluss bereits eigenständig – ohne „Hilfe“ eines Dritten – gebildet hat.<sup>97</sup>

§ 78 Abs. 1 StGB will nicht den Suizid entscheidungsfähiger Menschen verhindern, sondern lediglich der Gefahr begegnen, dass Suizide unfrei begangen werden. Das Delikt der Verleitung zum Suizid sollte daher als *abstraktes Gefährdungsdelikt* eingeordnet werden.<sup>98</sup> Aus diesem Grund findet § 78 Abs. 1 StGB keine Anwendung, wenn A den Entschluss des B zur Begehung des Suizids zwar erweckt, B sich aber erst nach Beachtung aller Regeln, die das StVfG für die Straffreiheit der Suizidbeihilfe aufgestellt hat (Vorliegen einer Krankheit i.S.d. § 6 Abs. 3 sowie Aufklärung gem. § 7 StVfG), eigenhändig das Leben nimmt. In einem solchen Fall besteht für eine Strafbarkeit des A überhaupt kein hinreichendes Strafbedürfnis. Täter des § 78 Abs. 1 StGB kann also nur sein, wer eine Person zum Suizid, der außerhalb des vom StVfG gesetzten Rahmens begangen werden soll, verleitet.

### b) Suizidbeihilfe und Minderjährigenschutz (§ 78 Abs. 2 Ziff. 1)

§ 78 Abs. 2 Ziff. 1 StGB enthält (ebenso wie § 6 Abs. 1 StVfG) allen Minderjährigen das Recht auf Suizidbeihilfe vor. Die Einschränkung dieses Rechts auf Volljährige erweist sich indes als fragwürdig. Denn im Kontext der medizinischen Behandlung sind nicht bloß Volljährige, sondern auch Minderjährige ab Vollendung des 14. Lebensjahres in aller Regel selbstbestimmungsfähig. Haben normal entwickelte Minderjährige diese Altersstufe erreicht

und leiden sie an keiner die Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigenden geistigen Behinderung oder psychischen Krankheit, dann können sie einer Heilbehandlung zustimmen oder eine Heilbehandlung ablehnen. Sie sind ab Vollendung des 14. Lebensjahres also nicht nur einwilligungs-, sondern auch „vetomündig“ (§ 173 Abs. 1 ABGB). Deshalb haben sie ab Erreichung dieser Altersstufe sogar die Freiheit, die Einwilligung in einen medizinischen Eingriff, der vital indiziert ist, zu verweigern.<sup>99</sup>

Wenn normal entwickelte mündige Minderjährige, die weder geistig beeinträchtigt noch psychisch krank sind, die Freiheit haben, in einen vital indizierten medizinischen Eingriff nicht einzuwilligen, dann sollten sie auch generell berechtigt sein, Suizidbeihilfe in Anspruch zu nehmen. Dem Grunde nach läuft ja beides „auf das Gleiche hinaus“. Sowohl die Ablehnung einer vital indizierten, aber unerwünschten medizinischen Behandlung als auch die Inanspruchnahme von Suizidbeihilfe sind ursächlich für die Verkürzung der Lebenszeit des Sterbewilligen. Gleichzeitig ermöglichen diese beiden Maßnahmen aber „ein Sterben in der vom Patienten angestrebten Würde“.<sup>100</sup> Das in § 78 Abs. 2 Ziff. 1 StGB und § 6 Abs. 1 StVfG verankerte Verbot, das es mündigen Minderjährigen ausnahmslos verunmöglicht, Hilfe zur Selbsttötung (legal) in Anspruch zu nehmen, lässt sich mit dem verfassungsrechtlich abgesicherten Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 7 B-VG) nicht gut in Einklang bringen.<sup>101</sup> Der Gesetzgeber hätte daher auf § 78 Abs. 2 Ziff. 1 StGB ganz verzichten sollen.

### c) Suizidbeihilfe aus verwerflichem Beweggrund (§ 78 Abs. 2 Ziff. 2)

Der Suizidbeihilfer ist gem. § 78 Abs. 2 Ziff. 2 StGB strafbar, wenn er Suizidbeihilfe aus einem verwerflichen Beweggrund leistet. Für diese Strafvorschrift dürfte Art. 115 des Schweizer StGB, der die Mitwirkung am „Selbstmord“ aus „selbstsüchtigen Gründen“ verbietet, Pate gestanden haben. Verwerflich zu handeln bedeutet nicht bloß, die Tat ohne achtenswerten Beweggrund zu begehen. Vielmehr muss sich der Täter, soll sein Tatmotiv als „verwerflich“ gelten, von der Tatbegehung einen persönlichen Vorteil versprechen. Das ist nach den ErläutRV StVfG jedenfalls dann der Fall, wenn er den Suizidwilligen bei der Selbsttötung nur deshalb unterstützt, weil er sich erhofft, sein Erbe zu werden.<sup>102</sup> Diese Auslegung deckt sich mit der Auffassung der Literatur und Rspr. zu Art. 115 des Schweizer StGB.<sup>103</sup> Die Rezeption von Art. 115 des Schweizer StGB in das österreichische Strafrecht ist allerdings vor dem Hintergrund des StVfG nicht

<sup>96</sup> Siehe schon die ErläutRV zum StGB-Entwurf 1927, 49 Blg. Sten. Prot. NR 3. GP, S. 196; ganz i.d.S. auch die ErläutRV StGB 1974, 30 Blg. Sten. Prot. NR 13. GP, S. 197 sowie ErläutRV StVfG 1177 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 17 („... vorsätzliches Bewirken einer vorsätzlichen Tat ...“).

<sup>97</sup> So im Ergebnis *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 108).

<sup>98</sup> So auch – mit Blick auf § 217 dStGB – *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182 (Rn. 279); *Dutge*, NJW 2016, 120 (121); ähnlich *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 217 Rn. 1.

<sup>99</sup> Siehe dazu statt vieler *Bernat*, VersR 2002, 1467 ff.; *ders.*, in: Wenzel (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 2020, S. 2073 (2108 ff.), jeweils m.w.N.

<sup>100</sup> So ganz dezidiert *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 92).

<sup>101</sup> In diese Richtung argumentiert auch *Fremuth*, ZÖR 76 (2021), 841 (905): „Pauschal auf das Erreichen des 18. Lebensjahres zu verweisen, würde [...] den Grundrechtsschutz für Minderjährige pauschal verschließen.“

<sup>102</sup> ErläutRV StVfG 1177 Blg. Sten. Prot. NR 27. GP, S. 17.

<sup>103</sup> Siehe die Nachweise bei *Schwarzenegger*, in: Petermann (Hrsg.), Sicherheitsfragen der Sterbehilfe, 2008, S. 81 (105 ff.).

gut verständlich. Im Gegensatz zum österreichischen Recht verknüpft das Schweizer Recht die Erlaubnis zur Mitwirkung am „Selbstmord“ nicht mit dem Vorliegen objektiver Kriterien (siehe nochmals § 6 Abs. 3 StVfG). Wenn aber der Suizidwillige an einer schweren Krankheit (§ 6 Abs. 3 StVfG) leidet und vor Begehung des Suizids entsprechend § 7 StVfG aufgeklärt worden ist, dann rückt das Tatmotiv des Suizidbeihelfers, den Suizidwilligen möglichst schnell zu beerben, wohl in den Hintergrund. Es verliert angesichts des vom VfGH und vom Gesetzgeber an sich positiv bewerteten Interesses des Suizidwilligen, bei der Selbsttötung unterstützt zu werden, eindeutig an Gewicht.<sup>104</sup> Abgesehen davon gerät der Tatbestand des § 78 Abs. 2 Ziff. 2 StGB mit dem Prinzip des Tatstrafrechts in ein deutliches Spannungsverhältnis. – Das alles spricht wohl nicht für, sondern deutlich gegen die Angemessenheit von § 78 Abs. 2 Ziff. 2 StGB.

