

# KriPoZ

## Kriminalpolitische Zeitschrift

### KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

### Herausgeber

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

### Schriftleitung

Wiss. Mit. Sabine Horn

### Redaktion (national)

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

### Redaktion international

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

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 249 – 309

**249** | **Kinder- und jugendpornographische Inhalte (§§ 184b, 184c StGB) und § 30 StGB**

*von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

**254** | **Verkehrsdelikte mit Todesfolge – Vorschlag für eine Reform der §§ 315 ff. StGB**

*von Prof. Dr. Elisa Hoven und Yannis Nehrig*

**259** | **Diskussion um § 129 StGB: Braucht Deutschland einen eigenen Tatbestand für schwerkriminelle Vereinigungen?**

*von Prof. Dr. Martin Heger und Dr. Lukas Huthmann*

**267** | **Über die Notwendigkeit einer Reform des Mordtatbestands aus rechtsgeschichtlicher Sicht**

*von Philipp Preschany*

**278** | **Der überarbeitete Regierungsentwurf zum Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz: „Radio Killed the Video Star“**

*von Dr. Eren Basar und Christian Heinelt*

**282** | **Hinweisgeberschutz reloaded**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

**285** | **Whistleblowing: Legal Provisions, Theory and Empirical Evidence**

*von Prof. Dr. Jochen Bigus und Prof. Dr. Carsten Momsen*

**302** | **Weckruf aus Karlsruhe: Verfassungswidrigkeit der Gefangenenvergütung**

*von Dr. Mario Bachmann*

### ENTSCHEIDUNGEN | 310 – 331

**310** | **Regelung zur Gefangenenvergütung in Bayern und Nordrhein-Westfalen verfassungswidrig**

*BVerfG, Urt. v. 20.6.2023 – 2 BvR 166/16 und 2 BvR 1683/17*

## BUCHBESPRECHUNGEN | 332 – 338

**332** | **Theodor Lammich: Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

**334** | **Markus Schreiber: Strafbarkeit politischer Fake News. Zugleich eine Untersuchung zum materiell-rechtlichen Umgang mit der Informationswahrheit in Zeiten demokratiegefährdender Postfaktizität**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

**337** | **Alexander Ilsner: Psychosoziale Prozessbegleitung im Strafverfahren. Vom Anliegen zum Rechtsanspruch**

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

## TAGUNGSBERICHT | 339 – 341

**339** | **Alles Krise? – Zustände, Umwege, Auswege der Kriminologie**

*Tagungsbericht zur 4. Tagung des Netzwerks „Kriminologie NRW“*

*von Jule Fischer, M.A.*

# Kinder- und jugendpornographische Inhalte (§§ 184b, 184c StGB) und § 30 StGB

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch \*

## Abstract

Dass unser geltendes Strafrecht eine „Verschlankung“ vertragen könnte, ist nun auch im Bundesjustizministerium bemerkt worden. Aus dem Besonderen Teil sollen Vorschriften entfernt werden, die aus unterschiedlichen Gründen nicht (mehr) benötigt werden. Als weitere Maßnahme der Entkriminalisierung steht möglicherweise die punktuelle Senkung von Strafrahmen auf der Agenda. Dies hat nicht nur eine Reduzierung des Sanktionsniveaus zur Folge, sondern kann dort, wo infolge der niedrigeren Strafrahmenuntergrenze aus Verbrechen Vergehen werden, Straflosigkeit bewirken. Das betrifft § 30 StGB, eine Vorschrift, die Anlass für die Überlegungen sein kann, nicht nur im Besonderen Teil, sondern auch im Allgemeinen Teil des StGB nach entbehrlichen Normen zu suchen. § 30 StGB ist aktuell anwendbar in Kombination mit den Tatbestandsvarianten des § 184b StGB, die Verbrechencharakter haben. Welche strafrechtlichen Ergebnisse daraus resultieren können, ist in der Debatte um die Strafbarkeit von Kinderpornographie bislang nicht erörtert worden. Dasselbe gilt für den praktisch selten zur Anwendung kommenden § 16 Abs. 2 StGB, der neuerdings in Verbindung mit § 184b StGB und § 184c StGB in Erscheinung getreten ist. Aus der Betrachtung der Zusammenhänge dieser Vorschriften lassen sich einige Empfehlungen an die Gesetzgebung ableiten.

The fact that our existing criminal law could do with some "streamlining" has now also been noticed by the Federal Ministry of Justice. Regulations that are no longer needed for various reasons are to be removed from the special section. Another possible decriminalization measure on the agenda is the selective reduction of sentencing ranges. This will not only result in a reduction in the level of punishment, but may also lead to impunity in cases where felonies become misdemeanors as a result of the lower minimum punishment range. This applies to Section 30 of the Criminal Code, a provision that may give rise to the consideration of searching for dispensable norms not only in the Special Part, but also in the General Part of the Criminal Code. § Section 30 of the StGB is currently applicable in combination with the offense variants of Section 184b of the StGB, which have the character of a crime. The results of this in terms of criminal law have not yet been discussed in the debate on the punishability of child pornography. The same applies to § 16 (2) StGB, which is rarely used in practice, and which has recently appeared in connection with § 184b StGB and § 184c StGB. A number of recommendations to the legislature can be derived from a

consideration of the interrelationships between these provisions.

## I. Einleitung

Die §§ 184b StGB und 184c StGB haben vor Kurzem die Aufmerksamkeit am Strafrecht Interessierter in zweifacher Weise auf sich gezogen: einmal durch eine interessante Entscheidung des BGH<sup>1</sup> zur Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 StGB auf diese Straftatbestände und das andere Mal wegen aus verschiedenen Richtungen erhobener Forderung nach Entschärfung der Verbrechensvorschrift § 184b StGB. Bemerkenswert ist, dass beide Themenkomplexe eine tätergünstige rechtliche Beurteilung betreffen. In dem einen Fall – dem des BGH – geht es um die (tatsächlich praktizierte) Anwendung des geltenden Rechts, in dem anderen Fall um die (gewünschte) Änderung des geltenden Rechts durch den Gesetzgeber. Bei der kritischen Beurteilung der Gegenstände bietet sich jeweils eine Einbeziehung der in Theorie und Praxis eher randständigen Vorschrift § 30 StGB an. Sie wird nämlich zeigen, dass die Täterbegünstigung in dem einen Fall eine falsche Wertung beinhaltet und in dem anderen Fall wertungsmäßig richtig ist. In beiden Fällen bedarf daher das entgegenstehende geltende Recht der Korrektur. Für beide Korrekturen ist der Gesetzgeber zuständig. Denn rechtsanwendungstechnisch – durch Auslegung oder Analogie – sind die gewünschten Ergebnisse auf der Grundlage des geltenden Gesetzes nicht zu erreichen.

## II. § 16 Abs. 2 StGB bei irriger Annahme von Jugendpornographie

### 1. Entscheidung des BGH

#### a) Strafbarkeit wegen Versuchs

Der Entscheidung des 4. Strafsenates des BGH lag ein Fall zugrunde, in dem objektiv-tatbestandsmäßiges Handeln und Vorsatz des Täters auseinanderfielen. Der Täter hatte eine Videoaufzeichnung von einem tatsächlichen Geschehen mit kinderpornographischem Inhalt hergestellt, also den objektiven Tatbestand des § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB erfüllt.<sup>2</sup> Er stellte sich aber vor, der aufgenommene Darsteller sei älter als 14 Jahre, also Jugendlicher. Der Vorsatz bezog sich nicht auf den Tatbestand des § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB, sondern auf den Tatbestand des § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB. Eine Strafbarkeit aus § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB war deshalb gemäß § 16 Abs. 1

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

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 19.10.2022 – 4 StR 168/21 = NJW 2022, 3795; BStZ 2023, 219.

<sup>2</sup> BGH (Fn. 1), Rn. 8.

S. 1 StGB nicht begründet.<sup>3</sup> Die Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen vollendeter Tat gemäß § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB waren auch nicht erfüllt, weil die Videoaufzeichnung keinen jugendpornographischen Inhalt hatte. Der Täter hatte also einen (untauglichen) Versuch gemäß §§ 184c Abs. 1 Nr. 3, 22 StGB begangen. Dieser ist gemäß § 184c Abs. 5 StGB mit Strafe bedroht.

#### b) Vollendungsstrafbarkeit gemäß § 16 Abs. 2 StGB

Eine Strafbarkeit wegen einer vollendeten Straftat auf der Grundlage des Tatbestandes § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB wäre möglich, wenn der Fall in den Anwendungsbereich des § 16 Abs. 2 StGB fiel. Diese Vorschrift ermöglicht eine Bestrafung wegen eines vollendeten milderen Delikts, obwohl der objektive Tatbestand dieses milderen Delikts nicht erfüllt ist.<sup>4</sup> Das lässt sich demonstrieren an dem Hauptanwendungsbeispiel, der irrigen Annahme des Täters einer Tötung auf Verlangen, § 216 StGB.<sup>5</sup> Stellt sich der den objektiven Tatbestand des Totschlags (§ 212 Abs. 1 StGB) erfüllende Täter irrtümlich vor, das Opfer habe ihn durch ein ausdrückliches und ernstliches Verlangen zur Tötung bestimmt, ist er wegen vollendeter Tötung auf Verlangen strafbar. Da ein Tötungsverlangen tatsächlich aber nicht vorlag, hat er eigentlich nur den (untauglichen) Versuch einer Tötung auf Verlangen begangen.<sup>6</sup> Den Schuldspruch auf diesen Versuch zu beschränken wäre aber eine ungerechtfertigte Überprivilegierung des Täters. Denn läge der Tat wirklich ein wirksames Tötungsverlangen zugrunde, wäre der Täter wegen vollendeter Tötung auf Verlangen strafbar. Es wäre ein klarer Wertungswiderspruch, wenn der Täter im Falle irrtümlich angenommenen Tötungsverlangens besser stünde. Die Strafbarkeit darf nicht auf bloßen Versuch reduziert werden, wenn objektiv sogar der schwerere Tatbestand Totschlag verwirklicht wurde. Einer Strafbarkeit wegen Totschlags wiederum steht der „mildere“ Vorsatz entgegen. Der richtige „Mittelweg“ zwischen vollendetem Totschlag und

versuchter Tötung auf Verlangen ist die vollendete Tötung auf Verlangen. Diese Strafbarkeit ermöglicht die Norm des § 16 Abs. 2 StGB.<sup>7</sup>

Das *LG Bochum* hatte den Angeklagten wegen vollendeter Tat gemäß § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB verurteilt und dies mit § 16 Abs. 2 StGB begründet.<sup>8</sup> Für die Anwendung des § 16 Abs. 2 StGB auf die Fehleinschätzung des tatbestandsmäßigen Alters bei § 184b StGB und § 184c StGB könnte das unterschiedliche gesetzliche Strafmaß der beiden Strafvorschriften sprechen. Taten in Bezug auf kinderpornographische Inhalte sind auf grundtatbestandlicher Ebene mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bedroht, § 184b Abs. 1 S. 1 StGB, Taten in Bezug auf jugendpornographische Inhalte auf der grundtatbestandlichen Ebene mit Freiheitsstrafe von einem Monat (§ 38 Abs. 2 StGB) bis zu drei Jahren, § 184c Abs. 1 StGB. Das Gesetz § 184c Abs. 1 StGB ist also eindeutig „milder“ als das Gesetz § 184b Abs. 1 S. 1 StGB.<sup>9</sup> Dennoch ist nach Ansicht des *BGH* § 16 Abs. 2 StGB auf diesen Fall nicht anwendbar.<sup>10</sup> Dem ist entgegen der eigenen in der *ZStW*<sup>11</sup> gemachten Ausführungen zuzustimmen. Der *BGH* hat sich zu Recht dem dortigen Vorschlag zur Behandlung der Fehlvorstellung über das Alter der abgebildeten minderjährigen Person nicht angeschlossen. § 16 Abs. 2 StGB soll nach dem Willen des Gesetzgebers allein die Konstellation eines objektiv erfüllten Grundtatbestandes bei zugleich irrtümlich vorgestellter Erfüllung eines Privilegierungstatbestandes normieren. Zwischen den beiden Straftatbeständen, um die es geht, muss also das systematische Verhältnis von Grundtatbestand und Privilegierungstatbestand bestehen.<sup>12</sup> Der Grundtatbestand ist dabei in den Privilegierungstatbestand eingeschlossen. Die „mildere“ Vorschrift fügt dem Tatbestand privilegierende – unrechtsmindernde – Merkmale hinzu. Mit der Verwirklichung des Privilegierungstatbestandes geht also stets auch die Verwirklichung des Grundtatbestandes ein-

<sup>3</sup> *Kudlich/Lang*, NJW 2022, 3797; *Mitsch*, ZStW 124 (2012), 323 (337).

<sup>4</sup> *BGH* (Fn. 1), Rn. 14.

<sup>5</sup> *BGH*, NStZ 2012, 85 (86); *Fischer*, StGB, 70. Aufl. (2023), § 216 Rn. 11; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. (2020), 11/32; *Gropp/Sinn*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2020), § 13 Rn. 124; *B. Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2022), Rn. 1077; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), § 29 V 5 a; *Joecks/Kulhanek*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. (2020), § 16 Rn. 107; *Knobloch*, JuS 2010, 864 (866); *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), § 13 Rn. 16; *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 8. Aufl. (1992), § 23 Rn. 21; *Momsen*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2021), § 216 Rn. 9; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. (2022), § 24 Rn. 41; *Neumann/Saliger*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 216 Rn. 18; *Puppe*, in: NK-StGB, § 16 Rn. 3; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 23. Aufl. (2022), § 6 Rn. 14; *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl. (2020), § 12 Rn. 139; *Schneider*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 216 Rn. 55; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 216 Rn. 14; *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. (2020), § 16 Rn. 105; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 52. Aufl. (2022), Rn. 1327. Wie mit dem Wortlaut des § 216 Abs. 1 StGB zu vereinbaren sein soll, dass die irriige Annahme eines nicht existierenden Tötungsverlangens kein Fall des § 16 Abs. 2 StGB sei, weil „es letztlich allein auf die von § 16 II nicht erfaßte (zutreffende oder unzutreffende) Vorstellung des Täters“ ankomme (so z.B. *Franke*, JuS 1980, 172 [174]), ist das Geheimnis der diese Ansicht vertretenden Autoren.

<sup>6</sup> *Küper*, Jura 2007, 260 (261).

<sup>7</sup> *Küper*, Jura 2007, 260 (264); *Rengier*, BT II, § 6 Rn. 15.

<sup>8</sup> *BGH* (Fn. 1), Rn. 9.

<sup>9</sup> Der Wortlaut des § 16 Abs. 2 StGB steht daher der Einbeziehung des vorliegenden Falles nicht entgegen, so auch *Kudlich/Lang*, NJW 2022, 3797 (3798).

<sup>10</sup> *BGH* (Fn. 1), Rn. 10; zust. *Kulhanek*, NStZ 2023, 220 (221).

<sup>11</sup> *Mitsch*, ZStW 124 (2012), 323 (338); ebenso *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 184c Rn. 23; *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 56; § 184c Rn. 25.

<sup>12</sup> *BGH* (Fn. 1), Rn. 13.

her. Das ist im Verhältnis zwischen § 212 StGB und § 216 StGB der Fall. Wer Tötung auf Verlangen begeht, verwirklicht den objektiven und subjektiven Tatbestand des Totschlags. Zwischen § 184b StGB und § 184c StGB besteht ein solches Einschlussverhältnis nicht. Wer den Tatbestand des § 184c StGB erfüllt, der erfüllt zwar weite Teile des Tatbestandes des § 184b StGB. Er erfüllt aber den Tatbestand des § 184b StGB nicht vollständig. Denn ein Jugendlicher ist 14 Jahre alt oder älter und daher nicht zugleich „Kind“. Die Straftatbestände § 184b StGB und § 184c StGB schließen sich also gegenseitig aus.<sup>13</sup> § 184b StGB ist nicht der Grundtatbestand im Verhältnis zu § 184c StGB. Diese Vorschrift normiert deshalb auch keinen Privilegierungstatbestand, obwohl sie ein „milderes“ Gesetz im Vergleich zu § 184b StGB ist.

§ 16 Abs. 2 StGB ist also nicht anwendbar, eine Strafbarkeit wegen vollendeter Herstellung eines jugendpornographischen Inhalts somit nicht begründbar. Dass dies für den Täter eine unverdiente Besserstellung – er wäre wegen vollendeter Tat aus § 184c StGB strafbar, wenn die abgebildete Person tatsächlich älter als 14 Jahre gewesen wäre<sup>14</sup> – ist, bedarf keiner Erläuterung. Es ist offensichtlich. Auf der Sanktionsebene ist ein Übermaß an Privilegierung vermeidbar, da die Strafmilderung wegen Versuchs fakultativ ist, § 23 Abs. 2 StGB.<sup>15</sup> Anders ist die Rechtslage, wenn an der Tat ein Anstifter oder Gehilfe beteiligt ist. Dann verspricht die geltende Gesetzeslage sogar Strafflosigkeit, wo Strafbarkeit angemessen wäre.

## 2. Strafflosigkeit nach § 30 StGB

Strafbarkeit des Täters aus § 184c StGB schließt die Herabstufung der Tat auf Versuchsniveau nicht aus, wohl aber Strafbarkeit eines Anstifters und eines Gehilfen. Versuchte Anstiftung ist strafbar, wenn sie sich auf ein Verbrechen bezieht, § 30 Abs. 1 StGB. Versuchte Beihilfe ist überhaupt nicht strafbar. Die Tatbestandsvarianten des § 184c Abs. 1 bis Abs. 3 StGB sind Vergehen, § 12 Abs. 2 StGB. Daher ist der Versuch, den Täter zur Verwirklichung eines dieser Tatbestände zu bestimmen, nicht nach § 30 Abs. 1 StGB strafbar. Diese Strafflosigkeit erscheint wertungsmäßig inkonsequent, wenn der Täter durch die „Bestimmung“ des Anstifters tatsächlich zur Begehung einer vollendeten Tat motiviert wurde, die zwar nicht den Tatbestand des § 184c StGB, wohl aber den Tatbestand des § 184b StGB erfüllte. Dem letzten Halbsatz das Wort „sogar“ einzufügen, wäre angesichts der Verwandtschaft der beiden Tatbestände einerseits und des zwischen ihnen bestehenden Sanktionsgefälles andererseits gewiss kein sprachlicher Fehlgriff. Der Anstifter hat objektiv mehr Unrecht bewirkt als er bewirken wollte, kommt deswegen aber in den Genuss einer günstigeren strafrechtlichen Behandlung, als wenn er objektiv nur das bewirken hätte, was er bewirken wollte. Im letzteren Fall hätte er eine vollendete Anstiftung begangen, die strafbar ist. Im erstgenannten Fall soll es nur eine versuchte Anstiftung sein, die nicht strafbar ist!

Richtete sich der Vorsatz des Anstifters auf eine Haupttat, die den Tatbestand des § 184c StGB erfüllt, scheidet Strafbarkeit wegen Anstiftung zu einer kinderpornographischen Tat gemäß §§ 184b, 26 StGB mangels Vorsatzes aus. Da der Täter den Tatbestand, auf den der Vorsatz des Anstifters sich bezog (§ 184c StGB), nicht erfüllt und nicht einmal zu erfüllen versucht hat, ist die Anstiftung zu dieser Tat im Versuchsstadium stecken geblieben. Hätte der Täter einen jugendpornographischen Inhalt hergestellt, wäre der Anstifter aus §§ 184c, 26 StGB strafbar. Dasselbe Ergebnis wäre bei der § 184b StGB verwirklichenden Haupttat aus § 16 Abs. 2 StGB ableitbar. Da dieses Ergebnis wertungsmäßig richtig ist, schmerzt die Lücke, die das geltende Recht reißt, mehr als beim Täter. Es gibt keinen Grund, den Anstifter straflos zu lassen, der den Täter erfolgreich zur Begehung einer Tat bestimmt hat, die derselben Gattung von Unrechtstyp – „Verbreitung, Erwerb und Besitz von minderjährigenpornographischen Inhalten“ – angehört wie die Tat, die der Anstifter sich vorstellte und die einen höheren Unrechtsgehalt hat als die Tat, die der Anstifter sich vorstellte. Die Gattungsgemeinschaft beruht darauf, dass beide Tatbestände sich auf minderjährige Personen (Kinder, Jugendliche) beziehen. Daher ist es für den Gesetzgeber ein Leichtes, das positive Recht so umzugestalten, dass § 16 Abs. 2 StGB anwendbar wird und vernünftige Ergebnisse möglich werden. Er muss in die Tatbestandsgestaltung den Oberbegriff „Minderjährige“ einbeziehen und die Begriffe „Kind“ und „Jugendlicher“ zur Schaffung entweder eines Qualifikationstatbestandes oder eines Privilegierungstatbestandes verwenden (dazu unten 4.).<sup>16</sup>

## 3. Der umgekehrte Fall

Stellt sich der Täter irrtümlich vor, Gegenstand seiner objektiv jugendpornographischen (§ 184c StGB) Tat sei ein kinderpornographisches Medium, ist er wegen (untauglichen) Versuchs aus §§ 184b, 22 StGB strafbar.<sup>17</sup> Vollendungsstrafbarkeit aus § 184c StGB ist nicht begründet, weil der Vorsatz keinen Jugendlichen, sondern ein Kind erfasst, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Wertungsmäßig wäre Vollendungsstrafbarkeit das richtige Ergebnis, weil der auf „plus“ (Kinderpornographie) gerichtete Vorsatz das „minus“ (Jugendpornographie) mitumfasst.<sup>18</sup> Der Gesetzeswortlaut lässt indessen eine solche Argumentation nicht zu. Ein Anstifter, der meint den Täter zu einer kinderpornographischen Tat zu bestimmen, ist aus §§ 184b, 30 Abs. 1 StGB strafbar. Strafbarkeit aus §§ 184c, 26 StGB entfällt. Ein Gehilfe bleibt straflos. Konstruktiv begeht er versuchte Beihilfe zu einer kinderpornographischen Haupttat. Obwohl diese ein Verbrechen ist, bleibt der Beihilfeversuch straflos.

## 4. Korrektur durch den Gesetzgeber

Eine entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 2 StGB auf den Fall des *BGH* und ähnliche Konstellationen ist nicht

<sup>13</sup> *BGH* (Fn. 1), Rn. 17.

<sup>14</sup> *Kudlich/Lang*, NJW 2022, 3797 (3798).

<sup>15</sup> *Kulhanek*, NSZ 2023, 220 (221).

<sup>16</sup> *Mitsch*, ZStW 124 (2012), 323 (335).

<sup>17</sup> *Mitsch*, ZStW 124 (2012), 323 (330).

<sup>18</sup> *Mitsch*, ZStW 124 (2021), 323 (334).

möglich, verstieße auch gegen Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>19</sup> Die Rechtsgrundlage für das materiell richtige Ergebnis kann nur der Gesetzgeber schaffen.<sup>20</sup> Damit § 16 Abs. 2 StGB auf das Verhältnis von § 184b StGB und § 184c StGB anwendbar wird, muss ein Grundtatbestand konstruiert werden, im Verhältnis zu dem der Tatbestand der „Jugendpornographie“ ein Privilegierungstatbestand ist. Der Grundtatbestand müsste alle Minderjährigen – also Jugendliche von 14 bis 18 Jahren sowie Kinder unter 14 Jahren – erfassen und eine höhere Strafdrohung haben, als der Privilegierungstatbestand, der sich allein auf Jugendliche bezieht.<sup>21</sup> Die Regelung – Version 1 – könnte so aussehen:

*„Wer einen pornographischen Inhalt herstellt, der ein tatsächliches Geschehen mit einer Person unter achtzehn Jahren (Minderjähriger) wiedergibt, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft. Hat der Minderjährige das vierzehnte Lebensjahr schon vollendet, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.“*

Einfacher lässt sich das gewünschte Bestrafungsergebnis jedoch dadurch erreichen, dass man dem Grundtatbestand keinen Privilegierungstatbestand, sondern einen Qualifikationstatbestand gegenüberstellt. Letzterer wäre der Kinderpornographietatbestand. Die Norm – Version 2 – sähe dann so aus:

*„Wer einen pornographischen Inhalt herstellt, der ein tatsächliches Geschehen mit einer Person unter achtzehn Jahren (Minderjähriger) wiedergibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft. Hat der Minderjährige das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.“*

Auf der Grundlage dieser Version 2 macht sich ein Täter, der eine kinderpornographische Schrift herstellt und irrig annimmt, die betroffene Person sei Jugendlicher, wegen Vollendung des Grundtatbestandes strafbar. Der Strafbarkeit aus dem Qualifikationstatbestand steht § 16 Abs. 1 S. 1 StGB entgegen. Auf Grundlage der Konstellation Grundtatbestand-Privilegierungstatbestand (Version 1) resultiert dasselbe Ergebnis aus der Anwendung der § 16 Abs. 2 StGB. Für die Strafbarkeit eines Anstifters, der den Täter zur Verwirklichung des „schwächeren“ Tatbestandes bestimmen will, gilt entsprechendes. Er ist strafbar wegen Anstiftung zu der vollendeten Tat des Täters, die den Privilegierungstatbestand (Version 1) bzw. den Grundtatbestand (Version 2) erfüllt. Strafbar wäre auch der sich irrende Gehilfe, der vollendete Beihilfe zur vollendeten Tat des Täters begeht.

Im umgekehrten Irrtumsfall (objektiv Jugendpornographie; subjektiv Kinderpornographie) ist der Täter wegen

vollendeten jugendpornographischen Delikts in Tateinheit mit dem Versuch eines kinderpornographischen Delikts strafbar. Für den Anstifter gilt entsprechendes: § 26 StGB bezüglich Jugendpornographie, § 30 Abs. 1 StGB bezüglich Kinderpornographie. Ein Gehilfe ist wegen Beihilfe zur vollendeten jugendpornographischen Haupttat strafbar, die versuchte Beihilfe zur kinderpornographischen Tat bleibt straflos.

### III. Verbrechenqualität der Kinderpornographiedelikte

#### 1. Entscheidung des Gesetzgebers

Mit Ausnahme der Fälle des § 184b Abs. 1 S. 2 StGB sind alle Tatbestandsvarianten des § 184b StGB Verbrechen, § 12 Abs. 1 StGB. Der Versuch ist deshalb gemäß § 23 Abs. 1 StGB<sup>22</sup> mit Strafe bedroht, sämtliche Varianten der „versuchten Beteiligung“ gemäß § 30 StGB beziehen § 184b StGB in ihren Anwendungsbereich mit ein.<sup>23</sup> Die Hochstufung auf Verbrecheniveau beruht auf dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16.6.2021. Strafprozessuale Konsequenz ist unter anderem die Nichtanwendbarkeit der §§ 153, 153a StPO. Dies hat zur Folge, dass die Strafverfolgungsbehörden auf Fälle geringfügiger Tatbestandsverwirklichung nicht mehr angemessen reagieren können. An das Bundesjustizministerium hat die Strafrechtspraxis die Bitte hergetragen, die Strafrechtsverschärfung rückgängig zu machen.<sup>24</sup>

#### 2. Hypertrophe Strafbarkeit nach § 30 StGB

Gewiss ohne nennenswerte praktische Relevanz, der Bewertung der Strafvorschrift als von vernünftigen Menschen in einem Anwendungsfälle antizipierenden Verfahren geschaffenes vernünftiges Recht gleichwohl entgegenstehend ist die Vermehrung von Bestrafungsmöglichkeiten im Vorfeld von Rechtsgutsbeeinträchtigungen auf Grundlage des § 30 StGB. Praktische Fälle, so sie denn vorkommen, werden wahrscheinlich nicht zur Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden gelangen. Sollte das aber einmal doch der Fall sein, wäre die Staatsanwaltschaft zur Einleitung eines Strafverfahrens verpflichtet, aus dem sie auch nicht mehr über §§ 153, 153a StPO „aussteigen“ könnte. Ein kluger Gesetzgeber gestaltet das materielle Strafrecht von vornherein so, dass Strafverfolgungsbehörden nicht in die Verlegenheit gebracht werden, Taten verfolgen zu müssen, die der Bestrafung nicht würdig oder nicht bedürftig sind.

Welche absurden Straftatfälle das geltende Recht möglich macht, soll mit einem einzigen Fall – der noch nicht einmal die Verweisung in § 30 Abs. 1 S. 3 StGB auf § 23 Abs. 3 StGB verwertet<sup>25</sup> – typischer „Lehrbuch-Kriminalität“ gezeigt werden:

<sup>19</sup> BGH (Fn. 1), Rn. 19; Kudlich/Lang, NJW 2022, 3797 (3798).

<sup>20</sup> Kulhanek, NStZ 2023, 220 (221).

<sup>21</sup> Kudlich/Lang, NJW 2022, 3797 (3798).

<sup>22</sup> § 184b Abs. 4 StGB bezieht sich allein auf § 184b Abs. 1 S. 2 StGB, Fischer, StGB, § 184b Rn. 39.

<sup>23</sup> Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 30. Aufl. (2023), § 184b Rn. 1.

<sup>24</sup> Suliak, LTO v. 13.3.2023.

<sup>25</sup> Eindrucksvoll dazu das „Schaufensterpuppen“-Beispiel bei Zaczysk, in: NK-StGB, § 30 Rn. 30 („ein solches Strafrecht macht sich lächerlich“).

*Nach dem Tod des A sagt dessen früherer Arbeitskollege B zum Sohn S des Verstorbenen: „Dein Vater hatte auf dem Dachboden eine interessante Sammlung von Amateurvideos mit pornographischen Aufnahmen von nackten Jungen und Mädchen unter 14 Jahren. Ich würde dir diese Videos abkaufen“. S ist einverstanden und verspricht, auf dem Dachboden nach den Videos zu suchen. Tatsächlich existierten solche Aufnahmen nicht.*

Sofern S in dem Haus des verstorbenen Vaters wohnt, dürfte seine Antwort auf das Angebot des B bereits ein untauglicher Versuch des Besitzes kinderpornographischer Inhalte sein. Das ist strafbar gemäß §§ 184b Abs. 3, 22 StGB. Schon das ist eine zweifelhafte Straftatkonstruktion. Auf jeden Fall ist die Verkaufsvereinbarung von S und B wegen § 30 StGB ein beidseitiges strafbares Geschäft. Beide haben sich gegenseitig „bereit erklärt“, ein Verbrechen zu begehen, nämlich § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und § 184b Abs. 3 StGB i.V.m. § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB. Zugleich erfüllen sie jeweils dem anderen gegenüber auch die Variante „Annahme eines Erbietens“, § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB. Gesetze, die Quelle derart skurriler Skizzen von Straftaten sind, bedürfen der Reparatur, denn sie sind zu weit geraten.

### *3. Korrektur durch den Gesetzgeber*

Die Absenkung des gesetzlich angedrohten Mindeststrafmaßes, mit der die Tatbestände von der Verbrechen-

auf die Vergehensebene zurückgeführt werden, würde dem ganzen Spuk einer hypertrophen Strafbarkeit aus § 30 StGB ein Ende bereiten. Mehr an Gesetzeskorrektur braucht dem Gesetzgeber nicht empfohlen zu werden, zumal dadurch das Tor zur Anwendung der §§ 153, 153a StPO wieder geöffnet würde.

### **IV. Schluss**

Nicht nur der Kritik an der Verschärfung des § 184b StGB geben die durch Anwendung des § 30 StGB erzeugbaren Strafbarkeitsbeispiele Nachdruck. Auch die für den Strafwürdigkeits-Test benutzte Vorschrift § 30 StGB selbst hat gar keine oder eine schwache Legitimation.<sup>26</sup> Dieser Schwäche wird gewiss nicht dadurch abgeholfen, dass neue Verbrechenstatbestände wie § 184b StGB kreiert werden und dadurch der Anwendungsbereich des § 30 StGB vergrößert wird. Auch nach der hoffentlich bald erfolgenden Rückführung des § 184b StGB auf Vergehensniveau behält die Frage ihre Berechtigung, ob § 30 StGB überhaupt gebraucht wird oder zumindest eine deutlich eingeschränkte Version dieser Vorschrift ausreichend wäre.

<sup>26</sup> Zaczyk, in: NK-StGB, § 30 Rn. 4.

# Verkehrsdelikte mit Todesfolge – Vorschlag für eine Reform der §§ 315 ff. StGB

von Prof. Dr. Elisa Hoven und  
Yannis Nehrig\*

## Abstract

Die Strafraumen der Verkehrsdelikte in §§ 315 ff. StGB sind nicht überzeugend aufeinander abgestimmt; insbesondere die Qualifikations- und Erfolgsqualifikationsbestände sind unvollständig und systematisch inkonsequent. Wie ein aktueller Fall aus Thüringen zeigt, haben die normativen Defizite auch praktische Relevanz: Da §§ 315-315c StGB bislang keine Erfolgsqualifikationen für die Herbeiführung des Todes eines anderen Menschen enthalten, kann das besondere Unrecht etwa einer durch eine Trunkenheitsfahrt fahrlässig herbeigeführten Tötung nicht angemessen abgebildet werden. Die Verfasser analysieren die systematischen Schwächen des geltenden Rechts und unterbreiten einen konkreten Reformvorschlag.

The law on traffic offences in §§ 315 ff. of the German Criminal Code is highly deficient and systematically inconsistent. As a recent case from Thuringia shows, the normative deficits do have practical relevance: Since §§ 315-315c of the Criminal Code do not yet contain any qualification for causing the death of another person, the specific injustice of, for example, a death negligently caused by a drunken drive, cannot be adequately reflected in the law. The authors analyze the systematic weaknesses of the current law and submit a proposal for reform.

## I. Kriminalpolitischer Anlass für Reformüberlegungen

Am 1. April 2023 geriet ein stark alkoholisierte Autofahrer, der nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis war, auf die Gegenfahrbahn der B247 bei Bad Langensalza und tötete sieben Menschen, drei weitere wurden teilweise lebensgefährlich verletzt.<sup>1</sup> Der Fall hat in der Öffentlichkeit große Betroffenheit ausgelöst und den Wunsch nach einem „gerechte[n] Urteil für jemanden, der sieben Menschenleben ausgelöscht hat“.<sup>2</sup>

Tatsächlich können die Gerichte nach geltendem Recht lediglich eine Höchststrafe von fünf Jahren verhängen. Zwar hat die zuständige Staatsanwaltschaft angekündigt, auch wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikt zu ermitteln. Doch obgleich der genaue Unfallhergang noch nicht bekannt ist, erscheint eine solche Einordnung schwierig. Alkoholbedingt verursachte Unfälle zeichnen sich in aller Regel dadurch aus, dass der Fahrer seine Fähigkeiten stark überschätzt; dass der Tod von Menschen zumindest billigend in Kauf genommen wird, ist eher fernliegend und wurde in vergleichbaren Konstellationen auch nicht bejaht.<sup>3</sup> Wird dem Fahrer lediglich Fahrlässigkeit zur Last gelegt, gilt ein Strafraumen, der angesichts der Schwere der Tat und auch im systematischen Vergleich zu ähnlichen Delikten nicht angemessen ist. Der Thüringer Fall legt hier ein erhebliches Defizit in der Konzeption der §§ 315 ff. StGB offen. Auf die Schwächen der geltenden Regelung haben Kollegen bereits hingewiesen, jüngst etwa Wolfgang Mitsch.<sup>4</sup> Doch Änderungen im StGB nimmt der Gesetzgeber selten vor, weil ihm die Strafrechtswissenschaft systematische Mängel aufzeigt; meist öffnet erst ein in den Medien diskutierter Einzelfall die Tür für eine Reform.

## II. Die geltende Rechtslage und ihre Defizite

Tötet ein alkoholisierte Fahrer – unterhalb der Grenze von § 20 StGB – im Straßenverkehr eine oder mehrere Personen, kommen eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB sowie wegen Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB in Betracht. § 315c Abs. 1 StGB sieht eine Strafe von bis zu fünf Jahren vor, wenn der Täter infolge des Genusses alkoholischer Getränke nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen gefährdet; erfolgt die Gefährdung fahrlässig – wovon in Fällen der Alkoholisierung regelmäßig auszugehen sein wird<sup>5</sup> – verringert sich die Höchststrafe auf maximal zwei Jahre (Abs. 3 Nr. 1).

\* Prof. Dr. Elisa Hoven ist Inhaberin des Lehrstuhls für deutsches und ausländisches Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Medienrecht an der Universität Leipzig. Yannis Nehrig ist als studentischer Mitarbeiter dort beschäftigt.

<sup>1</sup> Locke, Fünf 19-Jährige unter den sieben Todesopfern, FAZ v. 2.4.23, online abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/ungluecke/sieben-tote-bei-schwerem-unfall-in-thueringen-darunter-fuenf-19-jaehrige-18794674.html> (zuletzt abgerufen am 13.4.23); Volkman/Klaus, Sieben Tote bei Unfall in Thüringen: Fünf Teenager unter Opfern, Verursacher ohne Führerschein und vermutlich unter Alkohol, Thüringer Allgemeine v. 2.4.23, online abrufbar unter: <https://www.thueringer-allgemeine.de/regionen/bad-langensalza/unfall-sieben-tote-b-247-bad-langensalza-thueringen-ohne-fuehrerschein-alkoholeinfluss-id238050323.html> (zuletzt abgerufen am 13.4.23).

<sup>2</sup> Volkman, Nach schrecklichem Unfall in Bad Langensalza: Freunde der Opfer fordern „gerechtes Urteil“, Thüringer Allgemeine v. 12.4.23, online abrufbar unter: <https://www.thueringer-allgemeine.de/regionen/muehlhausen/nach-schrecklichem-unfall-in-bad-langensalza-freunde-der-opfer-fordern-gerechtes-urteil-id238129341.html> (zuletzt abgerufen am 13.4.23).

<sup>3</sup> BGH, NStZ 2020, 602 (605) Rn. 32; NStZ-RR 2019, 343 (344).

<sup>4</sup> Mitsch, ZIS 2019, 234 (239 ff.). Außerdem: Puppe, ZIS 2017, 439 (443); Walter, NJW 2017, 1350 (1353).

<sup>5</sup> BGH, NStZ-RR 1998, 150; Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 6, 4. Aufl. (2022), § 315c Rn. 108.

## 1. Überblick

§§ 315-315c StGB sanktionieren verschiedene gefährliche Verhaltensweisen im Verkehr. Die Struktur der Delikte ist im Kern identisch: Durch eine besonders gefährliche Verhaltensweise im oder für den Verkehr wird – vorsätzlich oder fahrlässig – eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert verursacht. Anders konzipiert ist § 315d StGB, der in Abs. 1 als abstraktes Gefährungsdelikt ausgestaltet ist und die konkrete Gefährdung von Rechtsgütern erst in Abs. 2 regelt.

Auffällig ist hier, dass § 315 Abs. 1 StGB einen höheren Strafraumen (sechs Monaten bis zu zehn Jahren) vorsieht als die Parallelvorschriften in §§ 315a-d StGB (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe). Eine Begründung für diese Abweichung findet sich in den Gesetzgebungsmaterialien nicht,<sup>6</sup> obwohl der Bundesrat auf einen einheitlichen Strafraumen für die Absätze 1 der §§ 315-315c StGB hinwirken wollte.<sup>7</sup>

§§ 315 und 315a StGB beziehen sich auf den Bahn-, Schiffs- und Luftverkehr, §§ 315b-315d StGB den Straßenverkehr und, über § 315e StGB, den Schienenbahnverkehr. Innerhalb der Straßenverkehrsdelikte wird zwischen der Angriffsrichtung der gefährlichen Verhaltensweise differenziert: § 315b StGB erfasst grundsätzlich<sup>8</sup> den gefährlichen Eingriff von außen, während § 315c StGB gefährliches Verhalten im fließenden und ruhenden Straßenverkehr sanktioniert.<sup>9</sup> § 315d StGB normiert den speziellen Fall der Veranstaltung von oder Teilnahme an illegalen Kraftfahrzeugrennen.

Die §§ 315 ff. StGB enthalten verschiedene Qualifikations- und Erfolgsqualifikationstatbestände sowie unterschiedliche Strafraumen für vorsätzliche und fahrlässige Begehungsweisen, in allen Tatbeständen mit Blick auf die Herbeiführung der Gefahr, in §§ 315-315c auch in Bezug auf das gefährliche Verhalten.

## 2. Inkonsistente Regelung von Erfolgsqualifikation

### a) Keine Erfolgsqualifikationen in §§ 315a und 315c StGB

Gefährliches Verhalten im Verkehr birgt naturgemäß das Risiko erheblicher Rechtsgutsverletzungen. § 315 StGB (in Abs. 3 Nr. 2) und § 315b (durch Verweis in Abs. 3 auf § 315 StGB) sehen daher eine Erfolgsqualifikation für die schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen vor. § 315d Abs. 5 StGB listet zusätzlich den Tod eines anderen Menschen auf.

Wenig schlüssig erscheinen hier die unterschiedlichen Strafraumen: § 315 Abs. 3 StGB sieht für die Verursachung einer schweren Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen einen Strafraumen von einem Jahr bis zu fünfzehn Jahren vor. Die Verweisung in § 315b Abs. 3 StGB senkt die Höchststrafe hingegen auf zehn Jahre ab und sieht zudem einen minder schweren Fall vor (sechs Monate bis fünf Jahre). § 315d Abs. 4 StGB übernimmt den geringeren Strafraumen von § 315b Abs. 3 StGB, obwohl hier auch die tödliche Folge erfasst wird.

Systematisch nicht begründbar ist es, dass § 315a StGB und § 315c StGB keine entsprechenden Erfolgsqualifikationen enthalten. Es erschließt sich nicht, weshalb schwere Folgen sanktioniert werden können, wenn sie aus einem externen Eingriff in den Straßenverkehr resultieren, nicht aber, wenn die Ursache eine Trunkenheitsfahrt ist. Dieses Defizit führt im „Thüringer Fall“ zu dem oben skizzierten problematischen Ergebnis – das Unrecht der schweren Folge kann in einem Schuldspruch nach § 315a und c StGB also nicht berücksichtigt werden.

### b) Keine Erfolgsqualifikation für die Todesfolge

Das größte Defizit besteht jedoch darin, dass die §§ 315-315c StGB keine Erfolgsqualifikation für die Herbeiführung des Todes eines anderen Menschen vorsehen.<sup>10</sup> Normativ wird also die Tatsache, dass der Tod eines Menschen nicht auf einem einfach sorgfaltswidrigen Verhalten, etwa einer geringfügigen Überschreitung der Geschwindigkeitsgrenze, sondern auf einer vorsätzlichen Trunkenheitsfahrt beruht, nicht abgebildet.<sup>11</sup> Dabei besteht gerade in der Verknüpfung des erhöhten Handlungsunrechts mit dem Eintritt der schweren Folge eigenes Unrecht. Der Gesetzgeber hat dies in anderen Bereichen des Strafbuch konsequent umgesetzt. Delikte wie die Körperverletzung, die Freiheitsberaubung oder die Aussetzung sehen einen erhöhten Strafraumen vor, wenn der Täter hierdurch mindestens fahrlässig den Tod eines Menschen herbeiführt.

Wolfgang Mitsch hat bereits darauf hingewiesen, dass es „wohl kein Mensch“ verstehe, weshalb die Bestrafung eines tödlichen Steinwurfs von einer Autobahnbrücke nur als „Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr mit Verursachung einer ‚schweren Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen‘ [...] und nicht als Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr ‚mit Todesfolge‘ strafbar“ sein soll.<sup>12</sup> Das Problem verschärft sich allerdings noch: § 315 Abs. 3 StGB erfasst seinem Wortlaut nach ausschließlich (schwere) Gesundheitsschädigungen. Ganz überwiegend wird davon ausgegangen, dass die Erfolgs-

<sup>6</sup> BT-Drs. 13/8587, S. 51, 89.

<sup>7</sup> BT-Drs. 13/8587, S. 72.

<sup>8</sup> Zur Ausnahme des verkehrsfremden Inneneingriffs siehe Pegel, in: MüKo-StGB, § 315b Rn. 41 ff.

<sup>9</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 24. Aufl. (2023), § 44 Rn. 2.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 25.4.2019 – 4 StR 442/18 Rn. 30; Pegel, in: MüKo-StGB, § 315 Rn. 94; Zieschang, in: NK-StGB, 6. Aufl. (2023), § 315 Rn. 67.

<sup>11</sup> Die Strafraumenanhebung bei einem erfolgsqualifizierten Delikt beruht gerade auf dem Gedanken, dass die fahrlässige Erfolgsherbeiführung auf einem vorsätzlichen Grunddelikt beruht, das die abstrakte Gefahr einer schweren Folge bereits in sich trägt, vgl. Roxin/Greco, Strafrecht AT, Bd. 1, 5. Aufl. (2020), § 10 Rn. 108; Steinberg, JuS 2017, 970 (971); Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 18 Rn. 1.

<sup>12</sup> Mitsch, ZIS 2019, 234 (239 f.).

qualifikation im Falle der Tötung eines Menschen nicht eingreift;<sup>13</sup> die schwere Gesundheitsschädigung ist kein notwendiges Durchgangsstadium für den Tod. Zudem zeigt die ausdrückliche Regelung tödlicher Folgen in anderen Vorschriften – etwa auch in § 315d StGB –, dass es sich um unterschiedliche Erfolge handelt und sich eine Gleichsetzung mit der Gesundheitsschädigung verbietet. Dies führt zu dem erstaunlichen Ergebnis, dass demjenigen eine härtere Strafe droht, der das Opfer schwer an der Gesundheit schädigt, als demjenigen, der es sofort tötet. Der unmittelbar tödliche Steinwurf von der Autobahn würde also nicht einmal von § 315b Abs. 3 i.V.m. § 315 Abs. 3 StGB erfasst werden. In der Kommentarliteratur wird dieses Ergebnis zu Recht als eines der „Strafrahmenrätsel“ des 6. StrRG bezeichnet.<sup>14</sup>

Besonders deutlich wird der systematische Bruch mit Blick auf den neu eingeführten § 315d StGB, das Verbot der illegalen Kraftfahrzeugrennen. In § 315d Abs. 5 StGB sieht die Norm einen Strafraumen von bis zu zehn Jahren vor, wenn der Täter durch das Rennen den Tod eines anderen Menschen verursacht. Wenig überzeugend ist hier die Gleichsetzung von Tod und schwerer Gesundheitsschädigung; die Beeinträchtigung des Lebens stellt schließlich einen deutlich intensiveren Eingriff in die Rechtsgüter des Verletzten dar.