*d) Suizidbeihilfe und der Schutz von Personen, die nicht an einer Krankheit i.S.d. § 6 Abs. 3 StVfG leiden (§ 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 1)*

Die Frage, ob es die Verfassung erlaubt, die Zulässigkeit einer Hilfe zur Selbsttötung „vom Vorliegen einer unheilbaren oder tödlich verlaufenden Krankheit abhängig zu machen,“<sup>105</sup> wurde im österreichischen Schrifttum nach Verkündung des Sterbehilfe-Erkenntnisses<sup>106</sup> sehr kontrovers diskutiert. Der VfGH hat zu dieser Frage nicht so klar Stellung bezogen wie das BVerfG. Tatsächlich gibt es aber gute Gründe, das Recht auf Suizidbeihilfe nicht schrankenlos zuzugestehen.<sup>107</sup>

Die Schranken, die § 6 Abs. 3 StVfG errichtet und deren Verletzung von § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 1 StGB unter Strafe gestellt wird, lassen sich im Hinblick auf Art. 8 Abs. 2 EMRK (Schutz der „Moral“ sowie der „Rechte und Freiheiten anderer“) durchaus rechtfertigen: Tötet sich ein entscheidungsfähiger Mensch aus einem Grund, der entsprechend dem common sense alles andere als schwerwiegend ist, dann vereitelt er unwiderruflich seine wohlverstandenen Interessen an einem möglichst langen und unbeeinträchtigten Leben und fügt auch seinen Angehörigen einen (zumindest ideellen) Schaden zu.<sup>108</sup> Die Strafbarkeit der Suizidbeihilfe zugunsten einer Person, die gar nicht krank i.S.d. § 6 Abs. 3 StVfG ist, lässt sich also wesentlich stärker rechtfertigen als die in § 78 Abs. 2 Ziff. 1 und 2

StGB verankerten Strafvorschriften, deren Legitimität mehr als fragwürdig erscheint. Im Gegensatz zu § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 will § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 1 StGB aber nicht – oder zumindest nicht überwiegend – der Gefahr entgegenwirken, dass Suizide unfrei begangen werden könnten. § 6 Abs. 3 StVfG und § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 1 StGB liegt wohl eher die Vorstellung von paternalistisch motivierter Verhaltenssteuerung<sup>109</sup> zugrunde, wie sie in vielen anderen Bereichen der Rechtsordnung<sup>110</sup> anerkannt ist: Der Suizidwillige soll sich nicht leichtfertig um Lebenschancen bringen, die ihm nicht mehr offenstehen, wenn er bei der Begehung eines Suizids unterstützt wird.<sup>111</sup> Die Selbsttötung kann der Gesetzgeber Personen, die dazu entschlossen sind, sich ohne Unterstützung eines Suizidbeihelfers das Leben zu nehmen, ohnedies nicht mit sanktionsbewehrten Mitteln untersagen.

*e) Suizidbeihilfe und der Schutz von Personen, die nicht gem. § 7 StVfG aufgeklärt worden sind (§ 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2)*

§ 7 StVfG verpflichtet die zwei von dieser Bestimmung namhaft gemachten Ärzte, von denen einer über eine palliativmedizinische Qualifikation verfügen muss, zu extrem umfangreicher Aufklärung des Sterbewilligen. So müssen sie ihn etwa auch „auf konkrete Angebote für ein psychotherapeutisches Gespräch sowie für suizidpräventive Beratung“ hinweisen (§ 7 Abs. 2 Ziff. 4 StVfG) und ihn über die Dosierung des todbringenden Präparats sowie die Art seiner Einnahme informieren (§ 7 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 StVfG). Ja, sie sind sogar verpflichtet, den Suizidwilligen darüber aufzuklären, dass er das Recht hat, eine Patientenverfügung zu errichten, um sicherzustellen, dass niemand versucht, ihn nach versuchter Tat „ins Leben zurückzuholen“ (§ 7 Abs. 2 Ziff. 3 StVfG). Der „wesentliche Inhalt“ (§ 7 Abs. 3 StVfG) des Aufklärungsgesprächs ist sodann in einem Dokument, das der Suizidwillige erhält, festzuhalten, um ihn in die Lage zu versetzen, eine Sterbeverfügung (§ 8 StVfG) zu errichten und sie den Anforderungen des Gesetzes entsprechend dokumentieren zu lassen.

Die ratio legis des § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 StGB entspricht jener des Verbots der Verleitung zur Selbsttötung (§ 78 Abs. 1 StGB) und der Beihilfe zum Suizid von Minderjährigen (§ 78 Abs. 2 Ziff. 1 StGB). In all diesen Fällen

<sup>104</sup> Im Ergebnis ebenso *Birkbauer*, NLMR 2022, 211 (214).

<sup>105</sup> Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit entsprechender Schranken dezidiert *BVerfG*, Urt. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15, u.a. BVerfGE 153, 182 (Rn. 210, 340).

<sup>106</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433.

<sup>107</sup> I.d.S. auch *Pöschl*, EuGRZ 2021, 12 (16); *Bernat*, MedR 2021, 529 (533); *ders.*, ÖJZ 2002, 92 (95); *Schmoller*, JBl. 2021, 147 (152 ff.); tendenziell a.A. *Khakzadeh*, RdM 2021/109, 48 (53) sowie *Fremuth*, ZÖR 76 (2021), 841 (881 ff.); vgl. für deutsches Recht *Kienzerle*, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, 2021, S. 73 ff. (insb. 83 ff.).

<sup>108</sup> Für eine Einschränkung des Rechts auf Suizidbeihilfe treten auch zahlreiche deutsche Regelungsvorschläge ein; siehe etwa *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing*, Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben. Ein Gesetzesvorschlag zur Regelung des assistierten Suizids, 2014; *Roxin*, NSTZ 2016, 185 (190 ff.); Gesetzentwurf der Abgeordneten zum Bundestag *Hintze, Reimann, Lauterbach et al.* v. 30.6.2015 zur Regelung der ärztlich begleiteten Lebensbeendigung, BT-Drs. 18/5374.

<sup>109</sup> Dazu einlässlich *Duttge*, in: Uhle/Wolf (Hrsg.), Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 56 (2021), 87 ff.; *Koller*, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit, 2013, S. 363 ff.

<sup>110</sup> Siehe bspw. § 5 SMG (Verbot des Erwerbs und Besitzes von Suchtmitteln); § 106 Abs. 1 KFG (Gurtenanlegepflicht für die Insassen von Kraftfahrzeugen); § 106 Abs. 7 KFG (Tragepflicht von Sturzhelmen für Motorradfahrer und mitbeförderte Personen); § 90 Abs. 3 StGB (Verbot der „female genital mutilation“ trotz Einwilligung der Rechtsgutsträgerin); für deutsches Recht § 8 Abs. 1 S. 2 dTPG (Verbot der Lebendorganspende ohne enge verwandtschaftliche oder sonstige besonders enge Lebensbeziehung zwischen Organspender und -empfänger).

<sup>111</sup> I.d.S. schon *Bernat*, ÖJZ 2002, 92 (95); *ders.*, MedR 2021, 529 (533); *Hoerster*, Sterbehilfe im säkularen Staat, 1998, S. 51 ff.; *Roxin*, NSTZ 2016, 185 (187).

will der Gesetzgeber der abstrakten Gefahr entgegenwirken, dass Suizide unfrei begangen werden könnten. (Auch) § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 StGB verankert also ein *abstraktes Gefährungsdelikt*.

Hat sich der Suizident – für den Suizidbeihelfer erkennbar – gar nicht freiverantwortlich getötet, dann kommt § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 StGB erst gar nicht zur Anwendung. In einem solchen Fall wird die Verantwortung für die Selbsttötung *alleine* dem „Beihelfer“ zugerechnet. Anders gewendet: „Was vom technischen Ablauf der unmittelbaren Verursachung her Selbsttötung ist, [...] wird [mangels freien Willens des Suizidenten] zur Fremdtötung,“<sup>112</sup> so dass sich der „Suizidbeihelfer“ nicht nach § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 StGB, sondern – bei Tötungsvorsatz – als „verdeckter unmittelbarer Täter“<sup>113</sup> (§ 12 Fall 1 StGB) nach § 75 StGB (Mord) schuldig macht.<sup>114</sup> – In diesem Punkt passt also zwischen das österreichische und das deutsche Strafrecht „kein Blatt Papier“.<sup>115</sup>

Die Regeln des § 7 StVfG sind „hyperprozedural“<sup>116</sup> und muten teilweise sogar schikanös an, weil sie vom Suizidwilligen mehr verlangen, als unbedingt notwendig ist, um seinen Autonomie- und damit einhergehend Lebensschutz zu gewährleisten.<sup>117</sup> Noch viel weniger angemessen ist allerdings die völlig unverhältnismäßige Sanktion, die jedermann droht, der zum *freiverantwortlich* begangenen Suizid einer nicht gem. § 7 StVfG aufgeklärten Person beigetragen hat. Das zeigt schon ein Blick auf § 89 StGB mehr als deutlich: Wer – etwa als Teilnehmer im Straßenverkehr – durch ein besonders gefährliches Verhalten das Leben eines anderen gefährdet, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen. Wer hingegen einem todkranken Suizidwilligen (§ 6 Abs. 3 StVfG), der *frei* entschieden hat, sich zu töten, vor Begehung des Suizids „aber nicht gemäß § 7 StVfG ärztlich aufgeklärt wurde“ (so wörtlich § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 StGB), auf dessen Bitte hin ein todbringendes Präparat überlässt, der muss mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren rechnen.

Betrachten wir folgenden Fall: B ist Onkologe und leidet an Bauchspeicheldrüsenkrebs, einer Krankheit, die nach heutigem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung in der ganz überwiegenden Zahl aller Fälle tödlich verläuft.<sup>118</sup> Daher bittet B seinen Berufskollegen A, der Palliativmediziner ist, ihm ein todbringendes Präparat

zu überlassen. A entspricht der Bitte des B, woraufhin B seinem Leben ein Ende setzt. – A und B waren sich über die Schwere der Erkrankung des B völlig im Klaren. A hatte auch keinen Grund daran zu zweifeln, dass B entscheidungsfähig gewesen ist. Und schließlich hätte B ebenso Hand an sich gelegt, wenn er entsprechend § 7 StVfG aufgeklärt worden wäre.<sup>119</sup> Die Tatsache, dass B ohnedies voll aufgeklärt war – und deshalb einer Aufklärung gem. § 7 StVfG gar nicht bedurfte, um *frei* entscheiden zu können –, ändert an der Strafbarkeit des A (offenbar) nichts. – Der Verkehrsrowdy, der sich der „Gefährdung der körperlichen Sicherheit“ (§ 89 StGB) schuldig gemacht hat, muss nur mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder gar nur mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen rechnen. Hingegen macht § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 StGB aus dem Arzt, der seinem todkranken und entscheidungsfähigen Berufskollegen auf dessen Bitte hin Suizidbeihilfe leistet, schon dann einen Verbrecher, wenn dieser Berufskollege vor Aushändigung des Tatmittels nicht gem. § 7 StVfG aufgeklärt war. Obwohl der Arzt vis à vis seinem Berufskollegen im Lichte des Sterbehilfe-Erkenntnisses des *VfGH*<sup>120</sup> zweifelsohne ein barmherziger Samariter ist, muss er mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren rechnen.

Die Unverhältnismäßigkeit der Sanktion, die § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 StGB an die Missachtung der in § 7 StVfG verankerten Regeln knüpft, wird auch durch die Tatsache, dass das Unrecht dieses Tatbestandes mit dem Unrecht des Tatbestandes des § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 1 StGB auf eine Stufe gestellt worden ist, mehr als deutlich: Für den Arzt, der einem an Bauchspeicheldrüsenkrebs leidenden Patienten auf dessen Bitte hin ein todbringendes Präparat überlässt, aber missachtet, dass dieser Patient nicht gem. § 7 StVfG aufgeklärt worden ist, gilt der gleiche Strafrahmen wie für eine Person, die einem entscheidungsfähigen 18-Jährigen, der an Liebeskummer leidet, Suizidbeihilfe leistet.<sup>121</sup>

Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt auch für das Strafrecht, dass die angedrohte Sanktion „in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zu dem Verschulden des Täters stehen muß [...] Sie darf nach Art und Maß der unter Strafe gestellten Handlungen nicht schlechthin unangemessen [...] sein.“<sup>122</sup> Der *VfGH* steht dieser Auffassung des *BVerfG* dem Grunde nach sehr nahe. In seinem Sterbehilfe-Erkenntnis heißt es ja unmissverständlich, dass

<sup>112</sup> Moos, JBl. 2001, 197.

<sup>113</sup> Begriffsbildung von *Burgstaller*, RZ 1975, 12 (16). – Der „verdeckte unmittelbare Täter“ entspricht dem mittelbaren Täter i.S.d. § 25 Abs. 1 dStGB („... durch einen anderen ...“).

<sup>114</sup> A.A. *OGH*, Ur. v. 14.3.2000, 14 Os 158/99 SSt. 63/86 = EvBl. 2000/162 = JBl. 2001, 194 der auf Täterschaft durch sonstigen Beitrag (§ 12 Fall 3 StGB) abstellt; zu Recht kritisch *Moos*, JBl. 2001, 197: „Ein ‚Beitrag‘ zu etwas, das es juristisch als ein für sich zu verantwortendes Geschehen nicht gibt, ist ein ‚Beitrag zu nichts‘.“

<sup>115</sup> Siehe nochmals *Duttge*, NJW 2016, 120 (123).

<sup>116</sup> *Saliger*, in: FS Merkel, 2020, S. 1063 (1071); zur Prozeduralisierung im Medizinrecht allgemein *ders.*, in: Bernat/Kröll (Hrsg.), Recht und Ethik der Arzneimittelforschung, 2003, S. 124 ff.; *Neumann*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), Vorbem. § 211 Rn. 142 ff.

<sup>117</sup> Vgl. *Rostalski*, GA 2022, 209: „[U]mfangreiche Verfahrensvorschriften, die nicht nur ein Angebot enthalten, sondern Einschränkungen der Selbstbestimmungsfreiheit vorsehen, sind [...] kritisch zu sehen.“

<sup>118</sup> Siehe bloß *Berger et al.*, Dtsch. Ärztebl. 105 (2008), 255 ff. – Die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 StVfG sind also erfüllt.

<sup>119</sup> Ein ähnlich gelagerter Fall wurde im Frühjahr 2022 von einem Schöffensenat des *LG für Strafsachen Wien* entschieden; siehe dazu *Seeh*, Die Presse v. 7.4.2022, S. 10.

<sup>120</sup> *VfGH*, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433.

<sup>121</sup> In dem zuletzt genannten Beispielsfall kommt es zu einer Idealkonkurrenz von Fall 1 und 2 des § 78 Abs. 2 Ziff. 3 StGB. Aufgrund des § 28 S. 2 StGB darf die konkrete Strafe freilich nicht außerhalb des Strafrahmens des § 78 Abs. 1, auf den § 78 Abs. 2 StGB verweist, liegen.

<sup>122</sup> So das *BVerfG*, Ur. v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389 (439) = NJW 1957, 865 (868); siehe dazu auch *Weigend*, in: FS H.-J. Hirsch, 1999, S. 917 ff.; siehe auch Art. 49 Abs. 3 der Europäischen Grundrechtscharta („Das Strafmaß darf gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein.“) und dazu *Jarass*, NSTZ 2012, 611 (615 f.).

ein im Gesetz verankerter, aber mit Grundsätzen des liberalen Rechtsstaates nicht vereinbarer Unrechtsvorwurf durch die Befugnis eines Strafgerichts, die Strafe – der geringen Schuld des Täters entsprechend – zu mildern, nicht beseitigt werden könne.<sup>123</sup>

#### IV. Abschließende Bewertung

Das – sprachlich zum Teil stark verunglückte<sup>124</sup> – StVfG ist Folge eines Erkenntnisses des VfGH, das den Gesetzgeber dazu zwang, das Recht auf Suizidbeihilfe im einfachen Gesetzesrecht anzuerkennen. Dieses Recht hat der Gesetzgeber freilich durch objektive Kriterien (§ 6 Abs. 3 StVfG) sowie durch Verankerung einschneidender administrativ-prozeduraler Regeln (§§ 7 f. StVfG) stark eingeschränkt, was sich auf den Vollzug des StVfG deutlich auswirkt: Im ersten Quartal des Jahres 2022 haben laut einer parlamentarischen Anfragebeantwortung des österreichischen Gesundheitsministers lediglich zwei Personen eine Sterbeverfügung errichtet.<sup>125</sup>

Die Einschränkungen, die das Recht, Suizidbeihilfe in Anspruch zu nehmen, durch § 7 StVfG erfährt, muten teilweise schikanös an und sind daher in manchen Punkten mehr als fragwürdig. Auch § 8 StVfG, der den Sterbewilligen zwingt, eine Sterbeverfügung zu errichten, um legal an das todbringende Präparat (§ 3 Ziff. 9 StVfG) heranzukommen, ist alles andere als legitim.<sup>126</sup> Denn durch Errichtung einer Sterbeverfügung gewinnt der schwerkranke Patient (§ 6 Abs. 3 StVfG), der mehr als hinreichend gem. § 7 StVfG aufgeklärt worden ist, ja keinen zusätzlichen Autonomie- und damit einhergehend Lebensschutz. Wie es scheint, verdankt sich dieses neue Rechtsinstitut überwiegend dem Wunsch der österreichischen Ärzteschaft, die in den Prozess der Suizidbeihilfe nur beratend (§ 7 StVfG), nicht aber durch Verschreibung des todbringenden Präparats einbezogen werden wollte.<sup>127</sup>

Mindestens ebenso fragwürdig wie §§ 7 f. StVfG ist die durch Art. 3 StVfG novellierte Fassung des § 78 StGB. Von den fünf Tatbeständen dieses Paragraphen ist lediglich Abs. 2 Ziff. 3 Fall 1 (Verletzung von § 6 Abs. 3 StVfG) dem Grunde nach legitim. Allerdings verletzt die angedrohte Sanktion – Freiheitsstrafe von sechs Monaten

bis zu fünf Jahren – wohl das Übermaßverbot. Angesichts der Tatsache, dass bei § 6 Abs. 3 StVfG der Gedanke einer paternalistisch motivierten Verhaltenssteuerung ganz im Vordergrund steht, wäre es wohl plausibler gewesen, die Verletzung dieser Bestimmung weniger streng zu sanktionieren.<sup>128</sup>