### 3. Vorsätzliche Gefahrenherbeiführung als (zu strenge) Voraussetzung für die Erfolgsqualifikation

Die Grundtatbestände der §§ 315-315c StGB sowie § 315d Abs. 2 StGB setzen nicht nur Vorsatz bezüglich des gefährlichen Verhaltens voraus, sondern auch Vorsatz im Hinblick auf die konkrete Gefährdung der geschützten Rechtsgüter.<sup>15</sup> Die fahrlässige Herbeiführung der Gefahr wird in späteren Absätzen der Normen gesondert geregelt und mit einem geringeren Strafraumen versehen (§§ 315 Abs. 5, 315a Abs. 3 Nr. 1, 315b Abs. 4, 315c Abs. 3 Nr. 1, 315d Abs. 4 StGB). Für diese Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen, bei denen der Täter den Handlungsteil der Norm vorsätzlich und den Gefährdungsteil fahrlässig herbeiführt,<sup>16</sup> gelten allerdings die bestehenden Erfolgsqualifikationen der §§ 315 Abs. 3 Nr. 2, 315b Abs. 3, 315d Abs. 5 StGB nicht; sie verweisen ausschließlich auf die Vorsatz-Vorsatz-Varianten.

Das bedeutet Folgendes: Ein Täter, der ein illegales Rennen fährt, dem aber kein konkreter Gefährdungsvorsatz nachweisbar ist, kann für den Eintritt einer tödlichen Folge nicht im Rahmen der Straßenverkehrsdelikte (sondern allein über die fahrlässige Tötung) belangt werden. Das Erfordernis des Gefährdungsvorsatzes engt den An-

wendungsbereich der Erfolgsqualifikationen erheblich ein,<sup>17</sup> zumal bei den Gerichten nach wie vor – insbesondere mit Blick auf die dann ebenfalls in Kauf genommene Eigengefährdung des Fahrers – Zurückhaltung bei der Annahme von Vorsatz besteht.<sup>18</sup> Diese Restriktion scheint ein gerade im Rahmen von § 315d StGB bislang noch unterschätztes Problem zu sein.

Die Voraussetzung vorsätzlicher Gefährdung geht auch mit Blick auf die Natur der Erfolgsqualifikation – die einen vorsätzlichen gravierenden Sorgfaltspflichtverstoß mit der fahrlässigen Erfolgsherbeiführung verbindet – zu weit. Zwar könnte man vorbringen, dass sich §§ 315 ff. StGB etwa von der Körperverletzung mit Todesfolge dadurch unterscheiden, dass das normativ beschriebene Fehlverhalten im Verkehr als solches nur abstrakt gefährlich ist und sich das strafwürdige Unrecht erst im Zusammentreffen mit der – vorsätzlich oder fahrlässig – herbeigeführten Gefährdung ergibt, die dann auch Grundlage einer Erfolgsqualifikation bleiben muss. Aber: Der eingetretene Erfolg ersetzt nach der Logik des Delikts das Gefährdungselement; aus dem Verhaltensunrecht folgt nun nicht mehr nur eine konkrete Gefahr, sondern ein Schaden. Es ist daher systematisch nicht überzeugend, wenn trotz des Eintritts der schweren Folge weiterhin ein Vorsatz hinsichtlich der Gefahrenherbeiführung verlangt wird. Im Übrigen wird auch bei den Brandstiftungsdelikten die Erfolgsqualifikation an ein für die Rechtsgüter abstrakt gefährliches Handeln geknüpft, § 306c StGB i.V.m. § 306 Abs. 1 bzw. § 306a Abs. 1 StGB.

Das vorsätzliche Fehlverhalten ist daher hinreichender Anknüpfungspunkt für die schwere Folge; sie trägt die Gefahr für den Eintritt erheblicher Risiken in sich und muss nicht durch einen zusätzlichen Gefährdungsvorsatz flankiert werden.<sup>19</sup>

### 4. Zwischenfazit

Die Strafraumen der §§ 315 ff. StGB sind nicht überzeugend aufeinander abgestimmt. Insbesondere die Qualifikations- und Erfolgsqualifikationstatbestände sind unvollständig und systematisch inkonsequent.

Die §§ 315 ff. StGB enthalten bislang keine Erfolgsqualifikation für die Herbeiführung des Todes eines anderen Menschen. Dies hat zur Folge, dass das besondere Unrecht etwa einer durch eine Trunkenheitsfahrt fahrlässig herbeigeführten Tötung durch das Strafrecht nicht erfasst wird. In unserem Ausgangsfall bleibt es bei einer Gefährdung des Straßenverkehrs und einer fahrlässigen Tötung, dem Täter droht eine Höchststrafe von fünf Jahren.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 25.04.2019 – 4 StR 442/18, Rn. 30; Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 315 Rn. 24; König, in: LK-StGB, Bd. 17, 13. Aufl. (2021), § 315 Rn. 122; Pegel, in: MüKo-StGB, § 315 Rn. 94; Renzikowski, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 315 Rn. 26; Wolters, in: SK-StGB, 9. Aufl. (2016), § 315 Rn. 14; Zieschang, in: NK-StGB, § 315 Rn. 67.

<sup>14</sup> König, in: LK-StGB, § 315 Rn. 122.

<sup>15</sup> BGH, NJW 2016, 1109; Zieschang, in: NK-StGB, § 315 Rn. 47.

<sup>16</sup> Rengier, Strafrecht AT, 14. Aufl. (2022), § 55 Rn. 6 f.

<sup>17</sup> Ausführlich zu den Folgen im Rahmen des § 315d Abs. 5 StGB siehe Rengier, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 779 (792).

<sup>18</sup> BGH, NStZ-RR 1997, 18; NStZ-RR 2019, 343 (344); NStZ 2020, 602 (605) Rn. 32; Rengier, BT II, § 44 Rn. 27.

<sup>19</sup> Im Gesetzesentwurf des Bundesrates zu § 315d Abs. 5 StGB war vorgesehen, für die Erfolgsqualifikation die Verwirklichung einer Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination ausreichen zu lassen, BT-Drs. 18/10145, S. 5 (der Gesetzesantrag von Nordrhein-Westfalen und Hessen verzichtete sogar gänzlich auf den Gefährdungsteil, vgl. BR-Drs. 362/16, S. 1 f.). Weshalb der Ausschuss des Bundestages für Recht und Verbraucherschutz diesem Vorschlag nicht gefolgt ist, geht aus seinem Bericht nicht hervor (Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs. 18/12964, S. 7.)

Der Verzicht auf eine Erfolgsqualifikation für tödliche Folgen ist bereits deshalb nicht begründbar, weil massives Fehlverhalten im Verkehr typischerweise erhebliche Gefahren für das Leben anderer Personen birgt.<sup>20</sup> Die bestehende innere Verbindung zwischen dem Handlungs- und dem Erfolgsunrecht, das durch Erfolgsqualifikationen hergestellt wird,<sup>21</sup> wird im Gesetz nicht abgebildet.

### III. Reformvorschlag und Ausblick

Die Landesregierungen von Bayern und Nordrhein-Westfalen haben in BR-Drs. 256/20 und BR-Drs. 850/21 bereits einen Entwurf für die Änderung von § 315 Abs. 3 StGB in den Bundesrat eingebracht. Der Vorschlag wies in die richtige Richtung, enthielt jedoch keine Verweisung in § 315c StGB, so dass der Thüringer Fall hiervon nicht erfasst gewesen wäre. Es bietet sich an, nicht § 315 Abs. 3 StGB punktuell zu ergänzen, sondern für die Straßenverkehrsdelikte eine einheitliche Regelung mit abgestuften Strafraumen für die verschiedenen (Erfolgs-)Qualifikationen vorzusehen. Es wird der folgende Regelungsvorschlag unterbreitet:

#### § 315g StGB

(1) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer eine Tat nach §§ 315 Abs. 1 oder Abs. 5<sup>22</sup>, 315a Abs. 1 oder Abs. 3 Nr. 1, 315b Abs. 1 oder Abs. 4, 315c Abs. 1 oder Abs. 3 Nr. 1, 315d Abs. 2 oder 4 begeht und dabei

1. in der Absicht handelt,
  - a) einen Unglücksfall herbeizuführen oder
  - b) eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, oder
2. durch die Tat eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen verursacht.

In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

(2) Verursacht der Täter durch eine Handlung nach Abs. 1 den Tod eines anderen Menschen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.

Die vorgeschlagene Regelung schafft für alle Verkehrsdelikte<sup>23</sup> einheitliche Regelungen der Qualifikation (Abs. 1 Nr. 1) und Erfolgsqualifikation (Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2).

Dabei wird auf die bestehende Formulierung in § 315 StGB zurückgegriffen.

Der Anwendungsbereich der Erfolgsqualifikationen wird durch den Verweis auf Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen erweitert. Sie gilt also auch dann, wenn der Täter ohne Gefährdungsvorsatz gehandelt hat. Auf diese Weise wird verhindert, dass die schwere Folge trotz vorsätzlicher Herbeiführung einer abstrakten Gefährdungslage allein wegen eines fehlenden (oder nicht mit Gewissheit nachweisbaren) Gefährdungsvorsatzes unberücksichtigt bleiben muss. Reine Fahrlässigkeitskonstellationen werden hingegen ausgeschlossen, sie können durch § 222 StGB angemessen erfasst werden.

Absatz 2 enthält einen erhöhten Strafraumen für die zumindest fahrlässige Herbeiführung einer tödlichen Folge. Dadurch wird eine empfindliche Lücke im bisherigen Regelungsmodell geschlossen, und zugleich der Widerspruch aufgelöst, dass § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB eine schwere Gesundheitsschädigung, nicht aber der Tod straferschwerend berücksichtigt. Da die Tötung eines Menschen schwerer wiegt als eine Gesundheitsschädigung, sehen § 315g Abs. 1 und 2 StGB-E abgestufte Strafraumen vor.

Auf Basis der vorgeschlagenen Norm könnte künftig nicht nur für tödliche Folgen bei Trunkenheitsfahrten wie im Thüringer Fall ein schuldangemessenes Urteil erzielt werden; die Vorschrift behebt die systematischen Defizite der Strafraumen in §§ 315 ff. StGB und bildet das besondere Unrecht eines massiven Fehlverhaltens im Verkehr mit schweren Folgen für andere Personen sachgerecht ab. *Wolfgang Mitsch* hat die Forderung nach einer – deutlich umfassenderen – Reform erfolgsqualifizierter Delikte mit (zu) großer Vorsicht vorgetragen. Gerechtfertigt wird die Initiative damit, dass „keine einzige zusätzliche Straftat geschaffen“ werde; denn schließlich sei es „Kerngeschäft der Strafrechtswissenschaft [...], die Hypertrophie des Strafrechts zu beklagen.“<sup>24</sup> Dieser Selbstbeschränkung der Strafrechtswissenschaft ist klar entgegenzutreten. Geht die Forderung nach einer Erweiterung des Strafrechts auf den Wunsch zurück, schwere Delikte adäquat zu sanktionieren, so entspricht dies dem Wesen des Strafrechts. Dessen elementare Aufgabe ist der gerechte Ausgleich von Schuld – und die gerechte Strafe ist nicht die mildeste, sondern die für das begangene Unrecht angemessene. Kerngeschäft der Strafrechtswissenschaft ist daher nicht eine kriminalpolitisch einseitige Missbilligung

<sup>20</sup> So bereits die Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundesrats zum 6. StrRG, BR-Drs. 164/2/97, S. 49 f. und der Vorschlag des Bundesrates zum 6. StrRG, BT-Drs. 13/8587, S. 72 f., 89, jedoch beschränkt auf die *leichtfertige* Erfolgsherbeiführung. In der Literatur: *Mitsch*, ZIS 2019, 234 (239); *Paeffgen*, in: NK-StGB, § 18 Rn. 138; *Puppe*, ZIS 2017, 439 (443); *Walter*, NJW 2017, 1350 (1353).

<sup>21</sup> *Roxin/Greco*, AT I, § 10 Rn. 108; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 18 Rn. 1.

<sup>22</sup> Da § 315 Abs. 3 und § 315b Abs. 3 StGB durch die Neuregelung überflüssig werden würden, müsste der Verweis bei Streichung der Absätze dann § 315 Abs. 4 und § 315b Abs. 3 StGB in Bezug nehmen.

<sup>23</sup> Es erscheint nicht erforderlich, den bislang höheren Strafraumen für § 315 StGB beizubehalten. Zwar kann das Ausmaß der Gefahren durch eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Bahn-, Schiffs oder Luftverkehrs in der Tat besonders erheblich sein (siehe BT-Drs. 4/651, S. 24); dieses Ergebnis ist allerdings nicht zwingend und hängt maßgeblich von der konkreten Form der Eingriffshandlung ab. Werden im Einzelfall weitreichende Risiken für andere begründet, kann dem in der konkreten Strafzumessung Rechnung getragen werden.

<sup>24</sup> *Mitsch*, ZIS 2019, 234 (239).

jeder Erweiterung des Strafrechts, sondern eine kritische und sachliche Betrachtung bestehender Vorschriften, auch unter dem Blickwinkel der systematischen Schlüssigkeit und angemessenen Unrechtserfassung. Werden nicht be-

gründbare Regelungslücken festgestellt, so obliegt es einer konstruktiven Strafrechtswissenschaft, Lösungen zu unterbreiten – mag dies nun eine Ausdehnung des Strafrechts zur Folge haben oder nicht.

## Diskussion um § 129 StGB: Braucht Deutschland einen eigenen Tatbestand für schwerkriminelle Vereinigungen? – ein rechtspolitischer Vorschlag

von Prof. Dr. Martin Heger und  
Dr. Lukas Huthmann\*

### Abstract

Die aktuelle politische und rechtswissenschaftliche Debatte zur „Letzten Generation“ bietet Anlass, sich über die spezifischen Auslegungsfragen hinaus aus kriminalpolitischer Perspektive mit den Organisationstatbeständen der §§ 129-129b StGB zu befassen. Der folgende Beitrag setzt sich zunächst mit der aktuellen Gesetzesfassung kritisch auseinander und erarbeitet davon ausgehend einen Reformvorschlag. Der auch EU-Vorgaben berücksichtigende Vorschlag sieht im Kern vor, zwischen „einfachen“ und „schweren“ kriminellen Vereinigungen zu differenzieren. Bei einfachen kriminellen Vereinigungen sollte sowohl das Strafmaß reduziert als auch das strafprozessuale Arsenal eingeschränkt werden. Ein neuer Qualifikationstatbestand für schwere kriminelle Vereinigungen würde den spezifischen Gefahren und dem gesteigerten Unrecht dieser Zusammenschlüsse Rechnung tragen. Für die schwerkriminellen Vereinigungen ließe sich zudem erwägen, eine „Social Reuse“-Bestimmung für Einziehungen nach Vorbild des italienischen Strafrechts bei der Mafia-Bekämpfung einzuführen. Der hier skizzierte Reformvorschlag ist als (erster) Impuls für eine kriminalpolitische Diskussion zu verstehen, die heute – auch angesichts der aktuellen Debatten – dringend geboten ist.

The current political and scholarly debate on the „Last Generation“ offers an opportunity to go beyond the specific questions of interpretation and address §§ 129-129b of the Criminal Code from a criminal policy perspective. The following article first critically examines the current legislative framework and – based on this criticism – develops a reform proposal. The proposal, which also takes EU requirements into account, essentially stipulates that a distinction should be made between „minor“ and „serious“ criminal organisations. In the case of minor criminal organisations, the penalty should be reduced, and the criminal procedural means should be restricted. A new qualification for serious criminal organisations would take into account their specific dangers and the increased injustice of such organisations. For serious criminal organisations, it might also be worth considering the introduction of a "social reuse" provision for confiscations,

modelled on Italian criminal law in the fight against the Mafia. The reform proposal outlined here should be understood as a (first) impulse for a criminal policy discussion, which is urgently needed today – also in view of the current debates.

### I. Einführung

Die jüngst durchgeführten Razzien gegen Mitglieder der „Letzten Generation“ haben bundesweit für großes Aufsehen gesorgt und von politischer Seite sehr unterschiedliche Reaktionen hervorgerufen. Während manche die Behandlung der meist noch jungen, sich für Klimagerechtigkeit einsetzenden Menschen als „Schwerkriminelle“ für vollkommen überzogen halten, betonen andere, dass in einem Rechtsstaat auch ein noch so legitimes Ziel nicht den Einsatz der Mittel rechtfertigen könne und der Staat das geltende Recht konsequent durchsetzen müsse.<sup>1</sup> Für eine strafrechtliche Beurteilung der Maßnahmen sind in erster Linie die gesetzlichen Grundlagen für Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmungen oder Telekommunikationsüberwachung in der StPO maßgeblich. All diese Maßnahmen setzen zumindest einen Anfangsverdacht für die Begehung einer Straftat, teilweise sogar einer spezifisch genannten Katalogtat voraus. Die Razzien in Bayern und weiteren Bundesländern sowie auch vorausgegangene Telekommunikationsmaßnahmen stützten sich dabei auf den Verdacht der „Bildung einer kriminellen Vereinigung“ gemäß § 129 StGB.

Die Anknüpfung an § 129 StGB bewirkt nicht nur eine Vorverlagerung der Strafbarkeit, sodass keine Verdachtsmomente für konkret geplante Protestaktionen, die potenziell strafbare Nötigungen, gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr und/oder Sachbeschädigungen darstellen können, dargelegt werden muss. Die Anknüpfung an § 129 StGB ist auch deshalb besonders folgenreich, da § 129 StGB eine Katalogtat (z.B. i.S.d. § 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO) ist und somit den Strafverfolgungsbehörden den Zugriff auf weitreichende und grundrechtsintensive Ermittlungsmaßnahmen eröffnet. Auch wenn Staatsan-

\* Prof. Dr. Martin Heger ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, europäisches Strafrecht und neuere Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität zu Berlin; Dr. Lukas Huthmann ist dort wiss. Mitarbeiter und war Kollegiat des DFG-Graduiertenkollegs „DynamInt“. Der nachfolgende und an die aktuellen Diskussionen angepasste Vorschlag beruht auf einem Vortrag, den Martin Heger auf der ersten kriminalpolitischen Tagung der KriPoZ im Dezember 2017 in Münster gehalten hat.

<sup>1</sup> In letztere Richtung z.B. die Bundesinnenministerin Nancy Faeser, der zufolge die Maßnahmen zeigen, „dass der Rechtsstaat sich nicht auf der Nase herumtanzen lässt“, Deutschlandfunk v. 24.5.2023, <https://www.deutschlandfunk.de/faeser-verteidigt-bundesweite-razzia-gegen-letzte-generation-104.html> (zuletzt abgerufen am 12.7.2023).

waltschaften und Ermittlungsrichter einen Anfangsverdacht für § 129 StGB angenommen haben,<sup>2</sup> steht eine gerichtliche Klärung dieser Frage in einem Hauptverfahren noch aus. In der aufkommenden rechtswissenschaftlichen Diskussion fällt die Bewertung, ob die „Letzten Generation“ eine kriminelle Vereinigung darstellt, zumeist differenziert aus.<sup>3</sup> Dass die „Letzte Generation“ pauschal eine kriminelle Vereinigung darstellt, wird zwar angesichts der mutmaßlichen Heterogenität der Mitglieder mit guten Gründen bezweifelt; dass aber Teile der Gruppierung (ggf. auch erst zukünftig) unter § 129 StGB fallen, scheint bei einer Subsumtion unter die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht fernzuliegen.

Vor diesem Hintergrund möchte sich der folgende Beitrag näher mit den gesetzlichen Vorschriften der §§ 129 StGB auseinandersetzen. Im Zentrum steht dabei allerdings nichts die Frage, ob die „Letzte Generation“ *de lege lata* eine kriminelle Vereinigung i.S.v. § 129 Abs. 1 und 2 StGB darstellt. Vielmehr geht es um eine rechtspolitische Betrachtung der §§ 129 ff. StGB. Die erwähnten Razzien gegen die „Letzte Generation“ sind für diese Betrachtung zweifelsfrei von Interesse, da sie zeigen, welche weitreichende strafprozessualen Eingriffsbefugnisse schon aus dem Verdacht einer Beteiligung oder Unterstützung einer kriminellen Vereinigung folgen können. Nichtsdestotrotz ist die folgende kritische Auseinandersetzung mit den derzeitigen gesetzlichen Regelungen und der daraus folgende Reformvorschlag aber nicht auf den strafrechtlichen Umgang mit der „Letzten Generation“ speziell oder (Klima-)Protesten allgemein begrenzt. Vielmehr geht es um eine grundsätzliche Befassung mit der strafgesetzlichen Regelung zu kriminellen Vereinigungen, bei der auch schwerkriminelle und organisierte Kriminalität thematisiert wird.

Im Kern sieht der hier unterbreitete Reformvorschlag vor, den derzeitigen § 129 StGB folgendermaßen zu reformieren: Statt wie bisher einen einheitlichen Tatbestand für *alle* inländischen kriminellen Vereinigungen (mit Ausnahme von terroristischen, siehe dazu § 129a StGB) zu haben, bietet es sich an, eine neue Differenzierung zwischen (einfachen) kriminellen Vereinigungen einerseits (§ 129 StGB n.F.) und schwerkriminellen Vereinigungen

(§ 129b StGB n.F.)<sup>4</sup> andererseits einzuführen. Dem Vorschlag nach würde der neue Tatbestand der einfachen kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB n.F.) dabei „zurechtgestutzt“, indem sowohl die Strafandrohung reduziert als auch das strafprozessuale Arsenal eingeschränkt werden würde. Der neue § 129b StGB, die Bildung einer *schwerkriminellen* Vereinigung, würde angelehnt an § 129a StGB als Qualifikationstatbestand gefasst. Um die spezifischen und gravierenden Gefahren von den schwerkriminellen, „mafiaähnlichen“ Zusammenschlüssen angemessen zu fassen, ließe sich erwägen, ob zusätzlich zum Fortbestehen der Anwendung der derzeitigen strafprozessualer Befugnisse auch eine materielle Strafschärfung sowie neue Regelungen zu einem sog. „Social Reuse“ sinnvoll sein könnten.<sup>5</sup>

Der Beitrag gliedert sich im Folgenden in vier Abschnitte. Ausgehend von einer (kurzen) Darstellung der gegenwärtigen Gesetzeslage (einschließlich der europarechtlichen Vorgaben) wird zunächst auf den Bedarf für eine Reform aufmerksam gemacht (II.). Daran anschließend wird der soeben kurz skizzierte Vorschlag zu einer Neufassung der §§ 129 ff. StGB näher vorgestellt (III.). Der vierte Abschnitt befasst sich mit der Möglichkeit, spezifisch für den neu vorgeschlagenen § 129b StGB zu schwerkriminellen Vereinigungen, eine sog. „Social Reuse“-Vorschrift im Recht der Vermögensabschöpfungen einzuführen (IV.). Der Beitrag schließt mit einem kurzen Resümee (V.).

## II. Aktuelle Gesetzeslage und Reformbedarf

### 1. Aktuelle Gesetzeslage

Der § 129 StGB wurde 2017 durch das 54. Strafrechtsänderungsgesetz grundlegend reformiert.<sup>6</sup> Anlass für die Reform war die Verabschiedung des EU-Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008, der auf eine Verbesserung der Bekämpfung organisierter Kriminalität abzielt.<sup>7</sup> Nach § 129 Abs. 1 StGB wird nun „mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Vereinigung gründet oder sich an einer Vereinigung als Mitglied beteiligt, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bedroht

<sup>2</sup> Im Falle der durchgeführten Razzien hat die Polizei fälschlicherweise sogar das Bestehen einer kriminellen Vereinigung auf der beschlagnahmten Website schon als festgestellt angegeben. Nach berechtigter Kritik an dieser aus rechtsstaatlicher Sicht hochproblematischen Vorverurteilung (dazu z.B. die Einschätzung von Zöller, in: Engert, Tagesschau-Bericht v. 24.5.2023, <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr/letzte-generation-website-behoerden-bayern-100.html> [zuletzt abgerufen am 12.6.2023]) hat die Generalstaatsanwaltschaft München den Fehler eingeräumt und den Hinweis auf der Website angepasst; vgl. dazu ausführlich Berger/Sehl/Zimmermann, LTO online v. 24.5.2023, [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/51851/](https://www.lto.de/persistent/a_id/51851/) (zuletzt abgerufen am 12.6.2023).

<sup>3</sup> Vgl. Kuhli/Papenfuß, KriPoZ 2023, 74 ff., die eine Strafbarkeit – zumindest nachzeitigem Stand – wegen § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB („wenn die Begehung von Straftaten nur ein Zweck [...] von untergeordneter Bedeutung ist“) für ausgeschlossen halten; Heger, in: NZZ v. 24.5.2023, <https://www.nzz.ch/international/razzia-gegen-die-letzte-generation-eine-kriminelle-vereinigung-ld.1739390> (zuletzt abgerufen am 12.6.2023) mit dem Argument, dass die Letzte Generation insgesamt wohl keine ausreichend straffe Organisationsstruktur aufweise; siehe auch Fischer, LTO online v. 22.5.2023, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/meinung/m/kriminelle-vereinigung-thomas-fischer-letzte-generation/> (zuletzt abgerufen am 12.7.2023).

<sup>4</sup> Der bisherige § 129b StGB (kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland und Einziehung) würden dann zu § 129c StGB n.F. und sich auf § 129a StGB (terroristische kriminelle Vereinigungen) und § 129b (schwerkriminelle Vereinigungen) beziehen, vgl. dazu noch unter III.

<sup>5</sup> Dazu Heger, *Betrifft* Justiz 2022, 331 ff.

<sup>6</sup> Gesetz v. 17.7.2017 (BGBl. I 2017, S. 2440 f.); kritisch zum Entwurf Zöller, KriPoZ 2017, 26 ff.

<sup>7</sup> ABl. L 300 v. 11.11.2008, S. 42 dazu.

sind.<sup>8</sup> Für das Unterstützen oder das Werben um Mitglieder oder Unterstützung beträgt die Strafandrohung bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe.<sup>9</sup> Durch das 54. Strafrechtsänderungsgesetz wurde in § 129 Abs. 2 StGB eine Legaldefinition für „kriminelle Vereinigungen“ eingeführt, die nicht nur die Vorgaben des Rahmenbeschlusses umsetzt, sondern sogar – aus Perspektive des EU-Rechts überobligatorisch – darüber hinausgeht.

Eine „kriminelle Vereinigung“ im Sinne des EU-Rahmenbeschlusses bezeichnet einen „auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind.“<sup>10</sup> § 129 Abs. 2 StGB nimmt einen Großteil der Merkmale in eine neue Legaldefinition auf, verzichtet aber auf die (exakte) Übernahme der zwei einschränkenden Merkmale: Weder ist in der deutschen Umsetzung erforderlich, dass ein Vermögensvorteil erstrebt wird, noch hat sich der Gesetzgeber für die Begrenzung auf Delikte entschieden, die mindestens vier – bzw. mit Blick auf die deutsche Strafrahenarithmetik zumindest drei – Jahre Freiheitsstrafe vorsehen. Stattdessen genügen dem Wortlaut des § 129 Abs. 2 StGB zufolge Delikte, die im *Höchstmaß* eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren vorsehen.

§ 129 StGB erfasst somit nicht nur Vereinigungen, die typischerweise mit mafiösen oder sonstigen organisiert kriminellen Strukturen assoziierte Delikte wie z.B. Auftragsmorde,<sup>11</sup> schwere Körperverletzung,<sup>12</sup> Banden- oder Wohnungseinbruchsdiebstähle,<sup>13</sup> (Schutzgeld-)Erpressungen<sup>14</sup> oder Geldwäsche<sup>15</sup> begehen. Auch deutlich weniger schwerwiegende Straftatbestände wie einfache Nötigungen,<sup>16</sup> einfache Körperverletzungen,<sup>17</sup> oder gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr<sup>18</sup> sind von § 129 StGB erfasst, da sie im *Höchstmaß* die von § 129 geforderte Erheblichkeit von mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe vorsehen. Selbst der Tatbestand der einfachen Sachbeschädigungen sieht eine Strafandrohung von maximal zwei Jahren Freiheitsstrafe vor und ist demnach von § 129 StGB erfasst. Tatsächlich liegen nur wenige Delikte wie einfache Beleidigungen oder Hausfriedensbrüche unter der genannten Erheblichkeitsschwelle.<sup>19</sup>

In der Konsequenz bedeutet die Reform des § 129 StGB eine erhebliche Ausweitung der Strafbarkeit. Die neu gefassten Anforderungen, ab wann eine „Vereinigung“ vorliegt, gehen nämlich bewusst über die bisherige Linie der deutschen Rechtsprechung zum Vereinigungsbegriff hinaus.<sup>20</sup> Statt einer bisher erforderlichen „Gruppenidentität“ und einer vereinsähnlichen Organisationsstruktur fallen nun prinzipiell alle Zusammenschlüsse unter § 129 StGB. Die durch das Absenken organisatorischer Anforderungen bewirkte Ausweitung der erfassten Vereinigungen wird zwar laut der Begründung des Regierungsentwurfs dadurch kompensiert, dass eine Beschränkung der Taten erfolgt.<sup>21</sup> Wie gesehen führt die vermeintliche Beschränkung durch ein Herabsenken der Mindeststrafandrohung auf zwei Jahre Freiheitsstrafe im *Höchstmaß* aber nicht dazu, dass tatsächlich nur noch schwere(re) Kriminalität erfasst wäre. Die Festschreibung einer Mindesthöchststrafe für von der Vereinigung geplante Taten kann sogar das Gegenteil einer Beschränkung bewirken, wenn man Folgendes bedenkt: In der Vergangenheit hat bei der Annahme einer kriminellen Vereinigung wegen der geplanten neonazistisch motivierten Sachbeschädigung diese Motivation eine Rolle gespielt.<sup>22</sup> Nach der aktuellen Gesetzesfassung können Gerichte aber einfach konstatieren, dass die Vereinigung eine Sachbeschädigung begehen wollte und dieses Delikt von § 129 StGB erfasst ist. Der vorgeblich einschränkende Wortlaut würde dann zur Rechtfertigung einer extensiven Auslegung.<sup>23</sup>

## 2. Kritische Würdigung

Dass der deutsche Gesetzgeber sich dazu entscheidet, über die Vorhaben des Rahmenbeschlusses hinauszugehen und den Straftatbestand von § 129 StGB weit(er) zu fassen, ist nicht *per se* problematisch. Dem demokratisch legitimierten Strafgesetzgeber steht es grundsätzlich frei, neben den vom EU-Recht anvisierten Formen von organisierten kriminellen Vereinigungen auch andere Zusammenschlüsse strafrechtlich zu erfassen. Er kann demnach prinzipiell auch die Beteiligung oder Unterstützung von Vereinigungen unter Strafe stellen, deren Zweck oder Tätigkeit die Begehung weniger gravierender Delikte zum Gegenstand hat und bei denen kein Vermögensvorteil erstrebt wird.<sup>24</sup> Dem nationalen Gesetzgeber steht dabei ein grundsätzlich weiter Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum zu, der allerdings rechtlich durch gewisse verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Vorgaben begrenzt ist.<sup>25</sup>

<sup>8</sup> § 129 Abs. 1 S. 1 StGB, zu den Voraussetzungen Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 129 Rn. 2 ff.

<sup>9</sup> § 129 Abs. 1 S. 2 StGB, dazu Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 129 Rn. 6-8.

<sup>10</sup> Siehe Art. 1, Nr. 1 des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates v. 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität.

<sup>11</sup> Zwingend lebenslange Freiheitsstrafe, § 211 StGB.

<sup>12</sup> Bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe, § 226 Abs. 1 StGB.

<sup>13</sup> Bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe, § 244 Abs. 1 StGB.

<sup>14</sup> Bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe, § 253 Abs. 1 StGB.

<sup>15</sup> Bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe, § 261 Abs. 1 StGB.

<sup>16</sup> Bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe, § 240 Abs. 1 StGB.

<sup>17</sup> Bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe, § 223 Abs. 1 StGB.

<sup>18</sup> Bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe, § 315b Abs. 1 StGB.

<sup>19</sup> Jeweils bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe, § 123 Abs. 1 bzw. § 185 Abs. 1, 1. Var. StGB.

<sup>20</sup> Vgl. zur Rspr. zu § 129 StGB a.F. u.a. BGHSt 31, 202 = NJW 1983, 1334; BGHSt 239 = NJW 1983, 1686; BGHSt 45, 26 = NJW 1999, 1876; BGH, NStZ-RR 2002, 300; BGH, NStZ 2007, 31; BGH, NStZ 2008, 575.

<sup>21</sup> BT-Drs. 18/11275, S. 1.

<sup>22</sup> BGHSt 41, 47 (52); NJW 1995, 211.

<sup>23</sup> Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 129 Rn. 3.

<sup>24</sup> Diese Freiheit wird sogar explizit in Erwägungsgrund Nr. 4 des EU-Rahmenbeschlusses 2008/841/JI betont.

<sup>25</sup> Zusätzlich zu diesen rechtlichen Grenzen lässt sich die gesetzgeberische Entscheidung freilich auch aus strafrechtswissenschaftlicher Perspektive kritisieren. Gerade die durch die §§ 129 ff. StGB bewirkte Vorverlagerung der Strafbarkeit und eine damit einhergehende Verschiebung von einem Tat- und dem Rechtsgüter dienenden hin zu einem Sicherheitsstrafrecht, wird kritisch gesehen; vgl. zu diesem Wandel mit spezifischem Blick auf die Organisationsdelikte der §§ 129 ff. StGB z.B. Bürger, ZStW 135 (2023), 59–83.

Anlässlich der jüngsten Razzien hat sich eine Diskussion entbrannt, inwiefern bei einer Kriminalisierung der „Letzten Generation“ gemäß § 129 StGB möglicherweise eben diese Grenzen überschritten werden. Sowohl aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts<sup>26</sup> als auch der EMRK<sup>27</sup> und der UN-Menschenrechtspakte<sup>28</sup> wird kritisch gefragt, ob eine Strafverfolgung der Protestformen möglich ist oder dem nicht rechtsstaatliche und/oder menschenrechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen.<sup>29</sup> Zumeist bezieht sich die Kritik nicht explizit auf die gesetzgeberische Formulierung des Straftatbestandes des § 129 StGB, sondern nimmt die Strafverfolgungspraxis wegen der Bildung oder Unterstützung krimineller Vereinigungen übergreifend, also einschließlich der Auslegung und dem Umgang mit dem Tatbestand, in den Blick.<sup>30</sup> Überlegt und diskutiert wird insbesondere, inwiefern zusätzlich zu den geschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich ist, bei der eine besondere Gefährdung für die öffentliche Sicherheit dargelegt werden muss und bei der ggf. entgegenstehende Belange, insb. die grund- und menschenrechtlich geschützte Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, berücksichtigt werden könnten.<sup>31</sup>

Der hier unterbreitete Vorschlag zielt jedoch in eine andere Richtung. Unabhängig von der Frage einer möglichen Verfassungswidrigkeit der Vorschrift, wird angeregt, kriminalpolitisch über eine Reform der derzeitigen Fassung der §§ 129 ff. StGB nachzudenken. Der Grund dafür ist primär, dass § 129 StGB in seiner jetzigen Form eine (zu) große Bandbreite von Erscheinungsformen „krimineller Vereinigungen“ unter einen Tatbestand zu fassen sucht.<sup>32</sup> Dadurch entstehen an beiden, dem unteren und oberen Ende, Probleme, die auch eine grundrecht- und menschenrechtsfreundliche Auslegung nur begrenzt lösen kann. Eine Reform der §§ 129 ff. StGB, bei der tatbestandlich zwischen einem Grund- und Qualifikationsstatbestand unterschieden würde, könnte zu Normklarheit und sachgerechten Ergebnissen beitragen. Ehe auf den Vorschlag näher eingegangen wird (dazu III.), ist es hilfreich, die

Probleme der derzeitigen Fassung klarer herauszuarbeiten.

Im Kern ist das Problem, dass die aktuelle Formulierung des § 129 StGB riskiert, kriminelle Vereinigungen, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von weniger wichtiger Kriminalität gerichtet ist, zu schwer zu ahnden und umgekehrt die Gefahren von schwerkriminellen Vereinigungen möglicherweise nicht ausreichend zu erfassen. Ergänzend zur Möglichkeit einer einschränkenden Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen von § 129 StGB<sup>33</sup> ließe sich zwar überlegen, ob nicht eine Lösung auf Strafzumessungsseite in Betracht käme. Die Argumentation könnte dabei lauten, dass abstrakte Strafvorschriften immer darauf angelegt sind, eine Vielzahl unterschiedlicher konkreter Begehungsweisen zu erfassen, wobei das verwirklichte Unrecht variieren kann. So fällt beispielsweise grundsätzlich sowohl der Diebstahl eines Brötchens im Wert von 20 Cent als auch der Diebstahl einer 200.000 EUR teuren Uhr unter den Tatbestand des § 242 StGB, ohne dass damit die Aussage verbunden wäre, beides stelle normativ das gleiche Unrecht dar. Das strafrechtliche Vehikel, um die Unterschiede zu berücksichtigen, sind die offen formulierten Strafraumen. Man könnte daher zu dem Schluss kommen, dass die tatbestandliche Weite des § 129 StGB kein Problem darstellt: Ob eine mafiöse Vereinigung vorliegt, deren Zweck oder Tätigkeit auf Delikte wie Mord, Totschlag, Schutzgelderpressungen etc. gerichtet ist, oder eine Vereinigung, in deren Zentrum weniger schwere Kriminalität, wie z.B. Nötigungen, steht, ließe sich über den Strafraumen (Geldstrafe bis fünf Jahre Freiheitsstrafe) berücksichtigen.

Diese Lösung stößt aber auf mindestens drei Probleme. Das *erste* Problem liegt an der unteren Seite des Tatbestandes. Wenn im Rahmen einer Vereinigung nur die Intention besteht, relativ milde Straftaten zu begehen, die bei ihrer *Vollendung* eine maximale Strafandrohung von zwei oder drei Jahren Freiheitsstrafe vorsehen, leuchtet es kaum ein, warum *zusätzlich* zur Vorverlagerung durch § 129 StGB auch noch eine Strafschärfung angemessen

<sup>26</sup> Für eine Verfassungswidrigkeit des § 129 StGB wegen Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeits- und Bestimmtheitsgrundsatz argumentiert Koch, Verfassungsblog v. 26. 5.2023, <https://verfassungsblog.de/verhaeltnismaeassigkeit-normenklarheit-und-129-stgb/> (zuletzt abgerufen am 12.6.2023); Gärditz kommt hingegen zur Einschätzung, dass der Tatbestand des § 129 StGB „verfassungsrechtlich unbedenklich“ sei, siehe Gärditz, Verfassungsblog v. 25.5.2023, <https://verfassungsblog.de/organisierte-klimakleber-als-kriminelle-vereinigung/> (zuletzt abgerufen am 12.6.2023).

<sup>27</sup> Langmack/Brandau, Verfassungsblog v. 8.6.2023, <https://verfassungsblog.de/die-letzte-generation-die-emrk-und-das-strafrecht/> (zuletzt abgerufen am 12.6.2023).

<sup>28</sup> von Bernstorff, Verfassungsblog v. 4.6.2023, <https://verfassungsblog.de/ist-der-umgang-mit-klimaprotesten-in-deutschland-menschenrechtswidrig/> (zuletzt abgerufen am 12.6.2023)

<sup>29</sup> Siehe für eine Kritik aus strafrechtlicher Sicht auch Höffler, Verfassungsblog v. 25.5.2023, <https://verfassungsblog.de/ziviler-ungehorsam-testfall-fur-den-demokratischen-rechtsstaat/> (zuletzt abgerufen am 12.6.2023), die davor warnt, dass § 129 StGB instrumentalisiert würde, um strafprozessuale Maßnahmen zu nutzen. Höffler zufolge sei diese Instrumentalisierung keine legitime Funktion von Straftatbeständen (mit Verweis auf Roxin/Greco, AT I, 5. Aufl. (2020), § 2 Rn. 49g ff.).

<sup>30</sup> Mit Ausnahme des Beitrages von Koch (Fn. 26), dem es explizit um den Tatbestand des § 129 StGB geht.

<sup>31</sup> Siehe dazu Kuhl/Papenfuß, KriPoZ 2023, 71, die für eine eigene Prüfung der Erheblichkeit der Gefahren für die öffentliche Sicherheit im Rahmen von § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB eintreten und darin für eine Differenzierung anhand der betroffenen Rechtsgüter werben (S. 74-76). Für eine eigenständige Verhältnismäßigkeitsprüfung auch Jahn, Aktivisten zu (Un-)Recht im Visier?, ZDFheute live v. 24.5.2023, <https://www.zdf.de/nachrichten/zdfheute-live/letzte-generation-kriminelle-vereinigung-video-100.html> (zuletzt abgerufen am 13.6.2023), ab Minute 12:00. Jahn zufolge müsse die überobligatorische Kriminalisierung bei der Auslegung berücksichtigt und daher geprüft werden, ob die öffentliche Sicherheit durch die Straftaten tatsächlich gefährdet wurde; dagegen aber z. B. Fischer, Aktivisten zu (Un-)Recht im Visier?, ZDFheute live v. 24.5.2023, <https://www.zdf.de/nachrichten/zdfheute-live/letzte-generation-kriminelle-vereinigung-video-100.html> (zuletzt abgerufen am 13.6.2023), demzufolge der Gesetzgeber die Frage der Verhältnismäßigkeit eindeutig geregelt habe, indem er eine Mindeststrafandrohung für die Delikte angegeben hat (ab Minute 4:32).

<sup>32</sup> Ein weiterer, hier nicht näher thematisierter Kritikpunkt betrifft die Frage, inwiefern es zwischen den strafrechtlichen Begriffen der „Vereinigungen“ und der „Bande“ zu Friktionen kommen kann, vgl. dazu u.a. Zöller, KriPoZ 2017, 26 (33 f.); Altenhain, ZStW 2001, 112; Toepel, ZStW 2003, 60; Kreß, JA 2005, 220 sowie Eidam, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2005, S. 106 ff.

<sup>33</sup> Dazu Fn. 30.

sein sollte. Täter:innen, die sich vereinigen, um beispielsweise strafrechtliche Nötigungen zu begehen, sind nach derzeitiger Gesetzeslage mit einer Strafandrohung von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe konfrontiert – gänzlich unabhängig davon, ob es wirklich zu Nötigungen kommt, die selbst nur mit maximal drei Jahren bestraft werden kann.

Das *zweite* Problem, ebenfalls am unteren Ende des Tatbestandes, betrifft die mit § 129 StGB verknüpften strafprozessualen Befugnisse. Der Verdacht für eine Strafbarkeit gem. § 129 StGB eröffnet nicht nur den Zugang zu einer Reihe „gewöhnlicher“ Ermittlungsmaßnahmen, sondern kann auch die Vornahme darüberhinausgehender strafprozessualer Handlungen, wie Telekommunikationsüberwachungen (§ 100a StPO) oder Vermögensbeschlagnahmungen (§ 443 StPO) rechtfertigen, da § 129 StGB in den entsprechenden Gesetzesgrundlagen der StPO als Katalogtat genannt wird.<sup>34</sup> Bei der Strafverfolgung von professionell organisierten kriminellen Vereinigungen, die schwerste Straftaten begehen (wollen), scheint es durchaus plausibel, auf strafprozessuale Instrumentarien wie Telekommunikationsüberwachungen zurückzugreifen. Sowohl die Struktur als auch die von solchen kriminellen Vereinigungen ausgehende Bedrohung scheint zumindest auf den ersten Blick „terroristischen Vereinigungen“ i.S.v. § 129a StGB ähnlich zu sein.<sup>35</sup> Demgegenüber sind im Vergleich zu anderen Straftatbeständen erweiterte strafprozessuale Befugnisse weniger plausibel, wenn es um den Verdacht einer Beteiligung oder Unterstützung von Vereinigungen geht, die (möglicherweise) Delikte mit erheblich geringerer Strafandrohung begehen wollen.

Ein *drittes* Problem liegt schließlich an der oberen Seite des Tatbestandes. Gerade die angedeutete strukturelle Ähnlichkeit zwischen terroristischen Vereinigungen i.S.v. § 129a StGB und kriminellen Vereinigungen, deren Zweck und Tätigkeit auf die Begehung *schwererer* Straftaten gerichtet ist, spricht dafür, beide Formen auch strafrechtlich ähnlich zu behandeln. Die bisherige Fassung des § 129 StGB ist sowohl in ihrer Strafandrohung (maximal fünf Jahre Freiheitsstrafe) als auch in den möglichen strafprozessualen Befugnissen für Formen schwerer, z.B. mafïöser krimineller Vereinigungen, aber möglicherweise zu *wenig* weitreichend. § 129 Abs. 5 StGB normiert zwar bestimmte besonders schwere Fälle, bei denen die Strafandrohung höher liegt und die auch in StPO-Normen gesondert als Katalogtaten für den Einsatz erweiterter Befugnisse genannt werden.<sup>36</sup> Nichtsdestotrotz bestehen hier weiterhin Unterschiede zu der als eigenem Qualifikationstatbestand gefassten Strafbarkeit wegen der Bildung einer terroristischer Vereinigung (§ 129a StGB).<sup>37</sup> Auch wenn hier im Einzelnen sorgfältig geprüft werden sollte, inwiefern sich schwerkriminelle und terroristische Vereinigungen ähnlich sind bzw. sich unterscheiden, scheint eine Reform der derzeitigen Fassung überlegenswert.

Ergänzend zu diesen drei inhaltlichen Gründen lässt sich angesichts der jüngsten Razzien bei der „Letzten Generation“ und ihrer politischen, medialen sowie gesamtgesellschaftlichen Verarbeitung schließlich ein *vierter* Einwand gegen die derzeitige Fassung von § 129 StGB vorbringen: Die gesetzliche Formulierung und die Vorstellung der Bevölkerung, was eine „kriminelle Vereinigung“ ist, gehen (zu) weit auseinander. Bei einem Streitgespräch des Magazins *ZDFheute live* hat der ehemalige Richter am BGH *Thomas Fischer* gesagt, dass „der Tatbestand [des § 129 StGB] in Deutschland eine gewisse Geschichte hat, die immer darauf abzielt oder unterstellt, es handele es sich um etwas ganz schrecklich Schweres und kaum ist der Tatverdacht geäußert, rückt gleich die GSG9 an und es drohen Höchststrafen [...]“.<sup>38</sup> Dem stellt *Fischer* anschließend die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 129 StGB entgegen, die weitaus geringer sind.<sup>39</sup> Auch wenn für die strafrechtliche Beurteilung letztlich professionelle und mit den tatbestandlichen Anforderungen von § 129 StGB vertraute Rechtsanwender:innen betraut sind, stellt die Diskrepanz ein Problem dar. Zum einen kann die gesellschaftliche Wahrnehmung als „quasi Terroristen“ vor allem im Ermittlungsverfahren eine zusätzlich stigmatisierende Wirkung für Personen haben, gegen die ein Verdacht wegen der Beteiligung, Mitgliedschaft oder Unterstützung einer auch nur einfachen kriminellen Vereinigung erhoben wird. Zum anderen bestehen im Strafrecht hohe Legitimationsvoraussetzungen, für deren Einhaltung gesellschaftliche Rückbindung und Akzeptanz essenziell sind. Divergiert die Vorstellung der Bevölkerung daher zu weit von dem, was das Strafrecht *rechtlich* vorschreibt, entsteht ein Problem.