Eine kriminalstrafrechtliche Sanktionierung von Personen, die einem entscheidungsfähigen Sterbewilligen, der nur nicht gem. § 7 StVfG aufgeklärt worden ist, Suizidbeihilfe leisten (§ 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 StGB), lässt sich indes gar nicht rechtfertigen. Was den Gesetzgeber dazu bewegen hat, die Missachtung bloßer Verfahrensregeln als Verbrechen zu qualifizieren (§ 17 Abs. 1 StGB), darüber kann man nur spekulieren. Möglicherweise hatte der Gesetzgeber unausgesprochene Zweifel an der These, dass Suizide, zu deren Durchführung der Suizident Unterstützung bekommt, freiverantwortlich begangen werden. Diese Zweifel sind freilich völlig unberechtigt, weil schon § 139b StG 1945 und § 78 StGB i.d. Stamfassung die These vom freiverantwortlich begangenen Suizid zugrunde liegt: Ist die Selbsttötung gar nicht frei vollzogen worden, dann ist der „Suizidbeihilfer“ ja nicht nach § 78 Abs. 2 StGB, sondern – je nach Schuldform – wegen Mordes oder fahrlässiger Tötung zur Verantwortung zu ziehen.<sup>129</sup>

Der an den Täter des § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 StGB gerichtete Vorwurf – Leistung von Suizidbeihilfe zugunsten eines entscheidungsfähigen Sterbewilligen, der nur nicht gem. § 7 StVfG aufgeklärt worden ist – liegt unterhalb der Schwelle jener sozialen Missbilligung, die eine kriminalstrafrechtliche Sanktion erfordert. Daher lässt sich § 78 Abs. 2 Ziff. 3 Fall 2 StGB mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht mehr in Einklang bringen. Es hätte nahegelegen, § 13 StVfG zu erweitern und die Beihilfe zum Suizid eines entscheidungsfähigen Sterbewilligen, der nur nicht gem. § 7 StVfG aufgeklärt worden ist, mit einer bloßen Verwaltungsstrafe zu sanktionieren.<sup>130</sup>

<sup>123</sup> VfGH, Erk. v. 11.12.2020, G 139/2019-71 VfSlg. 20.433 (Rn. 105).

<sup>124</sup> Beispiele: Nach § 1 Abs. 2 StVfG kann eine „Sterbeverfügung [...] nur wirksam errichtet werden, wenn die sterbewillige Person [...] österreichische Staatsangehörige ist.“ Nimmt man diese Bestimmung beim Wort, dann können nur Personen weiblichen Geschlechts eine Sterbeverfügung errichten! Das StbG verwendet im Übrigen nicht den Begriff „österreichischer Staatsangehöriger“, sondern spricht vom „österreichischen Staatsbürger“; siehe die Legaldefinition in § 2 StbG. – Anstatt vom Arzt zu sprechen und in einer abschließenden Bestimmung darauf hinzuweisen, dass bei allen personenbezogenen Bezeichnungen die gewählte Form für beide Geschlechter gilt (siehe etwa § 16 PatVG), führt das StVfG den mehr als sonderbar anmutenden Begriff der „ärztlichen Person“ (§ 3 Ziff. 5 StVfG) ein. – *Cornides*, *Imago Hominis* 29 (2022), 113 (119), spricht zu Recht von einem „beklagenswerte[n] Niveau[d]e[r] österreichische[n] Rechtskultur“.

<sup>125</sup> *John*, *Der Standard* v. 2.6.2022, S. 6.

<sup>126</sup> Ohne das todbringende Präparat ist der Sterbewillige häufig gar nicht dazu in der Lage, sich rasch, sicher und schmerzfrei zu töten, so dass er ohne dieses Präparat nicht selten darauf angewiesen sein wird, „Brutalselftmord“ (*Duttge*, *MedR* 2021, 571) zu begehen.

<sup>127</sup> Vgl. *John*, *Der Standard* v. 24.1.2022, S. 8.

<sup>128</sup> Siehe schon *Bernat*, *Wiener Zeitung* v. 15.12.2020, S. 5.

<sup>129</sup> Siehe (schon zum StG 1945) *Nowakowski*, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1955, S. 134: „Fehlt dem Sterbewilligen die nach §§ 138a, 139b erforderliche Qualität, so sind diese Gesetzesstellen auf jeden, der darum weiß, nicht anwendbar (Haftung aus § 134) [= Mord].“ Dass die Rechtsordnung zwischen frei und unfrei begangenen Suiziden unterscheidet, ist also nicht erst seit *OGH*, *Beschl.* v. 11.1.1999, 14 Os 180/98 SSt. 63/41 = *RdM* 1999/19, 156 m. Anm. v. *Bernat* und *OGH*, *Urt.* v. 14.3.2000, 14 Os 158/99 SSt. 63/86 = *EvBl.* 2000/162 = *JBl.* 2001, 194 m. Anm. v. *Moos* anerkannt; siehe auch § 169 *VersVG*: „Bei einer Versicherung für den Todesfall ist der Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn derjenige, auf dessen Person die Versicherung genommen ist, Selbstmord begangen hat. Die Verpflichtung des Versicherers bleibt bestehen, wenn die Tat in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit begangen worden ist.“

<sup>130</sup> Für deutsches Recht ebenso in der Tendenz *Dorneck et al.*, *Gesetz zur Gewährleistung selbstbestimmten Sterbens und zur Suizidprävention*. Augsburg-Münchner-Hallescher-Entwurf (AMHE-SterbehilfeG), 2021; zum AMHE-SterbehilfeG *Bernat*, *RdM* 2021, 88.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Anna Lohmann: Strafrecht im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz.  
Der Einfluss von autonomen Systemen und KI auf die tradierten strafrechtlichen  
Verantwortungsstrukturen**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2021, Nomos, ISBN: 978-3-8487-8330-4, S. 289, Euro 82,00.

Über die Frage strafrechtlicher Verantwortlichkeit für Schäden beim Einsatz von KI ist schon viel geschrieben worden. Hierbei geht es häufig um die Auflösung von Dilemmata-Situationen im Bereich des autonomen Fahrens. Seltener sind grundlegende Arbeiten zur Reichweite des Sorgfaltsmaßstabs beim Inverkehrbringen von KI-Produkten sowie der individuellen (Unternehmens-)Verantwortung für KI-Produkte. Insofern ist es verdienstvoll, sich dieses zukunftssträchtigen Themenfeldes in einer Dissertation anzunehmen.

Die Verfasserin führt nach einem kurzen geschichtlichen Überblick die Begriffe „Autonome Systeme“ und „Künstliche Intelligenz“ einer eigenen Arbeitsdefinition zu. Unter den Begriff autonomer Systeme fasst sie Systeme, die in der Lage sind, selbstständig zu agieren, so dass ein äußeres Eingreifen des Menschen nicht erforderlich ist. Diese Selbstständigkeit bringe naturgemäß gewisse Unberechenbarkeiten mit sich, die die entscheidende Eigenschaft sei, um als autonomes System klassifiziert zu werden (S. 41).

Die Ausfüllung des Begriffs KI ist vielfältig und *Lohmann* zeichnet hier die unterschiedlichsten Ansätze nach. Insbesondere wird aufgezeigt, dass KI auf verschiedene Art und Weise durch unterschiedliche Lernverfahren lernen kann. Allerdings entziehe sich die KI beim Lernen insoweit der menschlichen Kontrolle, als ihre Vorgehensweise bei der Lösung der an sie gestellten Aufgaben nicht immer nachvollziehbar sei (S. 73). Bei der Entwicklung einer Arbeitsdefinition bezieht sich die Verfasserin zwar schon auf die Europäische Kommission sowie die Definition der von dieser eingesetzten Expertengruppe, jedoch noch nicht auf die durch den Entwurf einer Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz sehr weitgehende KI-Definition, da dieser erst nach Einreichung der Arbeit vorgelegt wurde. Insofern ist es erstaunlich, dass die Verfasserin schon zuvor ihre KI-Arbeitsdefinition so wie im Verordnungsvorschlag sehr weit zieht. KI wird nach *Lohmann* als ein Soft- oder Hardware-System definiert, das nach entsprechender Inbetriebnahme ohne menschliche Einflussnahme funktioniert (S. 78).

Abschließend wird herausgestellt, dass in jeder KI auch

ein autonomes System steckt, andersherum muss das autonome System stets die Möglichkeit des Lernens besitzen, um als KI bezeichnet zu werden (S. 79).

In einem weiteren Kapitel geht die Verfasserin der Frage nach der strafrechtlichen Verantwortung der Künstlichen Intelligenz nach (S. 91 ff.). Zwar verneint die Verfasserin die Qualität der KI als Rechtssubjekt, allerdings könnten es weitere technische Neurungen durchaus möglich erscheinen lassen, sich bald mit einem neuen Rechtssubjekt beschäftigen zu müssen (S. 105). Diese Prognose erscheint etwas kryptisch und hätte näherer Präzisierung bedurft.

Dennoch geht *Lohmann* der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von KI nach dem tradierten strafrechtlichen Prüfungsschema nach. Eine strafrechtliche Handlung seitens einer KI wird zutreffend abgelehnt ebenso wie das Vorliegen eines subjektiven Elements. Auch könne KI als technischem Produkt kein Schuldvorwurf gemacht werden (S. 131). Doch auch wenn man zukünftig zu einem anderen Ergebnis gelänge, so müsse doch die Frage nach dem Sinn und Zweck einer solchen Bestrafung gestellt werden (S. 132). Eine Bestrafung sei derzeit absurd. Allerdings müsse die Frage neu aufgeworfen werden, sofern zukünftig KI-Produkte existieren, die menschenähnliche Züge aufwiesen und begreifen könnten, dass sie etwas falsch gemacht haben (S. 142).