### III. Vorschlag zu einer Gesetzesreform der §§ 129 ff. StGB

Den beschriebenen Problemen ließe sich durch eine Reform der §§ 129, 129a und 129b StGB begegnen. Kurz zusammengefasst sieht der im Folgenden in Grundzügen vorgestellte Vorschlag vor, den derzeitigen § 129 StGB in zwei Tatbestände, einen Grundtatbestand (§ 129 StGB n.F.) und einen Qualifikationstatbestand § 129b StGB n.F. (Bildung einer schwerkriminellen Vereinigung), aufzusplitten. Der derzeitige § 129a StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) bleibt bestehen. Der derzeitige § 129b StGB (kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland, Einziehung) erhält eine neue Nummerierung (§ 129c StGB n.F.) und bezieht sich fortan auf die neuen §§ 129a und 129b StGB, nicht jedoch auf den vorgeschlagenen neuen § 129 StGB. Letztere Anpassungen müssen auch in den Vorschriften der StPO erfolgen, die nicht mehr § 129 StGB n.F., sondern nur noch die §§ 129a und 129b StGB (jeweils in ihren neuen Fassungen und ggf. in Verbindung mit § 129c StGB n.F.) als Katalogtaten nennen sollten.

<sup>34</sup> Vgl. § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. d StPO und § 443 Abs. 1, S. 1 StPO.

<sup>35</sup> Siehe dazu auch noch unter III.

<sup>36</sup> Strafandrohung von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe für § 129 Abs. 5 S. 1 und S. 3 StGB und Ermächtigung zu Online-Durchsuchungen (§ 100b, Abs. 2 Nr. 1 lit. c StPO) oder Erhebung von Verkehrsdaten (§ 100g Abs. 2 Nr. 1 lit. c StPO) für besonders schwere Fälle des § 129 Abs. 1, Abs. 5 S. 3 StGB, vgl. dazu *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger, StGB*, § 129 Rn. 11.

<sup>37</sup> Vgl. z.B. §§ 103 Abs. 1, 111 Abs. 1, 112 Abs. 3, 138a Abs. 2 und Abs. 5, 148 Abs. 2 StPO.

<sup>38</sup> Siehe *Fischer*, *Aktivist:innen zu (Un-)Recht im Visier?*, *ZDFheute live* v. 24.5.2023, <https://www.zdf.de/nachrichten/zdfheute-live/letzte-generation-kriminelle-vereinigung-video-100.html> (zuletzt abgerufen am 13.6.2023), ab Minute 5:45.

<sup>39</sup> Fn. zuvor, ab Minute 6:15.

Im Detail betrachtet sieht der Reformvorschlag also zunächst die Einführung eines Grundtatbestandes § 129 StGB n.F. vor. Die Vorschrift betrifft kriminelle Vereinigungen, deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten *leichter bis mittlerer Kriminalität* gerichtet ist. Die Schaffung eines eigenständigen Grundtatbestandes hätte mehrere Vorzüge. Zunächst würde die Differenzierung es erlauben, auch die strafprozessualen Befugnisse, für die § 129 StGB derzeitige Fassung den Bezugspunkt bildet, entsprechend anzupassen. Für kriminelle Vereinigungen, die leichte oder mittlere Kriminalität begehen (wollen), sollten keine über die regulären strafprozessualen Befugnisse hinausgehenden Maßnahmen, wie z.B. Telekommunikationsüberwachungen (§ 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO), mehr möglich sein. § 129 StGB n.F. sollte dementsprechend nicht mehr als Katalogtat in StPO-Vorschriften genannt werden. Des Weiteren sollte die Strafandrohung von § 129 StGB n.F. reduziert werden. Hierfür bestehen zwei Möglichkeiten. Zum einen ließe sich der Strafraum pauschal herabsetzen, indem statt der bisher geltenden „Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe“ eine Strafe von maximal zwei Jahren Freiheitsstrafe verhängt werden kann. Zum anderen wäre es – gerade auch vor dem Hintergrund der EU-Vorgaben – alternativ möglich, die Strafandrohung des § 129 StGB n.F. an die Höchststrafen der geplanten Delikte zu koppeln. Ein Beispiel dafür bietet § 323a Abs. 2 StGB, wonach die Strafe wegen Vollrauschs nicht schwerer sein darf als die Strafe, die für die im Rausch begangene Tat angedroht ist. Angesichts der insgesamt geringen Straferwartung und der bereits im Verhältnis zu den geplanten Straftaten erfolgten Vorverlagerung ließe sich schließlich überlegen, ob die derzeit noch bestehende Versuchsstrafbarkeit des § 129 Abs. 4 StGB nicht gestrichen werden sollte, zumal die damit verbundene noch weitere Vorverlagerung einer Strafbarkeit weit in das Vorfeld der Begehung einzelner, konkreter Taten ohnehin nicht unumstritten ist.

Dieser Reformvorschlag hätte den Vorteil, zwei Anliegen miteinander zu vereinen. Einerseits würde der neue Grundtatbestand § 129 StGB die klar zum Ausdruck gebrachte Entscheidung des Gesetzgebers respektieren, über die Vorgaben des EU-Rechts hinausgehen zu wollen und auch Vereinigungen strafrechtlich zu erfassen, die nur minderschwere Delikte begehen (wollen).<sup>40</sup> Andererseits würde die Fassung in einem eigenständigen Grundtatbestand die derzeitigen (und zu Recht kritisierten) Härten zumindest mitigieren. Durch die Einschränkung der prozessualen Möglichkeiten, die Reduzierung des Strafraums sowie ggf. die Abschaffung der Versuchsstrafbarkeit würden einer unverhältnismäßigen Vorfeldkriminalisierung gewisse Grenzen gesetzt. Durch die Etablierung

eines klaren Stufenverhältnisses zwischen dem Grundtatbestand (§ 129 StGB n.F.) und den beiden Qualifikationstatbeständen der §§ 129a (für terroristische Vereinigungen) und 129b StGB n.F. (für schwerkriminelle Vereinigungen) wäre zudem klar zum Ausdruck gebracht, dass zwischen den Delikten ein qualitativer Unrechts-Unterschied besteht.

Neben der Einführung eines Grundtatbestandes wird vorgeschlagen, einen neuen Qualifikationstatbestand § 129b StGB (Bildung und Unterstützung schwerkrimineller Vereinigungen) zu schaffen. § 129b StGB n.F. sollte in Anlehnung an die Struktur des § 129a StGB zur Bildung terroristischer Vereinigungen gefasst werden und kriminelle Vereinigungen adressieren, die ähnlich zu terroristischen Vereinigungen schwere Straftatbestände verwirklichen (wollen). Dementsprechend müsste tatbestandlich eine Abgrenzung zum Grundtatbestand von § 129 StGB n.F. dahingehend erfolgen, dass der Zweck oder die Tätigkeit der Vereinigungen auf die Begehung von Delikten gerichtet ist, für die eine höhere Straferwartung als zwei Jahre Freiheitsstrafe im Höchstmaß besteht. Eine Möglichkeit wäre hierfür, die Mindesthöchststrafe auf fünf Jahre zu erhöhen. Eine andere bestünde darin, einen Katalog von Straftaten zu formulieren, in dem typische schwerer wiegende Taten organisierter Kriminalität wie Mord, Totschlag, Schutzgelderpressungen oder Geldwäsche aufgeführt werden.

Zusätzlich zu dieser ersten qualifizierten Anforderung sollte ein weiteres, kumulativ hinzutretendes Tatbestandsmerkmal in § 129b StGB n.F. aufgenommen werden: Eine *schwerkriminelle* Vereinigung sollte nur dann anzunehmen sein, wenn die kriminelle Vereinigung darauf abzielt, durch ihr Auftreten an einem bestimmten Ort Teile der ansässigen Bevölkerung einzuschüchtern. Ein ähnliches Tatbestandsmerkmal findet sich in Art. 416-bis des italienischen Strafgesetzbuches (*Codice penale*). Art. 416-bis ist ein spezifisch auf mafiöse kriminelle Vereinigungen (*associazione di tipo mafioso*) ausgerichteter Tatbestand, der sich von der Kriminalisierung anderer krimineller Vereinigungen (*associazioni per delinquere*, Art. 416 c. p.) abhebt. Ob eine *mafiöse* Struktur vorliegt, beurteilt sich danach, ob die „einschüchternde Kraft der Vereinigung“ und die „daraus resultierende Unterwerfung und Schweigepflicht“ genutzt wird, um Straftaten zu begehen und sich so (im Gesetz noch näher spezifizierte) Vorteile zu verschaffen.<sup>41</sup>

Die Einführung eines ähnlichen Tatbestandsmerkmals in § 129b StGB n.F. hätte den Vorteil, der gesteigerten Gefährlichkeit derartiger Vereinigungen für die öffentliche

<sup>40</sup> Diese gesetzgeberische Entscheidung mag man aus einem liberalstrafrechtlichen Verständnis für kritikwürdig halten. Angesichts der diesbezüglich eindeutigen Begründung im Regierungsentwurf (vgl. BT-Drs. 18/11275, S. 1 (7 f.)) soll sie aber vorliegend als Ausdruck grundsätzlich freier demokratischer Entscheidungsfindung im Ausgangspunkt geachtet werden.

<sup>41</sup> Vgl. im Original Art. 416-bis (3) c. p.: „L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali.“

Sicherheit als geschütztes Rechtsgut Rechnung zu tragen.<sup>42</sup> Die systematische Stellung der §§ 129 ff. StGB im siebten Abschnitt des StGB zeigt, dass die Tatbestände nicht nur dem verstärkten Schutz der strafrechtlichen Rechtsgüter dient, die jeweils im Zentrum der kriminellen Vereinigungen stehen, sondern dass es auch eigenständig um die Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit geht.<sup>43</sup> Kriminelle Vereinigungen, die durch ihre Taten insgesamt ein Klima der Einschüchterung schaffen, weisen hier eine besondere Gefahr auf. Sie können allein durch ihr Bestehen und ihre öffentliche Präsenz zu Verhaltensänderungen von Personen führen, ohne dass konkrete Drohungen noch notwendig sind. Dieses spezifische Unrecht durch einen eigenständigen Qualifikationstatbestand zu erfassen, erscheint daher sinnvoll.

Ob dieser Tatbestand entsprechend des italienischen Vorbildes auch in Deutschland spezifisch auf mafiöse Strukturen zugeschnitten sein sollte, erscheint hingegen fraglich. Dafür spricht zwar, dass die Aktivitäten der Mafia in Deutschland lange unterschätzt wurden und dass ein entsprechender Tatbestand der spätestens seit den „Duisburger Mafia-Morden“ 2007 gestiegener Wahrnehmung entsprechen könnte. Dagegen spricht allerdings, dass die Be-

drohungslagen durch organisierte kriminelle Zusammenschlüsse in Deutschland weit vielfältiger ist und eine einseitige Konzentration auf eine spezielle Erscheinungsform zu kurz greifen würde. Denkt man beispielsweise an Rockerbanden, die auf dem Motorrad in Gruppen ihre Claims abstecken, Zuhälterbanden im Rotlichtmilieu, organisierte Drogenkriminalität speziell in den Großstädten oder auch rechtsextreme Bruderschaften, die in Dörfern und Kleinstädten Angst und Schrecken verbreiten, zeigt sich, dass Einschüchterung kein der Mafia exklusives Konzept ist. Ein Tatbestand, der die dadurch gesteigerten Gefahren für die öffentliche Ordnung und Sicherheit fasst, sollte daher nicht auf eine spezifische Gruppierung begrenzt werden.

Der Strafrahmen von § 129b n.F. StGB sollte im Verhältnis zum Grundtatbestand erhöht werden, wobei eine Orientierung an § 129a StGB möglich, jedoch nicht zwingend erscheint. Denkbare wäre hier auch eine Differenzierung innerhalb des Tatbestandes, wobei die im Mittelpunkt der kriminellen Vereinigungen stehenden Delikte den Strafrahmen noch oben oder unten verschieben könnten. Ebenfalls von der genauen Ausgestaltung des Tatbestandes abhängig ist die Frage, welche strafprozessualen Befugnisse ergriffen werden können, um Delikte nach § 129b StGB n.F. zu verfolgen. Ein sinnvolles Vorgehen, um die Kataloge in der StPO anzupassen, wäre es hier, nach strukturellen Parallelen und Unterschieden zwischen terroristischen Vereinigungen einerseits und schwerkriminellen Vereinigungen andererseits zu suchen. Die genauen Festlegungen dürften aber letztlich davon abhängen, wie groß die Bedrohung durch die verschiedenen Formen organisierter Kriminalität eingeschätzt wird, inwiefern man die

diversen strafprozessualen Maßnahmen für erfolgversprechend hält (Erkenntnisse aus anderen Ländern, wie z.B. Italien bei der Mafiabekämpfung, können hier aufschlussreich sein) und welches Verhältnis von Sicherheits- und Freiheitsinteressen man angemessen findet.

Schließlich müsste der derzeitige § 129b StGB, wonach kriminelle und terroristische Vereinigungen auch im Ausland erfasst werden, angepasst und neu nummeriert werden. Die Erstreckung auf im Ausland ansässige kriminelle Vereinigungen sollte zukünftig nur noch für die Qualifikationstatbestände (terroristische und schwerkriminelle Vereinigungen, §§ 129a und 129b StGB) gelten und der besseren Übersicht halber in einem neuen § 129c StGB geregelt sein.

#### IV. § 129b StGB n.F. und „Social Reuse“

Denkt man die angedeuteten Reformvorschläge weiter, ließe sich bei der Bekämpfung organisierter Kriminalität noch eine weitere Änderung des StGB und der StPO in Erwägung ziehen. Konkret könnte man eine Gesetzesänderung vornehmen, die eine soziale Umnutzung bei der Vermögensabschöpfung erlaubt.

Auch hierfür können die Anstrengungen Italiens bei der Bekämpfung der Mafia ein Vorbild sein. Angesichts der weiten Verbreitung mafiöser Strukturen wurde in Italien nämlich bereits von mehreren Jahrzehnten die Idee eines sog. „Social Reuse“ entwickelt. Kurz zusammengefasst sieht das Konzept vor, beschlagnahmte Vermögenswerte nicht einfach an den oder die Meistbietende zu versteigern, sondern sie dezidiert für soziale Zwecke einzusetzen. Konkret kann so z.B. die beschlagnahmte Immobilie eines Mafioso als Gedenkstätte für Opfer der Mafia oder als „Haus der Demokratie“ mit Angeboten für Jugendliche umfunktioniert werden. Durch eine solche Form sozialer Umnutzung wird nicht nur verhindert, dass die beschlagnahmten Werte – wie nicht selten zu beobachten – direkt wieder zurück in Hände der kriminellen Vereinigungen, wenn auch potenziell eines anderen Mitgliedes, fallen. Die soziale Umnutzung hat noch einen weiteren Vorteil: Sie steht symbolisch als Kontrapunkt zu der sonst von der Vereinigung ausgehenden einschüchternden Wirkung.

Bei diesem Beispiel hat die Immobilie des Mafioso vor ihrer Beschlagnahme nämlich ihrerseits eine symbolische Fiktion. Sie ist sinnbildlicher Ausdruck der Herrschafts- und Kontrollanspruchs über einen Stadtteil oder einen Ort der mafiösen kriminellen Vereinigung. Mit anderen Worten dienen die Vermögenswerte selbst dazu, die Bevölkerung oder zumindest Teile davon einzuschüchtern. Die Beschlagnahmung der Vermögenswerte führt zwar dazu, dass die einschüchternde Wirkung reduziert wird; noch weitreichender geht es allerdings, wenn man von staatlicher Seite eine Nutzung fördert, die der vorherigen Einschüchterung diametral entgegengesetzte Ziele verfolgt. Der

<sup>42</sup> So zumindest die h.M., vgl. u.a. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 129 Rn. 1; Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 129 Rn. 1; zur Diskussion siehe Bürger, ZStW 2023, 59 (69 Fn. 41).

<sup>43</sup> So aus der Rechtsprechung BGHSt 30, 331; 41, 53; sowie aus der Literatur Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 129 Rn. 1 (und Fn. zuvor).

betroffenen Gesellschaft wird somit nach außen deutlich sichtbar signalisiert, dass die einschüchternde Unrechts-herrschaft durch eine Herrschaft des Rechts ersetzt wird. Auch in Deutschland ließe sich die Einführung einer entsprechenden, in Italien etablierten Regelung zum Social Reuse bei Vermögensabschöpfungen erwägen. Der neue Tatbestand des § 129b StGB n.F. für schwerkriminelle Vereinigungen könnte dabei Bezugspunkt für eine „Umnutzungsklausel“ im Recht der Vermögensabschöpfung bilden. Eine entsprechende Gesetzesänderung wäre auch aus Sicht des EU-Rechts diskussionswürdig, da die Richtlinie 2014/42/EU die Verwendung derartiger Regelungen zur Vermögensabschöpfung selbst nennt.<sup>44</sup>

## V. Schluss

Mit diesem Beitrag sollte deutlich gemacht werden, dass unabhängig von der aktuellen Diskussion um die mögliche Erfassung der „Letzten Generation“ durch § 129 StGB dieser Tatbestand – und zwar gerade nach und wegen der 2017 erfolgten letzten Reform – dringend erneut reformbedürftig ist. Im Moment mag er zwar die EU-Vorgaben (erheblich über-)erfüllen. Beim Versuch, dieselben mit den zuvor unter § 129 StGB gefassten Fällen – insb. der Sachbeschädigung durch rechtsextreme Schmierereien –

unter einen Hut zu bekommen, hat der Gesetzgeber jedoch offenbar keine glückliche Hand bewiesen und „das Kind mit dem Bade ausgeschüttet“. Daher ist es jetzt an der Zeit, die damaligen Fehler zu korrigieren, indem ein für leichte und mittlere Straftaten angemessener, d.h. vom Strafraumen wie auch den prozessualen Konsequenzen her deutlich leichter neuer Grundtatbestand geschaffen wird, auf den aufbauend dann neben dem aktuellen § 129a StGB ein weiterer Qualifikationstatbestand für schwerkriminelle und damit auch mafiöse Vereinigungen geschaffen wird. Für diese Qualifikationen sollte dann auch die Erstreckung auf Auslandsvereinigungen wie auch das umfangliche und massive strafprozessuale Arsenal vorbehalten bleiben. Schließlich könnte gerade gegen schwerkriminelle Vereinigungen – wie in Italien gegen die Mafia – neue Formen der Vermögensabschöpfung in Form eines „Social reuse“ erprobt werden.

Die nur skizzenhafte Vorstellung eines Reformvorschlages soll als ein (erster) Anstoß für eine kriminalpolitische Diskussion verstanden werden, die heute – gerade auch angesichts der aktuellen Debatten um die „Letzte Generation“, aber letztlich losgelöst davon – dringender ist denn je.

<sup>44</sup> Siehe Erwägungsgrund Nr. 35 in der Richtlinie 2014/42/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014 über die Sicherstellung und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten in der Europäischen Union.

# Über die Notwendigkeit einer Reform des Mordtatbestands (§ 211 StGB) aus rechtsgeschichtlicher Sicht

von Philipp Preschany\*

## Abstract

Der Beitrag setzt sich mit der Frage der Notwendigkeit einer Reform des Mordtatbestands allein aus rechtsgeschichtlicher Perspektive auseinander. Hierfür werden die zwei grundlegenden Fassungen für die Rechtsentwicklung des heutigen Mordtatbestands beleuchtet, um abschließend aufzuzeigen, dass die heutigen Kritikpunkte sich durch die Rechtsgeschichte ziehen und seit der Urkonzeption des Mordtatbestands von 1871 fortbestehen.

The article deals with the question of the necessity of a reform of the offense of murder based solely from the perspective of legal history. For this purpose, the two fundamental versions for the legal development of today's murder offense are examined in order to finally show that today's points of criticisms run through legal history and have persisted since the original conception of the murder offense in 1871.

## I. Thematische Einführung

„Mord ist, wenn man mit Vorsatz handelt und Totschlag, wenn man im Affekt handelt?“ So oder so ähnlich grenzt auch heute noch ein Teil der Bevölkerung landläufig Mord und Totschlag voneinander ab.<sup>1</sup> Auch wenn diese laienhaft formulierte Rechtsauffassung nicht der geltenden Rechtslage entspricht, so lässt sie sich doch zumindest in ihrem Kern auf die Konzeption desjenigen Mordparagrafen zurückführen, der im Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches von 15.5.1871<sup>2</sup> (im Folgenden RStGB [1871]) enthalten war. Denn mit „Vorsatz“ meint der Laie nicht

das in § 15 StGB genannte subjektive Tatbestandselement, sondern er setzt Vorsatz inhaltlich mit *Vorbedacht* und damit mit dem in der Fassung von 1871 terminologisch identischen Begriff der *Überlegung* gleich.<sup>3</sup> Die Abgrenzung von Mord und Totschlag entspricht dabei nicht nur langer deutscher Rechtstradition,<sup>4</sup> denn sie reicht bis ins römische Recht<sup>5</sup>, sondern beschäftigt Rspr. und Literatur bis zum heutigen Tag. Immer wieder kam es zu Anläufen, die Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB) generell zu reformieren<sup>6</sup> und speziell die Mord-Totschlag-Thematik einer überzeugenden Lösung zuzuführen. Alle diese Bestrebungen verliefen bisher jedoch im Sande – zuletzt im Jahre 2015.<sup>7</sup> „Bei einer Norm, die in ihrer Abgrenzung zum Totschlag über zwei Jahrtausende in der Geschichte“<sup>8</sup> zurückreicht, sollte im Hinblick auf die immer wieder aufkommenden Reformdiskussionen deshalb ein Blick auf die Entwicklungsgeschichte des Mordtatbestands geworfen werden. Der vorliegende Aufsatz nimmt dies zum Anlass, die Frage zu untersuchen, ob eine Reform aus rechtshistorischer Sicht notwendig ist.

Als Anknüpfungspunkt wird die tatbestandliche Fassung des § 211 RStGB (1871) gewählt, auf welche das heutige StGB<sup>9</sup> zurückgeht.<sup>10</sup> In diesem ersten Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches wurde der Mordtatbestand im Jahr 1871 erstmalig reichseinheitlich geregelt. Zuvor war das Strafrecht überwiegend in Partikular- und Landesrecht enthalten.<sup>11</sup> § 211 RStGB (1871) ist daher nicht nur aus rechtsgeschichtlicher Sicht der passende Ausgangspunkt der Untersuchung, sondern auch für ein besseres Verständnis der gegenwärtigen Bestimmung unentbehrlich.<sup>12</sup>

\* Der Verfasser ist Doktorand bei Herrn Prof. Dr. Bernd Hecker an der Universität Tübingen und Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle in Stuttgart.

<sup>1</sup> Vgl. Rothhaus, NSTz 2005, 482 (485); diesen Eindruck bestätigt Böttner, in: strafrecht-bundesweit.de, <https://www.strafrecht-bundesweit.de/strafrecht-kanzlei-verzeichnis/toetungsdelikte-und-kapitalstrafsachen-wie-mord-totschlag/> (zuletzt abgerufen am 28.12.2022).

<sup>2</sup> RGBl. 1871, S. 166.

<sup>3</sup> Zum Begriff *Vorbedacht* und *Überlegung* siehe III.

<sup>4</sup> Rissing-van Saan, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2019), Vorb. §§ 211 ff. Rn. 110; Schneider, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2021), § 211 Rn. 2.

<sup>5</sup> Lex Numae etwa 700 v. Chr. Vgl. hierzu Thomas, Die Geschichte des Mordparagrafen – eine normgenetische Untersuchung bis in die Gegenwart, 1985, S. 5.

<sup>6</sup> Exemplarisch der 53. DJT 1980. Vgl. hierzu Eser, DJT-Gutachten, 1980.

<sup>7</sup> Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), Vorb. § 211 Rn. 8-9; zum Reformvorhaben 2015 siehe Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB) des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt, online abrufbar unter: [bit.ly/3JgFajw](http://bit.ly/3JgFajw) (zuletzt abgerufen am 28.12.2022).

<sup>8</sup> Thomas, S. 2 f.

<sup>9</sup> In der Fassung der Bekanntmachung vom 13.11.1998 (BGBl. I, S. 3322).

<sup>10</sup> Vgl. BGBl. I 1975, S. 1; Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), Einl. Rn. 3; Bechtel, JSE 2014, 267 (271). Das RStGB (1871) ist inhaltsgleich mit dem Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes (BGBl. NDB 1870, S. 197-273). Mit Gesetz v. 15.5.1871 (RGBl. S. 127) wurde aus dem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund namentlich das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Nach der Verfassung des Deutschen Reiches v. 16.4.1871, einer revidierten Version der Verfassung des Deutschen Bundes v. 1.1.1871, galt das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund im Deutschen Reich fort, denn nach § 2 des Gesetzes betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches v. 16.4.1871 blieb Art. 80 der Verfassung des Deutschen Bundes in Kraft (RGBl. S. 63). Art. 80 Abs. 2 Nr. 3 der Verfassung des Deutschen Bundes regelte, dass das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund im Deutschen Reich fort gilt (BGBl. NDB 1870, S. 646).

<sup>11</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafr AT, 13. Aufl. (2021), § 4 Rn. 3.

<sup>12</sup> Vgl. Eser, D 24.

Für die Entwicklung des aktuellen Mordtatbestands sind zwei Gesetzesvorläufer entscheidend – die ursprüngliche Fassung von 1871<sup>13</sup> und die tatbestandlich noch heute geltende Fassung von 1941<sup>14</sup>. Beide Fassungen stehen jeweils charakteristisch für die zwei Konzeptionen zur Unterscheidung von Mord und Totschlag, die im Laufe der Zeit entwickelt wurden und noch immer vertreten werden.<sup>15</sup> Auf der einen Seite der Mordtatbestand von 1871, der eine Abgrenzung von Mord und Totschlag anhand des psychologischen Merkmals der sog. *Überlegung* vornahm und demgegenüber der Mordtatbestand von 1941, der diese Abgrenzung anhand kasuistischer tat- und täterbezogenen Verwerflichkeitsmerkmalen vornimmt und insoweit von dem geltenden § 211 StGB übernommen wurde.<sup>16</sup>

## II. § 211 RStGB vom 15.5.1871

§ 211 RStGB (1871) „Mord“ lautete:

„Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.“<sup>17</sup> In Abgrenzung hierzu wurde der „Totschlag“ in § 212 RStGB (1871) wie folgt beschrieben: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Todtschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.“<sup>18</sup>

Bei der Tötung eines Menschen zur Verwirklichung eines Mordes kam auf der Tatbestandsseite im RStGB (1871) dem psychologischen Merkmal der sog. *Überlegung* die entscheidende Abgrenzungsfunktion zu „Totschlag“ zu. § 211 RStGB (1871) war diesbezüglich vom preußischen Strafgesetzbuch von 1851<sup>19</sup> sowie vom Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern von 1813<sup>20</sup> beeinflusst.<sup>21</sup> Das im bayStGB durch von *Feuerbach* kodifizierte Prämeditationkonzept wurde für die Regelung der Tötungsdelikte zum maßgeblichen Vorbild.<sup>22</sup> Art. 146 bayStGB differenzierte dem Wortlaut nach zwischen *Vorbedacht* und *Überlegung*. Es handelte sich hierbei lediglich um eine terminologische Unterscheidung, die sich allein in zeitlicher Hinsicht unterschied.<sup>23</sup> Diese Unterscheidung beruhte auf der Beeinflussung durch den französischen Code Pénal

von 1810, der allein von *préméditation*, d.h. einer mit Prämeditation ausgeführten Tötung sprach. *Préméditation*, verstanden als Vorentschluss, konnte aber – nimmt man den Wortlaut ernst – nicht die Ausführung der Tat begleiten, weil ein vorab gefasster Entschluss notwendigerweise der Tatbegehung zeitlich vorausgeht. Dieses zeitliche Kriterium sollte im bayStGB sprachlich mit *Vorbedacht* und *Überlegung* zum Ausdruck gebracht werden.<sup>24</sup> Das preußStGB sprach allein von *Überlegung*, ließ hierfür aber genügen, dass entweder „bei Fassung des Entschlusses oder überhaupt in irgendeinem Momente von Beschließung der That [sic!] bis zu ihrer aktuellen Verwirklichung *Überlegung*“<sup>25</sup> vorgelegen hat. Das RStGB (1871) stellte demgegenüber klar, dass „die Tötung mit Ueberlegung *ausgeführt* [Hervor. d. Verf.]“<sup>26</sup> werden musste und begrenzte somit ausdrücklich den zeitlichen Bezugspunkt der *Überlegung*.<sup>27</sup> Damit war auch der langjährige Streit über den maßgeblichen Zeitpunkt des Vorliegens der *Überlegung* beendet.<sup>28</sup> Auf Rechtsfolgenseite wurde Mord mit der Todesstrafe bestraft.

Unter *Überlegung* verstand man das „Abwägen des Für und Wider die [sic!] Tat sprechende Umstände“<sup>29</sup>. Die *Überlegung* musste zum Vorsatz hinzutreten, über diesen hinausgehen sowie unabhängig und selbstständig festgestellt werden.<sup>30</sup> *Überlegung* musste bei der Tatausführung, d.h. während der gesamten für den Tod ursächlichen oder mitursächlichen Handlung vorliegen.<sup>31</sup> Ob *Überlegung* bei Tatentschluss oder Planung der Tat vorlag, war nicht entscheidend oder erforderlich.<sup>32</sup> Eine besonnene, bedachte und planmäßige Tatvorbereitung war aber ein Indiz für eine mit *Überlegung* ausgeführte Tötung.<sup>33</sup>

Handeln im Affekt, verstanden als eine Gefühlserregung, die über die normale übliche Aufregung hinaus geht und so gesteigert ist, dass ein Abwägen des Für und Wider der Tat umstände unmöglich oder ausgeschlossen ist, schloss eine mit *Überlegung* ausgeführte Tötung aus.<sup>34</sup> Entscheidend in Fällen „gesteigerte[r] seelische[r] Erregung“<sup>35</sup> war, ob der Täter bei Tatausführung immer „noch so sehr Herr seines Denkens, Wollens und Tuns war“<sup>36</sup>, dass sein Handeln nicht oder jedenfalls nicht überwiegend auf seiner gefühlsmäßigen Erregung beruhte, sondern Ausdruck klarer Erwägung und einer besonnenen und bedachten Abwägung der den Täter zum Handeln drängenden und

<sup>13</sup> RGBl. I 1871, S. 166.

<sup>14</sup> RGBl. I 1941, S. 549.

<sup>15</sup> *Müssig*, Mord und Totschlag: Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts, 2005, S. 9.

<sup>16</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 2.

<sup>17</sup> RGBl. I 1871, S. 166.

<sup>18</sup> RGBl. I 1871, S. 167.

<sup>19</sup> § 175 preußStGB: „Wer vorsätzlich und mit Überlegung einen Menschen tötet, begeht einen Mord“. Zit. nach RGSt 8, 276 (277).

<sup>20</sup> § 146 bayStGB: „Ein Todtschläger, welcher die von ihm verursachte Entleibung mit Vorbedacht beschlossen oder mit Überlegung ausgeführt hat, soll als Mörder mit dem Tode bestraft werden.“ Zit. nach *Müssig*, S. 38.

<sup>21</sup> *Eser*, D 24.

<sup>22</sup> *Müssig*, S. 55.

<sup>23</sup> Hierzu *Wachenfeld*, Die Begriffe von Mord und Totschlag sowie vorsätzlicher Koerperverletzung mit toedlichem Ausgange in der Gesetzgebung seit der Mitte des 18. Jahrhunderts: ein Beitrag zur vergleichenden Geschichte der Strafgesetzgebung, 1890, S. 69; *ders.*, Die Tötungsdelikte, 1909, S. 27 f.

<sup>24</sup> Nach dem bayStGB war ausreichend, dass die Tötung entweder mit *Vorbedacht* beschlossen oder alternativ mit *Überlegung* ausgeführt wurde.

<sup>25</sup> RGSt 8, 276 (278).

<sup>26</sup> RGBl. I 1871, S. 166.

<sup>27</sup> RGSt 8, 276 (277 f.).

<sup>28</sup> *Eser*, D 24.

<sup>29</sup> RGSt 62, 196.

<sup>30</sup> RGSt 42, 260 (261).

<sup>31</sup> RGSt 70, 257 (259); 32, 253 (254); 8, 276 (277).

<sup>32</sup> RGSt 62, 196 (197); 32, 253 (254); 8, 276 (278).

<sup>33</sup> RGSt 62, 196 (197); 42, 260 (262).

<sup>34</sup> Vgl. RGSt 42, 260 (262).

<sup>35</sup> RGSt 62, 196 (197).

<sup>36</sup> RGSt 62, 196 (197).

davon abhaltenden Beweggründen war. Eine „ruhige“ Überlegung war keinesfalls erforderlich. Die demnach tatbestandsrelevante Grenzziehung zwischen einerseits „erregt, aber noch in genügend klarerer Erwägung“ (Mord) zu andererseits „erregt und nicht mehr überlegt“ (Totschlag), stellte die Rechtsanwender vor erhebliche Probleme.

### III. § 211 RStGB vom 4.9.1941

Durch § 2 lit. a des Gesetzes zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuch von 4.9.1941 (im Folgenden RStGB [1941]) wurde § 211 RStGB (1871) geändert. § 211 RStGB (1941) hat den noch heute im Wesentlichen<sup>37</sup> geltenden Wortlaut.

„§ 211

- (1) Der Mörder wird mit dem Tode bestraft.
- (2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.
- (3) Ist in besonderen Ausnahmefällen die Todesstrafe nicht angemessen, so ist die Strafe lebenslanges Zuchthaus.“

„§ 212

Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit lebenslangem Zuchthaus oder mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.“<sup>38</sup>

Das in der Vorläuferbestimmung enthaltene Merkmal der *Überlegung* wurde durch eine Kasuistik von Mordmerkmalen ersetzt, die die besondere Verwerflichkeit der Tat ausführung bzw. des Tatmotivs kennzeichnen.<sup>39</sup> Der nationalsozialistische Gesetzgeber regelte aber nicht, was einen Mord kennzeichnete, sondern wer „als Mörder“ anzusehen war.<sup>40</sup> Es wurde nicht zwischen Mord und Totschlag unterschieden, sondern zwischen Mörder und Totschläger.<sup>41</sup> Dieses Rechtsverständnis war Ausfluss einer Tätertypenlehre.<sup>42</sup> Die Mordmerkmale sollten den Tätertypen „Mörder“ lediglich beschreiben. Dabei waren die Mordmerkmale weder zwingend noch abschließend.<sup>43</sup> Der Täter musste „seinem Wesen nach“ ein Mörder sein. So konnte trotz Bejahung der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Mordmerkmals der Tätertypus „Mörder“

verneint werden. Umgekehrt hieß dies aber auch, dass als „Mörder“ bestraft werden konnte, wer tatbestandlich zwar kein Mordmerkmal verwirklicht hatte, aber dem „Tätertypus“ Mörder entsprach. „Mörder sein“ wirkte strafbegründend.<sup>44</sup> Ein solches Vorgehen war nach damaligem Verständnis möglich, weil die Gesetzesbindung nach Art. 116 WRV durch Aufhebung des Analogieverbots gem. § 2 RStGB entfallen war.<sup>45</sup> Damit war der Wandel von einem Tatstrafrecht zu einem Täter- oder Willensstrafrecht eingeleitet.<sup>46</sup> Das Gericht sollte sich mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzen und prüfen, ob dieser den Willen hatte, der Allgemeinheit zu schaden.<sup>47</sup> Die Verwerflichkeit konnte sich „aus der Ausführung der Tat und aus der sie beherrschenden Gesinnung ergeben“<sup>48</sup>. „Beweggrund, die Ausföhrung und der Zweck der Tat [...] sollen [...] darüber entscheiden, ob der Täter als Mörder oder Totschläger anzusehen ist.“<sup>49</sup> Nach einer sog. „lebens- und volksnahen Rechtsprechung“<sup>50</sup> war entscheidend, „wie Tat und Täter vom Standpunkte des gesunden Volksempfindens aus sittlich zu bewerten sind“,“<sup>51</sup> da der Täter als Teil der Volksgemeinschaft auch nur aus dieser Sicht beurteilt werden konnte.<sup>52</sup> Erforderlich war, „dass es [das Gericht – Anm. d. Verf.] nach gesundem Volksempfinden zu einem gerechten Urteil kommt.“<sup>53</sup>

Auf Rechtsfolgenseite wurde Mord (weiterhin) mit dem Tod bestraft. In Ausnahmefällen konnte gem. § 211 Abs. 3 RStGB (1941) als „mildere“ Strafe auf lebenslange Zuchthausstrafe erkannt werden. Dadurch wurde der Sanktionssprung von Totschlag zu Mord „aufgeweicht“, da nach § 212 RStGB (1941) anstelle einer zeitigen auch eine lebenslange Zuchthausstrafe verhängt werden durfte.<sup>54</sup>

### IV. § 211 StGB von 1945 bis heute

Nach 1945 sollte das gesamte Recht des Reiches und der Länder fortgelten, welches nicht durch nationalsozialistisches Gedankengut geprägt war.<sup>55</sup> Das RStGB galt somit im Wesentlichen<sup>56</sup> nach 1945 (bis 1949) fort, insbesondere auch der Mordparagraf, denn der *OGHBrZ* bescheinigte dem Mordtatbestand kein nationalsozialistisches Gedankengut.<sup>57</sup> Auch mit Inkrafttreten des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949<sup>58</sup> (GG) galt § 211 RStGB (1941)<sup>59</sup> fort, denn Art. 123 Abs. 1 GG bestimmte, dass das „Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages [...] [fort

<sup>37</sup> Änderungen ausschließlich im Hinblick auf die Strafandrohung. Siehe hierzu IV. 1.

<sup>38</sup> RGBl. I 1941, S. 549.

<sup>39</sup> Jähne, in: LK-StGB, 11. Aufl. (2005), Vorb. § 211 ff. Rn. 36.

<sup>40</sup> Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 116.

<sup>41</sup> Freisler, DJ 1941, 929 (932).

<sup>42</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 4.

<sup>43</sup> Eser, D 33.

<sup>44</sup> Vgl. Dahm, DR 1942, 401 (404 f.); Freisler, DJ 1941, 929 (935).

<sup>45</sup> RGBl. I 1935, S. 839.

<sup>46</sup> Rissing-van Saan, in: LK-StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 118.

<sup>47</sup> Plüss, Der Mordparagraf in der NS-Zeit, 2018, S. 49.

<sup>48</sup> RGSt 77, 41 (43).

<sup>49</sup> RGSt 77, 41 (43).

<sup>50</sup> RGSt 77, 41 (43).

<sup>51</sup> RGSt 77, 41 (44).

<sup>52</sup> RGSt 77, 41 (43 f.).

<sup>53</sup> RGSt 77, 41 (45).

<sup>54</sup> Vgl. Eser, D 33.

<sup>55</sup> Giegerich, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. Lief. (Juli 2021), Art. 123 Rn. 11.

<sup>56</sup> Durch das Kontrollratsgesetz Nr. 11 des Alliierten Kontrollrates v. 30.8.1946 (abgedruckt in: Vormbaum/Welp, Das Strafgesetzbuch, Sammlungen der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Band 1: 1870 bis 1953, 1999, S. 369-371) wurden einzelne Bestimmungen im deutschen Strafrecht aufgehoben.

<sup>57</sup> OGHSt 1, 95 (98); 1, 74 (76 f.).

<sup>58</sup> BGBl. I 1949, S. 1-20.

<sup>59</sup> Am 25.8.1953 wurde der Wortlaut des Strafgesetzbuchs unter der Überschrift „Strafgesetzbuch“ bekanntgemacht (BGBl. I, S. 1083).

gilt], soweit es dem Grundgesetze nicht widerspricht.“<sup>60</sup> Dieser Fortgeltungsanordnung bedurfte es ab dem Zeitpunkt nicht mehr, ab dem das vorkonstitutionelle Recht vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber in seinen Willen aufgenommen worden ist.<sup>61</sup> Dieser Gesetzgeberwille kam für § 211 Abs. 1 StGB mit der Streichung der Androhung der Todesstrafe durch das 3. StrÄG vom 4.8.1953<sup>62</sup> sowie mit der Ersetzung der lebenslangen Zuchthausstrafe durch lebenslange Freiheitsstrafe durch das 1. StrRG vom 25.6.1969<sup>63</sup> und für § 211 Abs. 2 StGB mit der (Neu)Bekanntmachung der Neufassung des gesamten StGB vom 2.1.1975<sup>64</sup> zum Ausdruck.<sup>65</sup>

### 1. Entwicklung in Gesetzgebung und Rspr.

Die seit 1945 an § 211 StGB vorgenommenen Änderungen betrafen ausschließlich die Strafandrohung. Mit Inkrafttreten des GG vom 23.5.1949 wurde die Todesstrafe gem. Art. 102 GG abgeschafft.<sup>66</sup> Infolge des 3. StrÄG vom 4.8.1953 wurde die Todesstrafe sodann auch aus dem StGB gestrichen und Mord mit lebenslangem Zuchthaus bestraft und in diesem Zuge § 211 Abs. 3 StGB (minder schwerer Fall des Mordes) gestrichen.<sup>67</sup> Nach Art. 5 Abs. 1 des 1. StrRG vom 25.6.1969 trat an die Stelle der lebenslangen Zuchthausstrafe die lebenslange Freiheitsstrafe.<sup>68</sup> Art. 19 Nr. 207 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 2.3.1974 teilte § 211 StGB die neue Überschrift „Mord“ zu.<sup>69</sup> Da sich seit Bekanntmachung der Neufassung des Strafgesetzbuches vom 2.1.1975<sup>70</sup> an der tatbestandlichen Fassung des § 211 StGB nichts geändert hat, ist auch ein Blick auf die Entwicklung der höchstrichterlichen Judikatur zu § 211 StGB nach 1945 zu werfen.

Der *BGH* stellte zunächst mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG klar, dass die in § 211 StGB enthaltene Tatbestandsbeschreibung abschließend sei.<sup>71</sup> In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass nach 1945 und aufgrund des Wiederauflebens des Analogieverbots<sup>72</sup> der Wortlaut nunmehr als maßgeblich galt, gelten musste und entsprechend auch als abschließend angewendet wurde. Man könnte deshalb sagen, dass durch Rückgängigmachen der Aufhebung des Analogieverbots – einem uner-

träglich ungerechten Gesetz der NS-Zeit – der *BGH* dem Mordparagrafen das „richtige“ Verständnis im Hinblick auf dessen Abgeschlossenheit zugrunde gelegt hat. Nach Ansicht des *BGH* handelt es sich bei den in § 211 Abs. 2 StGB genannten Fällen um solche, die als besonders verwerflich beurteilt werden.<sup>73</sup> Er attestierte – wie zuvor bereits der *OGHBrZ* – indirekt dem Mordparagrafen kein spezifisch nationalsozialistisches Recht, indem er Bezug auf die schweizerischen Vorentwürfe *Stooss*‘ nahm. Ebenfalls lehnte er in diesem Zuge auch die in der Literatur vertretene Auffassung ab, dass neben der Verwirklichung der Mordmerkmale der Täter zusätzlich auch besonders verwerflich gehandelt haben muss.<sup>74</sup>

Das *BVerfG* bescheinigte sodann der lebenslangen Freiheitsstrafe ihre Verfassungsmäßigkeit.<sup>75</sup> Dabei betonte es, dass eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte restriktive Auslegung der Mordmerkmale geboten sei und wies darauf hin, dass die Mordmerkmale mit Blick auf eine (bisher) nicht vorzunehmende Verwerflichkeitsprüfung einer Überprüfung bedürfen. Die strafrechtliche Behandlung heimtückisch begangener Tötungen wurde daraufhin durch den *BGH* im Wege richterlicher Rechtsfortbildung durch die sog. „Rechtsfolgenlösung“ weiterentwickelt.<sup>76</sup> Liegen demnach in Fällen eines Heimtückemordes außergewöhnliche Umstände vor, aufgrund welcher die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint, ist zwar wegen Mordes zu verurteilen, es ist jedoch der Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuwenden. Die Rechtsfolgenlösung ist (bisher) auf das Merkmal der Heimtücke begrenzt.<sup>77</sup>

### 2. Kritikpunkte gegen die heutige Fassung des Mordtatbestands

Auch heute finden sich keine Stimmen, die die §§ 211 ff. StGB als vollständig geglückt ansehen.<sup>78</sup>

Einheitlich wird die Formulierung „Mörder ist...“ und „wird als Totschläger [...] bestraft“ kritisiert, da dieser Wortlaut jeweils mit der NS-Tätertypenlehre verbunden wird.<sup>79</sup>

<sup>60</sup> BGBl. I 1949, S. 16. Nicht erfasst waren das vom Kontrollrat aufgehobene NS-Recht, NS-Verfassungsrecht und das nach Maßgabe der Radbruch'schen Formel als von Anfang nichtig angesehene NS-Recht. Vgl. hierzu *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 123 Rn. 35. Zur Radbruch'schen Formel siehe *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

<sup>61</sup> *Giegerich*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 123 Rn. 36.

<sup>62</sup> BGBl. I 1953, S. 735.

<sup>63</sup> BGBl. I 1969, S. 645.

<sup>64</sup> BGBl. I 1975, S. 1.

<sup>65</sup> BVerfGE 45, 187 (221 f.).

<sup>66</sup> BGBl. I 1949, S. 13.

<sup>67</sup> BGBl. I 1953, S. 735.

<sup>68</sup> BGBl. I 1969, S. 657.

<sup>69</sup> BGBl. I 1974, S. 500.

<sup>70</sup> BGBl. I 1975, S. 1.

<sup>71</sup> BGHSt 9, 385 (388) = NJW 1957, 70.

<sup>72</sup> Gem. Art. 1 des Kontrollratsgesetz Nr. 11 des Alliierten Kontrollrates v. 30.8.1946 (abgedruckt in: Vormbaum/Welp, S. 369).

<sup>73</sup> BGHSt 9, 385 (389) = NJW 1957, 70 (71).

<sup>74</sup> BGHSt 9, 385 (388 f.) = NJW 1957, 70.

<sup>75</sup> BVerfGE 45, 187 = NJW 1977, 1525.

<sup>76</sup> BGHSt 30, 105 = NJW 1981, 1965.

<sup>77</sup> Für die Habgier ausdrücklich abgelehnt BGHSt 42, 301 (304) = NJW 1997, 807 (809); für die Verdeckungsabsicht erwogen BGHSt 35, 116 (127 f.) = NJW 1988, 2679 (2681).

<sup>78</sup> So *Eser*, D 34.

<sup>79</sup> Bundesratsinitiative des Landes Schleswig-Holstein, BR-Drs. 54/14; *Walter*, NSTZ 2014, 368 (373); *Dölling*, in: FS Streng, 2017, S. 3.