Scheidet eine Verantwortlichkeit der KI an sich aus, so muss konsequent nach einer Strafbarkeit des Herstellers beim Einsatz von KI-Produkten gefragt werden (S. 144 ff.). In diesem – durchaus als Kernkapitel zu betrachtenden – Teil der Dissertation werden sämtliche Konstellationen vorwerfaren Verhaltens auf Herstellerseite beleuchtet. Im Bereich möglicher Fahrlässigkeitsdelikte wird deutlich, dass viele Probleme mit der bekannten Dogmatik gelöst werden können. Entscheidend sei aber stets der konkrete Einzelfall. Im Hinblick auf hoch- bzw. vollautomatisiertes Fahren sei der Gesetzgeber bereits tätig worden und habe Änderungen des StVG in §§ 1a, 1b StVG vorgenommen.

Interessant, so die Verfasserin, werde insbesondere die zukünftige Ausdifferenzierung der den Herstellerverantwortlichen treffenden Sorgfaltspflichten. Hier werde entscheidend sein, ob eine sich an dem jeweiligen Risikograd

und dem Einsatzbereich des Systems sowie der menschlichen Einflussnahme orientierende erhöhte Sorgfaltpflicht erforderlich ist oder die bestehenden Sorgfaltpflichten ausreichend oder sogar zu hoch seien. Überdies werde künftig auch der Figur des erlaubten Risikos eine immer größere Bedeutung zukommen.

Ob darüber hinaus im Einzelfall auch eine Vorsatzstrafbarkeit in Betracht kommt, könne nicht pauschal beantwortet werden. Gerade bei der Inverkehrgabe von KI-Produkten sei wohl in der Praxis eher selten von einer Vorsatztat auszugehen. Zwar sei insbesondere bei offenen KI-Systemen, die auch falsch hinzulernen können, damit zu rechnen, dass es infolgedessen zu einem strafrechtlich relevanten Schaden komme. Allerdings reiche die Bejahung der Wissenskomponente allein nicht aus, um *dolus eventualis* anzunehmen. Die entsprechende *Wollenskomponente* sei eher selten erfüllt.

Schließlich stünden Unterlassungsdelikte immer dann in Rede, wenn auf eine erforderliche Handlung verzichtet werde. Im Zusammenhang mit KI-Produkten kämen solche Konstellationen aber weniger in Betracht. Grund sei die diesen Produkten immanente fehlende Nachvollziehbarkeit, die zu einer erschwerten Feststellung der Quasi-Kausalität führten.

Sehr knapp geht die Verfasserin dann der Frage nach, ob nicht aufgrund der schwer zu fassenden individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit ggf. ein Unternehmensstrafrecht der richtige Weg sei, um Herstellerunternehmen für fehlerhafte KI-Produkte zur Verantwortung zu ziehen. Dies wird aufgrund rechtsdogmatischer Gründe verneint und die Einführung eines Verbandssanktionenrechts als geeigneteres Mittel angesehen. Soweit konstatiert wird, dass die Probleme, die bei der Inverkehrgabe von KI-Produkten bestehen, auch nicht mit solch einem geplanten Sanktionenrecht gelöst werden können, ist dies zwar richtig, allerdings fällt die Begründung dafür auf 3 Seiten etwas oberflächlich aus.

Abschließend widmet sich die Arbeit ausblickend der Frage, inwieweit das Strafrecht der KI-Entwicklung gerecht werden kann, damit der Rechtsgüterschutz gewährleistet bleibt. Als eine Möglichkeit identifiziert die Verfasserin *de lege ferenda* die Schaffung eines Gefährdungsdelikts. Dann müsse durch das KI-Produkt kein Schaden verursacht worden sein, sondern die Gefährdung bestimmter Rechtsgüter würde genügen. Dadurch würden

Herstellerverantwortliche zumindest dazu angehalten, risikante KI-Produkte nicht in den Verkehr zu bringen.

Ein konkretes Gefährdungsdelikt könne aber nur dann zielführend sein, wenn bereits das KI-Produkt an sich und somit das Inverkehrbringen als solches, das Leben, die Gesundheit oder Sachen von bedeutendem Wert konkret gefährdet. Dagegen sei ein konkretes Gefährdungsdelikt dann ein ungeeignetes Instrument, wenn diese konkrete Gefährdung nicht schon durch das Inverkehrbringen, sondern erst durch nachträglich falsch gelernte Inhalte entstehe (S. 262).

Bei abstrakten Gefährdungsdelikten könne dagegen Anknüpfungspunkt bereits das Inverkehrbringen offener KI-Produkte sein. Allerdings wäre dann jedes Inverkehrbringen eines offenen KI-Systems abstrakt gefährlich, so dass der technische Fortschritt durch dieses Strafbarkeitsrisiko gehemmt würde. Eine Lösung könne die Schaffung eines abstrakten Gefährdungsdelikts in Kombination mit dem Eintritt eines Schadens als objektive Bedingung der Strafbarkeit sein. Der Begriff des Schadens sollte dabei spezifiziert werden auf die Rechtsgüter Leib und Leben, Eigentum oder Ehre. Ungefährliche offene KI-Produkte würden somit nicht vom Tatbestand erfasst. Doch auch hier erkennt die Verfasserin, dass die Einführung eines solchen Gefährdungsdelikts Auswirkungen auf die KI-Entwicklung hätte. Daher sei die Einführung eines abstrakten Gefährdungsdelikts eine rechtspolitische Entscheidung. Die Verfasserin spricht sich – mit guten Argumenten – gegen eine solche Einführung aus (S. 266).

Soll also alles bleiben, wie es ist? Die Verfasserin hält gesetzgeberische Aktivitäten derzeit für nicht zwingend angezeigt. Letztlich regt sie zu einer vielschichtigen interdisziplinären Diskussion an, da Rechtswissenschaftler nicht ohne entsprechende technische Fachinformationen normative Regelungen schaffen sollten (S. 273). Dies ist sicher richtig. Der interdisziplinäre Austausch tut Not. Gleichwohl zeigt der Entwurf für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz, dass durchaus schon jetzt Bedarfe erkannt werden, den rechtlichen Rahmen in Bezug auf KI nachzujustieren. Den dogmatischen Ist-Zustand hat die Verfasserin in ihrer Arbeit umfassend und überzeugend dargelegt. Jetzt müssen weitere perspektivische Arbeiten zur Ausgestaltung *de lege ferenda* folgen und dies möglichst noch bevor die KI-Verordnung auch für Deutschland geltendes Recht wird.

## **Christian Kopetzki/Ulrich H.J. Körtner (Hrsg.): Leichenöffnung für wissenschaftliche Zwecke (Schriftenreihe Ethik und Recht in der Medizin, Bd. 14)**

von Prof. Dr. Gunnar Duttge

2021, Verlag Österreich, ISBN: 978-3-7046-8654-1, S. 196, Euro 56,42.

Bekanntlich ist der Umgang einer Gesellschaft mit ihren Toten ein „wichtiger Gradmesser“ nicht nur für die Einstellung dieser Gesellschaft zum Tod, sondern zugleich für „den Umgang der Lebenden miteinander“: „Der Tod ist abstrakt, die Toten sind jedoch konkret“. Mit dieser Eingangssentenz in der Präambel des vorliegenden Bandes, der aus einer Tagung des Instituts für Ethik und Recht in der Medizin (IERM) an der Universität Wien hervorgegangen ist, treffen die Herausgeber einen zentralen Punkt: Selbstbestimmungs- und postmortales Persönlichkeitsrecht (Verfügungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz des Verstorbenen sowie seiner nahen Angehörigen) streiten, u.U. noch verstärkt durch die Glaubensfreiheit, für das grundsätzliche Tabu gegenüber Leichenöffnungen oder gar die Entnahme von Gewebeteilen oder Organen (was die Straftatbestände gegen eine „Störung der Totenruhe“ sicherstellen sollen, vgl. § 168 dStGB bzw. § 190 öStGB); für die Vornahme von Obduktionen bzw. Sektionen sprechen hingegen gewichtige gesamtgesellschaftliche Interessen, sei es etwa die Aufklärung von Straftaten (§ 87 dStPO bzw. § 128 öStPO), die frühzeitige Entdeckung von Infektionsquellen (§ 25 Abs. 4 dIfSG bzw. § 5 öEpidemieG, dazu näher *M. Grimm*, S. 145 ff., 168 ff.), die Qualitätssicherung ärztlichen Handelns (Behandlungsfehler?) oder generell die medizinische Forschung und akademische Lehre (Anatomie).

In diesem brisanten rechtsethischen Spannungsverhältnis nimmt Österreich traditionell – in der Worten *Kopetzki* – eine „pointierte Position“ ein (S. 88): Für jene Patienten, die in öffentlichen Krankenanstalten versterben, sieht § 25 Abs. 1 KAKuG (bzw. sehen die weithin identischen Krankenanstaltengesetze der Länder) sogar eine Pflicht zur Obduktion (!) vor, wenn eine solche „sanitätspolizeilich oder strafprozessual angeordnet worden oder zur Wahrung anderer öffentlicher oder wissenschaftlicher Interessen, insbesondere wegen diagnostischer Unklarheit des Falles oder wegen eines vorgenommenen operativen Eingriffes, erforderlich ist“. Bemerkenswerterweise gilt das ganz unabhängig von dem Votum des Verstorbenen (zu Lebzeiten) oder der nächsten Angehörigen (die nach § 25 Abs. 2 KAKuG mit ihrer Zustimmung eine eigenständige Rechtfertigung schaffen können). Für den Bereich der privaten Krankenhäuser hat der österreichische Gesetzgeber mit der KAKuG-Novelle 2019 eigentlich eine Gleichstellung bewirken wollen (zuvor bestand eine strenge Zustimmungspflicht, dazu bspw. *Bernat*, in: *Tag/Groß* [Hrsg.], *Der Umgang mit der Leiche*, 2010, S. 133, 141 f.); im neuen § 40 Abs. 1 lit. b) finden sich jedoch allein die unmittelbar klinisch relevanten Fälle übernommen, nicht jedoch der generalklauselartige Tatbestand der sonstigen

„öffentlichen oder wissenschaftlichen Interessen“ (krit. deshalb *Kopetzki*, S. 105: halbherzig). Zu diesen werden sämtliche hoheitlichen wie klinischen Erkenntnisinteressen gezählt, jenseits der relevanten klinischen Fakten in Bezug auf den konkreten Todesfall z.B. auch „bestimmte anatomische, histologische oder sonstige Strukturen [scil.: des menschlichen Leichnams] oder die Entdeckung von Arzneimittelwirkungen“ (*Memmer*, S. 80, „didaktische Interessen“ einbeziehend). Die Gesetzesmaterialien aus dem Jahr 1956 sprechen, um der erwünschten Flexibilität willen bewusst offen formulierend (*Memmer*, S. 77), von „zahllosen wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht nur auf pathologisch-anatomischem Gebiet, sondern [...] auf allen Gebieten medizinischer Wissenschaft“, durch die etwa „aus den anatomischen Gegebenheiten vielfach die für die Therapie in gleichartig gelagerten Krankheitsfällen ergebenden Maßnahmen erschlossen werden“ können (AB 164 Blg.NR 8. GP 10). Nach umstrittener, aber wohl mehrheitlicher Auffassung umfasst die Obduktion schließlich auch die – zweckgebundene – Befugnis zur Entnahme von Organ- und Gewebeteilen (*Bernat*, ebd.; s. auch *Kopetzki*, in: *Burgstaller-FS*, 2004, S. 601, 605 f.; am Beispiel der Prionenforschung ausf. *M. Grimm*, S. 135 ff.).

Diese aus deutscher Warte „paternalistisch-kollektivistische“ Haltung hat im österreichischen Recht eine sehr lange, mehrere Jahrhunderte überdauernde Tradition (ausführliches rechtshistorisches Referat von *Memmer*, S. 43 ff.) und wird offenbar bis heute mit Überzeugung einer (engen oder weiten) „Zustimmungslösung“ vorgezogen. Dafür lässt sich natürlich die unbestreitbare gesamtgesellschaftliche Bedeutung von Obduktionen anführen, wie sie von der Wiener Pathologin *Kain* u.a. mit Blick auf das Verstehen und Bekämpfen des neuen Viruserrägers im Kontext der fortbestehenden COVID-19-Pandemie ausbuchstabiert wird (S. 1 ff.). Aufschlussreich sind etwa die berichteten Ergebnisse einer eigenen Studie, wonach sich die klinischen Einschätzungen nach Todesfällen nur in etwas mehr als der Hälfte aller Fälle durch entsprechende pathologisch-anatomische Befunde bestätigen ließen (S. 4). Gleichwohl ist die Obduktionsquote auch in Österreich in den letzten 20 Jahren deutlich gesunken, auch wenn sie mit ca. 10 % aller Verstorbenen (Erwachsenen) noch immer um ein Fünf- bis Zehnfaches höher liegt als die mutmaßliche Quote in Deutschland (S. 7, mit schädlicher Folgewirkung u.a. auch für die Todesursachenstatistik und das Erkennen/Aufklären von Kapitaldelikten).

Ein wirkmächtiger Grund hierfür ist wohl nicht zuletzt auch die Begrenztheit der Personalressourcen (S. 8); für die deutsche Situation sehen *Groß/Wilhelmy* zudem generelle strukturell-organisatorische Hemmnisse, u.a. „die oft

unzureichende Verankerung der Obduktionsfrage in den klinischen Abläufen, eine unzureichende Einübung der „Angehörigengespräche“, ein „mangelndes Interesse der Kliniker an einer Obduktion (Angst vor Kontrolle)“ und allgemein „das Fehlen einer bundeseinheitlichen Gesetzgebung (S. 11, 21). Weiterhin sei die Sektion (in Deutschland) mit einem historischen „Imageproblem“ belastet (vor allem infolge einer selektiven Rekrutierungspraxis, durch religiöse Vorbehalte, S. 13 ff.) und zeigten sich in der normativen Debatte eine Vielzahl individuelle ethisch motivierter Vorbehalte zu Lasten der sozialetischen Argumente (S. 15 ff.). Etwas überraschend wird dabei neben der Qualitätssicherung auch das Wirtschaftlichkeitsgebot als Grund für die Unverzichtbarkeit von Sektionen angeführt, weil durch diese „der Gefahr einer im Wesentlichen ökonomisch ausgerichteten Minimalmedizin mit möglichst eingeschränkter Diagnostik und einfacher Therapie entgegengewirkt, eine angemessene Vergütung durch neu aufgedeckte Nebendiagnosen ermöglicht und Rechtssicherheit vor dem Vorwurf einer Falschkodierung erlangt werden“ könne (S. 22). Ob dies freilich zu rechtfertigen vermag, sich über berechnete Persönlichkeitsschutz-, Integritäts- und Glaubensinteressen der Betroffenen hinwegzusetzen, bleibt dann doch ein wenig fraglich.

Der Züricher Theologe und Sozialethiker *Michael Coors* betont demgegenüber – im Rahmen einer weit ausgreifenden, die Perspektive einer kultursensiblen Ethik sowie leibphänomenologische Aspekte einbeziehenden Studie – den besonderen Eigenwert des Respekts gegenüber kulturell diversifizierter Deutungen des menschlichen Leichnams (S. 25 ff., 27): „Das Prinzip der Selbstbestimmung hat eben diese Funktion, den Individuen den Freiraum zu garantieren, sich im Rahmen ihrer jeweiligen kulturellen Prägung zu orientieren“. Infolgedessen plädiert er für ein kategorisches individuelles Verfügungsrecht des später Verstorbenen und – soweit dieses nicht in Anspruch genommen wurde – für ein Widerspruchsrecht der Angehörigen (um eine schwerwiegende „Störung des friedlichen Zusammenlebens in einer kulturell diversen Gesellschaft“ abzuwehren), das sich gegenüber wissenschaftlichen Interessen durchsetzen soll, nicht aber gegen eine „kriminologisch indizierte Öffnung des Leichnams“ (S. 38 ff.). Bemerkenswert ist daran nicht bloß die (kategorial) unterschiedliche Gewichtung der Gemeinschaftsinteressen, sondern der entschiedene Kontrapunkt, wonach es „keinen Rechtsanspruch der Forschung auf den Gebrauch toter Körper gibt“ (S. 40). Anderes soll dagegen für menschliche Leichname gelten, die ohne Existenz naher Angehöriger gleichsam „verwaist“ sind: Auch hier sei es – unabhängig von überlebenden Beziehungspersonen – „der Menschheit in der verstorbenen Person“ geschuldet, diese auch noch im Zustand des Todes „mit Respekt zu behandeln“; diese „Nachwirkung der Menschenwürde“ stehe aber einer Öffnung der Leiche für wissenschaftliche Zwecke nicht entgegen (ebd.).