Ferner ist das (dogmatische) Verhältnis der Tatbestände der §§ 211, 212 StGB zueinander nach wie vor umstritten.<sup>80</sup> Die dogmatische Einordnung ist nicht nur akademischer Natur, sondern hat erhebliche praktische Auswirkungen auf Täterschaft und Teilnahme.<sup>81</sup>

Auch die Rechtfertigung des „exorbitante[n] Sanktionensprung[s] von zeitiger zu lebenslanger Freiheitsstrafe“<sup>82</sup> wird bezweifelt.<sup>83</sup> Es stellt sich die Frage, wieso bei Verwirklichung eines Mordmerkmals allein die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe in Betracht kommen muss, wohingegen bei Fehlen eines Mordmerkmals für Totschlag im Regelfall eine zeitliche Begrenzung von 15 Jahren Freiheitsstrafe feststeht.<sup>84</sup> „Dieser gewaltige Sanktionensprung [...] wäre leichter zu legitimieren, wenn [...] auf Tatbestandseite eine vergleichbare Steigerung [...] [des] Unrecht[s] [...] erfassbar wäre.“<sup>85</sup> Demgegenüber ist Tötungsdelikten aber bereits von Natur aus ein hoher Unwertgehalt immanent, sodass für eine Unwertsteigerung wenig Raum bleibt.<sup>86</sup> Denn beide Tatbestände richten sich gegen dasselbe Rechtsgut – menschliches Leben. Daran ändert auch nichts, dass der *BGH* bei Mord und Totschlag von „zwei selbstständige[n] Tatbestände[n] mit verschiedenem Unrechtsgehalt“<sup>87</sup> spricht.

In diesem Zusammenhang und hieran anknüpfend steht auch die Rüge am „Exklusivitäts-Absolutheitsmechanismus“.<sup>88</sup> Hierunter versteht man, dass die Mordmerkmale abschließend und zwingend an die lebenslange Freiheitsstrafe gekoppelt sind.<sup>89</sup> Die Exklusivität der Mordmerkmale in Kombination mit der Absolutheit der lebenslangen Freiheitsstrafe schließt richterliches Ermessen aus. Dies verstöße gegen den Grundsatz „sinn- und maßvollen Strafers“<sup>90</sup> und widerspreche der Einzelfallgerechtigkeit.<sup>91</sup> Auch die Rechtsfolgenlösung relativiert diesen Befund nur teilweise, da sie nur für das Mordmerkmal der Heimtücke und auch dort nur in extremen Ausnahmefällen zur Anwendung gelangt. Auch durch Einführung des § 57a StGB wird dieses Problem kaum entschärft, denn zum einen ändert diese Bestimmung nichts an der grundsätzlichen Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe,

zum anderen ist bei Feststellung der Schwere der Schuld gem. § 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB i.d.R. eine Strafrechtsaussetzung zur Bewährung auch nach Verbüßung von 15 Jahren Freiheitsstrafe nicht möglich. Dies führt zu einer weit verbreiteten Umgehungsstrategie der Gerichte, insbesondere indem sie §§ 20, 21 StGB anwenden, um von lebenslanger Freiheitsstrafe absehen zu können.<sup>92</sup>

Erschwerend kommt hinzu, dass die Mordmerkmale sowohl teilweise zu unbestimmt als auch teilweise zu rigide sind. Dies zeigt sich an den beiden in der Praxis am häufigsten vorkommenden Mordmerkmalen der niedrigen Beweggründe und der Heimtücke.<sup>93</sup> So wird das Merkmal der niedrigen Beweggründe aufgrund der „Ethisierung des Tatbestandes durch sittlich verachtenswerte Motive“<sup>94</sup> immer wieder als zu unbestimmt angesehen.<sup>95</sup> Das Merkmal der Heimtücke ist in seiner Anwendung zu starr. Diesbezüglich sind die sog. „Haustyrannenfällen“<sup>96</sup> charakteristisch, in denen das tyrannische Familienmitglied etwa im Schlaf getötet wird. Hierbei handelt es sich bei wortgetreuer Anwendung der Standarddefinition um einen „klassischen“ Fall der Heimtücke. In diesen Fällen erscheint es aber höchst zweifelhaft, ob die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe die gerechte Strafe darstellt, da die Schuld hier aufgrund der notstandsnahen, ausweglos erscheinenden Situation erheblich gemindert ist. Dies sah auch der *BGH* so und reagierte auf diese Problematik deshalb mit der Rechtsfolgenlösung,<sup>97</sup> die neben Zustimmung in der Literatur<sup>98</sup> auch starker Kritik ausgesetzt ist.<sup>99</sup> So wird darin mitunter auch eine Überschreitung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung *contra legem* gesehen.<sup>100</sup>

## V. Stellungnahme

Seit über 80 Jahren gibt es nun (mit leichten Änderungen bzgl. der Strafandrohung) den Mordparagrafen in seiner geltenden Fassung. Es herrscht heute ein breiter Konsens darüber, dass Reformbedarf besteht.<sup>101</sup>

<sup>80</sup> *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9 (10); zur Rspr. BGHSt 6, 329 (330) = NJW 1954, 1896 (1897); BGHSt 1, 368 (370) = NJW 1952, 110; siehe aber auch *obiter dictum BGH*, NJW 2006, 1008 (1013); zur Literatur *Fischer*, StGB, § 211 Rn. 6; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, StGB, 30. Aufl. (2023), Vorb. §§ 211–222 Rn. 22; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), Vorb. §§ 211 ff. Rn. 5 und § 211 Rn. 1; *Maurach/Schröder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht BT 1, 11. Aufl. (2019), § 2 Rn. 5.

<sup>81</sup> Hierzu ausführlich *Gropp*, in: *FS Seebode*, 2008, S. 125.

<sup>82</sup> *Schneider*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. § 211 Rn. 199.

<sup>83</sup> Am generellen Erfordernis einer lebenslangen Freiheitsstrafe wird dagegen nicht gezweifelt. Vgl. hierzu *Kinzig*, in: Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211–213, 57a StGB) dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz *Heiko Maas* im Juni 2015 vorgelegt, S. 529 ff.; a.A. *Höffler/Kaspar*, GA 162 (2015), 453.

<sup>84</sup> *Eser*, D 37.

<sup>85</sup> Vgl. *Eser*, D 37.

<sup>86</sup> *Eser*, D 37.

<sup>87</sup> BGHSt 1, 368 (370) = NJW 1952, 110; BGHSt 6, 329 (330) = NJW 1954, 1896 (1897).

<sup>88</sup> *Schneider*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. § 211 Rn. 199.

<sup>89</sup> *Safferling*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, Vorb. § 211 Rn. 10.

<sup>90</sup> BVerfGE 45, 187 (253) = NJW 1977, 1525 (1531).

<sup>91</sup> *Schneider*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. § 211 Rn. 199; Arbeitskreis AE, GA 155 (2008), 193 (196).

<sup>92</sup> So *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NStZ 2014, 9 (12).

<sup>93</sup> *Dölling*, in: Abschlussbericht 2015, S. 72; *Heine*, JR 1990, 299 (300); *Fahlbusch*, Über die Unhaltbarkeit des Zustands der Mordmerkmale, 2008, S. 78.

<sup>94</sup> *Fahlbusch*, S. 153.

<sup>95</sup> *Eschelbach*, in: *BeckOK-StGB*, 56. Ed. (Stand 1.2.2023), § 211 Rn. 2.

<sup>96</sup> Hierzu BGHSt 48, 255 = NStZ 2003, 482 und vertiefend *Haverkamp*, GA 153 (2006), 586.

<sup>97</sup> BGHSt 30, 105 = NJW 1981, 1965.

<sup>98</sup> *Fischer*, StGB, § 211 Rn. 47, 101; *Börger*, JR 2004, 139 (144 f.); *Reichenbach*, Jura 2009, 176 (182 f.).

<sup>99</sup> Ablehnend *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, Vorb. §§ 211–222 Rn. 20; *Neumann*, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. (2017), Vorb. § 211 Rn. 162; *Köhler* JuS 1984, 762 (769 f.).

<sup>100</sup> *Fahlbusch*, S. 199; *Dölling*, in: *FS Streng*, 2017, S. 3 (4) „Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage [...] gibt es nicht“.

<sup>101</sup> *Neumann*, in: *NK-StGB*, Vorb. § 211 Rn. 169; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, Vorb. §§ 211–222 Rn. 25; *Grünwald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, S. 1; *Otto*, ZStW 83 (1971), 39; *Rothaus*, NStZ 2005, 482; *Mitsch*, JZ 2008, 336 hält § 211 StGB für verfassungswidrig.

### 1. Sanktionsgefälle zwischen Mord und Totschlag

Noch heute besteht eine Sanktionskluft zwischen Mord und Totschlag. Diese war in der Fassung von 1871 präsenter, da der Sanktionssprung von zeitiger Zuchthausstrafe hin zur Todesstrafe – im wahrsten Sinne – endgültig war. Hieran änderte grundsätzlich auch die Fassung von 1941 nichts, da dieser „Sprung“ weiterhin von lebenslanger Zuchthausstrafe hin zur Todesstrafe war. Das Sanktionsgefälle näherte sich aber an, da sowohl bei Mord als auch bei Totschlag lebenslange Zuchthausstrafe angeordnet werden konnte. Durch Wegfall der Todesstrafe hat sich dieses Sanktionsgefälle zwar formal noch einmal weiter angenähert. Nach wie vor besteht aber eine Sanktionskluft zwischen zeitiger und lebenslanger Freiheitsstrafe, da der besonders schwere Fall des Totschlags nach § 212 Abs. 2 StGB, der wie Mord lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht, in der Praxis nahezu bedeutungslos ist.<sup>102</sup>

### 2. Die Problematik des „Exklusivitäts-Absolutheitsmechanismus“

In der rechtshistorischen Betrachtung zeigt sich ferner ein immer wiederkehrender Kritikpunkt, der mit der Sanktionskluft verbunden ist und heute unter dem Schlagwort „Exklusivitäts-Absolutheitsmechanismus“<sup>103</sup> zusammengefasst werden kann. Die Mordmerkmale sind nach heutigem Verständnis abschließend und somit (auch) exklusiv. Sprach man in der Fassung von 1871 zwar nicht von einem Mordmerkmal, so war doch das Kriterium der *Überlegung* das entscheidende und alleinige Merkmal, das die Mordtat charakterisierte. Es war insoweit also auch abschließend bzw. exklusiv. Ein solches Verständnis hatte der NS-Gesetzgeber entgegen des Wortlauts und des heutigen Verständnisses nicht. Die Mordmerkmale sollten allein der beispielhaften Veranschaulichung des Tätertypus „Mörder“ dienen, sodass der Mordtatbestand nicht abschließend war. Dies war dem Umstand geschuldet, dass das rechtsstaatliche Analogieverbot aufgehoben war. Ein solcher „weiter“ Tatbestand ermöglichte es zwar grundsätzlich, einzelfallbezogen entscheiden zu können. Durch eine solche Ausgestaltung ließ man aber – wie von vorneherein beabsichtigt und entsprechend umgesetzt – Tür und Tor für willkürliche, NS-ideologisch geprägte Entscheidungen offen.<sup>104</sup>

Die zwingende Verknüpfung, bei Vorliegen eines Mordmerkmals auf eine ausschließliche bzw. absolute Strafrechtsfolge zu erkennen, bestand bereits in der Fassung von 1871, denn Mord sah – damals noch – allein die Todesstrafe vor. Das ist mit der von § 211 StGB angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe auch heute nach wie vor der

Fall. Auch zur NS-Zeit lässt sich der Kritikpunkt der „Absolutheit“, wenn auch in leicht abgeschwächter Form, finden. So sah § 211 Abs. 3 RStGB (1941) zwar vor, dass anstelle von Todesstrafe auf lebenslange Zuchthausstrafe erkannt werden konnte. Von dieser Regelung machte man in der Praxis aber kaum Gebrauch,<sup>105</sup> sodass es faktisch bei einer absoluten Strafrechtsfolge blieb. Dieses Strafzumessungsventil fiel 1953 weg,<sup>106</sup> was insoweit konsequent war, als man allein auf die Zuchthausstrafe abstellte, denn diese war bis 1969 Hauptstrafe. In diesem Zuge hat man aber den Grundgedanken des § 211 Abs. 3 StGB – einzelfallgerecht urteilen und reagieren zu können – bedauerlicherweise mitgestrichen.<sup>107</sup> Die Streichung des Tatbestands des Sonderstrafrahmens für besondere Ausnahmefälle hat somit nach wie vor eine Lücke hinterlassen, die durch die Rechtsfolgenlösung des *BGH* nur – beim Heimtückemord – teilweise und insoweit *contra legem* geschlossen wurde.<sup>108</sup> Der heutige „Absolutheitsmechanismus“ ist zwar durch die Möglichkeit der Strafrechtsaussetzung gem. § 57a StGB und bzgl. des Heimtückemordes durch die Rechtsfolgenlösung teilweise relativiert,<sup>109</sup> „gelöst“ ist die Problematik dadurch aber nicht,<sup>110</sup> denn es handelt sich lediglich um temporäre „ad-hoc-Lösungen“<sup>111</sup>. Dies zeigt sich auch an den noch heute praktizierten Vermeidungsstrategien, die eine Umgehung der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe bezwecken. Im Jahre 1871 tendierte man zu einer restriktiven Anwendung des Überlegungsmerkmals, weil die Geschworenen die Todesstrafe als zu hart empfanden.<sup>112</sup> Heute bedient man sich einer großzügigen Annahme der §§ 20, 21 StGB.<sup>113</sup>

### 3. „Zu weit und zu eng“

Ein weiterer Kritikpunkt, der sich teilweise mit dem vorherigen überschneidet, zieht sich durch die Rechtsgeschichte und findet sich in der prägnanten Aussage von *Eser* zur Fassung des RStGB von 1871 wieder. Der Mordtatbestand ist „sowohl zu weit als auch zu eng“<sup>114</sup>.

Das Überlegungskriterium war insbesondere bezogen auf die Strafrechtsfolge zu weit, weil derjenige wegen Mordes bestraft werden musste, der seinen totkranken Angehörigen aus Mitleid tötete, nachdem er verständlicherweise das Für und Wider der Tat abgewogen hatte.<sup>115</sup> Gleiches musste demjenigen widerfahren, der sich aus einer ausweglosen Konfliktlage „befreite“, indem er seinen Peiniger oder Haustyranen letztlich tötete.<sup>116</sup> Unter der Geltung der Fassung von 1941 stand man vor demselben Problem und versuchte dieses durch die Anwendung der normativen Tätertypenlehre juristisch in den Griff zu bekommen. So wollte man dem Rechtsanwender ein Instru-

<sup>102</sup> Vgl. Arbeitskreis AE, GA 155 (2008), 193 (196).

<sup>103</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 199.

<sup>104</sup> *Heine*, Tötung aus „niedrigen Beweggründen“ – Eine erfahrungswissenschaftlich-strafrechtsdogmatische Untersuchung zur Motivgeneralklausel bei Mord, 1988, S. 25 „Programmatische Unverbindlichkeit und Dezipionismus“.

<sup>105</sup> Vgl. *Freisler*, DJ 1941, 929 (932).

<sup>106</sup> BGBl. I 1953, S. 735.

<sup>107</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 7.

<sup>108</sup> Vgl. *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB, § 211 Rn. 1.8.

<sup>109</sup> *Kubicjel*, ZRP 2015, 194.

<sup>110</sup> Arbeitskreis AE, GA 155 (2008), 193 (196).

<sup>111</sup> *Schneider*, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 203.

<sup>112</sup> Vgl. *Heine*, S. 21; *Grünwald*, Tötungsdelikt, S. 77 f.

<sup>113</sup> *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NSZ 2014, 9 (12).

<sup>114</sup> *Eser*, D 29.

<sup>115</sup> *Eser*, D 29.

<sup>116</sup> *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 4; *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 114. Zum Haustyranenfall siehe IV. 2.

ment an die Hand geben, um einzelfallbezogen entscheiden zu können, da man erkannte, dass eine Verurteilung wegen Mordes nicht in allen Fällen auch der Gesinnung des Täters entsprach und schuldangemessen war, obwohl tatbestandlich ein Mordmerkmal bejaht werden musste. *Dahm* selbst führt hierfür den Haustyrannenfall<sup>117</sup> an, der dieses Bedürfnis eindrücklich verdeutlicht.<sup>118</sup> So wird man zustimmen dürfen, dass im Haustyrannenfall die Verurteilung wegen Mordes, insbesondere bezogen auf die Rechtsfolgen i.d.R. unangemessen ist. Verneint man in diesem Fall die Strafbarkeit wegen Mordes, weil dieser Täter nicht dem gesetzlichen Leitbild eines „Mörders“ entspricht, so entspricht dies am Ende der Systematik von Regelbeispielen<sup>119</sup> oder der Lehre der negativen Typenkorrektur<sup>120</sup>. In beiden Fällen ist grundsätzlich objektiv der Tatbestand zu bejahen, dennoch wird im Ergebnis – im Fall der Regelbeispiele – der besonders schwere und minder schwere Fall oder – im Fall der negativen Typenkorrektur – der Mord verneint, weil Umstände vorliegen, die der Gesetzgeber nicht bedacht hatte oder die gegen eine besonders verwerfliche Tötung sprechen. Heute kann man diese „Weite“ an der Starrheit des Heimtückemordmerkmals festmachen, denn der *BGH* macht mit seiner Rechtsfolgenlösung deutlich, dass der Mordtatbestand in manchen Fällen zu weit geht. Auch dem Auffangtatbestand der niedrigen Beweggründe, der als zu unbestimmt kritisiert wird,<sup>121</sup> haftet eine „Weite“ an, die zu erheblichen Auslegungsproblemen führt.<sup>122</sup>

Auf der anderen Seite ist der Mordtatbestand auch heute noch teilweise zu eng. Bei der Tatbestandsfassung von 1871 wurde kritisiert, dass nicht annähernd alle verwerflichen Tötungen über das Überlegungsmerkmal erfasst werden konnten.<sup>123</sup> So wurde der unüberlegt und spontan handelnde Täter „nur“ wegen Totschlags bestraft. Hier stellte sich die Frage, wieso derjenige, der aus geringfügigem Anlass einen anderen tötete, die „Milde“ des Gesetzes verdient?<sup>124</sup> Diese „Enge“ der Tatbestandsfassung bestand auf der Grundlage einer normativen Tätertypenlehre zwar nicht. Heute hat man mit einem abschließenden Mordmerkmalekatalog aber teilweise wieder „schwarze Felder nicht erfasster Fälle“<sup>125</sup>, z.B. bei politischen Terrorakten, die nur teilweise vom Auffangtatbestand der niedrigen Beweggründe erfasst werden.<sup>126</sup> Diese Fälle

können theoretisch durch § 212 Abs. 2 StGB „aufgefangen“ werden, der für Totschlag im besonders schweren Fall – wie beim Mord – lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht. In der Praxis wird hiervon jedoch wenig Gebrauch gemacht.<sup>127</sup>

#### 4. Das fehlende Leitprinzip

Das damit ebenfalls zusammenhängende Problem ist das Fehlen eines verbindlichen Leitprinzips von Mord. Bereits bei der Fassung von 1871 fragte man, worin die Rechtfertigung des Sanktionssprungs von Totschlag zu Mord lag. Das Merkmal der *Überlegung* ließ diese Frage unbeantwortet.<sup>128</sup> Es war wertneutral, da es über die Verwerflichkeit der Tat und die Gefährlichkeit des Täters unmittelbar nichts aussagen und den Unwertgehalt der Tat nicht vollständig erfassen konnte.<sup>129</sup> Die Verwerflichkeit der Tat und die Gefährlichkeit des Täters mögen im Ergebnis zwar häufig mit dem Merkmal der *Überlegung* übereingestimmt haben,<sup>130</sup> die Art und Stärke der Tatmotive sowie die tatumsstandsbedingten Gefährlichkeitsindizes konnten aber vom Überlegungsmerkmal nicht erfasst werden. Naheliegender dürfte deshalb sein, dass eine Verurteilung nicht allein wegen des Überlegungsmerkmals als gerechtfertigt angesehen wurde, sondern aufgrund der i.d.R. daneben bestehenden weiteren Motive. Insoweit muss man berücksichtigen, dass das Überlegungskriterium anfangs ausschließlich dazu dienen sollte, eine Affekttötung aus dem Anwendungsbereich des Mordtatbestands zu nehmen. Demgegenüber verlieh das RStGB (1871) dem Überlegungsmerkmal die Funktion eines strafbegründenden Mordmerkmals.<sup>131</sup> Zur Übernahme einer solchen Funktion war das Merkmal jedoch nicht ausgelegt. Heute werden als Leitprinzip vorwiegend die besondere Verwerflichkeit<sup>132</sup> sowie die besondere Gefährlichkeit der Tat<sup>133</sup> oder des Täters<sup>134</sup> angesehen.<sup>135</sup> Während der NS-Zeit stand zwar auch bereits die besondere Verwerflichkeit im Mittelpunkt, die sich damals aber allein auf die verwerfliche Gesinnung des Täters bezog.<sup>136</sup> Auch wenn man heute wohl zumindest zwischen den drei Gruppen der Mordmerkmale differenzieren muss, da „angesichts der Heterogenität der Mordmerkmale eine monistische Deutung nicht in Betracht kommen [wird]“<sup>137</sup>, so zeigt sich, dass man sich nach wie vor nicht auf ein Leit-

<sup>117</sup> Allgemein zum Haustyrannenfall siehe IV. 2.

<sup>118</sup> *Dahm*, DR 1942, 401 (404).

<sup>119</sup> Hierzu *Heinrich*, Strafrecht AT, 6. Aufl. (2019), Rn. 184.

<sup>120</sup> Hierzu *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 211 Rn. 10.

<sup>121</sup> Vgl. *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, NSTz 2014, 9 (15).

<sup>122</sup> BVerfGE 54, 100 (112) = NJW 1980, 1943 (1944) hält den Tatbestand mit dem GG vereinbar.

<sup>123</sup> *Maurach/Schröder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht BT I, § 2 Rn. 3.

<sup>124</sup> *von Liszt*, in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Besonderer Teil, V. Band, 1905, S. 63; *Otto*, ZStW 83 (1971), 39 (54).

<sup>125</sup> *Eser*, D 53.

<sup>126</sup> Ausführlich *Geilen*, in: FS Bockelmann, 1978, S. 613 ff.

<sup>127</sup> Vgl. hierzu *Eser*, D 52.

<sup>128</sup> *Eser*, D 27 „vielleicht glaubte man sich damals die ausdrückliche Legitimierung [...] ersparen zu können, weil man in der Prämeditation ein Merkmal gefunden zu haben meinte, das sich auf eine lange römisch- und gemeinrechtliche Tradition berufen konnte und [...] anerkannt war.“

<sup>129</sup> *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 114; *Eser*, D 29.

<sup>130</sup> *Heine*, S. 20.

<sup>131</sup> *Eser*, D 27.

<sup>132</sup> BVerfGE 45, 187 (266) = NJW 1977, 1525 (1533); BVerfGK 14, 295 (304 f.) = NJW 2009, 1061 (1063); *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 4, § 211 Rn. 5 differenziert zwischen der besonderen Verwerflichkeit des Beweggrunds, der Art der Tatausführung und des Tatzwecks.

<sup>133</sup> *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, Vorb. §§ 211-222 Rn. 18.

<sup>134</sup> *Arzt*, ZStW 83 (1971), 1 (16-24); *Rüpping*, JZ 1979, 617 (619); *Beckmann*, GA 126 (1979), 441 (449).

<sup>135</sup> Ausführlich *Haas*, ZStW 128 (2016), 316 (324-346).

<sup>136</sup> *Heine*, S. 23; *Eser*, D 33.

<sup>137</sup> *Neumann*, in: NK-StGB, Vorb. § 211 Rn. 152.

prinzip einigen konnte. Der Gesetzgeber hat nie zum Leitprinzip der Strafwürdigkeit von Tötungsdelikten Stellung genommen und somit auch nicht geklärt, nach welchen Prinzipien die Mordmerkmale auszulegen sind.<sup>138</sup> Dies mag u.U. einer der Gründe sein, wieso nach wie vor das dogmatische Verhältnis zwischen Mord und Totschlag nicht geklärt ist.

### 5. „Nazi-Vergangenheit“

An dem Vorwurf, dass § 211 StGB der Ruf eines „Nazi-Paragrafen“ anhafte,<sup>139</sup> ist zwar richtig, dass die heutige Tatbestandsfassung formal auf ein NS-Gesetz zurückgeht.<sup>140</sup> Die heutige Fassung als ein vor „braunem“ Gedankengut tiefenden Paragrafen abzustempeln,<sup>141</sup> ist jedoch in dieser Pauschalität rechtsgeschichtlich nicht korrekt und nicht zu Ende gedacht.<sup>142</sup> So entspringen die Mordmerkmale materiell nicht aus einer „Nazi-Feder“ und enthalten kein spezifisches NS-Gedankengut.<sup>143</sup> Denn man wird nicht umhinkommen, die Rechtsentwicklung in der Schweiz, insbesondere die Vorentwürfe von *Carl Stooss* zum schweizerischen StGB als Inspirationsquelle anzusehen und daraus ableiten können, dass der deutsche Gesetzgeber von 1941 sich an diesem schweizerischen Modell orientiert hat.<sup>144</sup> Bereits in den Entwürfen von *Stooss* finden sich die Merkmale „Mordlust“, „Habgier“ oder „andere gemeinen Beweggründe“ ebenso wie „Grausamkeit“, „Heimtücke“ und „andere Mittel, die geeignet sind, Leib und Leben vieler Menschen zu gefährden“ sowie „Verdeckungs- und Ermöglichungsabsicht“.<sup>145</sup> Auch die häufig dem NS-Gesetzgeber zugeschriebene Generalklausel der „niedrigen Beweggründe“ ist nur scheinbar deren Erfindung,<sup>146</sup> denn auch der Vorentwurf *Stooss* von 1916 sah bereits eine Generalklausel mit sog. „anderen gemeinen Beweggründen“ vor.<sup>147</sup> Die Gesetzesmaterialien zur Fassung von 1941 vermeiden es zwar, auf die Vorentwürfe von *Stooss* zum schweizerischen StGB Bezug zu nehmen.<sup>148</sup> In den Sitzungen der Strafrechtskommission wurden die schweizerischen Entwürfe aber erwähnt.<sup>149</sup> Der Urentwurf zum schweizStGB von *Stooss* aus dem Jahr 1893 verdeutlicht folglich, dass bereits vor

der NS-Zeit eine Bewertung anhand einer verwerflichen Gesinnung des Täters und Gefährlichkeit der Tat orientierten Mordkasuistik vorgenommen wurde.<sup>150</sup> Ein solches Verständnis findet seine Wurzeln zudem in der germanischen Tradition, also lange vor 1941.<sup>151</sup>

Auch die mit dem Wortlaut „Mörder ist...“ nach wie vor verbundene (normative) Tätertypenlehre,<sup>152</sup> die während der NS-Zeit (teilweise) vertreten wurde, war bereits mit Ende des 2. Weltkriegs – zu Recht – gegenstandslos und hatte in der Praxis nach 1945 i.R.v. § 211 StGB keine Bedeutung.<sup>153</sup> Indes kann der teilweise vertretenen Auffassung, dass es eine Tätertypenlehre generell nicht gegeben habe,<sup>154</sup> jedenfalls in dieser Pauschalität, nicht zugestimmt werden. Die Formulierung „Mörder ist...“ lässt nicht nur den Schluss zu, sondern drängt förmlich dazu, dass die Tatbestandsfassung von 1941 Ausprägung einer Tätertypenlehre war. 1941 konnte man die normative Tätertypenlehre „stimmig“ auf den Wortlaut anwenden. Aufgrund der Kommentierung *Freislers* darf man sagen, dass eine Tätertypenlehre nach dem Wortlaut „Mörder ist...“ ins Gesamtbild der NS-Zeit passt. Es soll dabei aber nicht der Eindruck entstehen, dass es zu dieser Zeit „die“ eine Tätertypenlehre gab. So existierten verschiedene Begriffe, Definitionen und Theorien von Tätertypenlehren.<sup>155</sup> Auf die einzelnen Theorien kann und muss vorliegend nicht eingegangen werden, da die normative Tätertypenlehre bereits während der NS-Zeit umstritten war und nicht einheitlich vertreten wurde.<sup>156</sup> Im Hinblick auf die Fassung von 1941 muss zudem berücksichtigt werden, dass diese auf einem Entwurf aus dem Jahr 1936 beruht. Zu dieser Zeit war der Begriff des Tätertypen noch unausgereift und steckte in seinen „Kinderschuhen“. Wie den Protokollen der Strafrechtskommission entnommen werden kann, wollte man erreichen, dass der Persönlichkeit des Täters mehr Gewicht verliehen und sich mit der Täterpersönlichkeit auseinandergesetzt wurde.<sup>157</sup> Auch die Äußerung *Freislers* „man kann den Mord nicht beschreiben, sondern [...] nur den Mörder durch Wertung kennzeichnen“<sup>158</sup> bestätigt das. Ob dies an dieser Stelle im

<sup>138</sup> Heine, S. 29 f.

<sup>139</sup> Vgl. Mitsch, ZRP 2014, 91.

<sup>140</sup> Siehe III.

<sup>141</sup> Vgl. Wolf, JuS 1996, 189 (192 f.); Höhne, KJ 2014, 283 (284).

<sup>142</sup> So auch Schneider, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 5.

<sup>143</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, § 211 Rn. 5; Köhne, ZRP 2014, 21 (22).

<sup>144</sup> BGHSt 9, 385 (387) = NJW 1957, 70 nimmt Bezug auf den Vorentwurf v. 1896 und 1908; Thomas, S. 240 nimmt Bezug auf den Vorentwurf v. 1893, nennt aber auf S. 242 auch die weiteren Vorentwürfe v. 1894, 1896, 1903, 1908 und 1916; Müssig, S. 79; Eser, D 32 nehmen Bezug auf den Vorentwurf v. 1894.

<sup>145</sup> *Stooss*, Schweizerisches Strafgesetzbuch Vorentwurf mit Motiven, 1894, S. 38; *ders.*, Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen der Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, I. Band, 1896, S. 317; Art. 50 Vorentwurf (1896): „Tötet der Thäter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittelst Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.“ Art. 104 Vorentwurf (1916) nahm erst die „anderen gemeinen Beweggründe“ und die „gemeingefährlichen Mittel“ auf. Vgl. hierzu Thomas, S. 242 f.; Blei, Strafrecht BT II, 12. Aufl. (1983), S. 8 f. Der Vorentwurf v. *Stooss* ging selbst nicht in die Fassung des schweizStGB ein. Vgl. hierzu BGHSt 9, 385 (387) = NJW 1957, 70.

<sup>146</sup> So aber Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NSTZ 2014, 9 (10); Müssig, in: FS Paefffgen, 2015, S. 301 (305).

<sup>147</sup> *Votteler*, Das Mordmerkmal der „sonst niedrigen Beweggründe“ gem. § 211 Abs. 2 I. Gruppe 4. Variante StGB – im Spiegel gesellschaftlicher Moralvorstellungen, 2014, S. 17; *Blei*, Strafr BT II, S. 8 f.; *Stooss*, schweizStGB, S. 147 spricht von „niederträchtigen Motiven“.

<sup>148</sup> Eser, D 31.

<sup>149</sup> Hierzu Plüss, S. 167 f.

<sup>150</sup> Vgl. *Stooss*, schweizStGB, S. 38, 147; *Schröder*, JuS 1984, 275.

<sup>151</sup> *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 111; vgl. auch *Thomas*, S. 30 ff.; *Maurach/Schröder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht BT I, § 2 Rn. 1; *Allfeld*, Die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina, 1877, S. 51 ff.

<sup>152</sup> *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB, §§ 211 ff. Rn. 118.

<sup>153</sup> *Haas*, ZStW 128 (2016), 316 (324); *Bechtel*, JSE 2014, 267 (272); *Köhne*, ZRP 2014, 21.

<sup>154</sup> So *Schönke*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Aufl. (1942), S. 434.

<sup>155</sup> Ausführlich zu Tätertypenlehre in der NS-Zeit *Plüss*, S. 48-74.

<sup>156</sup> *Plüss*, S. 212.

<sup>157</sup> Vgl. *Plüss*, S. 50.

<sup>158</sup> Protokoll v. 29.10.1935 zit. nach: *Schubert/Regge*, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozessrechts, II. Abteilung, Bd. 2 Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, 4. Teil, S. 161.

Jahre 1936 zwingend mit einer Tätertypenlehre gleichgesetzt werden darf, die *Dahm* und *Freisler* Anfang 1940 dem Mordparagrafen attestierten, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden. Es muss berücksichtigt werden, dass eine kritische Auseinandersetzung mit der Fassung von 1941 erst nach Kriegsende erfolgte und eine Tätertypenlehre sich damit nicht außerhalb von Kriegszeiten bewähren konnte.<sup>159</sup> Auch das *RG* lehnte eine Tätertypenlehre anfangs – anders im Kriegsstrafrecht<sup>160</sup> – bei Mord ab.<sup>161</sup> Diese Rechtsprechung gab das *RG* später auf und stand jedenfalls „weniger streng“<sup>162</sup> als zuvor zur Tätertypenlehre.<sup>163</sup> Die Tätertypenbezeichnung „Mörder“ und „Totschläger“ sind heute aber systemfremde Elemente in dem von Tatstrafrecht und nicht von einem Täterstrafrecht ausgehenden StGB.<sup>164</sup> Im Sprachgebrauch nennt man einen wegen Mordes Verurteilten zwar „Mörder“, ohne dies aber – zumindest bewusst – mit einer Tätertypenlehre zu verbinden. Zusammengefasst lässt sich sagen: Der Wortlaut wird so lange mit der NS-Zeit verbunden sein bis die Formulierung „Mörder ist...“ gestrichen wird.<sup>165</sup> Aber die seit 1945 bis heute praktizierte Judikatur hatte nie etwas mit dem Verständnis während der NS-Zeit gemein. Unser Rechtsstaat kann den heutigen Wortlaut zwar aushalten, jedoch wäre eine „Wortlautkosmetik“<sup>166</sup> wünschenswert und zu empfehlen.

## 6. Fazit

Abschließend lässt sich sagen, dass eine Reform des Mordtatbestands (auch) aus rechtsgeschichtlicher Sicht notwendig ist. Es hat sich gezeigt, dass seit 1871 bis heute dieselben oder ähnliche Kritikpunkte gegen den Mordtatbestand vorgebracht werden (können). Hatte man 1871 bereits Probleme mit einem „Mordmerkmal“, so hat sich daran auch heute nichts geändert. Der Mordtatbestand ist weiterhin teilweise zu weit und teilweise zu eng gefasst. Auch gilt der Kritikpunkt der Kopplung der abschließenden Mordmerkmale mit der absoluten Sanktionsfolge fort (Exklusivitäts-Absolutheitsmechanismus-Problematik). Die Rechtfertigung des damit zusammenhängenden Sanktionssprungs bzw. der Sanktionskluft zwischen Mord und Totschlag ist dadurch auch heute noch nicht zufriedenstellend geklärt, zumal Uneinigkeit über ein allen Mordmerkmalen immanentes Leitprinzip besteht.

## VI. Reformvorhaben

Über das „Ob“ einer Reform besteht heute weitgehend Einigkeit,<sup>167</sup> auf das „Wie“ konnte man sich bisher noch

nicht verständigen.<sup>168</sup> An Reformvorschlägen mangelt es diesbezüglich nicht.<sup>169</sup>

Abschließend soll deshalb auf diskutierte Reformvorhaben eingegangen werden. Dabei zeigt sich, dass man sich im Einzelnen mit vier Hauptpunkten auseinandersetzt.<sup>170</sup> Es ist zum einen der Wortlaut „Mörder“ und „Totschläger“ sowie das umstrittene systematische Verhältnis von Mord und Totschlag zueinander, über das diskutiert wird. Zum anderen sind es die Motivgeneralklausel sowie die heimtückische Tötung und letztlich das ambitionierte, aber notwendige Vorhaben der Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheitsmechanismus.

### 1. Änderung des Wortlauts

Die Entfernung des Wortlauts „Mörder“ und „Totschläger“ ist im Hinblick auf die nationalsozialistische erinnernde Tätertypenlehre allgemein konsensfähig.<sup>171</sup> Zuletzt stellte das Land Schleswig-Holstein 2014 einen entsprechenden Antrag auf Änderung des Wortlautes.<sup>172</sup>

### 2. Systematik der Tötungsdelikte

Bei Beibehaltung eines dreistufigen Aufbaus (§ 216 StGB, § 212 StGB und § 211 StGB) wird eine gesetzgeberische Klarstellung dahingehend angeregt, dass Totschlag das Grunddelikt und Mord hierzu als Qualifikation anzusehen sei, so wie es die h.M. in der Literatur seit jeher vertritt.<sup>173</sup> Auch der *BGH*, der Mord und Totschlag bisher eisern als selbstständige Tatbestände ansieht, hat vorsichtig ein Umdenken in die Richtung der Literatur in einem *obiter dictum* angedeutet.<sup>174</sup> Teilweise wird in der Literatur auch eine Privilegierung „nach unten“ in Erwägung gezogen, dergestalt, dass eine lebenslange Freiheitsstrafe verhängt wird, wenn eine vorsätzliche Tötung und keine täterbegünstigende Merkmale vorhanden sind.<sup>175</sup>

### 3. Streichung von Mordmerkmalen

Zudem wird überlegt, die Mordmerkmale der niedrigen Beweggründe sowie der Heimtücke aufgrund der zuvor angesprochenen Kritikpunkte zu streichen.<sup>176</sup> Durch Streichung dieser Mordmerkmale wäre der Einzugsbereich des Mordtatbestands deutlich reduziert, da es sich bei der Generalklausel und der Heimtücke um die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Mordmerkmale handelt.<sup>177</sup> Die Frage, die sich stellt, ist, ob durch Streichung dieser

<sup>159</sup> So *Plüss*, S. 263.

<sup>160</sup> *RGSt* 76, 313.

<sup>161</sup> *RGSt* 76, 297 (299).

<sup>162</sup> *Rüpping*, *JZ* 1979, 617 (618 Fn. 25).

<sup>163</sup> *RGSt* 77, 41; *Eschelbach*, in: *BeckOK-StGB*, § 211 Rn. 1.7 spricht davon, dass das *RG* die Tätertypenlehre befolgt hat; *Rüpping*, *JZ* 1979, 617 (618 Fn. 25) spricht davon, dass *RGSt* 77, 41 „weniger streng“ als *RGSt* 76, 297 zur Lehre vom Tätertypen stehe; *Jähnke*, in: *LK-StGB*, 11. Aufl. (2005), Vorb. § 211 Rn. 36 Fn. 255 spricht von „unklar“; *Thomas*, S. 273 spricht von „Widersprüchlichkeiten“; a.A. *Plüss*, S. 262.

<sup>164</sup> Jugendstrafrecht ist dagegen Täterstrafrecht. Vgl. hierzu *Laubenthal/Baier/Nestler*, *Jugendstrafrecht*, 3. Aufl. (2015), Rn. 3 ff., 425.

<sup>165</sup> Vgl. auch *BR-Drs.* 54/14.

<sup>166</sup> *Rissing-van Saan*, in: *LK-StGB*, §§ 211 ff. Rn. 120; *Mitsch*, *ZRP* 2014, 91.

<sup>167</sup> *Neumann*, in: *NK-StGB*, Vorb. § 211 Rn. 169; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, Vorb. §§ 211-222 Rn. 25; *Grünewald*, *Tötungsdelikt*, S. 1; *Otto*, *ZStW* 83 (1971), 39; *Mitsch*, *JZ* 2008, 336 hält § 211 StGB für verfassungswidrig.

<sup>168</sup> *Safferling*, in: *FS Rössner*, 2015, S. 910 (927).

<sup>169</sup> Überblick siehe *Schneider*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. § 211 Rn. 199-221; *Deckers/Fischer/König/Bernsmann*, *NSZ* 2014, 9 (11-13, 16).

<sup>170</sup> So auch *Schneider*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. § 211 Rn. 199.

<sup>171</sup> *Fischer*, *StGB*, Vorb. §§ 211-217 Rn. 3; vgl. auch Abschlussbericht 2015, S. 27.

<sup>172</sup> Vgl. *BR-Drs.* 54/14

<sup>173</sup> *Schneider*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. § 211 Rn. 201.

<sup>174</sup> *BGH*, *NJW* 2006, 1008 (1013).

<sup>175</sup> *Grünewald*, *Tötungsdelikt*, S. 378 ff.

<sup>176</sup> *Schneider*, in: *MüKo-StGB*, Vorb. § 211 Rn. 202.

<sup>177</sup> *Dölling*, in: *Abschlussbericht* 2015, S. 72.

Mordmerkmale Handlungen aus dem Mordtatbestand herausgenommen würden, die wertungsmäßig nicht einem Mord zuzuordnen sind. Für das Mordmerkmal der Heimtücke hieße dies bspw., dass das Töten Schlafender ebenso wie die Tötung aus dem Hinterhalt oder mittels Gifts nicht mehr wegen Mordes bestraft werden könnte. Diese Verhaltensweisen gelten aber als höchst strafwürdig. Selbiges gilt für die Generalklausel, der eine Art Auffangfunktion zukommt. Zugegeben: Dieser haftet eine Unschärfe an. Andererseits „könnten fortan zahlreiche höchststrafwürdige Fälle – erwähnt seien pars pro toto Ehrenmorde, Blutrachefälle, rassistisch oder ausländerfeindlich motivierte Tötungsdelikte sowie Taten zur ‚bloßen Erregung‘ des Geschlechtstriebes – nicht mehr ohne Weiteres als Mord geahndet werden.“<sup>178</sup>

#### 4. Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheitsmechanismus

Die Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheitsmechanismus ist der größte und gravierendste Punkt von Reformvorhaben, denn hiervon „hängt der zukünftige Stellenwert der lebenslangen Freiheitsstrafe für höchststrafwürdige Tötungsverbrechen ab.“<sup>179</sup> Es haben sich hierbei drei Regelungsalternativen herausgebildet.

##### a) Qualifikationsmodell mit Möglichkeit der Absenkung auf zeitige Freiheitsstrafe, sog. (eng umgrenzte) Öffnungsklausel

Soweit man Mord als eine Qualifikation zum Totschlag ansieht, wird vorgeschlagen, dass in Ausnahmefällen auf zeitige Freiheitsstrafe erkannt werden kann.<sup>180</sup> Die Umsetzung eines sog. Qualifikationsmodells soll mittels eines zusätzlichen Absatzes in § 211 StGB erfolgen, nach dem bei erheblicher Absenkung des Unrechts zeitige Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren vorgesehen ist. Diese auf die Rechtsfolgenseite begrenzte Öffnungsklausel soll dabei keine i.S. eines minder schweren Falls des Mordes sein. Mord soll weiterhin im Grundsatz mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet werden. Es bieten sich hierzu Merkmale wie „außergewöhnliche Milderungsgründe“ oder „erhebliche Unrechtsminderung“ an, sodass sichergestellt ist, dass tatgelöste Strafzumessungserwägungen von vornherein keinen Einfluss gewinnen können.

##### b) Regelbeispielsmodell

Andererseits wird auch eine Umwandlung der tatbestandlichen Mordmerkmale in strafzumessungsrechtliche Regelbeispiele vorgeschlagen.<sup>181</sup> „Verwirklicht der Täter eines von ihnen, hat er grundsätzlich lebenslange Freiheitsstrafe verwirkt, es sei denn, dass die für die Verhängung der Höchststrafe streitende Indizwirkung der Regelbeispiele durch Besonderheiten des Einzelfalles widerlegt wird.“<sup>182</sup>

##### c) Strafzumessungslösung

Im Vergleich zu den vorherigen Ansätzen gehen die Anhänger einer reinen Strafzumessungslösung noch einen Schritt weiter.<sup>183</sup> Als Grundtatbestand der Tötungsdelikte ist für alle nichtprivilegierten Fälle der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung vorgesehen, der neben zeitiger auch lebenslange Freiheitsstrafe bestimmt. Die Bestrafung nach der Höchststrafe soll auf Ebene der Strafzumessung neben den allgemeinen Strafzumessungskriterien auch anhand der bisherigen Mordmerkmalen vorgenommen werden, die weiterhin als Orientierungshilfe dienen sollen.

##### d) Stellungnahme

Die Strafzumessungslösung hat zunächst den Vorteil, dass die umstrittene Systematik von Mord und Totschlag aufgelöst wird. Als Pendant zur fahrlässigen Tötung wird allein die vorsätzliche Tötung gegenübergestellt, sodass dadurch in der Theorie das Rechtsgut Leben – entgegen teilweiser vertretenen Ansicht<sup>184</sup> – in den Vordergrund gestellt werden kann. Sie verlagert dadurch aber die Abgrenzung von Mord und Totschlag auf die Strafzumessungsebene, denn es bleibt unklar, wann die höchste Strafe verhängt werden soll. Es darf den Gerichten zwar ohne Zweifel zugetraut werden, dass sie das „richtige“ Ergebnis finden werden. Es ist aber Aufgabe des Gesetzgebers, höchststrafwürdige Fälle zu umschreiben und dem Rechtsanwender einen Maßstab oder eine Leitlinie an die Hand zu geben. Dies ist unerlässlich. Eine reine Strafzumessungslösung gäbe den Gerichten einen zu weiten und somit unüberschaubaren Gestaltungsspielraum und „untergräbt nachhaltig sowohl die Rechtssicherheit als auch die Gleichförmigkeit gerechten Strafens auf einem besonders sensiblen Feld des Strafrechts, zumal da Akte der Strafzumessung revisionsgerichtlicher Kontrolle nur eingeschränkt unterliegen.“<sup>185</sup> Auch ist zu berücksichtigen, dass Gerichte dazu neigen, gesetzliche Höchststrafen selten zu verhängen und eher Abstand hiervon nehmen, sodass eine Absenkung des Sanktionsrahmens zu erwarten ist und die auf den ersten Blick ansprechende Strafzumessungslösung abzulehnen ist.

Mit Blick auf die Verwirklichung einer Einzelfallgerechtigkeit scheint somit eine Ausgestaltung des Mordtatbestands i.S.v. Regelbeispielen naheliegend, wenn man sich deren grundsätzliche Konzeption von Indiz-, Gegensatz- und Analogiewirkung<sup>186</sup> ansieht.<sup>187</sup> Nicht übersehen werden darf aber die der Regelbeispielstechnik anhaftende Gefahr ihres Abgleitens in konturenlose Zuschreibungen und einer möglichen Umgehung von Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>188</sup> Diese ist es auch, weshalb die Lösung über Regelbeispiele ebenfalls abzulehnen ist. In die Gesamtbetrachtung fließen gerade neben schuldrelevanten Umständen auch allgemein strafzumessungsrelevan-

<sup>178</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 202.

<sup>179</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 203.

<sup>180</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 207; Dölling, in: Abschlussbericht 2015, 94 (94 f).

<sup>181</sup> Rissing-van Saan, Abschlussbericht 2015, 773 (783 ff.); Kubic/Zimmermann, StV 2013, 582 (588); Mitsch, JR 2015, 122 (127 f.).

<sup>182</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 208.