Die prominente Gegenposition zu einem individualistisch-selbstbestimmungsfreundlichen Standpunkt wird – ganz im Sinne der österreichischen Rechtstradition – von *Kopetzki* stark gemacht (S. 85 ff.): In seiner profunden

verfassungsrechtlichen, auch die Fragen des Rechtsschutzes einbeziehenden Analyse sieht er im fundamentalen Widerstreit der werthafter Belange weiterhin die bessere Gründe für die bestehende „Unterordnung der postmortalen Schutzinteressen unter die öffentlichen Interessen der Forschung und der Gesundheitspflege“ – ganz im Sinne des tradierten Leitspruchs „mors auxiliium vitae“ (S. 88). Denn es stünden sich keine gleichrangigen Rechtspositionen gegenüber, wenn es auf einer der beiden Abwägungsseiten „keinen originär berechtigten Grundrechtsträger“ mehr gibt: „Der Verstorbene hat keine subjektiven Rechte, sondern allenfalls Fortwirkungen antizipierter Entscheidungen zu Lebzeiten [...], und die Angehörigen verfügen schon deshalb über eine schwächere Rechtsstellung, weil sie die Integrität des Verstorbenen nur subsidiär vertreten bzw. auch der Schutz ihrer eigenen Pietätsgefühle letztlich vom Verstorbenen abgeleitet ist“ (S. 119). Letzteres dürfte im Lichte des eigenständigen Schutzanspruchs der Familie und dessen Verknüpfung mit der Privatsphäre des Menschen (Art. 5 EU-Grundrechte-Charta, Art. 8 EMRK) eine Verkürzung der verfassungsrechtlichen Position darstellen; dass antizipierende Verfügungen zu Lebzeiten ihre hohe Wertigkeit nicht mit Einbuße der (juristischen oder lebensweltlichen) Handlungsfähigkeit verlieren, ist aus dem Recht zur Patientenverfügung bekannt und heute allgemein anerkannt. Im Übrigen lässt sich im Rahmen der Abwägungsentscheidung nicht ignorieren, dass die Grundrechtsbeeinträchtigung durch Vornahme der Obduktion eine unmittelbar/sichere, die Beförderung von Qualitätssicherung zugunsten der Lebenden dagegen nicht mehr als eine mittelbare/unsichere Erwartung ist. Ungeachtet seines gegenteiligen Standpunktes sieht aber auch *Kopetzki* durchaus „verfassungsrechtliche Problemzonen“ (S. 120 ff.), vor allem mit Blick auf die in § 25 Abs. 1 KAKuG postulierte Inpflichtnahme der Ärzte, aber auch generell mit Rücksicht auf die aktuelle Entwicklung von alternativen Methoden der klinischen Diagnostik von Leichnamen (insbesondere durch den Einsatz bildgebender Verfahren, dazu auch *Kain*, S. 7 f.). Eine Öffnung hin zu einer bloßen Obduktionserlaubnis soll aber das Absehen von Obduktionen nur für „Ausnahmefälle“ ermöglichen (S. 133), d.h. das generelle Rangverhältnis – selbst bei Einbeziehung der Religionsfreiheit (Art. 10 EU-Grundrechte-Charta, Art. 9 EMRK, Art. 14 öStGG) – nicht in Frage stellen (S. 122 f.).

Während *Kopetzki* zum Zeitpunkt der Drucklegung noch davon ausgehen durfte, dass der österreichische „Rechtsfriede zugunsten der Lebenden“ bis auf Weiteres gesichert sei (S. 85 f.), hat sich die Lage seit dem Urteil des *EGMR* im Fall *Polat/Austria* (Urteil v. 20.7.2021 – 12886/16 –, NLMR 2021, 339 ff.) deutlich verändert: Zwar ist hierin die Gesetzesbestimmung des § 25 Abs. 1 KAKuG nicht grundsätzlich in Frage gestellt worden; doch verlangt der *EGMR* im Lichte der Art. 8, 9 EMRK eine konventionskonforme Auslegung und in der Konsequenz eine Auseinandersetzung mit den gegenläufigen Grundrechten des Verstorbenen (und seiner Angehörigen: Informationsanspruch bzgl. Ausmaß der Obduktion und eine evtl. Organentnahme). Infolgedessen wird der österreichische Gesetzgeber wohl nicht daran vorbeikommen, die Gesetzes-

lage den Vorgaben aus Straßburg anzupassen (*Bernat, GesR 2022, 218, 220*: gesetzliche Verankerung der erweiterten Zustimmungslösung „zumindest ein Gebot der praktischen Vernunft“). Dabei besteht allerdings in weit größerem Maße ein Wertungsspielraum für Differenzierungen jenseits der häufig empfohlenen Anlehnung an das (deutsche) Transplantationsrecht, wie der interessante Rechtsvergleich von *Spickhoff* anhand ausgewählter Rechtsordnungen belegt (S. 177, 180 ff.; gegen eine Parallelisierung auch schon *Duttge*, in: Groß/Esser/Knoblauch/Tag [Hrsg.], *Tod und toter Körper*, 2007, S. 117, 122 f.). Zugleich verdeutlicht *Spickhoff* eindrücklich die „wenig ruhmreiche“, weil zersplitterte und im Verhältnis der Landesregelungen zueinander z.T. widersprüchliche Rechtslage (S. 185 ff., 190, 194 f.), was Anlass gäbe, über die Schaffung einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes nachzudenken. Denn es lassen sich keine landes- oder regionalspezifischen Besonderheiten vorstellen, welche die Unterschiede in den Sektions- und Bestattungsgesetzen der Länder erklären könnten. Soweit jedoch – zumindest teilweise – eine Zustimmung aus Gründen der grundrechtlichen Legitimation für unverzichtbar gehalten wird (insbesondere bei ausdrücklichem Widerspruch des hernach Verstorbenen), sollte sie mehr als eine bloß „formale“ in Gestalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sein (die *Spickhoff* freilich aus Gründen der Praktikabilität für „tolerabel“ hält: S. 196).

Im Ganzen erweist sich der vorliegende Band als wahre Fundgrube für ein vertieftes Nachdenken über die rechtsgrundsätzlichen Dimensionen der Leichenschau und über jene Gründe, die in Österreich eine deutlich andere Rechtskultur zutage gefördert hat als in Deutschland. Auch wenn sich beide Rechtskreise aufgrund der jüngsten *EGMR*-Rechtsprechung annähern, ist das Spektrum legislativen Ermessens und Differenzierens bei Weitem noch nicht ausgeschöpft. So lässt es sich durchaus plausibel machen, die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die anatomische Leichenschau strenger zu fassen als in solchen Fällen, in denen unmittelbar klinische Erkenntnisse für den konkreten Behandlungsfall (oder weitergehend für die klinische Praxis) gewonnen werden sollen (so z.B. das Nds. Bestattungsrecht, vgl. einerseits § 5 Abs. 3, andererseits § 7a Abs. 1). Dass die vorliegenden Beiträge in diesem Sinne nicht zwischen (im engen Sinne) klinischer sowie anatomischer Sektion differenzieren, ist aus deutscher Perspektive zunächst befremdlich; ursächlich hierfür dürfte jedoch die Generalklausel des § 25 Abs. 1 KAKuG sein, was belegt, dass der Rechtsvergleich in beiderlei Richtungen wertvolle Einsichten verspricht. Wer aus deutscher Perspektive über mögliche Regelungsoptionen zum Sektions- bzw. Obduktionsrecht nachdenkt, wird im hier besprochenen Band vielfältige Anregungen und Denkanstöße entdecken.

## Jörn Patzak: Konkurrenzverhältnisse beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2021, Nomos, ISBN: 978-3-8487-8075-4, S. 347, Euro 89,00.

Die Dissertation über das Konkurrenzverhältnis beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln wurde von keinem Unbekannten verfasst. Vielmehr wird sie von einem ausgewiesenen Experten des Betäubungsmittelrechts vorlegt, nämlich dem Mitherausgeber und Kommentator des Beck'schen Kurzkommentars zum BtMG. Insofern durfte man gespannt sein auf die Auflösung der „fast täglich in obergerichtlichen Entscheidungen zu Tage tretende(n) Schwierigkeiten bei der Anwendung der Konkurrenzen im Betäubungsmittelrecht“ (S. 32).

Der Verfasser macht es sich zur Aufgabe, die konkurrenzrechtliche Beurteilung von Betäubungsmittelstraftaten erstmals einer eingehenden wissenschaftlichen Untersuchung zu unterziehen, wobei der Fokus auf den Konkurrenzen beim Handeltreiben und den damit zusammenfallenden Delikten des BtMG liegt, da dieser Tatbestandsalternative die größte praktische Bedeutung zukomme (S. 35). Ziel der Untersuchung ist es, die beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln vorkommenden Konkurrenzverhältnisse in ihrer ganzen Bandbreite umfassend darzustellen.

Insofern wird im ersten Teil der Arbeit die Konkurrenzlehre im Strafrecht mit den Konkurrenzformen der Gesetzeskonkurrenz, der Tateinheit und der Tatmehrheit dargestellt und auch die Rechtsfiguren der natürlichen und rechtlichen Handlungseinheit thematisiert. Im zweiten Teil werden die Grundlagen des Betäubungsmittelrechts nachgezeichnet. Den Schwerpunkt der Dissertation bildet der dritte Teil, in dem die beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln vorkommenden Konkurrenzen umfassend behandelt werden. Im vierten Teil wird untersucht, ob es der Rechtsfigur der Bewertungseinheit angesichts festzustellender Abgrenzungsschwierigkeiten überhaupt bedarf oder ob es de lege lata Alternativen innerhalb der zurzeit geltenden Konkurrenzlehre gibt. Schließlich werden Leitlinien für eine sachgerechte betäubungsmittelrechtliche Bearbeitung mit klaren Abgrenzungskriterien für die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fälle zusammengefasst. Es folgen abschließende Schlussbetrachtungen.

Im Einzelnen: Der Verfasser führt – ganz der Praktiker – mit einschlägigen Ausgangsfällen in die Konkurrenzlehre im Strafrecht ein (S. 40 ff.). Im Folgenden gelingt ihm ein dezidiert und pointierter Überblick über die Facetten der Handlungseinheit, ihre Abgrenzung zu der Handlungsmehrheit sowie die Erscheinungsformen und Rechtsfolgen der Gesetzeskonkurrenz/Gesetzeseinheit, der

Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Tateinheit/Idealkonkurrenz sowie der Gesamtstrafenbildung bei Tatmehrheit/Realkonkurrenz.

Nach diesem Blick auf die Grundlagen der Konkurrenzen folgt das Kapitel zu den Grundlagen des Betäubungsmittelrechts. Nachdem die Schutzzwecke des BtMG umrissen werden, wird der Aufbau des BtMG kurz wiedergegeben und anschließend die Frage der Betäubungsmittelleigenschaft geklärt. Auch die Erlaubnispflicht und Ausnahmen von der Erlaubnispflicht werden aufgezeigt, bevor die Straftatbestände des BtMG im Überblick dargestellt werden. Ausführlicher wird sich den wichtigsten Tathandlungen im Einzelnen gewidmet sowie der Kritik am weiten Begriff des Handeltreibens nachgespürt.

Interessant ist hier die Positionierung des Verfassers. Er geht grundsätzlich davon aus, dass eine möglichst passgenaue Definition des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln erstrebenswert sei, um etwaige Abgrenzungsschwierigkeiten zu beseitigen. Gleichwohl seien sämtliche Lösungsansätze zur Einschränkung des Handeltreibens dazu nicht hinreichend geeignet. Insofern würden Tathandlungen vom Handeltreiben ausgeklammert, die nach der geschichtlichen Entwicklung des BtMG, der gesetzgeberischen Intention und den Vorgaben des EU-Rahmenbeschlusses 2004/757/JI dem Handeltreiben unterfallen müssten, insbesondere Vermittlungsgeschäfte, die Einfuhr als Teilakt des Handeltreibens und das Feilhalten. Sofern diese Tathandlungen nicht unter den Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln unterfielen, werde das kriminalpolitische Ziel verfehlt, möglichst lückenlos alle relevanten Tathandlungen im Bereich des Rauschgifthandels mit Betäubungsmitteln zu erfassen, um zu verhindern, dass Betäubungsmittel unkontrolliert in den Verkehr gelangen. Darüber hinaus stelle sich die Frage, ob es überhaupt noch einer einschränkenden Auslegung des Begriffs des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln bedürfe. Denn die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des *BGH* und die nachfolgende Entscheidung des 2. *Strafsenats* verneinen dies. Insofern gäbe es kaum mehr Abgrenzungsschwierigkeiten. Der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei es insofern gelungen, den Begriff des Handeltreibens mit seiner Vielgestaltigkeit einer sachgerechten und überzeugenden Auslegung zuzuführen, durch welche die ganz überwiegende Anzahl von Rechtsfragen gelöst werde.

Im Folgenden werden die Strafvorschriften zum Handeltreiben nachgezeichnet, wobei man auch hier als Leser durch die Expertise des Verfassers von der konzisen Darstellung profitiert.

Herzstück der Arbeit ist dann das Kapitel D zu den beim unerlaubten Handelreiben mit Betäubungsmitteln angewendeten Konkurrenzverhältnissen. Denn – so der Verfasser – der weite Begriff des Handelreibens führe zwangsläufig dazu, dass das Handelreiben mit weiteren nach dem BtMG strafbewehrten Tathandlungen zusammenreife (S. 197). Insofern wird im Folgenden verschiedenen Fallgestaltungen nachgegangen. Zunächst wird zwischen den Fallgestaltungen im Zusammenhang mit dem Betreiben eines Umsatzgeschäftes in Bezug auf eine Betäubungsmittelgesamtmenge und dem Betreiben mehrerer Umsatzgeschäftes mit verschiedenen Betäubungsmittelmengen unterschieden. Abschließend wird die problematische Anwendung der Konkurrenzformen bei Massengeschäften mit Betäubungsmitteln im Rahmen des Online-Handels behandelt.

Festgestellt werden kann, dass die Rechtsprechung zahlreich, unübersichtlich und in manchen Fallkonstellationen uneinheitlich ist. Da nicht davon auszugehen sei, dass es zu einer umfangreichen Reform des Rechtsfolgensystems komme, sei nach Alternativen innerhalb der zurzeit geltenden Konkurrenzlehre de lege lata zu suchen. Insbesondere sei kritisch zu hinterfragen, ob es der Bewertungseinheit, die im Zentrum der Abgrenzungsprobleme im Betäubungsmittelrechts stehe, überhaupt bedürfe (S. 304). Allerdings sei ein Ausklammern des Handelreibens aus der rechtlichen Handlungseinheit dogmatisch nicht zu begründen. Sei das Handelreiben mit guten Gründen als rechtliche Handlungseinheit eingeordnet, so sei zu hinterfragen, ob es innerhalb dieser rechtlichen Handlungseinheit einer Sonderbehandlung der Bewertungseinheit als weiteren Unterfall der tatbestandlichen Handlungseinheit im weiteren Sinne bedürfe. Doch auch dies führe zu keinen akzeptablen Ergebnissen (S. 308), was anhand von Beispielsfällen belegt wird.

Insofern stellt der Verfasser fest, dass die Rechtsfigur der Bewertungseinheit als rechtliche Handlungseinheit „alternativlos“ sei, um zu dogmatisch vertretbaren und mit Blick auf den Schuldausgleich möglichst gerechten Ergebnissen im Rahmen der Prüfung der Konkurrenzverhältnisse beim täterschaftlichen Handelreiben mit Betäubungsmitteln zu gelangen (S. 310). Maßgebliches Kriterium für die Bildung einer Bewertungseinheit sei das Handelreiben in Bezug auf den Umsatz einer einheitlichen Rauschgiftmenge. Damit würden sämtliche Einzelakte zu einer Tat des Handelreibens verbunden. Auch mehrere Umsatzgeschäftes mit verschiedenen Betäubungsmittelmengen könnten hier zu einer Bewertungseinheit verbunden werden, sofern die Betäubungsmittelmengen ganz oder teilweise zu einer Gesamtmenge zusammengeführt werden. Dies wird von *Patzak* in einen „Leitsatz“ überführt:

„Einzelaten in Bezug auf grundsätzlich selbständig zu bewertende Umsatzgeschäftes werden zu einer Bewertungseinheit verbunden, wenn Betäubungsmittel aus den jeweiligen Umsatzgeschäftes ganz oder zum Teil in einer Gesamtmenge weiterverkauft werden, so dass sie dauerhaft zu einem Gesamtumsatzgeschäft 'verschmelzen'.“ (S. 310 f.).

Würden dagegen mehrere Umsatzgeschäftes mit verschiedenen Betäubungsmittelmengen zeitlich zusammentreffen und aufgrund fehlender dauerhafter Verschmelzung keine Bewertungseinheit anzunehmen sein, so komme eine tateinheitliche Verbindung der jeweiligen Taten des Handelreibens mit Betäubungsmitteln gem. § 52 Abs. 1 StGB in Betracht, sofern die Ausführungshandlung teildentisch sei. Auch für diese Konstellationen formuliert der Verfasser einen Leitsatz:

„Eine teildentische Ausführungshandlung i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn die Ausführungshandlung eines Umsatzgeschäftes mit Betäubungsmitteln notwendigerweise zur Erfüllung eines anderen Umsatzgeschäftes mit Betäubungsmitteln beiträgt. Die bloße Gleichzeitigkeit der Umsatzgeschäftes reicht nicht aus, die Umsatzgeschäftes zu einer Tat zu verbinden.“ (S. 312).

Sei weder von einer Bewertungseinheit noch von einer Teilidentität der Ausführungshandlung auszugehen, so lehnt der Verfasser im Gegensatz zur Auffassung des Großen Senats für Strafsachen die Annahme einer natürlichen Handlungseinheit ab, da es selbst bei wohlwollendster Betrachtung an einem einheitlichen Geschehen fehle.

Nach diesen Ausführungen stellt *Patzak* Leitlinien zur Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses in Betäubungsmittelverfahren auf, die anhand von Beispielsfällen und unterschiedlichen Fragestellungen formuliert werden. Von diesen systematisch gut einzuordnenden Fällen unterscheidet er solche mit unklarer Grenzziehung zwischen den Konkurrenzformen. Auch diese überführt er aber anhand von Beispielsfällen und in mehreren Schritten sinnvollen Lösungen zu.

Die Schlussbetrachtungen werden mit der Hoffnung verbunden, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung die aufgezeigten Divergenzen zum Anlass nimmt, die im Betäubungsmittelrecht vorkommenden Konkurrenzformen wieder genauer voneinander abzugrenzen.

Hierfür bilden die von *Patzak* erarbeiteten Leitlinien und Abgrenzungskriterien eine wertvolle Hilfe, um dem Tatrichter eine fehlerfreie und sachgerechte Rechtsfindung zu erleichtern. Insofern bleibt zu hoffen, dass die Dissertation auch genau für diese richterliche Entscheidungsfindung genutzt wird.