<sup>183</sup> Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9 (16 f.); Grünwald, Reform der Tötungsdelikte, 2016, S. 57.

<sup>184</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 214.

<sup>185</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 211.

<sup>186</sup> Hierzu Heinrich, Rn. 184.

<sup>187</sup> Exemplarisch Eser, D 199-201; Thomas, S. 325.

<sup>188</sup> Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NStZ 2014, 9 (11).

ten Umstände mit ein, wie bspw. Vorstrafen, Geständnisbereitschaft und Nachtatverhalten. Es darf nicht dazu kommen, dass das Absehen von lebenslanger Freiheitsstrafe von solchen unrechts- und schuldgelösten Strafzumessungskriterien abhängig gemacht wird. Es besteht aber auch kein Bedarf, die Mordmerkmale generell in Regelbeispiele umzuwandeln, denn die Tötungen aus Habgier, aus sexuellen Motiven und zur Ermöglichung einer anderen Straftat sowie in grausamer Weise oder mit gemeingefährlichen Mitteln sind durchgängig höchst strafwürdig.<sup>189</sup>

Insoweit ist dem Qualifikationsmodell der Vorzug zu geben, das für Rechtssicherheit sorgt, indem der Gesetzgeber präzise vorgibt, unter welchen Gesichtspunkten lebenslange Freiheitsstrafe verhängt wird. Es besteht bei diesem Modell jedoch auch die Gefahr einer Aushöhlung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Gestaltet man die Öffnungsklausel aber restriktiv aus und nicht im Sinne eines minder schweren Falles, so würde man diese latente Gefahr in den Griff bekommen. Erforderlich ist dafür, dass man die Öffnungsklausel auf Sachverhalte begrenzt, in denen das Unrecht der Tat durch außergewöhnliche Umstände des Einzelfalles erheblich gemildert ist.

##### 5. Abschließende Stellungnahme zu Reformvorhaben

Die Änderung des Wortlautes dürfte bei der nächsten Umsetzung einer Reform beschlossene Sache sein. Dies zeigt sich aktuell auch wieder am Vorstoß von Justizminister Marco Buschmann, der die Gesetzestexte von noch vorhandener Nazi-Sprache befreien möchte.<sup>190</sup> Diese Wortlautkosmetik bliebe im Zuge einer Reform aber allein Nebenprodukt und Anhängsel einer Reform.

Die Ausgestaltung des systematischen Verhältnisses von Totschlag zu Mord als Grunddelikt und Qualifikation dürfte – unabhängig davon, dass es die sachlich „richtige“ Ansicht ist – naheliegender sein, letztlich aber auch ohne gesetzgeberischen Eingriff Anerkennung finden. Es würde jedenfalls die sehr komplexen Lösungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschlacken. Zu denken ist hierbei u.a. an die Handhabung bei sog. gekreuzten Mordmerkmalen, um nur eines von vielen Beispielen zu nennen.<sup>191</sup>

Dagegen wird wohl mangels einer Alternative die Generalklausel als auch die Heimtücke im Kern weiterhin Bestand haben. Es ist aber denkbar, die Generalklausel um weitere Beweggründe wie bspw. Abstammung, ethnische oder sonstige Herkunft, Glauben oder religiöse Abstammung oder rassistischen Beweggründe zu ergänzen, um somit dieser mehr Bestimmtheit zu verleihen.<sup>192</sup> Diese Vorgehensweise ist auch bei der Heimtücke notwendig. So kann bei Heimtücke ein Merkmal der Schutzlosigkeit aufgenommen werden, um zukünftig auch Kleinstkinder und bewusstlose Personen zu erfassen.<sup>193</sup>

Es wäre natürlich generell zu begrüßen, anhand eines einzigen Merkmales – wie in der Fassung von 1871 – einen Mord begründen zu können. Eine solche Definition müsste zum einen im Ausgangspunkt bereits so konkret sein, dass sie jeden im Grundsatz als strafwürdig anzusehenden Mord erfasst, aber zum anderen gleichzeitig die Möglichkeit offenlassen, im Einzelfall und im Hinblick auf eine gerechte und schuldangemessene Strafe hiervon abweichen zu können. Dies käme wohl einem *deus ex machina* gleich.

Zu einer wie auch immer ausgestalteten Auflösung des Exklusivitäts-Absolutheitsmechanismus wird es sicher auch kommen.<sup>194</sup> Im Ausgangspunkt ist aber noch einmal festzuhalten, dass Mord grundsätzlich zu Recht mit lebenslanger Freiheitsstrafe geahndet wird. Dennoch wäre eine Auflösung zu begrüßen. Dies zeigt nicht nur der vorliegende Beitrag aus rechtsgeschichtlicher Sicht, sondern wird auch durch die heutigen geführten Reformvorhaben bestätigt. Insoweit wird hier die Ausgestaltung im Sinne des Qualifikationsmodells mit restriktiver Öffnungsklausel bevorzugt.

Unabhängig davon, wie eine Neufassung des Mordtatbestands oder der Tötungsdelikte aussehen wird, wird auch diese wiederum Kritik ausgesetzt sein. Eine Lösung, mit der „alle“ zufrieden sein werden, wird es nicht geben (können), darf aber auch nicht Anspruch einer Reform sein. Es sollte jedoch eine Lösung sein, die so ausgestaltet ist, dass in diesem Zuge jedenfalls auch eine Abgrenzung von Mord und Totschlag anhand des Überlegungsmerkmals nicht weitere 150 Jahre in den Köpfen der Bevölkerung präsent ist.

<sup>189</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, Vorb. § 211 Rn. 217.

<sup>190</sup> Vgl. „Buschmann will Nazi-Begriffe aus Gesetzestexten entfernen“, in: welt.de v. 22.2.2023, online abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article243904217/Bundesjustizminister-Buschmann-will-Nazi-Begriffe-aus-Gesetzestexten-entfernen-lassen.html> (zuletzt abgerufen am 25.4.2023).

<sup>191</sup> Vgl. hierzu BGHSt 50, 1 (5 f.) = NJW 2005, 996 (997); Safferling, in: Matt/Renzikowski, StGB, § 211 Rn. 88.

<sup>192</sup> Vgl. Abschlussbericht 2015, S. 18.

<sup>193</sup> Abschlussbericht 2015, S. 19.

<sup>194</sup> Vgl. hierzu Abschlussbericht 2015, S. 56 ff.

## Der überarbeitete Regierungsentwurf zum Hauptverhandlungs-dokumentationsgesetz: „Radio Killed the Video Star“

von Dr. Eren Basar und  
Christian Heinelt\*

### Abstract

Am 22. November 2022 hat das Bundesministerium der Justiz (BMJ) den Referentenentwurf für das „Gesetz zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung“ (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz – DokHVG) vorgestellt. Der Entwurf sollte mit der Einführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung und einer automatisierten Transkription zur Dokumentation die erstinstanzliche Hauptverhandlung in die Moderne bringen. Während der Vorschlag von der Anwaltschaft weitestgehend begrüßt wurde,<sup>1</sup> ist er insbesondere in der Richterschaft und unter Staatsanwälten auf zum Teil heftige Kritik gestoßen.<sup>2</sup> Daraufhin hat der Bundesjustizminister am 6. April 2023 einen Kompromissvorschlag vorgelegt: auf die verpflichtende visuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung soll verzichtet werden. Das Bundeskabinett hat den neuen Entwurf<sup>3</sup> am 10. Mai 2023 beschlossen, während der federführende Rechtsausschuss dem Bundesrat am 7. Juli 2023 eine ablehnende Stellungnahme empfahl<sup>4</sup>.

On 22 November 2022, the Federal Ministry of Justice presented the draft bill for the “Act on Digital Documentation of Criminal Court Main Proceedings“. The draft was intended to bring court main hearings of first instance into the modern era with the introduction of video-sound recording and automated transcription for documentation. While the proposal was widely welcomed by defence attorneys, it was met with harsh criticism by judges and public prosecutors. As a result, the Federal Ministry of Justice presented a compromise proposal on 6 April 2023: the mandatory visual recording of the main hearing will be abolished. The Federal Cabinet approved the new draft on 10 May 2023, while the responsible Legal Affairs Committee recommended a negative opinion to the Federal Council on 7 July 2023.

### I. Ton ohne Bild – ein Kompromiss?

Nur wenige Reformvorschläge der jüngeren Vergangenheit haben zu einer solchen Kontroverse in der juristischen Fachöffentlichkeit geführt wie der Referentenentwurf zum DokHVG.<sup>5</sup> Während etwa die Justiz-Gewerkschaft davon sprach, dass das DokHVG eine missbrauchsanfällige und überflüssige „Ohrfeige für den Opferschutz“ sei und die Justizhaushalte der Länder zu sprengen drohe,<sup>6</sup> warfen Stimmen aus der Rechtsanwaltschaft der Justiz „Angst vor der Wahrheit“ vor.<sup>7</sup>

Der Regierungsentwurf gibt der Kritik aus der Justiz teilweise nach, indem er die Tonbandaufnahme und deren Transkription als obligatorische digitale Dokumentationsform beibehält (§ 271 Abs. 2 StPO-E), die Bildaufnahme aber nicht mehr verpflichtend anordnet. Gleichzeitig sollen die Landesregierungen dazu ermächtigt werden, durch eine Rechtsverordnung die Dokumentation durch eine Bildaufzeichnung einzuführen, wobei sie sich auch zunächst auf einzelne Gerichte, Spruchkörper oder allgemein bestimmte Verfahren beschränken können (§ 19 Abs. 1 EGStPO-E) – die Landesregierungen können sich also auch dazu entscheiden, die visuelle Dokumentation zunächst im Rahmen eines „Pilotprojekts“ zu testen oder nur auf bestimmte Verfahren zu beschränken, bei denen die Vermutung besteht, dass die Videoaufnahme als weniger persönlichkeitsinvasiv empfunden wird als es etwa bei Sexualstrafverfahren der Fall wäre.

Die Tonaufzeichnung hat für sich, dass sie gegebenenfalls von den Prozessbeteiligten als weniger irritierend wahrgenommen wird als es eine filmende Kamera. Zudem mag hier die „Angst vor dem Unbekannten“ der Justiz geringer sein, denn sowohl § 273 Abs. 2 S. 2 StPO als auch § 169

\* Die Verfasser sind Rechtsanwälte und arbeiten in der auf Wirtschafts- und Steuerstrafrecht spezialisierten Kanzlei Wessing & Partner in Düsseldorf. Der Beitrag ist eine Fortsetzung zu *Basar/Heinelt*, KriPoZ 2023, 23 ff.

<sup>1</sup> Vgl. die Stellungnahmen des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, des Ausschusses Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, der Strafverteidigervereinigungen, des Gesetzgebungsausschusses des Deutschen Strafverteidiger e.V. und des Republikanischer Anwältinnen- und Anwälteverein e.V. – allesamt: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/DokHVG\\_Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/DokHVG_Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz.html) (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

<sup>2</sup> Vgl. die Stellungnahmen des Deutschen Richterbundes, des Neue Richtervereinigung e.V. und der Deutschen Justiz-Gewerkschaft (s. Fn. 1).

<sup>3</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz (DokHVG) [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_%20DokHVG\\_Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_%20DokHVG_Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 26.6.2023)

<sup>4</sup> BR-Drs. 227/1/23.

<sup>5</sup> Noch hitziger war wohl nur die Auseinandersetzung über den am 21.12.2021 durch das „Gesetz zur Wiederherstellung materieller Gerechtigkeit“ neu eingeführten § 362 Nr. 5 StPO, zu dem das *BVerfG* am 24.5.2023 mündlich verhandelt hat.

<sup>6</sup> Stellungnahme der DJG (S. 1).

<sup>7</sup> So der Autor *Basar*, in: <https://www.unternehmensstrafrecht.de/angst-vor-der-wahrheit/> (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

Abs. 2 GVG erlauben bereits jetzt in bestimmten Fällen die vollständige oder teilweise Tonaufnahme der Hauptverhandlung.<sup>8</sup> Andere Vorteile dieser Lösung kann man insbesondere mit Blick auf den zeitlichen Horizont ihrer Einführung – die digitale Dokumentation soll erst 2030 für alle Land- und Oberlandesgerichte verpflichtend werden – aber durchaus anzweifeln. So dürfte ein Tonaufnahmegerät bereits heute nicht mehr „deutlich günstiger in Anschaffung und Unterhalt“ und „viel einfacher zu handhaben“ sein als eine Kamera.<sup>9</sup>

Die Bundesregierung hat – jedenfalls bislang – nicht erklärt, warum der erste Entwurf nach nur so kurzer Zeit angepasst wurde. Hierfür scheinen (rechts-)politische Gründe zu sprechen.

Zum einen kann sich die Bundesregierung auf den Bericht der Expertinnen- und Expertengruppe zur Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung aus Juni 2021 berufen, der die Kombination aus Tonaufzeichnung und Transkription als das gegenüber einer Bild-Ton-Aufzeichnung vorzugswürdige Modell hervorgehoben hatte.<sup>10</sup> Durch die Entfernung der Bildaufnahme aus dem im Referentenentwurf vorgesehenen „Dokumentationspaket“ kann die Regierung außerdem den größten Kritikpunkt der Vertreter der Justiz streichen und gleichzeitig mit der genannten Verordnungsmächtigung die Entscheidung für oder gegen die Bildaufnahme auf die Landesregierungen übertragen. Damit wird die visuelle Dokumentation nicht *ad acta* gelegt. Gleichwohl wird man annehmen können, dass die allermeisten Bundesländer die Auseinandersetzung (und die Mehrkosten für die technische Ausstattung) ebenfalls scheuen und die Verordnungsmächtigung ungenutzt lassen werden. Ob diese Zurückhaltung dann als vertane Chance oder als Abwendung befremdlicher Divergenzen in den Strafprozessregeln der Länder zu bewerten sein wird, kann erstmal dahinstehen.

Der praktisch vollständige Verzicht auf die Bildaufnahme wird dazu führen, dass nonverbale Verhaltensweisen der Prozessbeteiligten nicht mehr in der Rückschau feststellbar sind, obgleich sie etwa für die Würdigung einer Zeugenaussage oder die Begründung eines Befangenheitsantrags von zentraler Bedeutung sein können. So wird der Fingerzeig eines Zeugen oder das demonstrative Augenrollen eines befangenen Richters weiterhin Potential für kontroverse Diskussionen zwischen den Prozessbeteiligten haben. Vorzugswürdig wäre es gewesen, wenn der Regierungsentwurf differenzierte Regelungen eingeführt hätte, um die Vorteile der audiovisuellen Aufzeichnung und eventuell berechtigte Bedenken in Ausgleich zu bringen.<sup>11</sup>

Nicht zuletzt bleibt fraglich, ob der von der Bundesregierung gewählte Ansatz auf eine größere Akzeptanz in der Justiz stoßen wird. Die deutschen Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte haben bereits in ihrer Stellungnahme vom 26. Januar 2023 klar gemacht, dass ihre (höchst kritischen) Ausführungen zur Videoaufzeichnung für bloß akustische Aufzeichnungen – mit oder ohne Transkription – entsprechend gelten sollen.<sup>12</sup>

## II. Weitere Änderungen

Obgleich der Verzicht auf die obligatorische Bildaufnahme die tiefgreifendste Änderung des Regierungsentwurfs gegenüber dem Referentenentwurf ist, sind auch die Anpassungen in zwei Regelungsbereichen einen genaueren Blick wert: der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen sowie die Nutzung der Tonbandaufnahme im weiteren Verfahren.<sup>13</sup>

§ 273 StPO-E enthält in Abs. 2 einen Verweis auf § 172 Nr. 1 (beschränkt auf die Gefährdung der Staatssicherheit) und Nr. 1a GVG, der in den dort genannten Fällen dem Gericht erlaubt, durch unanfechtbaren Beschluss von der Aufnahme und der Transkription abzusehen. Dies kann das Gericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen und entweder alternativ oder kumulativ zu dem Ausschluss der Öffentlichkeit anordnen. Nur auf dem ersten Blick überrascht, dass damit die Gründe für einen Ausschluss der Öffentlichkeit weiter sind als für ein Absehen von der Tonbandaufnahme und Transkription. Dem lässt sich nicht etwa die Wertung entnehmen, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz weniger wert sei als der Dokumentationsgrundsatz. Stattdessen trägt der Regierungsentwurf damit dem Umstand Rechnung, dass die Nutzung, Aufbewahrung und der Zugang zu den Dokumentationsmitteln eng reguliert ist, während Prozessgeschehnisse, die an die Öffentlichkeit kommen, der Kontrolle der Justizbehörde entzogen sind.

Obwohl einiges dafür spricht, dass die Bildaufnahme bei den Landesregierungen nur wenig Anklang finden wird, beschränkt sich § 19 EGStPO-E nicht mehr nur auf den programmatischen Hinweis auf die Persönlichkeitsrechte der aufgezeichneten Personen, sondern spezifiziert die Anforderungen an die Bildaufnahme – das Gericht muss danach eine Kameraeinstellung wählen, die den Zuschauerraum nicht erfasst und zudem dürfen keine Nahaufnahmen von Verfahrensbeteiligten erfolgen.

Die Neuregelung des § 68 Abs. 3 S. 4 StPO-E, wonach unter den Voraussetzungen des Satzes 1 auch technische Maßnahmen zum Schutz der Identität des Zeugen ergrif-

<sup>8</sup> Zur Geschichte in Kurzform *Valerius*, GA 2023, 319 (319).

<sup>9</sup> So aber *Mosbacher*, LTO v. 29.1.2023, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/dokumentation-hauptverhandlung-strafverfahren-aufzeichnung-aussagen-video-tonaufnahme-gesetzesentwurf/> (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

<sup>10</sup> Vgl. [https://www.bmj.de/SharedDocs/Artikel/DE/2021/0701\\_Dokumentation\\_Hauptverhandlung.html](https://www.bmj.de/SharedDocs/Artikel/DE/2021/0701_Dokumentation_Hauptverhandlung.html) (zuletzt abgerufen am 26.6.2023), vgl. auch Reg-E, S. 14.

<sup>11</sup> Vgl. *Valerius*, GA 2023, 319 (331).

<sup>12</sup> Vgl. die Stellungnahme, S. 4 – abzurufen unter: [https://generalstaatsanwaltschaft-celle.niedersachsen.de/download/194315/Stellungnahme\\_der\\_deutschen\\_Generalstaatsanwaeltinnen\\_und\\_Generalstaatsanwaelte\\_zum\\_Referentenentwurf\\_eines\\_Gesetzes\\_zur\\_digitalen\\_Dokumentation\\_der\\_strafgerichtlichen\\_Hauptverhandlung\\_vom\\_26.01.2023.pdf](https://generalstaatsanwaltschaft-celle.niedersachsen.de/download/194315/Stellungnahme_der_deutschen_Generalstaatsanwaeltinnen_und_Generalstaatsanwaelte_zum_Referentenentwurf_eines_Gesetzes_zur_digitalen_Dokumentation_der_strafgerichtlichen_Hauptverhandlung_vom_26.01.2023.pdf) (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

<sup>13</sup> Vgl. ausführlich zu den weiteren Änderungen: *Valerius*, GA 2023, 319 (332 ff.).

fen werden sollen, soll sowohl für die obligatorische Tonbandaufnahme also auch für eine durch Rechtsverordnung eingeführte Bildaufnahme gelten.

Der Regierungsentwurf nimmt die Einführung der Hauptverhandlungsdokumentation zudem zum Anlass für Änderungen des Revisionsrechts, die nicht nur die Nutzung der digitalen Dokumentation in der Revision betreffen, sondern darüber hinaus Bedeutung haben werden. So verschärft der Regierungsentwurf die sowieso schon hohen formalen Anforderungen an die Begründung einer Revision wegen eines Verfahrensfehlers in § 344 Abs. 2 StPO, indem dort nunmehr auch die Benennung des Fehlers in der Rechtsanwendung verlangt werden soll. Diese Anpassung soll im Zusammenspiel mit den neuen §§ 352 Abs. 1 S. 2 StPO-E und 352 Abs. 3 StPO-E verhindern, dass das Rekonstruktionsverbot zugunsten einer verstärkten Kontrolle der Tatgerichte aufgeweicht wird. Hierzu soll zum einen klargestellt werden, dass die einen Verfahrensmangel stützenden Tatsachen nicht nur bezeichnet, sondern erwiesen sein müssen (Abs. 1 S. 2). Zum anderen muss das herangezogene Beweismittel den behaupteten Verfahrensmangel eindeutig belegen – ist es trotz des Beweismittels möglich, dass weitere Beweiserhebungen dem Beweismittel die maßgebliche Bedeutung für das Urteil genommen haben oder sollen nur Feststellungen oder Wertungen angegriffen werden, die dem Tatgericht vorbehalten sind, so soll es an der hinreichenden Eindeutigkeit des Beweismittels fehlen (Abs. 3). Hierin liegt nicht weniger als die Normierung des Rekonstruktionsverbots und seiner Durchbrechung bei evidenten und „paraten“ Beweismitteln.<sup>14</sup>

Inwiefern diese Einschränkungen tatsächlich Bedeutung für die Nutzung der digitalen Dokumentationen als Beweismittel im Revisionsverfahren haben werden, wird im Ergebnis davon abhängen, wie eng der *BGH* das Tatbestandsmerkmal „ohne weiteres erkennbar“ verstehen wird. Ton- und ganz besonders Bildaufzeichnungen belegen die objektive Wahrheit besonders nachdrücklich, so dass Verfahrensfehler wohl in der Regel so klar erkennbar sein werden, dass sie kaum Streit über ihr Vorliegen oder Fehlen zulassen werden. Die in § 352 Abs. 3 S. 2 StPO-E genannten Regelbeispiele für die fehlende Erkennbarkeit des zu beweisenden Verfahrensmangels erscheinen dagegen missraten, da sie gerade nicht die Erkennbarkeit eines Verfahrensmangels in Frage stellen, sondern auf Grundlage unklarer normativer Wertungen die Nutzbarkeit der digitalen Dokumentation in der Revision zurückdrängen sollen. Gerade das zweite Regelbeispiel lässt offen, was „Feststellungen oder Wertungen“ sind, die „dem Tatgericht vorbehalten sind“. Es ist zu befürchten, dass der *BGH* diese Einschränkung nutzen wird, um eindeutigen Verfahrensfehlern ihre Revisibilität abzusprechen.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Reg-E, S. 16.

<sup>15</sup> So ähnlich wird dies aus Sicht von Verteidigern jedenfalls bei Entscheidungen nach § 349 Abs. 2 StPO gehandhabt vgl. *Burhoff*, Handbuch für die strafrechtlichen Rechtsmittel, 2. Aufl. (2016), Teil A Rn. 2152.

<sup>16</sup> Ausschussempfehlung (Fn. 4), S. 1 f.

### III. Schlussbetrachtung und Ausblick

Am 7. Juli 2023 hat der Rechtsausschuss des Bundesrats seine Empfehlung für eine Stellungnahme an die Länderkammer gegeben. Sollte sich der Bundesrat dieser Empfehlung anschließen – was zu erwarten ist –, wird der Bundesrat fordern, von dem Gesetzesvorhaben insgesamt Abstand zu nehmen. Der Rechtsausschuss stützt dies darauf, dass die Verfahrensbeteiligten keine Dokumentation benötigen würden, da sie selbst an der Hauptverhandlung beteiligt seien und diese unmittelbar miterleben würden – durch das Gesetz würde der Justiz ein Hilfsmittel „aufgezwungen“ werden, dass diese nicht wollen.<sup>16</sup> Außerdem sei die Umsetzung und Durchführung der digitalen Dokumentation ein „Großprojekt“, dass der bereits stark belasteten Strafjustiz nicht aufgebürdet werden sollte.<sup>17</sup>

Für den Fall, dass der Bundestag an dem Gesetz festhalten sollte, formuliert die Ausschussempfehlung Änderungen des Gesetzesentwurfs, die das bereits angepasste Gesetz noch weiter verwässern würden. So soll insbesondere von der Transkription der Tonaufzeichnung abgesehen werden, es sollen weitere Fälle geschaffen werden, in denen von der Dokumentation abzusehen ist und die Umsetzungsfrist soll auf 2035 verlängert werden.

Da es sich bei dem DokHVG um ein sog. Einspruchsgesetz handelt, könnte der Bundesrat das Gesetz durch die Anrufung des Vermittlungsausschusses allenfalls verzögern – ein Vetorecht kommt der Länderkammer nicht zu. Dies lässt darauf hoffen, dass der Bundestag an dem jetzigen Entwurf festhält, zumal es sich bereits nur um einen kleinen Schritt handelt, der das volle Potential der Digitalisierung nicht nutzt.

Wie sich die neuen Dokumentationsformen dann in der Praxis auswirken werden, wird indes frühestens in fünf Jahren abzuschätzen sein. Erst im Jahr 2028 werden nämlich die sog. Staatsschutzsenate bei den Oberlandesgerichten als erste Gerichte zur Einführung der digitalen Dokumentation verpflichtet sein.

Bereits seit einigen Jahren kommt zudem immer wieder die Diskussion zu der Einführung einer Dokumentationspflicht im Ermittlungsverfahren auf.<sup>18</sup> Inspiriert durch die gesetzgeberischen Aktivitäten rund um das DokHVG, stand dieses Thema auch auf der Tagesordnung des 44. Strafverteidigertags, der den provokanten Titel „Ist unser Rechtsstaat noch zu retten?“ trug. Die Strafverteidiger und Strafverteidigerinnen formulierten hier eine nachdrückliche Forderung: zumindest polizeiliche Vernehmungen und Ermittlungshandlungen sollten akustisch aufgezeichnet werden. Andernfalls verbliebe der Polizei eine „unangemessene Definitionsmacht“ über den Inhalt der Vernehmungsprotokolle und Ermittlungsmaßnahmen.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Ausschussempfehlung (Fn. 4), S. 2.

<sup>18</sup> Vgl. z.B. *Altenhain*, ZIS 2015, 269; *von Schlieffen*, Freispruch – Mitgliederzeitung der Strafverteidigervereinigungen, 2014, S. 1.

<sup>19</sup> Die LTO berichtet: <https://www.lto.de/recht/juristen/b/strafverteidigertag-funktionales-strafrecht-reformen-bagatelldelikte-cannabis-entkriminalisierung/> (zuletzt abgerufen am 26.6.2023).

Die Ermittlungsbehörden werden wohl kaum zu den Anhängern dieses Vorschlags gehören. Im Gegensatz zu den Gerichten, die aufgrund der Öffentlichkeit ihrer Verhandlungen an ein gewisses Maß von Beobachtung gewöhnt sind, würden Polizei und die Staatsanwaltschaft die Einführung einer Zwangsdokumentation ihrer Ermittlungsmaßnahmen wohl als besonders intensiven Eingriff in ihre Ermittlungsautonomie empfinden. Im Lichte des

DokHVG wäre zumindest eine teilweise obligatorische digitale Dokumentation des Ermittlungsverfahrens jedoch nur konsequent, denn die Ermittlungshandlungen der Staatsanwälte und Ermittlungsbeamte sind zumeist von zentraler Bedeutung für die Wahrheitsfindung und oftmals nicht weniger eingriffsintensiv als die Durchführung der Hauptverhandlung.

## Hinweisgeberschutz reloaded

von Prof. Dr. Anja Schiemann\*

### Abstract

*Nun ist das Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden nach langwierigem Gesetzgebungsverfahren doch noch in Kraft getreten. Der Gesetzgeber hat sich nicht nur viel Zeit gelassen, sondern die Bundesregierung auch für Empörung gesorgt, als sie beim Scheitern des Hinweisgeberschutzgesetzes im Bundesrat zunächst nicht den klassischen Weg über den Vermittlungsausschuss gegangen ist, sondern kurzerhand aus einem Gesetzentwurf zwei gemacht hat. Dann aber wurde doch der Vermittlungsausschuss angerufen und eine Einigung erzielt. Dieser Aufsatz versteht sich als Ergänzung zu KriPoZ 2023, 62, um die aufgrund der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses erfolgten Änderungen gegenüber den dort dargestellten Inhalten zum Hinweisgeberschutzgesetz herauszuarbeiten.*

*Now, after a lengthy legislative process, the Act for Better Protection of Whistleblowers and for the Implementation of the Directive on the Protection of Persons Reporting Breaches of Union Law has finally come into force. Not only took the legislator a long time, but the Federal Government also caused outrage when it did not take the classic route of going through the Conciliation Committee when the Whistleblower Protection Act failed in the Bundesrat, but instead unceremoniously made two bills out of one. But then the Mediation Committee was called upon and an agreement was reached. This essay is intended as a supplement to KriPoZ 2023, 62, in order to elaborate on the changes made on the basis of the Mediation Committee's recommendation compared to the contents of the Whistleblower Protection Act presented there.*

### I. Der (endgültige) Weg ins nationale Recht

Das Hinweisgeberschutzgesetz wurde am 2.6.2023 im Bundesgesetzblatt verkündet. § 41 HinSchG ist bereits am Tag nach der Verkündung, das Gesetz im Übrigen am 2.7.2023 in Kraft getreten,<sup>1</sup> nachdem im Vermittlungsausschuss letztlich doch noch ein Kompromiss gefunden werden konnte. Zunächst hatte der Bundesrat in seiner Plenarsitzung vom 10.2.2023 seine Zustimmung verweigert. Anstatt sofort den Vermittlungsausschuss anzurufen, brachte die Bundesregierung bereits am 17.3.2023 kurzerhand zwei Gesetzentwürfe ein: einen ersten nicht zustimmungspflichtigen „Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur

Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“.<sup>2</sup> Dieser war weitgehend identisch mit dem ersten Entwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes,<sup>3</sup> nahm allerdings Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehende Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Richterinnen und Richter im Landesdienst ausdrücklich aus. Dieser Ausschluss sollte dann durch den zustimmungspflichtigen „Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zum Hinweisgeberschutz“ wieder zurückgenommen werden.<sup>4</sup> Nachdem in der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss vom 27.3.2023 diese Aufspaltung als bewusste Umgehung stark kritisiert wurde,<sup>5</sup> wurde die zweite und dritte Lesung zum Hinweisgeberschutzgesetz am 20.3.2023 kurzfristig von der Tagesordnung genommen und schließlich doch der Vermittlungsausschuss angerufen.

Am 9.5.2023 einigten sich Vertreterinnen und Vertreter von Bundestag und Bundesrat auf Änderungen am Hinweisgeberschutzgesetz. Der Kompromiss war dann mehrheitsfähig. Der Bundestag nahm am 11.5.2023 den geänderten Entwurf an und bereits einen Tag später stimmte der Bundesrat in seiner Plenarsitzung für das Hinweisgeberschutzgesetz.

### II. Änderungen durch die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses

#### 1. Sachlicher Anwendungsbereich

Während der persönliche Anwendungsbereich keine Änderungen erfahren hat, ist der sachliche Anwendungsbereich durch eine entsprechende modifizierte Begriffsbestimmung in § 3 HinSchG wesentlich eingeschränkt worden. Zuvor war jegliche Art von Informationen über Verstöße erfasst, sofern diese begründete Verdachtsmomente oder Wissen über tatsächliche oder mögliche Verstöße, die bereits begangen wurden oder sehr wahrscheinlich erfolgen werden sowie über Versuche der Verschleierung solcher Verstöße enthielten. Nun fordert der sachliche Anwendungsbereich einen klaren Bezug dieser Informationen auf den beruflichen Kontext. § 3 Abs. 3 HinSchG beschränkt die Hinweise auf Verstöße, „die dem Beschäftigungsgeber, bei dem die hinweisgebende Person tätig ist oder war, oder bei einer anderen Stelle, mit der die hinweisgebende Person aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit im Kontakt steht oder stand“. Diese Verkürzung ist zwar zu kritisieren, hält sich aber im Rahmen der Vorgaben der

\* Die Verfasserin ist am Institut für Straf- und Strafprozessrecht der Universität zu Köln tätig und Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik.

<sup>1</sup> BGBl. I 2023, Nr. 140.

<sup>2</sup> BT-Drs. 20/5992.

<sup>3</sup> BT-Drs. 20/4909.

<sup>4</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zum Hinweisgeberschutz, BT-Drs. 20/5991.

<sup>5</sup> S. hierzu Schnabel/Schiemann, KriPoZ 2023, 62 (64 f.).

EU-Richtlinie 2019/1937, in der Art. 4 ebenfalls einschränkend auf Verstöße im beruflichen Kontext Bezug nimmt.

Eine Änderung hat auch die Begriffsbestimmung der Verstöße in § 3 Abs. 2 HinSchG erfahren. Zunächst hatte man im Rahmen des Rechtsausschusses die Kritik an der Formulierung der missbräuchlichen Verhaltensweisen aufgegriffen und § 3 Abs. 2 Nr. 2 HinSchG a.F. durch den Passus der Verstöße, die „dem Ziel oder dem Zweck der Regelungen in den Vorschriften oder Rechtsgebieten zuwiderlaufen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fallen“, ersetzt.<sup>6</sup> Diese Korrektur hat man nun wieder rückgängig gemacht und unter leichter Umformulierung und unter Auflösung der vorher bestehenden Nummerierung in § 3 Abs. 2 HinSchG mit zwei Sätzen an die Erstfassung angeknüpft: Verstöße können danach jetzt auch „missbräuchliche Handlungen oder Unterlassungen“ sein, „die dem Ziel oder dem Zweck der Regelungen in den Vorschriften oder Rechtsgebieten zuwiderlaufen, die in den sachlichen Anwendungsbereich nach § 2 fallen“. Insofern muss die fehlende Konturierung des missbräuchlichen Verhaltens weiterhin kritisiert werden.<sup>7</sup> Unabhängig davon, ob man die Alt- oder Neufassung betrachtet, bleibt zudem der Einwand bestehen, dass bloß unethische Verhaltensweisen, die keinen Rechtsverstoß darstellen, nicht gemeldet und demzufolge auch nicht wirksam bekämpft werden können.<sup>8</sup>

## 2. Meldestellen

Auch im Hinblick auf die einzurichtenden Meldestellen hat das Hinweisgeberschutzgesetz Änderungen erfahren.

An der Gleichrangigkeit interner und externer Meldestellen wird zwar festgehalten – diese ist nach den Vorgaben von Art. 10 und 15 der EU-Richtlinie auch zwingend, so dass dem Gesetzgeber gar nichts anderes übrig blieb, als das zuvor von der deutschen Rechtsprechung entwickelte Stufenmodell aufzugeben.<sup>9</sup> Von der nach Art. 7 EU-Richtlinie eröffneten Möglichkeit, interne Meldungen besser und wirkungsvoller zu stärken, wurde in § 7 HinSchG a.F. kein Gebrauch gemacht.<sup>10</sup> Hier wurde nachjustiert und die bevorzugte Meldung an interne Stellen durch folgende Einfügung in § 7 Abs. 1 S. 2 HinSchG hervorgehoben: „Diese Personen sollen in den Fällen, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und sie keine Repressalien befürchten, die Meldung an eine interne Meldestelle bevorzugen“.

Eine schleichende Ausweitung der Löschfristen der Dokumentation hat bereits durch den Rechtsausschuss zu einer Anhebung von zwei auf drei Jahre geführt.<sup>11</sup> Nun wird

die Dreijahresfrist ergänzt durch einen weiteren Satz in § 11 Abs. 5: „Die Dokumentation kann länger aufbewahrt werden, um die Anforderungen nach diesem Gesetz oder nach anderen Rechtsvorschriften zu erfüllen, solange dies erforderlich und verhältnismäßig ist“.

Am deutlichsten zu kritisieren ist die Aufgabe der verpflichtenden Ermöglichung anonymer Meldestellen durch den im Vermittlungsausschuss gefundenen Gesetzeskompromiss. Insofern fällt der Kompromiss wieder hinter den Beschluss des Rechtsausschusses zurück, nach dem für anonym eingehende Meldungen verpflichtend Meldekanäle vorzuhalten waren, um die anonyme Kontaktaufnahme und Kommunikation zu ermöglichen.<sup>12</sup> Allerdings überlässt es Art. 5 Abs. 2 der EU-Richtlinie den Mitgliedsstaaten, ob anonyme Meldungen entgegengenommen und weiterverfolgt werden sollen. Insofern besteht hier auch nach den EU-Vorgaben keine Verpflichtung und die entsprechende Rücknahme dieser verpflichtenden anonymen Meldemöglichkeit ist durchaus richtlinienkonform.

Aus der verpflichtenden Einrichtung interner anonymer Meldemöglichkeiten wird eine Sollvorschrift. Ausdrücklich wird in § 16 Abs. 1 S. 5 HinSchG aber klargestellt, dass keine Verpflichtung besteht, „die Meldekanäle so zu gestalten, dass sie die Abgabe anonymer Meldungen ermöglichen“. Gleiches gilt für externe Meldestellen, hier ergänzt um den Passus, dass „Vorbehaltlich spezialgesetzlicher Regelungen“ keine solche Verpflichtung besteht (§ 27 Abs. 1 S. 4 HinSchG). Dies ist ein klarer Rückschritt und sehr bedauerlich. In der Praxis hat sich gezeigt, dass Meldungen gerade dann und deswegen abgegeben werden, weil ein anonymer Meldeweg offensteht. Auch lassen sich potenzielle Hinweisgeber bei der Einrichtung anonymer Meldewege ggf. leichter motivieren, interne und nicht externe Kanäle zu nutzen.<sup>13</sup>

## 3. Beweislastumkehr

Keine Neuregelung hat der umfassende prinzipielle Schutz der Hinweisgeber vor möglichen Repressalien aufgrund ihrer Meldung erfahren. Repressalien sind nicht nur gem. § 36 Abs. 1 HinSchG-E grundsätzlich verboten, sondern auch bußgeldbewehrt sowie schadensersatzpflichtig.

Auch die Beweislastumkehr im Falle einer Benachteiligung der hinweisgebenden Person im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit bleibt trotz entsprechender Kritik bestehen. Allerdings wird nun in § 36 Abs. 2 S. 1 HinSchG gefordert, dass der Hinweisgeber diese Benachteiligung infolge einer Meldung oder Offenlegung nach dem Hinweisgeberschutzgesetz auch geltend macht. Nicht auf-

<sup>6</sup> BT-Drs. 20/4909, S. 10.

<sup>7</sup> Vgl. *Fuhlrott/Henckel*, ArbRAktuell 2022, 441; *Reppelmund*, DIHK, öffentliche Anhörung v.19.10.2022, S. 5, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme\\_Reppelmund\\_DIHK.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Reppelmund_DIHK.pdf) (zuletzt abgerufen am 29.5.2023).

<sup>8</sup> *Falter*, öffentliche Anhörung, Whistleblowing-Netzwerk e.V., S. 2, abrufbar unter: [https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme\\_Falter.pdf](https://kripoz.de/wp-content/uploads/2022/10/Stellungnahme_Falter.pdf) (zuletzt abgerufen am 29.5.2023).

<sup>9</sup> Insofern ist diese EU-Vorgabe vielleicht zu bedauern, sie zwingt den deutschen Gesetzgeber aber in ein entsprechendes Korsett, so dass die Kritik unangebracht ist. Zur Kritik aber bspw. *Thüsing*, DB 2022, 1066 (1067); *Dzida/Granetzny*, NZA 2020, 1201 (1203) und *Forst*, EuZA 2020, 283 (295).

<sup>10</sup> Kritisch bereits *Schiemann/Schnabel*, KriPoZ 2023, 62 (68)

<sup>11</sup> BT-Drs. 20/4909, S. 21.

<sup>12</sup> BT-Drs. 20/4909, S. 24.

<sup>13</sup> S. zu beiden Aspekten *Bayreuther*, NZA-Beil. 2022, 20 (22).

gegriffen wurde dagegen die Forderung nach einer Missbrauchskontrolle.<sup>14</sup>

#### 4. Schadensersatzvorschriften

Hinsichtlich der Schadensersatzpflicht nach Repressalien ist der Vermittlungsausschuss ebenfalls wieder auf das Niveau des Gesetzentwurfs vor den Beschlüssen des Rechtsausschusses zurückgefallen.<sup>15</sup> Der vom Rechtsausschuss eingefügte § 37 Abs. 1 S. 2 HinSchG sah vor, dass die hinweisgebende Person auch für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen kann. Diese Einfügung sollte gewährleisten, dass der Hinweisgeber unabhängig von den Voraussetzungen des § 253 Abs. 2 BGB oder dem Vorliegen einer schwerwiegenden Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld haben sollte.<sup>16</sup> Dieser Satz ist im Vermittlungsausschuss wieder gestrichen worden. Durch die Streichung bleibt das Hinweisgeberschutzgesetz an dieser Stelle hinter den EU-Vorgaben zurück, da in Art. 21 Abs. 8 EU-Richtlinie eine vollständige Wiedergutmachung des erlittenen Schadens verlangt wird. Nach Erwägungsgrund 94 der EU-Richtlinie kann zu einer vollständigen Wiedergutmachung im Einzelfall auch Schmerzensgeld für immaterielle Schäden gehören.<sup>17</sup>

#### 5. Bußgeldvorschriften

Deutlich zurückgefahren wurde auch die Höhe der Geldbuße. Der ursprünglich vorgesehene Maximalbetrag von 100.000 € wurde auf 50.000 € reduziert. Da Art. 23 EU-Richtlinie „wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen“ vorsieht und keinen Geldbetrag ausweist, ist der reduzierte Maximalbetrag ebenfalls als richtlinienkonform anzusehen.

### III. Fazit

Anderthalb Jahre verspätet – schließlich hätte die EU-Richtlinie 2019/1937 bereits im Dezember 2021 in nationales Recht umgesetzt werden müssen – ist nun endlich das Hinweisgeberschutzgesetz in Kraft getreten. Positiv zu werten ist, dass es überhaupt zur Umsetzung kam und die Bundesregierung den Bedenken der Sachverständigen Rechnung getragen und die künstliche Aufspaltung des Gesetzes zwecks Umgehung des Vermittlungsausschusses unterlassen hat.

Allerdings ist zu konstatieren, dass der nun im Vermittlungsausschuss gewonnene Kompromiss eine deutliche Verschlechterung im Vergleich zu den Beschlussempfehlungen des Rechtsausschusses darstellt. So ist der sachliche Anwendungsbereich durch eine Beschränkung auf den beruflichen Kontext deutlich geschmälert worden. Größtes Manko ist aber der Verzicht auf die verpflichtende Einrichtung sowohl interner als auch externer anonymer Meldestellen. Gerade diese hätten dem Ziel der EU-Richtlinie, nämlich nicht nur für einen Mindestschutz für Hinweisgeber in den Mitgliedstaaten zu sorgen, sondern auch das Whistleblowing insgesamt zu fördern, Rechnung getragen. Jetzt bestehen nur die bereits in anderen Gesetzen verankerten Verpflichtungen der Einrichtung externer anonymer Meldestellen, wie bspw. in § 3b Abs. 1 S. 2 BörsG. Es bleibt zu hoffen, dass von Unternehmen- und Behördenseite erkannt wird, welche Chance auch in dem Anbieten anonymer Meldewege für Hinweisgeber liegen kann. Insofern ist die jetzige „Soll-Regelung“ zumindest mehr als eine „Kann-Vorschrift“ und vielleicht doch Anreiz, hier multiple Meldewege zuzulassen, um Missstände rechtzeitig aufdecken und ihnen dann effektiv entgegenzutreten zu können. Dies stellt dann letztlich auch einen erheblichen Mehrwert für Unternehmen und Behörden dar.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu *Quast/Ohrloff*, CCZ 2022, 303 (307).

<sup>15</sup> BT-Drs. 20/3442, S. 24.

<sup>16</sup> BT-Drs. 20/40909, S. 56.

<sup>17</sup> Amtsblatt der Europäischen Union v. 26.11.2019, L 305/32.

# Whistleblowing: Legal Provisions, Theory and Empirical Evidence

von Prof. Dr. Jochen Bigus und  
Prof. Dr. Carsten Momsen\*

## Abstract

*This paper surveys current whistleblowing regulations in Europa and the U.S., and reviews theoretical and empirical findings in the economics and law & economics literature. Whistleblowing regulations differ considerably between the U.S. and Europe, for instance, with regard to the legal protection of whistleblowers and the provision of rewards. Economic theory finds that whistleblower rewards provide stronger incentives to expose corporate misconduct but may also induce unwarranted side effects. The regulator's efforts to protect whistleblowers from retaliation mitigate personal harm but may also induce non-meritorious claims. The paper also reviews the ample empirical findings on the determinants and consequences of whistleblowing for business firms. Based on the theoretical and empirical findings, the paper provides suggestions for regulating whistleblowing.*

*Der Beitrag gibt einen Überblick über die aktuelle Gesetzeslage zum Whistleblowing in Europa und den USA sowie über die theoretischen und empirischen Erkenntnisse in der wirtschaftswissenschaftlichen und juristischen Literatur. Die Regelungen zum Whistleblowing unterscheiden sich zwischen den USA und Europa erheblich, zum Beispiel in Bezug auf den rechtlichen Schutz von Hinweisgebern und die Gewährung von Belohnungen. Die ökonomische Theorie besagt, dass Belohnungen für Whistleblower stärkere Anreize zur Aufdeckung von Fehlverhalten in Unternehmen bieten, aber auch ungerechtfertigte Nebeneffekte hervorrufen können. Die Bemühungen der Aufsichtsbehörden, Whistleblower vor Vergeltungsmaßnahmen zu schützen, mindern den persönlichen Schaden, können aber auch zu nicht gerechtfertigten Klagen führen. Der Beitrag gibt ebenfalls einen Überblick über die umfangreichen empirischen Erkenntnisse zu den Determinanten und Folgen von Whistleblowing für Unternehmen. Auf der Grundlage der theoretischen und empirischen Ergebnisse werden Vorschläge für die Regulierung von Whistleblowing gemacht.*

## I. Introduction

We define whistleblowing as “the disclosure by (former or current) organizational members of unlawful, immoral

or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to affect action”.<sup>1</sup> We use the term “misconduct” to mean unlawful, immoral or illegitimate practices. Whistleblowing is important in the detection and combatting of organizational behavior that is undesirable from a society's and even an organization's perspective. Many political scandals have been uncovered by whistleblowers, e.g. the Watergate scandal in 1972 (informant: *Mark Felt*) and the leakage of top-secret documents of the NSA (National Security Agency) by *Edward Snowden* in 2013, which revealed the NSA's massive data collection and surveillance practices.

This paper focuses on business companies, given that whistleblowers are also important in revealing corporate misconduct. *Cynthia Cooper* and *Sherron Watkins* exposed financial accounting fraud at WorldCom, and *Chuck Hamel* reported that the oil industry cut back precautions to protect the environment.<sup>2</sup> TIME magazine designated whistleblowers *Persons of the Year* 2002, picturing *Cooper* and *Watkins* on the front cover. Whistleblowers are important because corporate misconduct is considered to be a widespread phenomenon. The Association of Certified Fraud Examiners (ACFE) estimates that, on average, companies lose 5 % of revenue due to fraud, totaling up to USD 4,700 billion worldwide (ACFE 2022). Very often, it is an employee of the company<sup>3</sup> who blows the whistle, uncovering financial or non-financial corporate misconduct at a relatively early stage<sup>4</sup>, thus limiting the company's monetary loss and reputational damage.<sup>5</sup>

Since corporate insiders are often better and earlier able to discover corporate misconduct than private or public enforcement agencies, whistleblowing saves expected costs resulting from misconduct, including reputational damage, and enforcement costs.<sup>6</sup> However, companies or colleagues often consider whistleblowers to be traitors such that whistleblowers experience personal harm and retaliation, e.g. social exclusion, job loss or threats voiced by the employer or colleagues. Given the potentially huge benefits for the company, but also for society at large, in stopping corporate misconduct, many countries started legal initiatives to protect and/or incentivize whistleblowers, e.g. the False Claims Act in the U.S. and the Whistleblower Protection Directive in the EU.

\* Die Verfasser sind beide an der Freien Universität Berlin tätig. Prof. Dr. Jochen Bigus ist Leiter des Fachgebiets „Interne Unternehmensrechnung/Controlling“ und Prof. Dr. Carsten Momsen leitet den Arbeitsbereich „Vergleichendes Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht“.

<sup>1</sup> *Near/Miceli*, Journal of Business Ethics 1985, Vol. 4 No. 1, 4.

<sup>2</sup> *Heyes/Kapur*, Journal of Law, Economics and Organization 2008, Vol 25 No. 1, 157-182.

<sup>3</sup> *Dyck/Morse/Zingales*, Journal of Finance 2010, Vol. 65 No. 6, 2213-2253.

<sup>4</sup> *Wilde*, The Accounting Review 2017, Vol. 92 No. 5, 247-280.

<sup>5</sup> *Oelrich*, Business Research 2019, Vol. 12 No. 1, 175-207.

<sup>6</sup> *Givati*, Journal of Legal Studies 2016, Vol. 45 No. 1, 43-72.

The aim of this paper is fourfold. First, it presents a current survey of how whistleblowing regulations differ between the U.S. and Europe, e.g. with regard to the legal protection of whistleblowers, the provision of rewards, and the liability of whistleblowers for non-meritorious or frivolous claims. Second, the paper reviews findings from economic theory, including the benefits of whistleblower rewards and whistleblower protection, but also unwarranted side effects. Third, this article presents a survey of the extensive empirical findings on the determinants and consequences of whistleblowing. Fourth, we discuss how the empirical evidence matches the findings of the theoretical research and draw conclusions for law-making on whistleblowing.

Unlike previous reviews of the whistleblowing literature,<sup>7</sup> we not only provide an update of the literature, but also (1) explicitly consider theoretical findings from the economics and law & economics literature and (2) link them to the empirical evidence, as well as to the question of how to design whistleblowing laws. Fourth, while previous reviews placed greater emphasis on the link between whistleblowing intentions and the whistleblower's *individual* attributes, we focus more on the organizational and institutional drivers, as well as the consequences of whistleblowing and the regulation of whistleblowing.

In business, economics and law & economics, relevant research is usually published in journals. We searched for peer-reviewed journal publications using the terms “whistleblow\*\*” and “whistle-blow\*\*” in the title in the *Business Source Premier* database of *EBSCOhost*. The search yielded 564 papers from which we selected 88 publications in accounting, finance or management journals with a B-, A- or A+ rating according to the journal ranking of the German Academic Association for Business Research (VHB-Jourqual 3).<sup>8</sup>

Section 2 surveys the legal provisions on whistleblowing in the U.S. and in Europe. Section 3 presents theoretical findings of the economics literature and the law & economics literature. Section 4 reviews the empirical evidence of the determinants and consequences of whistleblowing. Section 5 concludes how the insights from the (law &) economics literature can help shape whistleblowing regulation.

## II. Legal provisions in the U.S. and in Europe

### 1. Legal protection of whistleblowers

The concept of legal protection shows some crucial differences between Europe and the U.S. One systemic reason for this difference is that in the U.S., whistleblowers are

seen as undercover agents conducting their own investigations or actively using investigative measures, none of which is common in Europe or Germany in particular, where whistleblowers are simply seen as witnesses.<sup>9</sup>

In addition, a specific bar of whistleblower lawyers has emerged who help protect whistleblowers against the state and the company, and who more or less conduct independent criminal investigations instead of the state prosecutor – the very idea of “qui tam” legislation. No such comparable specialized legal protection exists in Europe.

### a) Legal protection within the European Union

The EU began to address whistleblowing earlier than Germany, inspired by the success of the much more established U.S. whistleblowing law, which began to affect the EU and its citizens from 2002 onwards.<sup>10</sup> Influenced by the U.S., whistleblowing can be seen as “a functional element in the reduction of information deficits within law enforcement” in the subsequently enacted Union law.<sup>11</sup>

The EU started to implement whistleblowing regulations in directives mainly targeted at different areas, mostly protecting the whistleblower by obligating authorities and companies to integrate confidential hotlines as well as anti-discrimination measures within labor law.<sup>12</sup>

In addition, the *European Court for Human Rights (ECHR)* ruled that whistleblowers must be protected in their freedom of speech guaranteed by Article 10 of the European Convention on Human Rights (ECHR). As a result, the firm cannot be prosecuted on the grounds of labor discrimination within the Member States, following internal or external whistleblowing, i.e. whistleblowing to recipients within or outside the company.<sup>13</sup> It is not a violation of Article 10 ECHR to implement the relatively strong privilege of internal whistleblowing (as the German Federal Labor Court does, for instance).<sup>14</sup>

### aa) Directive on the Protection of Trade Secrets

In 2016, the EU passed the Directive on the Protection of Trade Secrets (Directive (EU) 2016/943), protecting the interests of institutions in the confidentiality of their internal information and data, and reacting to the diverging levels of protection within the Member States, which negatively affected competition and innovation.<sup>15</sup>

According to Article 2(1) of Directive (EU) 2016/943, trade secrets are secret information that has a commercial value based on its confidentiality (not known or easily accessible to the usual group of people) and that is subject to reasonable security measures.

<sup>7</sup> See, for instance, *Lee/Xiao*, *Journal of Accounting Literature* 2018, Vol 41, 22-46; *Miceli/Near/Dworkin*, *Whistle-Blowing in Organizations*, 2008; *Vadera/Aguilera/Caza*, *Business Ethics Quarterly* 2009, Vol. 19 No. 4, 553-586.

<sup>8</sup> See <https://vhbonline.org/vhb4you/vhb-jourqual/vhb-jourqual-3/gesamtliste> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>9</sup> Thanks to research assistant Paula Benedict for her enduring assistance in preparing the legal considerations in this text.

<sup>10</sup> *Gerdemann*, in: *NZA-Beilage* 2020, 43.

<sup>11</sup> *Gerdemann*, in: *NZA-Beilage* 2020, 43.

<sup>12</sup> E.g. Art. 70 Abs. 2 a, b, d, Abs. 3 CRD IV; Art. 32 Abs. 1, Abs. 2 a, b, c, Abs. 3 MAR; Art. 73 Abs. 1, Abs. 1b, Abs. 2, Abs. a, c MiFID II.

<sup>13</sup> *Gerdemann*, in: *NZA-Beilage* 2020, 43 (45).

<sup>14</sup> *NZA* 2011, 1269.

<sup>15</sup> *Goldhammer*, *NVwZ* 2017, 1809.

Trade secrets are protected against unlawful acquisition, disclosure and use.<sup>16</sup> The motives behind these actions are irrelevant concerning their assessment as a breach.<sup>17</sup> Generally, this also covers whistleblowing. If trade secrets are breached, the Member States are responsible for implementing (fair) measures, procedures and remedies.<sup>18</sup>

Unlawful acquisition means the acquisition of trade secrets by means of unauthorized access to, appropriation of, or copying of any documents or other objects or data that are lawfully under the control of the holder, and that contain information about the trade secret, or by means of any other action that is considered contrary to honest commercial practices.

The disclosure or use of a trade secret is unlawful whenever carried out, without the consent of the holder, by a person who acquired the trade secret unlawfully or who was in breach of a (confidentiality) agreement,<sup>19</sup> or if this is true not for the disclosing person but for a third party from whom the whistleblower received the information.

The question is therefore under which circumstances whistleblowing is classified as unlawful or unauthorized. Article 5(b) of Directive (EU) 2016/943 tries to balance out the different interests, allowing whistleblowing as long as it is subjectively in the general public interest. There is no distinction between external and internal whistleblowing for this exemption.<sup>20</sup>

#### *bb) Directive on the Protection of Reporting Persons*

The Directive on the Protection of Reporting Persons (Directive (EU) 2019/1937) was implemented in 2019 and is the most extensive regulation of whistleblowing in the EU to date. The Member States were obligated to transpose this Directive into national law by the end of 2021 (which some Member States, including Germany, failed to achieve). The aim of the Directive is to enhance the enforcement of Union law by providing for a high level of whistleblower protection and improving the general structural framework of whistleblowing, helping to detect and prevent breaches.<sup>21</sup> The Directive interprets whistleblowing in a very broad sense:

Protected are all reports of breaches of Union law (all of which are listed in the Directive) and all connected activities which the whistleblower in good faith deems necessary for the disclosure, e.g. the method of the preparing the search for information which itself may actually constitute a breach of the labor contract as long as the acquisition itself does not breach national criminal codes,<sup>22</sup> such as §§ 123, 202a of the German Criminal Code (StGB).

Although EU legislation targets the interests of the Union, there are several extensions. The subject of whistleblowing cannot only be actual breaches of Union law, but also prospective, very probable ones,<sup>23</sup> as well as any misconduct which does not directly constitute a breach, but defeats the object or purpose of any Union law.<sup>24</sup> Protected whistleblowers are all employees in the common sense as well as members of internal bodies, self-employed persons, corporate bodies, contracting parties and their employers,<sup>25</sup> but not persons under a confidentiality agreement, e.g. lawyers.<sup>26</sup>

Whistleblowers have a choice between internal and external whistleblowing. This effectively leads to an incentive for employers to implement effective internal whistleblowing systems because in fact it could cause more damage to the organization if the whistleblower reports externally just because there are no effective confidential internal systems.<sup>27</sup> If they do decide to blow the whistle externally, it needs to be reported to official (whistleblowing) authorities. If whistleblowers report to the media or the public, they are only protected if they act in good faith concerning an imminent or manifest danger to the public interest, their own prosecution, or the ineffectiveness of the authorities<sup>28</sup> and wait an appropriate period of time during which the authorities remain inactive.

The whistleblower also needs to act in good faith concerning the actual existence of the misconduct. Apart from that, however, the individual motives are completely irrelevant with regard to achieving protection. This is different in some other Member States, e.g. Germany (see below). If these criteria are met, the whistleblower qualifies for protection against any kind of retaliation. This means anti-discrimination measures within labor law,<sup>29</sup> e.g. dismissal and other disadvantages such as demotion, withholding of promotion, a harmful change in working conditions, harassment, harm to one's reputation, as well as industry-wide blacklisting, etc.<sup>30</sup>

In addition, Directive-compliant whistleblowing is a universal justification factor, leading to the exclusion of civil liability such as damages or criminal liability.<sup>31</sup> This is supplemented by an evidentiary presumption that subsequent reprisals against the whistleblower are a prohibited response to the whistleblowing.<sup>32</sup>

In addition to these protective measures, the Directive encourages institutional to promote whistleblowing. Any private or public institution with 50 or more employees is obligated to establish internal reporting channels. These organizations need to meet the following criteria: (1) guarantee of confidentiality, (2) any report must be documented properly and must set in motion subsequent

<sup>16</sup> Article 4 (2) and (3) Directive (EU) 2016/943.

<sup>17</sup> *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 (1013).

<sup>18</sup> Article 6 Directive (EU) 2016/943.

<sup>19</sup> Article 4 (3) Directive (EU) 2016/943.

<sup>20</sup> *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009 (1015).

<sup>21</sup> Article 1, recital points 1-4 Directive (EU) 2019/1937.

<sup>22</sup> Article 21 (3) Directive (EU) 2019/1937.

<sup>23</sup> Article 4, 7 I, 10 I, Article 5 (2) Directive (EU) 2019/1937.

<sup>24</sup> Article 5 (1) (ii) Directive (EU) Directive 2019/1937.

<sup>25</sup> Article 4 Directive (EU) 2019/1937.

<sup>26</sup> Article 3 (3) (b) Directive (EU) 2019/1937.

<sup>27</sup> *Gerdemann*, NZA-Beilage 2020, 42 (48).

<sup>28</sup> Article 15 Directive (EU) 2019/1937.

<sup>29</sup> Articles 21 and 19 Directive (EU) 2019/1937.

<sup>30</sup> Article 19 (1) Directive (EU) 2019/1937.

<sup>31</sup> Article 21 (7) ss. 1, recital point 97 Directive (EU) 2019/1937.

<sup>32</sup> Article 21 (5) recital point 93 Directive (EU) 2019/1937.

measures such as internal investigations and, if necessary, penalties.<sup>33</sup> The government is obligated to establish external reporting channels within the authorities, meaning that special whistleblowing institutions provide confidentiality and integrity.<sup>34</sup>

Another important part of the Directive (also seemingly inspired by the U.S., see above) are the specific penalties that can be imposed on people who actively try to hinder whistleblowing, thus making sure that whistleblowing is encouraged and protected in toto.<sup>35</sup>

#### b) Legal protection in Germany

Germany<sup>36</sup> essentially has a conflicted relationship with the disclosure of other people's wrongdoing because of the country's past (the Third Reich and the German Democratic Republic), involving the Stasi, the denunciation of Jewish citizens and general strict surveillance by the state.<sup>37</sup> For this reason, Germany takes a completely different approach to privacy than the U.S.<sup>38</sup> The public interest in disclosure must be weighed against the private interests of privacy and confidentiality.

##### aa) Labor law

Until spring 2023, the most important protection for whistleblowers was established under labor law. In 2001, the *German Federal Constitutional Court (GFCC)* ruled that every citizen has a basic right to exercise civic rights regarding external whistleblowing,<sup>39</sup> meaning that whistleblowing employees can only be subject to labor consequences to a limited extent (even if the information was wrong). The court stated that the public interest in transparency and effective criminal justice as well as the employee's freedom of speech and right to exercise civic rights outweighed the interests of companies in ensuring the loyalty of their employees and the confidentiality of their data within their basic right to professional freedom (Article 12 of the Basic Law (GG)).<sup>40</sup>

To achieve a balance of interests, the *Federal Labor Court* set out criteria for "lege artis" whistleblowing. Of course, it would be possible to explicitly implement an obligation for internal whistleblowing in the labor contract,<sup>41</sup> but this is also part of the general duty of good faith imposed by the labor agreement in any case. However, the employee is obligated to report misconduct internally first before taking the matter to the authorities, and generally to give notification of important events within the company and

prevent damage to the company.<sup>42</sup> This is only true as long as internal reporting is still reasonable – which is not the case with major crimes, crimes perpetrated by the employer, any statutory duty to report to authorities, or a lack of measures following initial internal reporting.<sup>43</sup> Naturally, it is within the company's discretion to decide how disclosure is to be executed (e.g. through an internal compliance management system (CMS)). If the employee breaches this duty, external whistleblowing can constitute a breach of contract and grounds for termination.<sup>44</sup> This was modified, however, by a new labor protection regulation based on an *ECHR* verdict giving employees the right to report to the authorities if the misconduct was potentially a crime or if no internal investigation was necessary.<sup>45</sup>

Companies can of course prevent external whistleblowing from occurring themselves by setting incentives for internal whistleblowing in the form of confidential, anonymous reporting channels, ensuring that whistleblowers are not hindered by social effects or the risk of dismissal.<sup>46</sup> Another option would be to follow the U.S. example and offer rewards for internal reporting (leading to the question of the appropriate amount, factoring in a risk of abuse, and the inclusion of co-perpetrators).<sup>47</sup> In addition, the participation rights of the workers' council concerning surveillance and data protection requirements need to be taken into consideration when establishing such internal reporting channels.<sup>48</sup>

##### bb) Criminal law

For the rest, it may constitute a crime to disclose confidential information. In fact, the risk of making oneself criminally liable by whistleblowing is much higher in Germany than in the U.S. But in the interests of a balanced legal situation, it is questionable whether this should not be justified if certain criteria are met. Under the German Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB), a whistleblower who knowingly reports untrue information and harms the organization's reputation can be held responsible for any damage caused, theoretically including reputational damage as grounds for compensation claims in addition to criminal sanctions.<sup>49</sup> If the data was obtained illegally by bypassing a security system, § 202a StGB is applicable. The disclosure of information by persons under a confidentiality agreement, such as doctors, is a crime under § 203 StGB. However, these statutes do not apply to employees who obtained information as part of their job.

<sup>33</sup> Articles 8 and 9 Directive (EU) 2019/1937.

<sup>34</sup> Articles 11 and 12 Directive (EU) 2019/1937.

<sup>35</sup> Article 23(1)(a) Directive (EU) 2019/1937.

<sup>36</sup> Legislative efforts in Germany in detail: *Momsen/Benedict*, KriPoZ 2020, 234-240; *Momsen/Benedict*, Entry "Whistleblowing", in: *Caeiro/Gless/Mitsilegas/João Costa/De Snajjer/Theodorakakou*, Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice 2023/2024, online access: <https://www.elgaronline.com/display/book/9781789902990/b-9781789902990.whistleblowing.xml> (retrieved on 4.7.2023); *Schiemann/Schnabel*, KriPoZ 2023, 62-70.

<sup>37</sup> *Granetzny/Krause*, CCZ 2020, 29 (32).

<sup>38</sup> *Garton-Ash*, Freie Rede, 2016.

<sup>39</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 = NJW 2001, 3474 (3475).

<sup>40</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 = NJW 2001, 3474 (3475); *BAG*, Urt. v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 = NZA 2004, 427 (429, 430); *BAG*, Urt. v. 15.12.2016 – 2 AZR 42/16 = NZA 2017, 703 (704); *EGMR*, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08 = NZA 2011, 1269.

<sup>41</sup> *Granetzny/Krause*, CCZ 2020, 29 (34).

<sup>42</sup> *Ohly*, GRUR, 2019, 441 (444); *Wessing*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, 2016, § 46 Rn. 54.

<sup>43</sup> *BAG*, NZA 2007, 502 (503 f.).

<sup>44</sup> *BAG*, NZA 2004, 437 (428); *BAG*, NZA, 2007, 502 (503).

<sup>45</sup> § 17 Abs. 2 ArbSchG; *EGMR*, NJW 2011, 3501.

<sup>46</sup> *Bottman*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 2019, Kap. 2.1. Rn. 44.

<sup>47</sup> *Granetzny/Krause*, CCZ 2020, 29 (35, 36).

<sup>48</sup> § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG; *Granetzny/Krause*, CCZ 2020, 29 (34, 35).

<sup>49</sup> §§ 145d, 164, 188 ff. StGB.

For this reason, the Directive (EU) 2016/943 was transposed into German law by the Trade Secrets Protection Act (Geschäftsgeheimnisgesetz, GeschGehG) in 2019. This act primarily regulates civil liability and legal remedies of the holder against the violator of confidentiality.<sup>50</sup> In other words, the act does not aim to protect or encourage whistleblowing, but to hold whistleblowers responsible for potential damages caused by the disclosure.

For the rest, the transfer of trade secrets is explicitly considered a crime that may be justified under certain conditions. It is important to note that not all forms of whistleblowing are included in this safe harbor of justification – it only applies to the disclosure of “trade secrets”, not any kind of misconduct, meaning that even the current protection is very narrow. The regulations also only apply to directly employed whistleblowers, because only such staff can be contractually obligated to nondisclosure.<sup>51</sup> This is much more restrictive than the EU Directive (and the general terminology, see above), which also applies to persons only indirectly related to the organizations. It may be necessary to interpret the regulations in a Union-friendly, uniform way and to apply protection to non-included whistleblowers who are in good faith concerning the need for reporting under the Directive.<sup>52</sup>

A **trade secret** is defined in the GeschGehG in the same way as in the EU Directive.<sup>53</sup> A trade secret has a commercial value if its disclosure has the potential to harm the holder.<sup>54</sup> Information about unlawful actions is therefore included.<sup>55</sup> Some argue that the interest in keeping information confidential loses its legitimation if the protected information concerns unlawful behavior. However, interpreting the definition in this way may constitute a breach of the EU Directive, which systematically protects even knowledge of unlawful actions, again leading to the need for § 2 GeschGehG to be interpreted in a Union-friendly way, legitimation being presumed.<sup>56</sup> § 4 GeschGehG prohibits the unlawful acquisition, use and disclosure of trade secrets, the disclosure only being included if the acquisition was unlawful or it itself breached an obligation deriving, e.g. from the labor agreement. § 23 GeschGehG regulates criminal liability, applying to the acquisition and disclosure of trade secrets if motivated by certain reasons, these reasons being the dividing point between civil and criminal liability.<sup>57</sup> This includes the own furthering to the disadvantage of the organization concerned.

Whistleblowing constitutes criminal behavior if the information reported is a trade secret and the whistleblower acts on the grounds mentioned above. A sentence can even be increased if there was commercial coverage or if the trade secret was used abroad. Even an attempt to blow the whistle constitutes grounds for criminal liability.<sup>58</sup>

When conflicting interests are balanced, whistleblowing may be justified, see § 5 Nr. 2 GeschGehG. If the disclosure refers to unlawful, professional, or otherwise unethical misconduct of a certain significance that actually occurred and that is able to protect public interests (meaning its ability to immediately and effectively end the misconduct)<sup>59</sup>, whistleblowing is justified, even if the criteria of § 23 GeschGehG are met.<sup>60</sup>

Neither EU nor German regulations explicitly state whether they are applicable to co-perpetrators. On the contrary, motives are factored in to the justification, which might mean that people who disclose only to lower their sentence might not even be included in the definition. However, explicit protection exists for principal witnesses (§ 46b StGB) if co-perpetrators voluntarily disclose crimes of a certain significance<sup>61</sup> within the context of their own crime (which needs to be threatened with a relatively high prison sentence) and this disclosure makes a successful contribution to the investigation.<sup>62</sup> A number of specific regulations are also in place in certain legal areas such as narcotics or terrorist organizations.<sup>63</sup> It may also be useful to explicitly regulate these areas with regard to whistleblowing, too.<sup>64</sup>

### cc) The 2023 German Whistleblower Protection Act (Hinweisgeberschutzgesetz, HinSchG)

In general, the awareness of a need for action to balance all the different interests at play has increased in Germany, leading to two relevant draft bills.

#### (1) The “Draft Bill to Strengthen Economic Integrity” (2020) and the first Draft of the Whistleblower Protection Act (2021)

The German approach to protect whistleblowers should originally have been based on two pillars: corporate liability and the institutionalization of whistleblowing. The main part, a draft of the Corporate Sanctions Act (Entwurf Verbandssanktionengesetz, VerSanG-E),<sup>65</sup> was published in June 2020 as a result of two rulings, one by the Federal Court of Justice in 2017 (the so-called “Panzerhaubitzen”-decision),<sup>66</sup> and the other by the GFCC in 2018 (so-called Jones-Day).

<sup>50</sup> §§ 3,4 GeschGehG.

<sup>51</sup> *Bottman*, in: Park, Kapitalmarktsstrafrecht, Kap. 2.1. Rn. 44.

<sup>52</sup> *Momsen/Benedict*, KriPoZ 2020, 234-240.

<sup>53</sup> § 2 GeschGehG, Article 2 Directive (EU) 2016/943; *Ohly*, GRUR 2019, 441 (442, 443), *Alexander*, AfP 2019, 1 (5); *BGH*, GRUR 2018, 1161 Rn. 38; see above.

<sup>54</sup> Recital point 14 Directive (EU) 2016/943.

<sup>55</sup> *Granetzny/Krause*, CCZ 2020, 33; *Ohly*, GRUR 2019, 441 (443).

<sup>56</sup> *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444, 445).

<sup>57</sup> *Hiéramente*, in: BeckOK-GeschGehG (Stand: 15. Ed. 2023), § 23 Rn. 8.

<sup>58</sup> So in § 23 Abs. 5 GeschGehG; *Joecks/Miebach*, in: MüKo-StGB, Bd. 8, 4. Aufl. (2023), § 23 GeschGehG Rn. 147-152.

<sup>59</sup> *Joecks/Miebach*, in: MüKo-StGB, § 23 GeschGehG Rn. 128.

<sup>60</sup> *Momsen/Benedict*, KriPoZ 2020, 234-240; *Schiemann/Schnabel*, KriPoZ 2023, 62-70.

<sup>61</sup> Listed in § 100a Abs. 2 StPO.

<sup>62</sup> *Maier*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. (2020), § 46b Rn. 49-51.

<sup>63</sup> § 31 BtMG; §§ 129 Abs. 6, 129a Abs. 7 StGB.

<sup>64</sup> *Momsen/Benedict*, KriPoZ 2020, 234-240; *Momsen/Benedict*, Entry “Whistleblowing” in: *Caiero/Gless/Mitsilegas/João Costa/De Snaijer/Theodorakakou*, Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice 2023/2024, online access: <https://www.elgaronline.com/display/book/9781789902990/b-9781789902990.whistleblowing.xml> (retrieved on 4.7.2023); *Schiemann/Schnabel*, KriPoZ 2023, 62-70.

<sup>65</sup> [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung\\_Integritaet\\_Wirtschaft.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html) (retrieved on 4.7.2023)

<sup>66</sup> NZWiSt 2018, 379.

Since these two decisions conflicted regarding the relevance of CMS in state-driven investigations and the amount of state-imposed sanctions, the need for clear legal regulation became apparent.

First, the draft of the VerSanG implemented the so-called “Legalitätsprinzip” (“principle of legality”), leading to an obligation for authorities to investigate as soon as a whistleblower reports any relevant misconduct.<sup>67</sup> This differs from the normally prevailing “principle of opportunity” in the field of misdemeanor law, giving the authorities the opportunity to prosecute if they deem it necessary.<sup>68</sup> Second, the bill was designed to strengthen internal CMS. This would have inherently promoted whistleblowing, since a confidential, effective internal procedure protects whistleblowers and therefore gives prospective whistleblowers an incentive to blow the whistle. To implement CMS, the draft provided a standard which, where met, would have led to lower sanctions. Unfortunately, despite its potential for encouraging and indirectly protecting whistleblowers, the bill was rejected by the legislative because the coalition parties were unable to agree on the specifics.

Seeking to transform the Directive (EU) 2019/1937 by the end of 2021, the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection also submitted a “Draft Bill of the Whistleblower Protection Act”.

Besides offering the direct protection of whistleblowers as individuals, the idea behind the draft was to promote whistleblowing as an institution. The aim was to impose a duty for companies with more than 50 employees or certain kinds of companies<sup>69</sup> to implement internal whistleblowing hotlines, and for the state to establish an external independent reporting point within the authorities.<sup>70</sup> Both the external and the internal reporting points were supposed to fulfill certain criteria, e.g. confidentiality and anonymity, documentation, and the design of a procedure and subsequent measures.<sup>71</sup>

#### (2) The 2023 Whistleblower Protection Act

Both drafts failed due to intense counter lobbying based on the theory that an increase in costs for establishing the CMS measures would negatively impact the competitiveness of German corporations from an international perspective.<sup>72</sup>

It also became very apparent that the two subjects – whistleblower protection and corporate liability – are closely interrelated. Nevertheless, the new Act still tries to regulate one aspect without any regard for the other. This structural deficit very much impairs efforts to establish an effective whistleblower protection system in Germany.

#### (a) Key regulations

The new law<sup>73</sup> did not proceed very far from the 2021 draft. In fact, it even sets lower standards than the draft in some places.

Section 1 defines applicability on a personal and institutional level. Section 2<sup>74</sup> defines the material scope more broadly than prescribed by the EU Directive since not only breaches of Union law but basically all crimes or breaches of law can be covered by the scope of the law.

Section 7 equalizes internal and external reporting in accordance with the EU Directive – whistleblowers can opt to report to an internal or external reporting point. These reporting points must meet certain requirements and follow specified procedures laid down in the law. Reporting points are required to follow up on reports and check their validity, as well as act with confidentiality. The obligation exists for companies with more than 50 employees, which includes relatively small businesses. This may be viewed critically due to the cost of implementing such channels. However, the smaller the business, the greater the dependence of employees and the need for such reporting points. Hence, one could argue that there is a gap in protection, given that the obligation starts at 50 employees.

Employees do not have the right to disclose information to the public – this has other requirements put forth in Section 32: Whistleblowers must have at least tried to submit an internal report without any follow-up action or reason to believe that such a report will pose a threat to public interest, of reprisals or the evidence as it might lead to covering the misconduct by the corporation.

External reports need to be submitted to a special reporting office at the Federal Office of Justice. This office needs to work independently and with confidentiality.

#### (b) Gaps in protection

There are still some significant regulatory gaps. For example, Section 5 explicitly states that matters of national security or classified information starting at the second to lowest level of classification do not fall under the scope of the law.

Furthermore, there is no obligation to provide anonymous reporting channels at either the internal or external reporting points. External reporting points are even obliged to prioritize non-anonymous reports, even though there is no convincing empirical data showing that anonymous reports are less credible or have less merit. This may effectively lead to fewer reports, especially in high-profile cases or in cases where the disclosing person is part of the misconduct at issue. The law also failed to make use of

<sup>67</sup> § 23 Abs. 1 VerSanG-E.

<sup>68</sup> Rotsch/Mutschler/Grobe, CCZ 2020, 169 (178).

<sup>69</sup> § 12 HinSchG-E.

<sup>70</sup> § 19 HinSchG-E.

<sup>71</sup> §§ 7-30 HinSchG-E.

<sup>72</sup> Momsen, in: Murmann (ed.), Der Regierungsentwurf eines Verbandsanktionengesetzes vom 16.6.2020. Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, 2022, S. 63-90.

<sup>73</sup> Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen (Hinweisgeberschutzgesetz – HinSchG), BGBl. I Nr. 140 v. 2.6.2023, <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Hinweisgeberschutz.html>. The following remarks are based on a presentation at the University of Illinois, College of Law, Urbana-Champaign, by Paula Benedict and Carsten Momsen on May 23, 2023.

<sup>74</sup> Introduction to the new law by Schiemann, Hinweisgeberschutz reloaded, in this issue.

the opportunity to allow whistleblowers to receive damages based on immaterial reprisals such as bullying.

Finally, the fine for misdemeanors such as failing to implement an internal reporting point, trying to prevent reports from being submitted, or punishing whistleblowers was halved from EUR 100,000 in the first draft to EUR 50,000, which to large companies is peanuts. In the European perspective, some other whistleblower protection laws impose much higher fees or even imprisonment.<sup>75</sup> It might not even be the yearly income of the whistleblower they illegally dismiss after a report.

### c) Legal framework in the United States

As mentioned at the beginning, the U.S. has been dealing with the subject of whistleblowing since the late 1800s, signing over 60 respective bills into law.<sup>76</sup> This has even increased in recent years due to the federal legislator trying to effectively prosecute violations of federal law. Whistleblowing regulations are used for this purpose by enabling the authorities to confidentially receive information and implicate internal whistleblowing systems while also establishing specific lay-off and discrimination protection law. One important reason is that typical corporate crimes are the subject of federal legislation. Moreover, key law enforcement and regulatory agencies have been established (SEC, FDIC, FINRA, CFPB, EPA<sup>77</sup>) and endowed with investigative and limited prosecutorial powers.<sup>78</sup>

#### aa) Criminal liability

There are a few offenses in the U.S. Criminal Code that may be applicable to whistleblowing (depending on the individual circumstances). The main difference to the European directive and, e.g. the German law, is that there is no explicit protection of secrets, which generally exposes whistleblowing to the serious risk of being classified as criminal conduct.<sup>79</sup>

“Theft” might be applicable in the case where a whistleblower unlawfully takes or exercises unlawful control over movable property of another with the purpose of depriving them thereof; meaning cases in which they, e.g. remove documents or other evidence from the organization’s control with the purpose of making it public. It even constitutes a crime of the third degree if the property taken is of a public record, writing or instrument kept, filed, or deposited according to law with or in the keeping of any public office or public servant. Again, slightly different

from Europe, intent or at least bad faith is necessary for criminal liability to apply.

Apart from the General U.S. Criminal Code, whistleblowers may be held liable under the Espionage Act of 1917. This act applies to government employees who communicate classified information related to national defense. This can lead to severe sentences for “whistleblowing in the interest of public” or governmental whistleblowing.

#### bb) Whistleblower protection

Whistleblower protection in the U.S. does not focus on protecting the whistleblower from criminal liability, but on labor law or incentivizing reports. This is true at both federal and state level. At the state level, e.g. there are exceptions to the “employment at will doctrine”, which states that “an employer can discharge an employee without notice and without cause unless the duration of the employment ... is specified in an employment contract”, and broad protection regulations as well as regulations limited to specific areas of public life.

The instruments used are anti-retaliation and reward-based laws. Since the anti-retaliation laws (despite being important) had little success in providing incentives for whistleblowing, greater emphasis has been placed on rewarding recently. Although convincing in theory, anti-retaliation is usually ineffective in reality because reputation and work relationships are usually irrevocably harmed, at least when the identity of the whistleblower becomes public.

#### cc) Anti-retaliation in U.S. law

In 1989, the Whistleblower Protection Act (WPA) was signed into law.<sup>80</sup> It is an important example of an anti-retaliation law, given that it protects employees or applicants from personnel actions based on “any disclosure of information that they reasonably believe evidences a violation of any law, rule or regulation; gross mismanagement; gross waste of funds; an abuse of authority; or a substantial and specific danger to public health or safety”. Another anti-retaliation law is the Sarbanes Oxley Act (SOX) of 2002, which tightened the requirements for official representatives and auditors to provide proper financial reporting within publicly traded companies. The act is supposed to set an extrinsic motive for organizations to prevent misconduct.<sup>81</sup> The scope of protected whistleblowing is limited to accounting and auditing practices. Section 301 of the SOX requires an anonymous reporting

<sup>75</sup> Ireland, Protected Disclosures (Act 2022, [Amendment] No. 27.) PT. 2 S. 24, Belgium: Wet betreffende de bescherming van melders van inbreuken op het Unie- of nationale recht vastgesteld binnen een juridische entiteit in de private sector, Art. 32 ff.

<sup>76</sup> In more detail: *Momsen/Benedict*, Entry “Whistleblowing”, in: *Caeiro/Gless/Mitsilegas/João Costa/De Snaijer/Theodorakakou*, Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice 2023/2024, online access: <https://www.elgaronline.com/display/book/9781789902990/b-9781789902990.whistleblowing.xml> (retrieved on 4.7.2023); *Momsen/Benedict*, KriPoZ 2020, 234-240.

<sup>77</sup> SEC (Securities and Exchange Commission), FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation), FINRA (Financial Industry Regulatory Authority), CFPB (Consumer Financial Protection Bureau), EPA (U.S. Environmental Protection Agency).

<sup>78</sup> *Mamedowa-Ahmad*, Strafverfolgungs-, Regulierungs- und Aufsichtsbehörden in Wirtschaftsstrafsachen in den USA, 2021.

<sup>79</sup> Of course, whistleblowers who are public servants might commit “official misconduct” if they perform actions for which they are not authorized or fail to perform acts that the law or the job requires – also meaning the disclosure of confidential information such as (mis)conduct of the organization they belong to or of its employees. What is required is the whistleblower’s intent regarding the fact that the action (meaning the disclosure) is unauthorized.

<sup>80</sup> Guidelines for whistleblowers on how to act under the WPA, issued by U.S. Department of Labor: <https://www.whistleblowers.gov/>.

<sup>81</sup> In detail: <https://www.justia.com/employment/retaliation/sarbanes-oxley-act/> (retrieved on 5.7.2023).

system modified to the specific characteristics of each organization and internal audit committees within which employees can report dubious practices within that scope. The system must not just facilitate the anonymous reporting of misconduct – it can also impose a duty for employees to report identified or assumed misconduct by corporate governance.<sup>82</sup> In addition, any organization within the scope of the law needs to implement a code of ethics that promotes whistleblowing. Whistleblowers are protected from dismissal and other discriminations as a result of reporting misconduct.

Furthermore, anyone who attempts to intimidate (prospective) whistleblowers or interfere with their intention to report misconduct can be held criminally liable and sanctioned with a fine or imprisonment of up to ten years.

Last but not least, the U.S. protects whistleblowers indirectly by means of sentencing guidelines (USSC Chapter XIII).<sup>83</sup> Courts can reduce sanctions on companies if they have an effective compliance management system (CMS) installed. For the system to be “effective”, it must meet certain requirements listed in the guidelines, including anonymity or confidentiality, protection from retaliation, and possibilities to report any kind of criminal activity.<sup>84</sup> Moreover, self-disclosure of individuals and entities as well as cooperation with the Department of Justice (DOJ) are incentivized by way of reducing penalties or giving public acknowledgement. Criteria are proactiveness, punctuality and voluntariness.<sup>85</sup>

## 2. Rewards for whistleblowers

As highlighted above, the idea of awarding whistleblowers a bounty or reward is one of the most influential systemic differences between the U.S. and Europe.

This instrument already became part of the first and, to this day most important, U.S. whistleblower law (and in many ways, the basis for subsequent laws): the False Claims Act (FCA, 1863).<sup>86</sup> The FCA is still in power and provides financial incentives for those who disclose misconduct of others. It can therefore be categorized as a mainly reward-based law. Although the FCA is a federal law, many states chose to implement versions of it at their level.

The FCA allows so-called “Qui-tam lawsuits”, meaning that private citizens, called “relators” (whistleblowers), are authorized to sue others in civil court if they have information of fraudulent behavior damaging the government under 31 U.S.C. § 3729, which states that it is illegal to submit “false or fraudulent claims for payment or approval”.

If a qui-tam lawsuit is successful due primarily to information disclosed by the whistleblowers and the government is able to recover damages, the suing citizen is entitled to 15-30 % of the recovery. The amount awarded depends on whether the government joined the case within 60 days, the quality of the whistleblowers’ contribution, and the significance of the danger for the public safety. If the success is not due primarily to the whistleblower’s information, they will still be entitled to up to 10 % of the recovery. The whistleblower’s motives play no role with regard to the reward, which is limited in its amount. No reward is awarded if the whistleblower “planned and initiated” the fraudulent behavior; or, if she is criminally convicted for participating in it. Remarkably, although the status of a co-perpetrator is not relevant when it comes to protection, it may be when rewards are concerned! If the claim was false and the whistleblower was in bad faith, they can be obligated to pay the fees and expenses of the accused (if the government did not join the case).

To protect the whistleblower and to secure an effective investigation, the lawsuit is filed “under seal”, meaning that it is kept confidential for 60 days, even from the accused party. It can only be dismissed by a joint, reasoned dismissal by the Attorney General and the court. Beyond that, the FCA protects whistleblowers from reprisals by granting them “necessary” damages which they suffered because of a legitimate qui-tam lawsuit. This includes a right to reinstatement, double back pay as well as the reimbursement of their costs and fees. The U.S. government collected around USD 3.7 billion from Qui-tam cases under the FCA, awarding USD 392 million to whistleblowers. This can be described as a success for both parties.<sup>87</sup> Whereas the FCA model gives the whistleblower great leeway in how to conduct “his” investigation, most other reward-based laws, such as the Securities Exchange Act (SEA) of 1934 or the Commodities Exchange Act (CEA) of 1936, do not require the whistleblower to pursue the claim themselves. The laws simply allow the authorities to use the information provided and to reward the whistleblower with part of the fine or recovery, using a cash-for-information approach. This varies between the many different laws that regulate whistleblowing programs for various areas of public life. Most of the laws do, however,

include a possibility for the whistleblower to privately sue their employer for reprisals after reporting misconduct if they met all the criteria of the law for legitimate whistleblowing.

A more recent example of a whistleblower law is the Dodd–Frank Act (DFA), which was signed into law in 2010, replacing the Insider Trading and Securities Enforcement Act of 1988, which rewarded reporting about

<sup>82</sup> Speech by SEC Commissioner on September 27, 2002: *Sarbanes-Oxley and the Idea of “Good” Governance*: <https://www.sec.gov/news/speech/spch586.htm> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>83</sup> <https://guidelines.ussc.gov/chapters/8/parts> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>84</sup> *Momsen*, in: Murmann (ed.), *Der Regierungsentwurf eines Verbandsanktionengesetzes vom 16.6.2020*. Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften, 2022, S. 63-90.

<sup>85</sup> <https://oig.justice.gov/hotline/whistleblower-protection> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>86</sup> <https://www.whistleblowers.org/faq/false-claims-act-qui-tam/> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>87</sup> The amount collected seems to be increasing: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-s-false-claims-act-settlements-and-judgments-exceed-56-billion-fiscal-year> (retrieved on 5.7.2023).

insider trading, but was more or less ineffective because it was not generous enough.

Under the scope of the DFA, the Whistleblower is awarded 10-30 % of the sanctioned fine or money collected, creating a bounty program for internal and external whistleblowing concerning violations of the Foreign Corrupt Practices Act. To be eligible for the reward, the report must be voluntary and originate from first-hand knowledge, meaning that the information may not be public knowledge. On the other hand, the disclosure may not violate confidentiality obligations. The individual motives behind the report are irrelevant for eligibility. The report may be submitted directly to the Securities and Exchange Commission (SEC) or internally within a compliance management system, which then reports to the SEC. In this way, the U.S. awarded USD 138 million to whistleblowers in 2018.<sup>88</sup> In 2021, the SEC awarded USD 564 million to 108 whistleblowers, the largest amount awarded and the largest number of individuals rewarded in a single year.<sup>89</sup> In 2022, the SEC Whistleblower Program continued its momentum, issuing USD 230 million in awards to 103 whistleblowers. In 2023, one single whistleblower was awarded USD 279 million.<sup>90</sup>

Nevertheless, in 2018 the then-President Trump signed the “Economic Growth, Regulatory Relief and Consumer Protection Act”, exempting dozens of U.S. banks under a USD 250 billion asset threshold from the Dodd–Frank Act’s banking regulations.<sup>91</sup>

In the area of money laundering, new provisions of the Anti-Money Laundering Act (AMLA, 2020) have been implemented. Among other things, the act includes new whistleblowing regulations, which reward the whistleblower with up to 30 % of the sanction later imposed. Again, the criteria are voluntariness of the internal or external disclosure, the originality of the information, and a minimum resulting sanction of USD 1 million. Whistleblowers are protected from dismissal and discrimination by granting compensatory damages or reinstatement, alongside obligations of non-disclosure for the authorities involved. The role model for this aspect was a similar program by the SEC. In contrast to the AMLA, however, the latter program does not include compliance officers, auditors, or legal advisors, meaning that even “insiders” are motivated to report misconduct through rewards under the AMLA.<sup>92</sup>

### 3. Liability for non-meritorious or frivolous whistleblowing

Frivolous whistleblowing can be seen as bullying, insulting, or even slandering and defaming. The whistleblower is then culpable for wrongdoing under the respective jurisdictions. Of course, if legally protected information has been disclosed, this is seen as an offense under most national criminal laws, and is addressed in the EU. In such cases, there is no legal protection for whistleblowers. Last but not least, unethical whistleblowers lose specific labor law protection from dismissal, etc. For example, if an employee raises malicious, vexatious or knowingly untrue concerns in order to harm their colleagues they will face internal disciplinary action depending, e.g. on the relevant CMS. This action could result in dismissal unless the whistleblower is able to demonstrate a reasonable belief that the concern was raised in the public interest.<sup>93</sup>

### 4. Whistleblower attorneys – stakeholders with particular economic interests

Although the EU in general (and Germany in particular) has taken a number of steps forward, there is still a substantial difference in how whistleblowing cases are handled compared to in the U.S.<sup>94</sup> However, even whistleblowing regulations in the U.S. can be described as a “patchwork”. Key elements are: incentives in the form of participation in sanctions (in part through privatized pursuit); effective CMS, and the protection from reprisal of any kind.

Nevertheless, the more sophisticated U.S. practice brings in a new group of stakeholders that have their own substantial economic interests – whistleblower attorneys. From their perspective: “Whistleblowers with the use of a whistleblower lawyer play a crucial role in ensuring that entities are held accountable for their actions when they run afoul of statutes like the False Claims Act, Sarbanes-Oxley, Anti-Money Laundering Statutes and many more statutes that economically incentivize individuals to blow the whistle.”<sup>95</sup>

In qui-tam cases, this means potentially enormous fee expectations for lawyers. The FCA and a number of other whistleblower statutes require that a whistleblower employs a whistleblower lawyer, for good reason. In an FCA case, “the whistleblower (or ‘relator’) is a proxy for the

<sup>88</sup> The amounts awarded also seem to be increasing: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-s-false-claims-act-settlements-and-judgments-exceed-56-billion-fiscal-year> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>89</sup> [https://www.zuckermanlaw.com/sp\\_faq/largest-sec-whistleblower-awards/](https://www.zuckermanlaw.com/sp_faq/largest-sec-whistleblower-awards/) (retrieved on 5.7.2023).

<sup>90</sup> [https://www.zuckermanlaw.com/sp\\_faq/largest-sec-whistleblower-awards/](https://www.zuckermanlaw.com/sp_faq/largest-sec-whistleblower-awards/) (retrieved on 5.7.2023).

<sup>91</sup> Deregulations in detail: <https://www.cadwalader.com/resources/clients-friends-memos/bank-deregulation-bill-becomes-law> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>92</sup> <https://www.whistleblowers.gov/statutes/amla> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>93</sup> *Buccirossi/Immordino/Spagnolo*, European Journal of Law and Economics 2021, Volume 51, 411–431; Springhouse Law (WB Solicitors): <https://www.springhouselaw.com/knowledge/what-happens-if-a-whistleblower-is-wrong> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>94</sup> UK regulations are closer to the U.S. regulation than to the EU regulation, <https://www.gov.uk/whistleblowing> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>95</sup> Blogpost: <https://ifightforyourrights.com/blog/understanding-the-role-of-a-whistleblower-lawyer-protecting-whistleblowers-rights/#:~:text=A%20whistleblower%20lawyer%20is%20a,who%20want%20to%20expose%20wrongdoing> (retrieved on 5.7.2023).

government, and the government can decide to some extent who can serve as its ambassador with the claim. Therefore, they do not want pro se litigants bringing their own actions, so as to lessen the chance of creating bad law for the government and future whistleblowers. Another extremely important reason why whistleblowers should use a whistleblower attorney is that some statutes enable anonymity with the use of whistleblower counsel, such as blowing the whistle on securities violations (like insider trading), commodities violation (like price fixing), money laundering, and many more. There can be a comfort in anonymity as some whistleblowers face many risks when they step forward to report wrongdoing. They may face retaliation from their employer, including harassment, demotion, or even termination. They may also face legal challenges and penalties, especially if they are reporting on a large, complex, or powerful organization (...).<sup>96</sup> At best, professional litigation will ensure that the case is kept confidential as long as useful and tolerated by the enforcement authority.

However, the participation of specialized attorneys usually strengthens the whistleblower's position. Due to the dependency of salary and damage volume uncovered by the whistleblower (and the amount rewarded), however, this structure tends to widen the scope of the case as far as possible. Since it makes internal negotiations more difficult, it has a potential to increase the costs incurred by the company significantly – as well as the whistleblower's costs if he fails to succeed.

### III. Whistleblowing: insights from economic theory

#### 1. The preference for internal or external whistleblowing

Internal whistleblowing implies that an employee reports misconduct to corporate recipients only, such as superiors, board members, auditors or audit committee members. As mentioned above, we refer to external whistleblowing when an employee exposes corporate misconduct to recipients outside the company, such as enforcement agencies or the media.

Whistleblowing is economically desirable if its cost-benefit ratio is more favorable than that of other forms of law enforcement, e.g. by public enforcement agencies,<sup>97</sup> or when it complements public or private enforcement. For instance, limited funding of enforcement bodies may only allow them to react after misconduct has already occurred, but not to proactively screen potential cases of misconduct.<sup>98</sup> (Reliable) external whistleblowing tends to reduce the costs of proactive screening since the enforcement

body is better able to identify possible cases of future misconduct. This increases the likelihood of (early) fraud detection and also reduces the expected benefits of wrongdoers.

By definition, internal whistleblowing does not support a government's proactive enforcement. Nonetheless, as with external whistleblowing, reliable internal reporting helps reduce the damage to the company from misconduct and mitigates incentives for misconduct. In contrast to external whistleblowing, internal reporting does not impair the company's reputation in capital and product markets unless it is leaked. However, internal whistleblowing requires that the recipient is interested in halting the misconduct. If colleagues, superiors and/or top management are involved in misconduct or ignore it, internal whistleblowing is unlikely to change anything. External whistleblowing may then be the only option, especially when only a few or no co-workers support the whistleblower's claim. However, external whistleblowing most likely results in significant reputation losses of the company, even if it turns out that the claims were not substantiated.

#### 2. Rewards for whistleblowing

The False Claims Act and the Dodd–Frank Act in the U.S. allow a reward for whistleblowing, often expressed as a proportional share of the monetary penalty charged to the company, e.g. as damage compensation.<sup>99</sup> As mentioned above, rewards can be substantial. For instance, the Internal Revenue Service paid USD 104 million to a whistleblower for uncovering tax evasion schemes that UBS recommended to its US-American clients.<sup>100</sup> On May 5, 2023, the SEC announced the largest whistleblower reward ever paid out (USD 279 million).<sup>101</sup> 30 % of the OECD countries provide incentives for whistleblowers, such as financial rewards, expediency of the process, or follow-up mechanisms.<sup>102</sup> The Association of Certified Fraud Examiners provides worldwide evidence that about 15 % of the organizations surveyed offer whistleblowing rewards.<sup>103</sup> In contrast to the U.S., there are currently, with the exception of Ireland, no financial rewards provided by enforcement agencies in Europe.<sup>104</sup> What are the insights from the theoretical literature on rewarding whistleblowers?

*Depoorter* and *de Mot* acknowledge that a reward provides incentives to expose misconduct. However, they also highlight two problems related to rewards offered by enforcement agencies in the U.S.<sup>105</sup> First, rewards provide no incentive to expose corporate misconduct as soon as it is observed by the whistleblower. From society's perspective, misconduct should be halted as early as possible.

<sup>96</sup> Blogpost: <https://ifightforyourrights.com/blog/understanding-the-role-of-a-whistleblower-lawyer-protecting-whistleblowers-rights/#:~:text=A%20whistleblower%20lawyer%20is%20a,who%20want%20to%20expose%20wrongdoing> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>97</sup> *Givati*, Journal of Legal Studies 2016, Vol. 45 No. 1, 43-72.

<sup>98</sup> *Schmidt*, International Review of Law and Economics 2005, Vol. 25 No. 2, 143-168.

<sup>99</sup> *Depoorter/de Mot*, Supreme Court Economic Review, 2006, Vol. 14, 135-162.

<sup>100</sup> *Givati*, Journal of Legal Studies 2016, Vol. 45 No. 1, 43-72.

<sup>101</sup> See <https://www.sec.gov/news/press-release/2023-89> (retrieved on 5.7.2023).

<sup>102</sup> OECD: Committing to Effective Whistleblower Protection, 2006.

<sup>103</sup> Association of Certified Fraud Examiners, Occupational Fraud 2022: A Report to the Nations, 2022, <https://acfe-public.s3.us-west-2.amazonaws.com/2022+Report+to+the+Nations.pdf>, S. 34 (retrieved on 5.7.2023).

<sup>104</sup> *Oelrich*, Business Research 2019, Vol. 12 No. 1, 175-207.

<sup>105</sup> *Depoorter/de Mot*, Supreme Court Economic Review, 2006, Vol. 14, 135-162.

Nonetheless, insiders will not blow the whistle immediately, because a reward will only be paid out if the sufficiently substantiated allegations meet a certain evidence threshold. Moreover, in the U.S., the proportional share of the penalty rewarded to the whistleblower tends to increase with the size of the damages caused by the misconduct.<sup>106</sup> This might provide perverse incentives, especially when the whistleblower faces no competition from other insiders. The insider may wait to uncover corporate misconduct because waiting increases the size of the fraud, and that of the expected reward. Employees who are motivated by loyalty only may report earlier.

Still, one might argue that insiders are unlikely to expose corporate misconduct when there is no reward at all. This is because whistleblowers experience personal costs, including the trouble and discomfort of reporting, but especially retaliation by the employer, by colleagues<sup>107</sup> or by the wrongdoer herself.<sup>108</sup> Dyck, Morse & Zingales therefore state: "...the surprising part is not that most employees do not talk, but that some talk at all."<sup>109</sup> On a corporate level, whistleblower rewarding seem to speed up the discovery of fraud. The ACFE reported that the median duration of fraud is eight months if the organization offers a reward, and 13 months otherwise.<sup>110</sup>

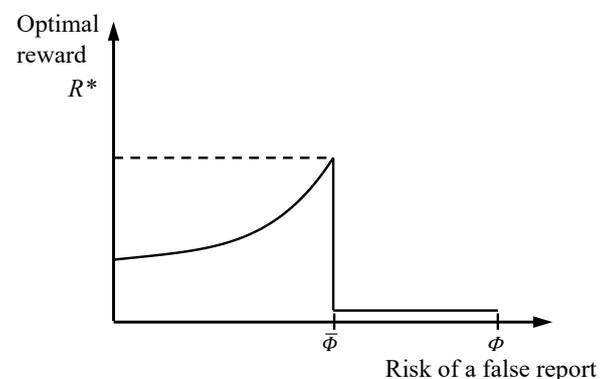
*Givati* provides a model on the optimal reward depending not only on the whistleblower's personal costs, but also on the risk of false reporting.<sup>111</sup> He argues that the presence of rewards may induce insiders to falsely accuse the company of misconduct, especially when there are no effective sanctions for misreporting. Insiders may then be able to fabricate evidence, inducing a penalty for the company and a reward for the insider. In fact, with the current regulation in the SOX and the Dodd–Frank Act, whistleblowers are not required to prove their allegations, but only to show reasonable belief.<sup>112</sup> Thus, it comes as no surprise that *Kuang, Lee* and *Qin* find that in the period 2004–2014, only 237 out of 770 external whistleblower reports on financial misconduct of U.S. listed companies were substantiated.<sup>113</sup>

The higher the personal costs, the higher the reward must be in order to encourage the insider to uncover corporate misconduct. There is a limit, though: When personal costs are sufficiently high relative to the expected damages caused by the misconduct, the optimal strategy is not to grant a reward because the risk of false reporting increases too much then. Thus, *Givati* finds that the optimal reward

increases with relatively low personal costs, but drops to zero when personal costs are too high.<sup>114</sup>

Interestingly, *Givati* also finds a non-monotonic association between the size of the optimal reward and the risk of a false, unsubstantiated report, as depicted by Figure 1.<sup>115</sup> The reasoning is as follows: With an increasing risk of a false report, it pays less for the company *not* to engage in misconduct. Thus, the costs of violating legal or other rules must be increased to mitigate the incentive for misconduct. This can be achieved by increasing the whistleblower's reward, which implies a larger penalty for the company in case of misconduct. However, an excessive reward may increase the probability of false reports to a threshold level  $\bar{\phi}$ , at which whistleblowing is no longer desirable.

Figure 1: Optimal whistleblower reward depending on the probability of a false report ( $\phi$ )



*Givati* does not consider negative reputation effects for the company in financial, consumer and labor markets after a whistle is blown and becomes public. The threat of negative reputation effects would provide stronger incentives for shareholders to install safeguards against misconduct. Thus, in the presence of negative reputation effects, the optimal reward is likely to be lower than in the *Givati* model.<sup>116</sup> Unfortunately, negative reputation effects may also occur in the case of unsubstantiated reports.<sup>117</sup>

There might be other negative side effects of a rewarding scheme, such as crowding out intrinsic motivation to report misconduct.<sup>118</sup> The prospects of earning a substantial reward paid by enforcement agencies may also undermine the insider's incentive to report the misconduct internally,

<sup>106</sup> *Depoorter/de Mot*, Supreme Court Economic Review, 2006, Vol. 14, 160.

<sup>107</sup> *Miceli/Near*, The Academy of Management Executive 1994 Vol. 8 No. 3, 65–72.

<sup>108</sup> *Robinson/Robertson/Curtis*, Journal of Business Ethics 2012, Vol. 106 No. 2, 213–227.

<sup>109</sup> *Dyck/Morse/Zingales*, Journal of Finance 2010, Vol. 65 No. 6, 2245.

<sup>110</sup> ACFE, Association of Certified Fraud Examiners, Occupational Fraud 2022: A Report to the Nations, 2022, <https://acfe-public.s3.us-west-2.amazonaws.com/2022+Report+to+the+Nations.pdf>, p. 37. (retrieved on 5.7.2023).

<sup>111</sup> *Givati*, Journal of Legal Studies 2016, Vol. 45 No. 1, 43–72.

<sup>112</sup> *Mechtenberg/Muehlheusser/Roider*, European Economic Review 2020, Vol. 126.

<sup>113</sup> *Kuang/Lee/Qin*, Contemporary Accounting Research 2021, Vol. 38 No. 1, 32–62.

<sup>114</sup> *Givati*, Journal of Legal Studies 2016, Vol. 45 No. 1, 43–72.

<sup>115</sup> *Givati*, Journal of Legal Studies 2016, Vol. 45 No. 1, 43–72.

<sup>116</sup> How and when the threat of negative reputation effects improves the auditor's incentives to exert sufficient care in the first place is shown by *Bigus*, Reputation in Auditor Liability under Different Negligence Regimes, Abacus 2015, Vol. 51 No. 3, 356–378.

<sup>117</sup> *Fleischer*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2011, 155–181; more generally, on reputation effects: *Bigus/Hua/Raithel*, Definitions and Measures of Corporate Reputation in Accounting and Management: Commonalities, Differences, and Future Research, forthcoming Accounting and Business Research, 2023.

<sup>118</sup> *Butler/Serra/Spagnolo*, Management Science 2020, Vol. 66 No. 2, 605–621.

e.g. to internal control or a compliance division using a whistleblowing hotline.<sup>119</sup> In contrast to external whistleblowing, internal whistleblowing may reduce the probability and/or the size of reputation damages because the company may be able to correct its misconduct.

Not only *Boo, Ng and Shankar* but also *Oelrich* point out that both reward-based incentive systems and *penalty*-based systems, such as fines, bonus cuts or limited career prospects, may encourage whistle-blowing.<sup>120</sup> *Oelrich* argues that penalty-based systems may even provide stronger incentives based on the insights of Prospect Theory: Individuals attach a greater absolute value to a loss than to a gain of the same size, and are therefore keener to avoid losses (loss aversion). Penalty-based systems may be more suitable for internal whistle-blowing. However, enforcement agencies would find it hard to establish penalty systems for not blowing the whistle, because omission of action is hard to prove.

### 3. Whistleblower protection

Nonetheless, enforcement agencies can – and do – provide other means to limit potential losses of whistleblowers by different forms of protection, especially protection from job dismissal and other forms of retaliation or sanction. While limiting the personal costs of whistleblowing, mere protection does not induce the insider to expose corporate misconduct; rather it additionally requires rewards and/or sufficient intrinsic motivation. *Heyes* and *Kapur* mention three behavioral models based on insights from sociology and psychology that induce such motivation (conscious cleaning, social welfare maximizing and cost imposing).<sup>121</sup> *Schmidt* argues that a high level of loyalty to the company may trigger whistleblowing.<sup>122</sup>

Still, we would expect the incentives to uncover corporate misconduct to be stronger with whistleblower protection than without it. However, there may be a negative side effect: The prospects of keeping their jobs safe may induce low-quality employees to blow a non-substantiated whistle.<sup>123</sup> Since whistleblower protection may imply a higher risk of non-meritorious claims, it becomes rational for managers to keep a low-quality labor force, impairing the company value. To the best of our knowledge, there has been no empirical analysis to determine whether lay-off rates fall after the regulator grants whistleblower protection.

### 4. Unwarranted side effects of whistleblowing

Whistleblowing may lead to non-meritorious or even frivolous reporting, as *Kuang et al.* have shown for the U.S.<sup>124</sup> But there may be other side effects as well. *Friebel* and *Guriev* present a model where a division manager is able to prove earnings manipulation by an executive.<sup>125</sup> The poorer the division's performance, the more likely it is that the division manager will threaten to blow the whistle. In turn, the executive is willing to bribe the division manager, e.g. by granting her a higher bonus. However, a bonus based on a bribe rather than on performance may distort the division manager's incentives to exert effort in the first place. As a limitation, *Friebel* and *Guriev* do not allow for negative consequences for the division manager when she threatens to blow the whistle, e.g. an increased likelihood of dismissal or of limited career prospects. Negative consequences are likely to mitigate incentives for bribery and, eventually, to improve effort incentives in the first place.

## IV. Empirical evidence of whistleblowing in business companies

### 1. Determinants of whistleblowing

#### a) Characteristics of the whistleblower

We mainly present empirical evidence of organizational and institutional determinants of whistleblowing. With regard to the characteristics of whistleblowers, we refer to the survey by *Lee* and *Xiao*.<sup>126</sup> They report that there is no or mixed evidence that whistleblowing is associated with gender, educational level, tenure or religiosity. However, older employees, employees with higher morality and employees with positive attitudes toward the company or the profession are more likely to expose misconduct.

There is robust evidence that greater perceived personal costs, e.g. from retaliation, reduce the intention to expose organizational misconduct.<sup>127</sup> Other studies show that the whistle is more likely to be blown in the case of more seriously perceived misconduct,<sup>128</sup> e.g. in the case of illegal conduct rather than unethical activities<sup>129</sup> or in the case of

<sup>119</sup> *Fleischer*, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2011, 155-181

<sup>120</sup> *Boo/Ng/Shankar*, *Auditing: A Journal of Practice & Theory* 2016, Vol. 35 No. 4, 23-38; *Oelrich*, *Business Research* 2019, Vol. 12 No. 1, 175-207.

<sup>121</sup> *Heyes/Kapur*, *Journal of Law, Economics and Organization* 2008, Vol. 25 No. 1, 157-182.

<sup>122</sup> *Schmidt*, *International Review of Law and Economics* 2005, Vol. 25 No. 2, 143-168.

<sup>123</sup> *Mechtenberg/Muehlheusser/Roider*, *European Economic Review* 2020, Vol. 126.

<sup>124</sup> *Kuang et al.*, *Contemporary Accounting Research* 2021, Vol. 38 No. 1, 32-62.

<sup>125</sup> *Friebel/Guriev*, *Journal of Economics & Management Strategy* 2012, Vol. 21 No. 4, 1007-1027.

<sup>126</sup> *Lee/Xiao*, *Journal of Accounting Literature* 2018, Vol. 41, 22-46

<sup>127</sup> For instance, *Curtis*, *Journal of Business Ethics* 2006, Vol. 68 No. 2, 191-209; *Gao/Greenberg/Wong-On-Wing*, *Journal of Business Ethics* 2015, Vol. 126 No. 1, 85-99; *Alleyn/Haniffa/Hudaib*, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation* 2019, Vol. 34, 69-90; *Latan/Jabbour/Lopes de Sousa Jabbour*, *Journal of Business Ethics* 2019, Vol. 160 No. 1, 189-204.

<sup>128</sup> *Gao/Greenberg/Wong-On-Wing*, *Journal of Business Ethics* 2015, Vol. 126 No. 1, 85-99; *Andon/Free/Jidin/Monroe/Turner*, *Journal of Business Ethics* 2018, Vol. 151 No. 1, 165-178.

<sup>129</sup> *Callahan/Collins*, *Journal of Business Ethics* 1992 Vol. 11 No. 12, 939-948.

theft rather than financial statement fraud.<sup>130</sup> These findings may encourage the regulator to limit the costs of whistleblowing and to fine-tune whistleblower incentives with regard to the type of misconduct.

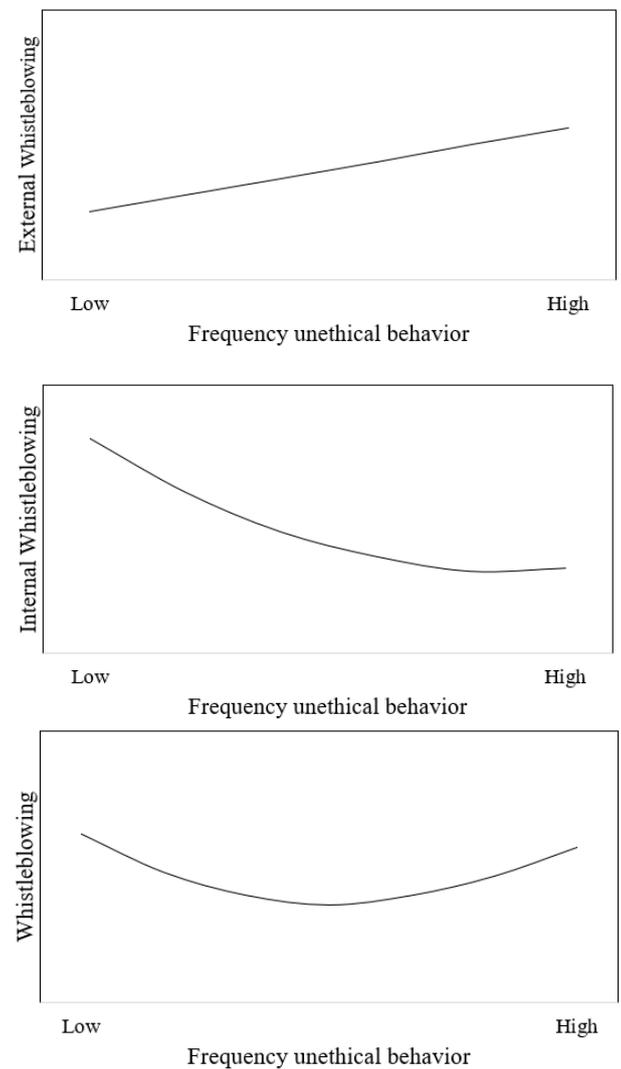
#### b) Company characteristics

The company's corporate culture and corporate governance affect the incentives to report corporate misconduct. In particular, we discuss aspects of organizational retaliation and rewards.

With regard to corporate culture, there is evidence that whistleblowing intentions depend on the organization's responsiveness towards internal whistleblowing reports, e.g. whether the recipient of the report is inquiring or not.<sup>131</sup> No response reduces the willingness to blow the whistle in the future or may induce employees to employ external whistleblowing channels.<sup>132</sup> Organizational and procedural justice,<sup>133</sup> perceived organizational and supervisor support,<sup>134</sup> and informal rather than formal policies<sup>135</sup> have been found to promote internal whistleblowing intentions. However, strong relational ties to team members may also discourage employees to blow the whistle when team members are involved in misconduct.<sup>136</sup>

The organizational ethical culture<sup>137</sup> and ethical leadership<sup>138</sup> tend to improve whistleblowing intentions as well. However, *Kaptein* finds that employees are less willing to blow the whistle internally when the perceived frequency of unethical behavior in the company increases (see first graph of Figure 2).<sup>139</sup> Instead, they are more willing to expose misconduct via external channels (see second graph of Figure 2). The opposing effects of internal and external intentions result in a curvilinear relationship between the frequency of unethical behavior and whistleblowing intentions (see third graph of Figure 2).

Figure 2: Frequency of perceived unethical behavior in the company and internal and external whistleblowing intentions<sup>140</sup>



<sup>130</sup> *Robinson/Robertson/Curtis*, Journal of Business Ethics 2012, Vol. 106 No. 2, 213-227. In addition, there is evidence that characteristics of the *wrongdoer* matter. Employees are less likely to expose misconduct when the wrongdoer is more powerful (*Gao/Greenberg/Wong-On-Wing*, Journal of Business Ethics 2015, Vol. 126 No. 1, 85-99), e.g. because she has a reputation for being a good performer (*Robertson/Stefaniak/Curtis*, Behavioral Research in Accounting 2011, Vol. 23 No. 2, 207-234), or when the wrongdoer is more likeable (*Robertson/Stefaniak/Curtis*, 2011) or when the whistleblower is closer to the wrongdoer (*Boo et al.*, Auditing: A Journal of Practice & Theory 2016, Vol. 35 No. 4, 23-38).

<sup>131</sup> *Kaplan/Pope/Samuels*, Auditing: A Journal of Practice & Theory 2011, Vol. 30 No. 4, 29-49.

<sup>132</sup> *Zhang/Jany/Reckers*, Auditing: A Journal of Practice & Theory 2013, Vol. 32 No. 3, 171-181.

<sup>133</sup> *Seifert/Stammerjohan/Martin*, Behavioral Research in Accounting 2014, Vol. 26 No. 1, 157-168; *Seifert/Sweeney/Joireman/Thornton*, Accounting, Organizations and Society 2010, Vol. 35 No. 7, 707-717.

<sup>134</sup> *Latan/Ringle/Jabbour*, Journal of Business Ethics 2018, Vol. 152 No. 2, 573-588.; *Sims/Keenan*, Journal of Business Ethics 1998, Vol. 17 No. 4, 411-421.

<sup>135</sup> *Sims/Keenan*, Journal of Business Ethics 1998, Vol. 17 No. 4, 411-421.

<sup>136</sup> *Boo et al.*, Auditing: A Journal of Practice & Theory 2016, Vol. 35 No. 4, 23-38; *Alleyne/Haniffa/Hudaib*, Journal of International Accounting, Auditing and Taxation 2019, Vol. 34, 69-90; *Spaelma/Chawla/Ellis*, Journal of Business Ethics 2021, Vol. 173 No. 2, 345-363.

<sup>137</sup> *Zhang/Chiu/Wei*, Journal of Business Ethics 2009, Vol. 88 Supplement 1, 25-41.

<sup>138</sup> *Cheng/Bai/Yang*, Journal of Business Ethics 2019, Vol. 155 No. 1, 115-130; *Liu/Liao/Wei*, Journal of Business Ethics 2015, Vol. 131 No. 1, 107-119.

<sup>139</sup> *Kaptein*, Journal of Business Ethics 2022, Vol. 175 No. 4, 857-875.

<sup>140</sup> *Kaptein*, Journal of Business Ethics 2022, Vol. 175 No. 4, 866-868.

The findings of *Kaptein* also indicate that employees have a preference for internal rather than external whistleblowing, which is consistent with earlier findings.<sup>141</sup> Furthermore, *Dworkin* and *Baucus* document that employees are more likely to report misconduct externally than within the company when there is more extensive retaliation to be expected and when there is greater evidence of misconduct.<sup>142</sup> Consistently, there is evidence that an externally-administered reporting channel (hotline) increases employees' whistleblowing intentions, possibly due to a higher level of anonymity and a lower likelihood of retaliation.<sup>143</sup>

Corporate governance characteristics also seem to affect intentions and the channel of whistleblowing. *Lee* and *Farger* provide case-based evidence that employees are more likely to expose corporate misconduct internally relative to externally when the audit committee is more independent and more skillful.<sup>144</sup> The reason for this difference is that companies with more qualified audit committees are more prone to install strong internal whistleblowing systems and provide better safeguards against retaliation. *Wilson*, *McNellis* and *Latham* find experimental evidence that an employee's intentions to expose misconduct increase with audit firm tenure, probably because longer tenure increases trust.<sup>145</sup>

The corporate governance system consists not only monitoring devices, such as audits, but also incentive schemes such as performance-based executive compensation.<sup>146</sup> *Stikeleather* conducted an experiment with university students showing that more performance-based pay is associated with weaker internal reporting incentives.<sup>147</sup> Similarly, *Call*, *Kedia* and *Rajgopal* report archival evidence that external whistleblowing is less likely to occur when companies grant more (unvested) stock options to rank-and-file employees.<sup>148</sup> Recall that the above-mentioned model by *Friebel & Guriev* predicts a negative association as well, albeit in a relatively specific setting.<sup>149</sup> In general, the loss of performance-based compensation tends to reduce an employee's whistleblowing intentions.<sup>150</sup> In a sense, the employee's participation in the company's success mitigates their incentives to blow the whistle, because they may otherwise lose future compensation.

Possibly more interestingly from a regulator's perspective, financial rewards or penalty incentives at the organizational level have been found to be linked to the willingness to blow the whistle. Most of this research is experimental. *Miceli* and *Near* report early anecdotal evidence of reward schemes in U.S. companies.<sup>151</sup> *Zhang* finds that an employee is more likely to report another employee's misconduct when the reward is sufficiently large, with a moderating effect of the principal's perceived fairness.<sup>152</sup> If the principal is considered to be unfair, the whistleblower is less likely to report and more prone to collude with the wrongdoing employee. *Andon et al.* provide experimental evidence that financial rewards increase the propensity to blow the whistle, which is even stronger when the misconduct is perceived to be more serious.<sup>153</sup> With sufficiently serious misconduct, whistleblowing intentions are high regardless of whether a reward is granted or not. *Butler*, *Serra* and *Spagnolo* also conducted an experiment showing that financial rewards significantly increase the willingness to blow the whistle, the more so when the whistleblower is subject to social judgment than when she is not.<sup>154</sup>

Besides monetary rewards, reputation benefits may also encourage whistleblowing. *Dyck et al.* analyze 216 fraud cases of large U.S. corporations ( $\geq$  \$ 750 million in total assets) from 1996 to 2004 and find strong evidence that journalists breaking a story of corporate fraud are more likely to find a better job than other comparable journalists working for the same newspaper or magazine.<sup>155</sup> They also find slightly improved career incentives for whistleblowing financial analysts.

*Lee*, *Pittrott* and *Turner* provide experimental evidence showing that monetary rewards (and anti-retaliation protection) significantly improve U.S. accountants' internal whistleblowing intentions on financial statement fraud, but decrease internal whistleblowing intentions of German accountants.<sup>156</sup> They explain the results by referring to the historical distrust of whistleblowers and the strong duty of loyalty to the employer in Germany. The study by *Lee et al.* is important for law-making because it shows that the perception of whistleblowing differs from country to country.

<sup>141</sup> *Callahan/Collins*, *Journal of Business Ethics* 1992 Vol. 11 No. 12, 939-948

<sup>142</sup> *Dworkin/Baucus*, *Journal of Business Ethics* 1998, Vol. 17 No. 12, 1281-1298.

<sup>143</sup> *Zhang/Jany/Reckers*, *Auditing: A Journal of Practice & Theory* 2013, Vol. 32 No. 3, 171-181; *Gao/Greenberg/Wong-On-Wing*, *Journal of Business Ethics* 2015, Vol. 126 No. 1, 85-99 and *Lee/Farger*, *Journal of Business Ethics* 2013, Vol. 114, 283-295.

<sup>144</sup> *Lee/Farger*, *Auditing: A Journal of Practice & Theory* 2018, Vol. 37 No. 1, 167-189.

<sup>145</sup> *Wilson/McNellis/Latham*, *International Journal of Auditing* 2018, Vol. 22 No. 2, 113-130.

<sup>146</sup> *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 1976, Vol. 3 No. 4, 305-360.

<sup>147</sup> *Stikeleather*, *Accounting, Organizations and Society* 2016, Vol. 52, 1-14.

<sup>148</sup> *Call/Kedia/Rajgopal*, *Journal of Accounting and Economics* 2016, Vol. 62 No. 2/3, 277-300.

<sup>149</sup> *Friebel/Guriev*, *Journal of Economics & Management Strategy* 2012, Vol. 21 No. 4, 1007-1027.

<sup>150</sup> *Arnold/Ponemon*, *Auditing: A Journal of Practice & Theory* 1991, Vol. 10 No. 2, 1-15; *Liyanarachchi/Newdick*, *Journal of Business Ethics* 2009, Vol. 89 No. 1, 37-57.

<sup>151</sup> *Miceli/Near*, *The Academy of Management Executive* 1994, Vol. 8 No. 3, 65-72.

<sup>152</sup> *Zhang*, *The Accounting Review* 2008, Vol. 83 No. 4, 1125-1146.

<sup>153</sup> *Andon/Free/Jidin/Monroe/Turner*, *Journal of Business Ethics* 2018, Vol. 151 No. 1, 165-178.

<sup>154</sup> *Butler/Serra/Spagnolo*, *Management Science* 2020, Vol. 66 No. 2, 605-621.

<sup>155</sup> *Dyck/Morse/Zingales*, *Journal of Finance* 2010, Vol. 65 No. 6, 2213-2253.

<sup>156</sup> *Lee/Pittroff/Turner*, *Journal of Business Ethics* 2020, Vol. 163, 553-576.

Boo, Ng, and Shankar find that a reward-based *career*-related incentive system fails to increase an auditor's whistleblowing incentives when the auditor is in a close working relationship with the wrongdoer; however, career-related *penalties* improve whistleblowing intentions.<sup>157</sup> Indeed, penalty schemes, e.g. dismissal or disciplinary actions, can be found with the Big 4 audit firms.<sup>158</sup> Consistently, Chen, Nichol and Zhou find experimental evidence that penalties increase internal whistleblowing more than rewards when individuals perceive social norms to support whistleblowing more strongly.<sup>159</sup>

### c) Institutional drivers

Institutional determinants refer to the effects of a regulator's whistleblowing rewards, whistleblower protection and other elements introduced by legislation.

As mentioned above, the Federal Civil False Claims Act provides high financial rewards to whistleblowers amounting to between 10 % and 30 % of the money recovered by the government when they report fraud committed against the government. The Dodd–Frank Act and the Consumer Protection Act 2010 also provide for the granting of financial rewards to whistleblowers. Pope and Lee indeed find an increasing propensity for non-anonymous reporting of corporate misconduct to an external authority after 2010<sup>160</sup>; Latan *et al.* report a growing number of whistleblowers receiving awards.<sup>161</sup> Nevertheless, Lee *et al.* point out that rewarding schemes may not have the desired effect in other countries;<sup>162</sup> more evidence is therefore required to determine whether rewarding schemes also work in other countries, especially in Europe.

However, not only whistleblowing laws may change incentives for reporting corporate misconduct – other changes in the institutional environment may also do so. Heese and Pérez-Cavazos find archival evidence that employees file more workplace safety complaints with the regulator when there is a significant increase in unemployment insurance.<sup>163</sup> Unemployment insurance reduces the cost of a job loss and thus, retaliation costs.

To the best of our knowledge, the effects of *regulatory* whistleblower protection on reporting propensity has only been investigated in experimental settings so far. The evidence provides mixed findings. Lee *et al.* document that whistleblower protection may increase the willingness of

U.S. accountants to report financial statement fraud, but not the willingness of German accountants to do so.<sup>164</sup> Mechtenberg *et al.* find that introducing whistleblower protection improves whistleblower incentives, but also the incentives for non-meritorious whistleblowing because low-quality employees may be more inclined to blow a non-substantiated whistle in order to save their job.<sup>165</sup> Wainberg and Perreault document that graduate students with auditing experience are *less* willing to report violations of auditor independence and the code of professional conduct when the whistleblowing hotline policy vividly describes possible retaliations and whistleblower protection.<sup>166</sup> Overall, there is some evidence suggesting that whistleblower protection may not necessarily improve the detection and deterrence of misconduct.

Institutional characteristics do not only refer to legal provisions. Heese, Krishnan and Ramasubramanian highlight the importance of public enforcement by showing that whistleblowers are more likely to report corporate fraud cases to courts where the U.S. Department of Justice is more prone to intervene.<sup>167</sup> Antinyan, Corazzini and Pavesi conducted a survey experiment in Italy and the U.S., and additionally used household survey data from Armenia.<sup>168</sup> They find that higher trust in the government is associated with stronger whistleblowing intentions on tax evasion. Butler *et al.* find that social approval or disapproval by the public moderates the impact of financial rewards on whistleblowing intentions.<sup>169</sup> Bereskin, Campbell II and Kedia document that the density of social networks and the social capital in the county of the companies' headquarters increase the propensity to blow the whistle on corporate misconduct.<sup>170</sup> In companies that engaged in misconduct, CEOs are more likely to be fired when employees and directors are more socially minded. Patel provides survey evidence for Australia, India and Malaysia that the country's culture affects the willingness of accountants to accept whistleblowing as an internal control mechanism.<sup>171</sup> This finding is consistent with the results reported by Lee *et al.*<sup>172</sup>

## 2. Consequences of whistleblowing

### a) Consequences for the whistleblower

Many studies investigate the consequences for whistleblowers. Dyck *et al.* (2010) find that journalists' career prospects improve after they break a story on corporate

<sup>157</sup> Boo/Ng/Shankar, *Auditing: A Journal of Practice & Theory* 2016, Vol. 35 No. 4, 23-38

<sup>158</sup> Boo/Ng/Shankar, *Auditing: A Journal of Practice & Theory* 2016, Vol. 35 No. 4, 23-38

<sup>159</sup> Chen/Nichol/Zhou, *Contemporary Accounting Research* 2018, Vol. 34 No. 4, 1757-1778.

<sup>160</sup> Pope/Lee, *Journal of Business Ethics* 2013, Vol. 112 No. 4, 597-607.

<sup>161</sup> Latan/Jabbour/Lopes de Sousa Jabbour, *Journal of Business Ethics* 2019, Vol. 160 No. 1, 189-204.

<sup>162</sup> Lee/Pittroff/Turner, *Journal of Business Ethics* 2020, Vol. 163, 553-576.

<sup>163</sup> Heese/Pérez-Cavazos, *Journal of Accounting and Economics* 2021, Vol. 71 No. 2/3.

<sup>164</sup> Lee/Pittroff/Turner, *Journal of Business Ethics* 2020, Vol. 163, 553-576.

<sup>165</sup> Mechtenberg/Muehlheusser/Roider, *European Economic Review* 2020, Vol. 126.

<sup>166</sup> Wainberg/Perreault, *Behavioral Research in Accounting* 2016, Vol. 28 No. 1, 83-93.

<sup>167</sup> Heese/Krishnan/Ramasubramanian, *Journal of Accounting and Economics* 2021, Vol. 71 No. 1.

<sup>168</sup> Antinyan/Corazzini/Pavesi, *Journal of Economic Behavior and Organization* 2020, Vol. 171, 77-95.

<sup>169</sup> Butler/Serra/Spagnolo, *Management Science* 2020, Vol. 66 No. 2, 605-621.

<sup>170</sup> Bereskin/Campbell/Kedia, *Management Science* 2020, Vol. 66 No. 1, 24-42.

<sup>171</sup> Patel, *Journal of International Accounting Research* 2003, Vol. 2 No. 1, 69-96.

<sup>172</sup> Lee/Pittroff/Turner, *Journal of Business Ethics* 2020, Vol. 163, 553-576.

misconduct.<sup>173</sup> However, many papers highlight the different forms of retaliation from which employees of the wrongdoing company suffer after deciding to blow the whistle. Retaliation includes co-workers' disapproval, workplace bullying, a lack of career prospects, job loss and outright harassment.<sup>174</sup> *Bjørkelo* summarizes empirical findings showing that whistleblowers often suffer from workplace bullying, which in some cases can severely affect the whistleblower's health, resulting in depression and symptoms similar to post-traumatic stress.<sup>175</sup> For a sample of Korean cases, *Park, Bjørkelo* and *Blenkinsopp* find evidence that external whistleblowers experienced bullying by superiors and colleagues more frequently than other employees, and that whistleblowers found it more distressing.<sup>176</sup> Support from the government or from NGOs does not reduce the frequency of bullying. *Kenny, Fotaki* and *Scriver* conducted interviews with 22 whistleblowers in the U.S. and in Europe. They document that companies often portray whistleblowers to be mentally unstable so as to create doubts about their claims.<sup>177</sup> *Parmerlee, Near* and *Jensen* provide early evidence of retaliation and find that organizations are more likely to retaliate against more greatly appreciated whistleblowers, e.g. due to age, experience or education, than against other whistleblowers.<sup>178</sup> *Van der Velden, Pecoraro, Houwerzijl* and *van der Meulen* document that mental health problems are similarly prevalent among whistleblowers and cancer patients, after controlling for demographic factors.<sup>179</sup> 85 % of the whistleblowers in their study suffered from (very) severe anxiety, depression, interpersonal distrust or sleeping problems, with 48 % of them reaching clinical levels of these mental health problems. *Kenny & Fotaki* mention that 65 % of the whistleblowers in their study reported negative changes to their mental health.<sup>180</sup>

More recent studies try to evaluate the retaliation costs of whistleblowers. *Kenny & Fotaki* interviewed whistleblowers in the United Kingdom.<sup>181</sup> In their cohort (N = 92), 63 % were dismissed, and another 28 % resigned, confirming the widespread fear of employees that they will be fired in case of external whistleblowing.<sup>182</sup> 62 % were demoted, partly before being dismissal or resigning. After having been dismissed, the average duration of unemployment was 3.5 years. Finding a new (equivalent) job was also difficult due to formal or informal blacklisting. 56 % of the cohort confirmed blacklisting activities, and 67 % experienced a salary drop after whistleblowing. Legal costs may also be significant, with

respondents mentioning costs in the region of £ 1,000–100,000. Overall, after whistleblowing, the financial shortfall per annum totals an average annual amount of £ 24,817. Some respondents even report a discrepancy exceeding £ 100,000 per annum.

*Dey, Heese & Pérez-Cavados* investigate a much larger sample of whistleblower cases from the U.S. (N = 1,168) from the time span 1994–2012, and find that more than one-third of the whistleblowers were dismissed, 16 % experienced harassment, 10% experienced threats and 6 % were demoted. The company did not retaliate in only 21 % of cases.<sup>183</sup> These figures are lower than in the study by *Kenny & Fotaki*,<sup>184</sup> possibly due to U.S. rules protecting whistleblowers from retaliation. Still, the evidence supports the view that retaliation is a common response by companies to fight and prevent whistleblowing. Referring to a smaller set of whistleblowers (N = 89), *Dey et al.* report that they found a new job within one year.<sup>185</sup> 52 % found an equivalent or better job, 10 % a worse one, and 21 % became self-employed. 16 % moved to another U.S. state and 35 % changed industries. *Dey et al.* estimate the annual income loss to be USD 8,600, while the average reward is approximately USD 140,000.<sup>186</sup> Overall, they estimate the costs of whistleblowing to be lower than the figure stated by *Kenny & Fotaki*. Furthermore, those costs may possibly be compensated for by rewarding schemes in the U.S.

#### b) Consequences for the company

In the short term, companies are penalized by the capital markets. *Bowen, Call* and *Rajgopal* document an average market-adjusted stock price drop of -2.8 % in the first week after a whistleblowing announcement.<sup>187</sup> The price reaction is more negative (-7.3 %) following earnings management allegations. In the longer term, companies subject to whistleblowing allegations exhibited more restatements of their financial accounts, more shareholder lawsuits and relatively poor operating and stock return performance compared to companies with similar characteristics that were not the subject of whistleblowing allegations. *Johannesen* and *Stolper* report that whistleblowing on tax evasion activities at LGT Bank in Liechtenstein in early 2008 caused an average market-adjusted stock price drop of 2,2 % in the four days after the leak for 46 banks assisting foreign customers with tax evasion.<sup>188</sup>

<sup>173</sup> *Dyck/Morse/Zingales*, *Journal of Finance* 2010, Vol. 65 No. 6, 2213–2253.

<sup>174</sup> *Miceli/Near*, *The Academy of Management Executive* 1994, Vol. 8 No. 3, 65–72.

<sup>175</sup> *Bjørkelo*, *Journal of Managerial Psychology* 2013, Vol. 28 No. 3, 306–323.

<sup>176</sup> *Park/Bjørkelo/Blenkinsopp*, *Journal of Business Ethics* 2020, Vol. 161 No. 3, 591–601.

<sup>177</sup> *Kenny/Fotaki/Scriver*, *Journal of Business Ethics* 2019, Vol. 160 No. 3, 801–815.

<sup>178</sup> *Parmerlee/Near/Jensen*, *Administrative Science Quarterly* 1982, Vol. 27 No. 1, 17–34.

<sup>179</sup> *Van der Velden/Pecoraro/Houwerzijl/Van der Meulen*, *Psychological Reports* 2019, Vol. 122 No. 2, 632–644.

<sup>180</sup> *Kenny/Fotaki/Scriver*, *Journal of Business Ethics* 2019, Vol. 160 No. 3, 801–815.

<sup>181</sup> *Kenny/Fotaki*, *Journal of Business Ethics* 2023, Vol. 182 No. 2, 341–364.

<sup>182</sup> *Callahan/Collins*, *Journal of Business Ethics* 1992 Vol. 11 No. 12, 939–948

<sup>183</sup> *Dey/Heese/Pérez-Cavazos*, *Journal of Accounting Research* 2021, Vol. 59 No. 5, 1689–1740.

<sup>184</sup> *Kenny/Fotaki*, *Journal of Business Ethics* 2023, Vol. 182 No. 2, 341–364.

<sup>185</sup> *Dey/Heese/Pérez-Cavazos*, *Journal of Accounting Research* 2021, Vol. 59 No. 5, 1689–1740.

<sup>186</sup> *Dey/Heese/Pérez-Cavazos*, *Journal of Accounting Research* 2021, Vol. 59 No. 5, 1689–1740.

<sup>187</sup> *Bowen/Call/Rajgopal*, *The Accounting Review* 2010, Vol. 85, No. 4, 1239–1271.

<sup>188</sup> *Johannesen/Stolper*, *The Journal of Law and Economics* 2021, Vol. 64 No. 4, 821–855.

*Baloria, Marquardt and Weidman* find that the implementation of whistleblowing programs required by the Dodd–Frank Act in 2010 had a positive effect on stock returns, especially for those companies that initially lobbied against its implementation.<sup>189</sup>

*Call, Martin, Sharp and Wilde* highlight the role of whistleblowers in improving law enforcement conducted by the SEC.<sup>190</sup> They find that whistleblower involvement increases the likelihood that the SEC will impose monetary sanctions on the company by 8,6 % and the likelihood that criminal sanctions will be taken against targeted employees by 6.6%. Moreover, the monetary penalties are larger and the prison sentences are longer with whistleblower involvement than without.

As a positive side effect, some companies improved their corporate governance after whistleblowing, e.g. by increasing board independence and attendance of board meetings, but only in those companies exposed by the press.<sup>191</sup> *Wilde* reports that companies targeted by whistleblowing are less likely to subsequently engage in financial misreporting or tax avoidance, at least for two years after the year of the allegation.<sup>192</sup> *Berger and Lee* estimate that the introduction of the Dodd–Frank Act reduced the probability of accounting fraud by 12–22 %.<sup>193</sup> Nonetheless, audit fees have not significantly changed, even though audit risk should be lower after passage of the Dodd–Frank Act. In contrast, *Kuang, Lee and Qin* document that audit firms charge higher audit fees to clients that are subject to external whistleblowing allegations regardless of whether these allegations are substantiated or not.<sup>194</sup> In fact, this is another cost of non-meritorious reports.

*Bowen et al. and Wilde* used whistleblowing cases from 1989–2004 and 2003–2010, respectively, i.e. before the Dodd–Frank Act came into force. It would be interesting to study whether the market sanctions and/or the companies' responses to whistleblowing are more pronounced after the Dodd–Frank Act was introduced. In addition, there is lack of similar studies on European whistleblowing cases and on cases related to non-financial misconduct, e.g. with regard to environmental misconduct or violations of worker safety.

### c) Consequences for the economy

To date, there is little empirical evidence on the costs and benefits of the existence and type of whistleblowing reg-

ulation from a society's perspective. Admittedly, this is a challenging task. A handful of papers address specific, yet important, aspects. *Johannesen and Stolper* find that whistleblowing on tax evasion at LGT Bank in Liechtenstein in 2008 caused a sudden flight of deposits from tax havens, possibly mitigating future tax evasion incentives.<sup>195</sup> Lower tax evasion would enable governments to reduce tax rates and to stimulate economic activity. In fact, many countries have established tax-related whistleblowing programs, but they generally yield only modest tax collections.<sup>196</sup> Nevertheless, a tax-related whistleblowing program established in Israel in 2013 deterred companies from tax evasion, at least as long as the program was effective.<sup>197</sup>

*Du and Heo* highlight the effect of corruption on companies' willingness to invest.<sup>198</sup> They find that investment levels are lower in U.S. states that are more prone to political corruption. However, after the Dodd–Frank Act was enacted, investment levels increased, especially in states with more corruption.

## V. Conclusion

This paper shows first that whistleblowing regulations differ considerably between the U.S. and Europe, for instance, with regard to the legal protection of whistleblowers and the provision of rewards. Economic theory finds that whistleblower rewards provide stronger incentives to expose corporate misconduct, but may also induce incentives to delay blowing the whistle or may encourage unsubstantiated reports. Whistleblower protection encourages employees to report corporate misconduct, but may also induce low-quality employees to falsely report wrongdoing in the hope of keeping their jobs. There is evidence that whistleblowing intentions are affected by the whistleblower's morality and working relationships, the corporate culture, the design of a corporate whistleblowing (incentive) system, and the social approval of whistleblowing. Whistleblowers seem to suffer substantially from bullying and other forms of retaliation, inducing psychological and health problems. Whistleblowers are often demoted or dismissed. Taking into account the significant health problems and financial shortfalls following dismissal or salary decreases, legislators would need to pay more attention to effectively preventing retaliation if they were unwilling to offer sufficient rewards. External whistleblowing channels are necessary to effectively combat misconduct on the top management levels.

<sup>189</sup> *Baloria/Marquardt/Wiedman*, Contemporary Accounting Research 2017, Vol. 34 No. 3, 1305–1339.

<sup>190</sup> *Call/Martin/Sharp/Wilde*, Journal of Accounting Research 2018, Vol. 56 No. 1, 123–171.

<sup>191</sup> *Bowen/Call/Rajgopal*, The Accounting Review 2010, Vol. 85, No. 4, 1239–1271.

<sup>192</sup> *Wilde*, The Accounting Review 2017, Vol. 92 No. 5, 247–280.

<sup>193</sup> *Berger/Lee*, Journal of Accounting Research 2022, Vol. 60 No. 4, 1337–1378.

<sup>194</sup> *Kuang/Lee/Qin*, Contemporary Accounting Research 2021, Vol. 38 No. 1, 32–62.

<sup>195</sup> *Johannesen/Stolper*, The Journal of Law and Economics 2021, Vol. 64 No. 4, 821–855.

<sup>196</sup> *Amir/Lazar/Levi*, European Accounting Review 2018, Vol. 27 No. 5, 939–954.

<sup>197</sup> *Amir/Lazar/Levi*, European Accounting Review 2018, Vol. 27 No. 5, 939–954.

<sup>198</sup> *Du/Heo*, Journal of Corporate Finance 2022, Vol. 73.

## Weckruf aus Karlsruhe: Verfassungswidrigkeit der Gefangenenvergütung Zugleich Besprechung von BVerfG, Urt. v. 20.6.2023 – 2 BvR 166/16, 1683/17

von Dr. Mario Bachmann\*

### Abstract

Nach einem ersten Urteil im Jahr 1998 hat das BVerfG nun im Juni dieses Jahres die gesetzlichen Regelungen zum Entgelt für Gefangenenarbeit ein zweites Mal für unvereinbar mit dem Resozialisierungsgebot erklärt. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, warum diese Entscheidung ein dringend notwendiger Weckruf war und setzt sich zugleich mit den zentralen Aspekten des Urteils auseinander.

After a first ruling in 1998, the Bundesverfassungsgericht (BVerfG) has now, for a second time, declared the legal regulations on remuneration for prison labour to be incompatible with the resocialisation requirement. This article shows why this decision was an urgently needed wake-up call and at the same time deals with the essential aspects of the judgement.

### I. Einführung

Am 16.1.2019 nahm der Verfasser als Sachverständiger an der Anhörung durch den Verfassungs- und Rechtsausschuss des Sächsischen Landtages zum Thema „Kriminologische Forschung im Strafvollzug des Freistaates Sachsen – weitere fachliche Qualifizierung der Vollzugsgestaltung“ teil und führte dort in seinem Eingangsstatement u.a. aus:

„Zum Schluss möchte ich noch einen Bereich ansprechen, in dem ebenfalls Diskussionsbedarf besteht. Das ist die Problematik der Gefangenenarbeit und deren Entlohnung. Ich weiß, dass diese Thematik in der Politik nicht so beliebt ist, denn es geht ums Geld. Allerdings möchte ich in Erinnerung rufen, dass beim BVerfG seit einiger Zeit eine Verfassungsbeschwerde gegen die Vergütungsregelung im Bayerischen Strafvollzugsgesetz anhängig ist. Ich selbst hatte 2016 im Rahmen meiner Tätigkeit am BVerfG einen Entscheidungsvorschlag für diese Verfassungsbeschwerde zu erarbeiten, kann aber zu dessen Inhalt nichts sagen – selbst wenn, weiß ich nicht, was aus diesem Vorschlag in den letzten beiden Jahren geworden ist.

Aus meiner Sicht sind unabhängig davon zwei Dinge klar: Sollte das BVerfG wie zuletzt 1998 eine Erhöhung der Vergütung anmahnen, wäre auch Sachsen davon betroffen, denn hierzulande ist kein höheres Entgelt vorgesehen

als in Bayern. Zweitens ist zweifelhaft, ob der dann zu erwartende Verweis darauf, dass es in Sachsen im Unterschied zu Bayern keine Arbeitspflicht mehr gibt, einen Unterschied machen wird. Jedenfalls hat das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 insoweit Zweifel geäußert. In diesem Beschluss ging es um den Wegfall der nichtmonetären Vergütungskomponente in Rheinland-Pfalz, wo die Arbeit wie in Sachsen ebenfalls nicht mehr verpflichtend ist.

Aber unabhängig von verfassungsrechtlichen Fragen, scheint mir ein Blick auf das aktuelle Sächsische Strafvollzugsgesetz Veranlassung genug zu sein, sich einmal mit der Gefangenenvergütung kritisch zu befassen. So heißt es im § 5 des Sächsischen Strafvollzugsgesetzes – ich darf zitieren: ‚Sie‘ – also die Gefangenen – ‚sollen dazu ange-regt und in die Lage versetzt werden, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln, insbesondere eine Schuldenregulierung herbeizuführen.‘ Weiter heißt es: ‚Die Gefangenen sollen angehalten werden, den durch die Straftat verursachten materiellen und immateriellen Schaden wieder-gutzumachen.‘ Bei einem Arbeitslohn von nicht einmal 2 Euro pro Stunde dürfte all das nur schwer zu machen sein.“<sup>1</sup>

Im Rahmen der Befragung der Sachverständigen durch die Mitglieder des Ausschusses merkte der Verfasser anschließend u.a. noch Folgendes an:

„Ich kann noch einmal sagen: Ich weiß nicht, ob man sich vom BVerfG treiben lassen möchte, was die Gefangenenvergütung betrifft. Hier könnte Sachsen schauen, ob man etwas fortschrittlich gestalten kann und nicht wieder dem hinterherhinkt, was das BVerfG möglicherweise [...] sagt.“<sup>2</sup>

Die Mitglieder des Ausschusses hat dies vollkommen ungerührt gelassen. Ihre Reaktion in der Sitzung? Unbeteiligtes Schweigen. Ist dies überraschend? Leider nicht. Niemand an der Stelle des Verfassers hätte wohl ernsthaft erwartet, dass sich der Gesetzgeber enthusiastisch ans Werk begibt und endlich eine Entgeltregelung erarbeitet, die dem Resozialisierungsgebot gerecht wird. Vielleicht hätte man den obigen Appell in manch anderem Bundesland, das sich in der Vergangenheit auf dem Gebiet des Strafvollzuges weit weniger innovativ gezeigt hat als der

\* Dr. Mario Bachmann ist wiss. Mitarbeiter und Habilitand am Institut für Kriminologie der Universität zu Köln.

<sup>1</sup> Stenografisches Wortprotokoll der Anhörung v. 16.1.2019 zur LT-Drs. 6/12961, S. 4 f.

<sup>2</sup> Stenografisches Wortprotokoll der Anhörung v. 16.1.2019 zur LT-Drs. 6/12961, S. 25.

Freistaat Sachsen,<sup>3</sup> sogar von vornherein wegen offenkundiger Aussichtslosigkeit unterlassen.

Dass sich die Begeisterung bei den Abgeordneten in Grenzen hielt, hat natürlich seine Ursachen und zu diesen gehört auch der Umstand, dass es sich bei der Erhöhung der Gefangenenvergütung nicht gerade um eine Thematik handelt, mit der man in der Politik glaubt, bei der Bevölkerung „punkten“ zu können. Eine derartige Fokussierung des Gesetzgebers mag man kritisieren, doch sollte dabei nicht übersehen werden, dass letztlich alle Resozialisierungsbemühungen auf ein günstiges gesamtgesellschaftliches Klima angewiesen sind und es insoweit in der Vergangenheit – etwa in den 1970er-Jahren – gewiss schon deutlich bessere Zeiten gegeben hat.<sup>4</sup>

Die vorstehenden Erwägungen vermögen jedoch nichts daran zu ändern, dass die für den Strafvollzug zuständigen Länder hinsichtlich der Gefangenenvergütung ausnahmslos in einer geradezu unverfrorenen Passivität verharrt sind. Dabei hat es – wie noch zu zeigen sein wird – an Alarmzeichen nicht gemangelt und jedem, der einigermaßen mit der Materie vertraut ist, musste klar sein, dass diese Tatenlosigkeit nicht von Dauer sein kann. Wer ernstlich geglaubt hat, das *BVerfG* würde die Agonie auf dem Gebiet der Entlohnung von Gefangenenarbeit während der vergangenen rund 25 Jahren mit dem Gütesiegel der Verfassungsmäßigkeit versehen, kann sich dem Vorwurf der Realitätsferne nicht entziehen.

## II. Ein Blick zurück: Die Karlsruher Entscheidungen aus den Jahren 1998 und 2001

Um die aktuelle Entscheidung des *BVerfG* vom 20.6.2023 besser einordnen zu können, ist es zunächst notwendig, einen Blick zurück auf die Zeit um die Jahrtausendwende zu werfen, denn das kürzlich ergangene Urteil knüpft daran an. Damals hatten die Karlsruher Richterinnen und Richter die auch heute noch geltenden zentralen Grundsätze zur Gefangenenarbeit und deren Entlohnung aufgestellt:

- Arbeit im Strafvollzug, die dem Gefangenen als Pflichtarbeit zugewiesen wird, ist nur dann ein wirksames Resozialisierungsmittel, wenn sie angemessene Anerkennung findet. Letztere muss nicht notwendig finanzieller Art sein. Sie muss aber geeignet sein, dem Gefangenen den Wert regelmäßiger Arbeit für ein eigenverantwortetes und straffreies Leben in Gestalt eines für ihn greifbaren Vorteils vor Augen zu führen.
- Ein gesetzliches Konzept der Resozialisierung durch Pflichtarbeit, die nur oder hauptsächlich finanziell entgolten wird, kann zur verfassungsrechtlich gebotenen

Resozialisierung nur beitragen, wenn dem Gefangenen durch die Höhe des ihm zukommenden Entgelts in einem Mindestmaß bewusst gemacht werden kann, dass Erwerbsarbeit zur Herstellung der Lebensgrundlage sinnvoll ist.<sup>5</sup>

Vor diesem Hintergrund kam das *BVerfG* seinerzeit zu dem Ergebnis, dass eine Eckvergütung in Höhe von 5 % der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV<sup>6</sup> dem verfassungsrechtlich verankerten Resozialisierungsgebot widerspricht.<sup>7</sup> Konkret erhielt ein Gefangener zum damaligen Zeitpunkt gemäß §§ 43 Abs. 1, 200 Abs. 1 StVollzG a.F. bei einer täglichen Arbeitszeit von durchschnittlich sechs Stunden einen Monatslohn von etwa 200 DM (ca. 1,70 DM je Stunde).<sup>8</sup> Als Konsequenz hieraus hatte das *BVerfG* dem Gesetzgeber aufgegeben, bis spätestens zum 31.12.2000 die Entlohnung der Gefangenenarbeit neu zu regeln. Zugleich ordnete es die Weitergeltung der alten Vorschriften bis zum vorgenannten Zeitpunkt an.<sup>9</sup>

Wenige Tage vor Fristablauf wurde vom Gesetzgeber am 27.12.2000 eine Neuregelung verabschiedet. Danach erhielten die Gefangenen seit dem 1.1.2001 eine Eckvergütung in Höhe von 9 statt zuvor 5 % der Bemessungsgrundlage nach § 18 SGB IV. Auch von der vom *BVerfG* ausdrücklich ins Spiel gebrachten Möglichkeit, nicht-monetäre Formen der Entlohnung einzuführen, wurde Gebrauch gemacht, und zwar in Form einer „good time“-Regelung. So konnten Gefangene gemäß § 43 Abs. 6 und 7 StVollzG a.F. beantragen, einen Werktag von der Arbeit freigestellt oder aus der Haft beurlaubt zu werden, wenn zwei Monate lang zusammenhängend gearbeitet wurde. Alternativ dazu konnte die Freistellung nach § 43 Abs. 9 StVollzG a.F. auf den Entlassungszeitpunkt angerechnet werden.<sup>10</sup>

Schon kurz nach dem Inkrafttreten der Reform musste das *BVerfG* anlässlich einer Verfassungsbeschwerde über deren Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz befinden. Dabei kam der Gesetzgeber knapp mit einem „blauen Auge“ davon, denn die entscheidende Kammer stufte die Neuregelung als „noch“ verfassungsgemäß ein.<sup>11</sup> Bei seinem Beschluss spielte für das *BVerfG* die wirtschaftliche Lage eine durchaus wesentliche Rolle. Letztere könne – so die Kammer – vom Gesetzgeber berücksichtigt werden. Angesichts der strukturell bedingten niedrigen Produktivität der Gefangenenarbeit sowie der weiteren Verschlechterung der Beschäftigungssituation der Inhaftierten in den 1990er-Jahren bestehe nämlich die Gefahr, dass es bei einer weiteren Erhöhung des Entgelts zu einer Gefährdung der Arbeitsplätze in den Haftanstalten komme. Das aber liefe dem Resozialisierungskonzept offenkundig zuwider. Zudem gehe die Erhöhung der monetären Entgeltkompo-

<sup>3</sup> Beispielhaft seien etwa die Konzepte zur Suizidprävention (s. dazu *Meischner-Al-Mousawi*, Forum Strafvollzug 2020, 259 ff.), der vergleichsweise gut aufgestellte Kriminologische Dienst oder die (inzwischen allerdings wieder zurückgenommene) Abschaffung des Arrestes genannt.

<sup>4</sup> Näher hierzu *Bachmann*, Bundesverfassungsgericht und Strafvollzug, 2015, S. 166 ff.

<sup>5</sup> Vgl. hier und zum Vorstehenden BVerfGE 98, 169 – Leitsätze 2a und 2b.

<sup>6</sup> Dahinter verbirgt sich das durchschnittliche Jahreseinkommen eines in die gesetzliche Rentenversicherung einzahlenden Arbeitnehmers. Vgl. BVerfGE 98, 169 (200).

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 98, 169 (214).

<sup>8</sup> Vgl. BVerfGE 98, 169 (215).

<sup>9</sup> Vgl. hier und zum Vorstehenden *Bachmann*, S. 285.

<sup>11</sup> Vgl. *BVerfG*, NSStZ 2003, 109 ff.

nente um immerhin 80 % über einen bloßen Inflationsausgleich hinaus und stelle eine spürbare Verbesserung für die Gefangenen dar. Auch die „good time“-Regelung werde dem Resozialisierungsgebot gerecht, denn die Aussicht, vorzeitig die Freiheit wiederzuerlangen, sei geeignet, die Gefangenen zu regelmäßiger Arbeit zu motivieren. Das *BVerfG* betont aber gleichwohl, dass sich die Neuregelung bezüglich beider Komponenten der Entlohnung an der „äußersten Grenze“ bewege, was verfassungsrechtlich noch zulässig sei, weshalb der Gesetzgeber aufgefordert bleibe, den Bereich der Vergütung von Gefangenearbeit einer steten Prüfung zu unterziehen.<sup>12</sup> In Schrifttum und Praxis wurde diese Entscheidung durchaus kritisiert.<sup>13</sup> Hier wurden schon damals bei einer Spannweite von 10 % bis 40 % im Durchschnitt etwa 20 % der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV für verfassungsrechtlich notwendig erachtet.<sup>14</sup>

### III. Die gegenwärtige Situation – eine kurze Bestandsaufnahme

#### 1. Regelungen zur Gefangenenvergütung

Nachdem die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug durch die Föderalismusreform im Jahr 2006 auf die Länder übergegangen war, änderte sich an der Entgeltregelung im Kern nichts. Die monetäre Komponente wurde ohne Ausnahme aus dem Bundesrecht übernommen. Lediglich im Bereich der nicht monetären Vergütung zeigen sich Unterschiede zwischen den Landesgesetzen. Das wird auch in Bezug auf die beiden Länder, deren Entgeltbestimmungen im Fokus der aktuellen Entscheidung des *BVerfG* stehen, deutlich. Während Bayern auch insoweit die frühere Regelung des Bundes übernommen hat und Gefangenen nach zwei Monaten zusammenhängender Arbeit einen Freistellungstag gewährt, ist Nordrhein-Westfalen etwas großzügiger und vergibt für drei Monate Arbeit zwei Freistellungstage. In Sachsen-Anhalt ist bei fortbestehender Arbeitspflicht sogar überhaupt keine nicht monetäre Entgeltkomponente vorgesehen. Letzteres gilt – bei gleichzeitigem Wegfall des Arbeitszwangs – auch für Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Saarland und Sachsen.

#### 2. Zusätzliche Kostenbelastungen

Größere Veränderungen haben sich aber hinsichtlich zusätzlicher finanzieller Belastungen für Gefangene ergeben. So ist zunächst festzuhalten, dass die Landesgesetze Kostenbeteiligungen vorsehen, die im früheren Bundesrecht nicht enthalten waren. So erlauben Art. 63 Abs. 2, 65, 94 Abs. 2 BayStVollzG sowie §§ 45 Abs. 3, 48, 55 Abs. 3 StVollzG NRW die Beteiligung der Gefangenen an den Kosten für die Krankenbehandlung, medizinische Leistungen und Suchtmitteltests. Ferner ermöglichen Art. 71 Abs. 1 Satz 2, 73 BayStVollzG sowie §§ 51 Abs. 3 und 52 Abs. 4 StVollzG NRW die finanzielle Inanspruch-

nahme Inhaftierter bezüglich der Kosten für Strom und den Betrieb elektronischer Geräte.

Über die erwähnten Kostenbeteiligungen hinaus finden sich in den Landesgesetzen Bestimmungen, die in dieser Form im früheren Bundesrecht nicht enthalten waren und im Ergebnis ebenfalls mit finanziellem Mehraufwand für die Gefangenen einhergehen. Im Einzelnen wird dies in Rn. 176 ff.<sup>15</sup> ausgeführt und betrifft insbesondere die Wiedergutmachung der durch die Straftaten verursachten Schäden, die Erbringung von Unterhaltsleistungen sowie die Schuldenregulierung. Insoweit sehen die einschlägigen Vorschriften zwar keine Verpflichtungen vor. Allerdings sollen die Gefangenen zu entsprechendem Tätigwerden angehalten bzw. unterstützt werden (s. z.B. Art. 5a Abs. 2 S. 2, § 78 BayStVollzG, §§ 4 Abs. 3, 7 Abs. 2 S. 3 StVollzG NRW). Darüber hinaus wird das Entgeltniveau auch durch Regelungen wie § 55 Abs. 3 S. 1 StVollzG MV geschmälert. Nach dieser Bestimmung ist in der niedrigsten Vergütungsstufe ein Entgelt von 60 % der Eckvergütung vorgesehen, während das Minimum nach früherem Bundesrecht bei 75 % lag (s. § 43 Abs. 3 S. 1 StVollzG).<sup>16</sup>

Zu berücksichtigen ist im gegebenen Zusammenhang auch der Verweis des Beschwerdeführers in dem gegen die bayerische Entgeltregelung gerichteten Verfahren, wonach die Preise für den anstaltsinternen Einkauf im Zeitraum von 2001 bis zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde im Jahr 2016 um durchschnittlich etwa 100 % gestiegen seien (Rn. 130). Unabhängig von der konkret angegebenen Höhe der Preissteigerungen, die hier nicht näher nachvollzogen werden kann, handelt es sich um ein wichtiges Vorbringen, das durch die seit 2022 erheblich gestiegene Inflation noch zusätzlich an Bedeutung gewonnen hat. Vollzugspezifische Besonderheiten verschärfen die Situation dabei weiter. Hintergrund sind die Regelungen in Art. 24 Abs. 1 S. 1 BayStVollzG sowie § 17 Abs. 1 S. 1 StVollzG NRW, die festlegen, dass Gefangene nur aus einem von der Anstalt vermittelten Angebot Nahrungs- und Genussmittel sowie Mittel zur Körperpflege kaufen können. Auch der gemäß Art. 25 Abs. 1 BayStVollzG mögliche Sondereinkauf erlaubt den Gefangenen nur – anstelle des nicht (mehr) möglichen Empfangs von Paketen mit Nahrungs- und Genussmitteln (vgl. Art. 36 Abs. 1 S. 3 BayStVollzG) – aus einem durch die Anstalt vermittelten Angebot an entsprechenden Waren zu Weihnachten, Ostern und einem von den Gefangenen zu wählenden weiteren Zeitpunkt einzukaufen. Dies bedeutet, dass den Gefangenen ein Anspruch auf Einkauf zukommt, Auswahl des Kaufmanns und Organisation der Durchführung allerdings im Ermessen der Anstalt stehen.<sup>17</sup> Dabei ist die Vollzugsbehörde verpflichtet, gelegentlich zu überprüfen, ob die Preise der angebotenen Waren angemessen sind, wobei Maßstab nicht Supermärkte sind, sondern der

<sup>12</sup> Hier und zum Vorstehenden *BVerfG*, NStZ 2003, 109 (110 ff.).

<sup>13</sup> Vgl. etwa *Calliess*, NJW 2001, 1692 (1692 f.); *Radtke*, ZfStrVo 2001, 4 (8 ff.).

<sup>14</sup> Vgl. *Lohmann*, NStZ 2003, 111 (112); s. ferner den kurzen Überblick über den Meinungsstand bei *Marisken*, Arbeitspflicht und Arbeitsentlohnung im Strafvollzug, 2023, S. 379 m.w.N.

<sup>15</sup> Die Rn. beziehen sich hier und im Folgenden auf das zu besprechende Urteil des *BVerfG* v. 20.6.2023.

<sup>16</sup> Näher hierzu *Marisken* (Fn. 14), S. 375 ff.

<sup>17</sup> Vgl. nur *Arloth*, StVollzG, 5. Aufl. 2021, § 22 StVollzG-Bund, Rn. 2 m.w.N.

Einzelhandel.<sup>18</sup> Dies und der Umstand, dass der Verkaufsstelle in den Haftanstalten eine monopolartige Stellung zukommt, weil es an dem sonst üblichen freien Wettbewerb fehlt, ist ursächlich dafür, dass die Einkaufspreise im Strafvollzug grundsätzlich höher sind als außerhalb.<sup>19</sup> Besonders deutlich ist dies in der Vergangenheit gerade auch im Bereich der Telefonie geworden. So musste das *BVerfG* im Jahr 2015 darauf hinweisen, dass die Justizvollzugsanstalten im Rahmen des Resozialisierungsgebots die finanziellen Interessen der Gefangenen auch dann zu wahren haben, wenn sie bestimmte Leistungen nicht unmittelbar selbst erbringen, sondern hierfür Private einschalten. In einem solchen Fall müssen die Anstalten sicherstellen, dass der ausgewählte private Anbieter die Leistung zu marktgerechten Preisen erbringt.<sup>20</sup> Hintergrund der Entscheidung war, dass der europäische Marktführer für Telefonanlagen im Justizvollzug seine Dienstleistungen in einer JVA in Sachsen-Anhalt (und auch andernorts) zu Gebühren angeboten hatte, die deutlich über den außerhalb des Vollzugs üblichen Entgelten lagen, ohne dass ökonomische Gesichtspunkte oder Erfordernisse des Strafvollzugs dies notwendig gemacht hatten.<sup>21</sup>

### 3. Wirtschaftliche Rahmenbedingungen

Zu berücksichtigen sind nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Bereits in seinem Beschluss vom März 2002, mit dem das *BVerfG* die Entgelterhöhung von 5 % auf 9 % der Eckvergütung als „noch“ verfassungsgemäß gebilligt hatte, führte die entscheidende Kammer aus:

*„Wegen der weiter verschlechterten Produktivität von Gefangenearbeit, die mit der allgemeinen, von hoher Arbeitslosigkeit und Staatsverschuldung gekennzeichneten wirtschaftlichen Lage am Arbeitsmarkt einhergeht, wird der Abwägungsspielraum des Gesetzgebers eingeschränkt. Angesichts der strukturell bedingten niedrigen Produktivität der Gefangenearbeit sowie der weiteren Verschlechterung der Beschäftigungssituation von Gefangenen in den 90er Jahren besteht die Gefahr, dass bei einer weiteren Erhöhung des Arbeitsentgelts eine Gefährdung der Gefangenearbeitsplätze eintritt [...]. Es droht bei weiter abnehmender Produktivität durch ein Ungleichgewicht von Lohnkosten und Ertrag die Schließung von Anstaltsbetrieben [...]. Dieser Effekt einer Erhöhung der Bezugsgröße liefe dem Resozialisierungskonzept gerade zuwider. Weiterhin darf der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich zulässiger Weise die allgemeinen Bedingungen des Arbeitsmarkts berücksichtigen [...]. Da der*

*durch die Neuregelung erforderlich gewordene Mehraufwand von etwa 70 bis 80 Millionen DM, was einem Mehraufwand der Länderhaushalte für den Aufgabenbereich des Strafvollzugs von gut 2 % entspricht [...], bei hoher Arbeitslosigkeit und Staatsverschuldung bereits eine erhebliche Belastung bedeutet, ist der Gestaltungsraum für weitergehende Maßnahmen des Gesetzgebers beschränkt.“*

Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass sich der Bundesgesetzgeber seinerzeit einer Arbeitslosenquote in der Allgemeinbevölkerung von über 10 % bei weiter steigender Tendenz gegenüber sah (2001: 9,4 %; 2003: 10,5 %; 2005: 11,7 %),<sup>22</sup> während Bayern in den vergangenen Jahren zum Teil Vollbeschäftigung erreicht hat. In Nordrhein-Westfalen ist die Situation am Arbeitsmarkt zwar nicht so gut wie in Bayern, aber ebenfalls deutlich besser als zum Zeitpunkt der letzten Entgelterhöhung für Gefangene im Jahr 2001.<sup>23</sup> Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich der Bundesgesetzgeber zu Beginn des neuen Jahrtausends mit einer insgesamt steigenden Verschuldung seines Haushalts konfrontiert sah, wohingegen der Freistaat Bayern bis Ende 2019 sogar Schulden abbauen konnte und trotz in letzter Zeit wieder steigender Verschuldung im bundesweiten Vergleich immer noch sehr gut aufgestellt ist. Wiederum schlechter stellt sich die Situation in Nordrhein-Westfalen dar, aber auch hier konnten zwischen 2012 und 2018 kontinuierlich Schulden abgebaut werden.<sup>24</sup>

Innerhalb des Strafvollzugs sind jedenfalls für Bayern keine Anzeichen für eine Verschlechterung der Arbeitssituation im Vergleich zu Beginn des Jahrtausends ersichtlich – ganz im Gegenteil: In Beantwortung eines Fragenkatalogs des *BVerfG* in dem der aktuellen Entscheidung zu Grunde liegenden Verfahren teilte das Bayerische Staatsministerium der Justiz mit, dass sich die Beschäftigungsquote seit dem Jahr 2001 zwischen 44 % und 59 % bewegt habe (Rn. 63). Nach den aktuellen Zahlen für 2021 lag sie bei 54,5 %.<sup>25</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Vergleich der Daten aus Bayern nach eigener Aussage des Bundeslandes mit denen anderer Länder aufgrund von Besonderheiten bei der Berechnung nicht ohne Weiteres möglich ist.<sup>26</sup> Für Nordrhein-Westfalen teilte das zuständige Justizministerium im Rahmen der Beantwortung des erwähnten Fragenkatalogs hingegen mit, dass der Anteil der Gefangenen, die mangels Arbeit nicht hätten beschäftigt werden können, von 11,4 % im Jahr 2001 auf 22,10 % im Jahr 2017 gestiegen sei (Rn. 102).

<sup>18</sup> Vgl. nur *Knauer*, in: Feest/Lesting/Lindemann, Strafvollzugs-gesetze, 8. Aufl. (2022), § 53 LandesR Rn. 14 m.w.N.

<sup>19</sup> Vgl. *Köhne*, NStZ 2012, 616 (617).

<sup>20</sup> Vgl. hier und zum Vorstehenden *BVerfG*, BeckRS 2016, 40537.

<sup>21</sup> Vgl. *LG Stendal*, BeckRS 2015, 992.

<sup>22</sup> Vgl. Bundeszentrale für politische Bildung, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/kurz-knapp/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutschland/61718/arbeitslose-und-arbeitslosenquote/> (zuletzt abgerufen am 13.7.2023).

<sup>23</sup> Arbeitslosenquote Juni 2023: 7,2%, vgl. <https://statistik.arbeitsagentur.de/Auswahl/raeumlicher-Geltungsbereich/Politische-Gebietsstruktur/Bundeslaender/Nordrhein-Westfalen.html> (zuletzt abgerufen am 13.7.2023).

<sup>24</sup> Vgl. zum Schuldenstand in den Ländern Statistisches Bundesamt, Fachserie 14 Reihe 5, 2022, S. 28 f.

<sup>25</sup> Vgl. Bayerisches Staatsministerium der Justiz, abrufbar unter: <https://www.justiz.bayern.de/justizvollzug/justizvollzug-in-bayern/behandlung/> (zuletzt abgerufen am 13.7.2023).

<sup>26</sup> Das Bayerische Staatsministerium der Justiz (a.a.O.) weist insoweit auf Folgendes hin: „Bei der Bewertung des Anteils der unbeschäftigten Gefangenen ist zu berücksichtigen, dass der Anteil der nicht zur Arbeit verpflichteten Untersuchungsgefangenen an der Gesamtbelegung bei ca. 26 % liegt. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass Strafgefangene auch aus anderen Gründen als aus Arbeitsmangel unbeschäftigt sein können (z.B. Krankheit, Alter).“

#### 4. Fazit

Bei Gesamtbetrachtung der beschriebenen gegenwärtigen Situation der Regelungen zum Arbeitsentgelt von Gefangenen ergibt sich ein klares Bild: Während die Höhe der Vergütung seit dem 1.1.2001 im Wesentlichen unverändert geblieben ist, haben die finanziellen Belastungen für Gefangene in mehrfacher Hinsicht deutlich zugenommen, und zwar durch gesetzlich festgelegte Kostenbeteiligungen, durch zusätzliche Vorgaben, wofür sie ihr Entgelt verwenden sollen und schließlich durch Preissteigerungen. Damit ist klar, dass die Vergütungsregelung des Jahres 2001, die das *BVerfG* schon seinerzeit nur als „noch“ verfassungsgemäß bewertet hatte, schon lange nicht mehr mit dem Grundgesetz vereinbar ist, weil das damalige Entgeltniveau aufgrund der beschriebenen Kostenbelastungen faktisch schon lange verfehlt wird.<sup>27</sup> Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich auch die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, denen das *BVerfG* bei seiner Entscheidung im Jahr 2002 eine wichtige Bedeutung beigemessen hatten, seither überwiegend verbessert haben, wenngleich deutlich geworden ist, dass die Spielräume für den Freistaat Bayern insoweit größer sind als für Nordrhein-Westfalen.

#### IV. Blick nach vorn: Was zukünftig anders werden muss

##### 1. Inhaltliche Anforderungen an die Regelungen zum Arbeitsentgelt

Weil also – wie gesehen – das im Kern stets unverändert gebliebene Arbeitsentgelt nach der Föderalismusreform auf eine gestiegene Zahl an finanziellen Belastungen gestoßen ist, verwundert es nicht, wenn das *BVerfG* in seiner Entscheidung (Rn. 210) feststellt:

*„Insofern erschließt sich nicht, wie diese Anforderungen von den Gefangenen erfüllt werden sollen, ohne dass ihnen mehr Lohn für die von ihnen geleistete Arbeit zur Verfügung stünde.“*

Angesichts dieser Intransparenz fordert das *BVerfG* in sich stimmige gesetzliche Regelungen, die folgende Gesichtspunkte berücksichtigen (Rn. 167 ff.):

- Bedeutung der Arbeit im Gesamtkontext des Resozialisierungskonzeptes, insbesondere auch im Vergleich zu anderen Behandlungsmaßnahmen.
- Gewichtung des monetären und nicht monetären Teils der Vergütung.
- Festlegung der Bemessungsgrundlage des monetären Teils.
- Gegebenenfalls Bestimmung von verschiedenen Schwierigkeitsgraden der Arbeit sowie Zuordnung verschiedener Vergütungsstufen.
- Benennung der Zwecke, die mit der Vergütung erreicht werden sollen einschließlich einer Gewichtung.

Das *BVerfG* betont zugleich, dass es dem Gesetzgeber unbenommen bleibt, auch weiterhin Kostenbeteiligungen der Gefangenen vorzusehen (Rn. 178 ff.) Insofern hat es gegen keine der bisher erfolgten finanziellen Inanspruchnahmen grundlegende verfassungsrechtliche Bedenken.

##### 2. Evidenzbasiertes Regelungskonzept

Was das Gesetzgebungsverfahren anbelangt betont der entscheidende Senat zwar, dass besondere prozedurale Anforderungen nicht bestehen (Rn. 195). Allerdings verlangt er mit Recht, dass die gesetzlichen Vorgaben für die „Ausgestaltung des Vollzuges“ (also nicht nur diejenigen hinsichtlich der Arbeitsvergütung!) auf sorgfältig ermittelten Annahmen und Prognosen über die Wirksamkeit unterschiedlicher Vollzugsgestaltungen und Behandlungsmaßnahmen beruhen müssen (Rn. 165). Dabei ist der Gesetzgeber verpflichtet, sich sowohl an dem in der Praxis verfügbaren Erfahrungswissen als auch an wissenschaftlichen Erkenntnissen zu orientieren (a.a.O.). Zudem müssen völkerrechtliche Vorgaben und internationale Standards „gebührend berücksichtigt“ werden (Rn. 166).

Im gegebenen Zusammenhang thematisiert das *BVerfG* auch den Kriminologischen Dienst (KrimD), der sowohl in Bayern als auch in Nordrhein-Westfalen eingerichtet ist und der jeweils einen (vollkommen berechtigten) „Rüffel“ aus Karlsruhe erhält. Bezüglich des erstgenannten Bundeslandes führt der Senat aus, dass sich der dortige KrimD nach eigener Aussage mit den relevanten Fragen rund um Gefangenearbeit und deren Vergütung bisher noch nicht schwerpunktmäßig beschäftigt habe. Arbeit sei vielmehr stets als selbstverständliche und wirksame Maßnahme angesehen worden, die traditionsbedingt schon immer Teil des Strafvollzuges gewesen sei (Rn. 216). Etwas zynisch formuliert lautet die „Logik“ dahinter offenbar: Solange etwas nur lange genug gemacht wird, folgt daraus gewissermaßen von selbst, dass es wohl richtig sein muss. Das *BVerfG* hat das – wenig verwunderlich – nicht überzeugt und stellt kurz und knapp fest (Rn. 217):

*„Dies wird der Komplexität der Materie und der Gestaltungsbedürftigkeit des an den Gesetzgeber gerichteten Resozialisierungsgebots in Bezug auf die grundrechtsrelevante Frage der Bedeutung von Arbeit und ihrer Vergütung als Behandlungsmaßnahme nicht gerecht.“*

Keine wesentlich bessere Figur macht der KrimD in Nordrhein-Westfalen. Die Vertreterin dieses Bundeslandes verweist zwar in der mündlichen Verhandlung auf das Projekt EVALiS, in dessen Rahmen etwa 400 Maßnahmen untersucht würden (Rn. 230). Eine nähere Befassung mit den Auswirkungen von Arbeit im Strafvollzug und deren Vergütung sei aber bisher noch nicht erfolgt (Rn. 232). Auch hier stellt das *BVerfG* unmissverständlich klar, dass dies den Anforderungen des Resozialisierungsgebotes nicht gerecht wird (a.a.O.).

Ganz entscheidend und erschwerend kommt hinzu, dass das *BVerfG* schon im Rahmen seines Beschlusses vom 24.3.2002 ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, dass der

<sup>27</sup> Eingehende Kritik auch bei *Marisken* (Fn. 14), S. 380 ff.

Gesetzgeber aufgefordert bleibe, die Entgeltregelung nicht festzuschreiben, sondern einer steten Prüfung zu unterziehen.<sup>28</sup> Es hat daran auch später noch einmal erinnert.<sup>29</sup> Hätte man dies tatsächlich beachtet, wäre ganz zwanglos aufgefallen, dass die mit der Arbeitsvergütung zu verfolgenden Zwecke und die finanziellen Belastungen für die Gefangenen deutlich gestiegen sind, während die Entgelthöhe in den vergangenen beiden Jahrzehnten im Kern unverändert geblieben ist.

Zur (vermeintlichen) Rechtfertigung der Versäumnisse werden zunächst altbekannte Argumente vorgetragen, ohne dass diese mangels aktueller Studien auf einer tragfähigen empirischen Grundlage beruhen. Dazu gehören u.a. die Behauptungen, dass eine Erhöhung der Vergütung zu einem Verlust von Arbeitsplätzen führe oder dass eine immer geringer werdende Produktivität eine Entgelterhöhung nicht zulasse.<sup>30</sup> Zum anderen werden hilflos wirkende Ausflüchte bemüht. Deutlich wird dies etwa an einer Antwort Nordrhein-Westfalens auf den Fragenkatalog des *BVerfG* (Rn. 115):

*„Eine regelmäßige Erhöhung des Arbeitsentgelts erfolge durch die jährliche Anhebung der maßgebenden Rechengrößen nach § 18 SGB IV. Zudem würden die Gefangenen wohlwollend den existierenden Vergütungsgruppen zugeordnet, der überwiegende Teil erhalte mindestens 100 % der Eckvergütung. Vor dem Hintergrund der zusätzlich normierten nicht monetären Vergütungskomponenten sei die Erhöhung des Arbeitsentgelts seit dem Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes NRW nicht für erforderlich und zielführend erachtet worden.“*

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass ein bloßer rechnerischer Automatismus natürlich noch keinerlei Prüfungsvorgang darstellt. Dass der „überwiegende“ Teil der Gefangenen wenigstens 100 % der (verfassungswidrigen) Vergütung erhält, mag ein kleiner Trost sein, zeigt aber zugleich, dass offenbar nicht wenige Gefangene nicht einmal dieses Entgelt erhalten. Sofern mit der „zusätzlich normierten nicht monetären Vergütungskomponente“ der Umstand gemeint sein soll, dass in Nordrhein-Westfalen gegenüber der früheren Bundesregelung pro Jahr zwei Tage mehr Freistellung durch regelmäßige Arbeit erworben werden können, bleibt rätselhaft, wie sich allein aus einer derart geringen Steigerung die Schlussfolgerung ergeben kann, dass eine Erhöhung des Arbeitsentgeltes nicht erforderlich und zielführend sein soll. Das Vorbringen des Beschwerdeführers im gegen Nordrhein-Westfalen gerichteten Verfahren enthält insoweit den beachtenswerten Denkanstoß, dass freie Zeit im Strafvollzug für die Gefangenen so gut wie keinen Wert besitze und auch eine Vorverlegung des Entlassungszeitpunktes ein so geringer Vorteil sei, dass er eine zu geringe monetäre Arbeitsvergütung nicht ausgleichen könne (Rn. 53).<sup>31</sup> Letztlich kann festgehalten werden: Die Länder haben den Prüfauftrag des *BVerfG* nicht ernst genommen und es war nicht zu erwarten, dass die

Karlsruher Richterinnen und Richter dies einfach hinnehmen würden.

### 3. Möglichkeiten zur Umsetzung der verfassungsrechtlichen Anforderungen

Was die erforderliche Neuregelung anbelangt, gibt das *BVerfG* dem Gesetzgeber zwei Jahre Zeit (bis zum 30.6.2025) und betont zudem in inhaltlicher Hinsicht dessen weitgehenden Gestaltungsspielraum. Zugleich wagt es einen Blick über Deutschland hinaus und zeigt Möglichkeiten auf, an denen sich eine Neuregelung orientieren könnte (Rn. 15 ff.). In Betracht kommt dabei natürlich zunächst das Festhalten am bisherigen Prinzip eines Nettobetrages, indem beispielsweise der aktuelle Wert der Eckvergütung in Höhe von 9 % angehoben wird. Möglich wäre aber auch ein Bruttolohnsystem, das sich beispielsweise an einem (tariflichen) Mindestlohn orientiert. Von einer solchen Vergütung könnten dann gesetzlich festzulegende Abschläge vorgenommen werden (z.B. mit Blick auf eine geringere Produktivität sowie anfallende Kosten für Verpflegung und Unterbringung).<sup>32</sup>

Im Ergebnis erscheint eine Neuregelung im Sinne eines Bruttolohnsystems vorzugswürdig. Gerade mit Blick auf den Angleichungsgrundsatz erscheint das bisherige Modell einer Eckvergütung recht technisch und wenig lebensnah. Zugleich schafft ein Bruttolohnsystem mehr Transparenz, und zwar nicht zuletzt für die Gefangenen, die dadurch auch einen klaren Überblick über die mit dem Strafvollzug verbundenen Kosten erhalten.

Unabhängig von der Frage, welches Vergütungsmodell zur Anwendung kommt, muss in jedem Fall geregelt werden, wofür das Arbeitsentgelt verwendet werden soll. Entsprechend der bisherigen Regelungen in § 37 StVollzG NRW und Art. 51 BayStVollzG zum Überbrückungsgeld sollten dabei konkrete Größenordnungen angegeben werden. Damit dies realitätsnah geschehen kann, bedarf es tragfähiger empirischer Erkenntnisse, die jedoch bisher fehlen. Deutlich wird dies z.B., wenn das bayerische Justizministerium in Beantwortung eines verfassungsgerichtlichen Fragenkatalogs ausführt (Rn. 90):

*„Betriebswirtschaftliche Kennzahlen zur Produktivität und Effektivität der Gefangenenarbeit sowie Daten zu Verschuldung, Unterhaltsverpflichtungen oder Wiedergutmachungs- und Schmerzensgeldzahlungen der Strafgefangenen, zu deren Beteiligung an Gesundheitsleistungen, zum Empfang von Sozialleistungen nach der Haftentlassung und ihrer sozialen Absicherung würden statistisch nicht erfasst oder ausgewertet.“*

Die Antwort Nordrhein-Westfalens fiel ähnlich aus (Rn. 124). Das Fehlen derartiger Erkenntnisse führt im Übrigen einmal mehr vor Augen, wie wenig die Länder dem verfassungsgerichtlichen Prüfauftrag in Bezug auf

<sup>28</sup> Vgl. *BVerfG*, NJW 2002, 2023 (2025).

<sup>29</sup> Vgl. *BVerfG*, NStZ 2016, 236 (237).

<sup>30</sup> Ausführlich dazu *Burkhardt*, Forum Strafvollzug 2022, 268 (270).

<sup>31</sup> Näher zur Sichtweise der Gefangenen in Bezug auf die Arbeitsentlohnung *Graebisch*, Forum Strafvollzug 2022, 264 (264 ff.).

<sup>32</sup> Vgl. dazu etwa den Vorschlag von *Jellinek*, Forum Strafvollzug 2022, 272 (274 f.).

die Gefangenearbeit bisher nachgekommen sind.<sup>33</sup>

Hinsichtlich der nun vorzunehmenden Neuregelung ist noch auf einen weiteren Aspekt aufmerksam zu machen. Bei genauem Hinsehen fällt auf, dass das *BVerfG* in dem in Rede stehenden Urteil nicht direkt eine Erhöhung des Arbeitsentgeltes fordert. Es stellt vielmehr nur fest, dass mangels eines in sich stimmigen Gesamtkonzeptes derzeit nicht klar sei, wie die Gefangenen den vielfältigen finanziellen Verpflichtungen, die in den Strafvollzugsgesetzen angelegt sind, ohne höheren Lohn nachkommen sollen (Rn. 210). Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass man auf die Idee kommen könnte, die Bedeutung des Faktors Arbeit und die mit ihr zu erreichenden Zwecke so herabzusetzen, dass sie im Einklang mit der bisherigen Vergütung stehen. Dieser Gedanke spielte im Kreis der Länder, die die Arbeitspflicht abgeschafft haben, durchaus eine Rolle. Ein Blick auf die Gesetzgebungsverfahren zeigt hier, dass vielfach davon ausgegangen wurde, dass die vom *BVerfG* statuierten Anforderungen an eine angemessene Arbeitsentlohnung nur dann von Bedeutung seien, wenn Pflichtarbeit in Rede stehe.<sup>34</sup> Dem treten die Karlsruher Richterinnen und Richter in ihrem jüngst ergangenen Urteil nun mit Recht entgegen und weisen darauf hin, dass die in Rede stehenden Anforderungen an die Vergütung unabhängig davon gelten, ob die Arbeit verpflichtend oder freiwillig ist (Rn. 170). Überraschend ist auch dies nicht, denn bereits im Jahr 2016 hatte ein Kammerbeschluss des *BVerfG* diesen Weg vorgezeichnet.<sup>35</sup> Damit steht also unmissverständlich fest: Die Umgehung der Anforderungen an ein angemessenes Entgelt durch schlichte Abschaffung der Arbeitspflicht ist nicht möglich. Ferner stellt das *BVerfG* klar (Rn. 167):

*„Selbst wenn Arbeit – sei sie nun freiwillig oder als Pflichtarbeit zugewiesen – nicht (mehr) als vorrangige Behandlungsmaßnahme angesehen werden sollte, kommt ihr auch mit Blick auf andere bedeutsame Behandlungsmaßnahmen nach wie vor ein erhebliches Gewicht zu.“*

Dies verdeutlicht, dass der Spielraum für eine Reduzierung der Bedeutung von Arbeit im Resozialisierungskonzept durchaus nicht ohne Grenzen ist. So ist zu berücksichtigen, dass viele Gefangene schon vor ihrer Inhaftierung im schulischen und beruflichen Bereich teils erhebliche Probleme hatten.<sup>36</sup> Dies kann im Rahmen eines sinnvollen Behandlungsvollzuges natürlich nicht unberücksichtigt bleiben. Es kommt hinzu, dass Arbeitsangebote unabhängig von der Behebung etwaiger Defizite im beruflichen Bereich auch deshalb wichtig sind, weil mit ihnen viele weitere positive Aspekte verbunden sind, denen mit Blick auf eine erfolgreiche Wiedereingliederung Bedeutung zukommt: Schaffung eines strukturierten Tagesablaufs, Entgegenwirken von Langeweile, Stärkung

des Selbstvertrauens etc.<sup>37</sup>

Ohnehin greift der Ansatz, sich der Thematik einer angemessenen Vergütung dadurch entziehen zu wollen, dass man der Arbeit keine entscheidende Rolle mehr zubilligt, viel zu kurz. So weist *Marisken* mit Recht darauf hin, dass man in diesem Fall eine Kompensation vorsehen müsste, weil sonst die Gefahr bestünde, dass das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß an Resozialisierung unterschritten wird.<sup>38</sup> Arbeit (einschließlich Bildung) stellt nämlich gegenwärtig die faktisch größte Behandlungsmaßnahme im Strafvollzug dar.<sup>39</sup> Der erwähnte Ausgleich ist freilich in den Gesetzen der Länder, die die Arbeitspflicht abgeschafft haben, nicht vorgesehen. Stattdessen ist Arbeit dort weiterhin als zentrales Resozialisierungsmittel mit zahlreichen Funktionen verankert.

#### 4. Zur Frage der Einbeziehung von Gefangenen in die gesetzliche Rentenversicherung

Mag die in Rede stehende Entscheidung des *BVerfG* im Kern auch äußerst zu begrüßen sein, vermag dies nichts daran zu ändern, dass ihr in einem nicht unwesentlichen Punkt zu widersprechen ist, und zwar hinsichtlich der Frage der Einbeziehung von Gefangenen in die gesetzliche Rentenversicherung. Angesichts der zentralen Bedeutung, die der Altersrente zukommt, erscheint es nicht nachvollziehbar, dass das *BVerfG* auch in der aktuellen Entscheidung wieder betont, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet sei, die Gefangenen in die gesetzliche Rentenversicherung aufzunehmen. Angesichts des von ihm immer wieder – mit Recht – offensiv in den Vordergrund gerückten Resozialisierungsgebotes ist es mehr als befremdlich, wenn der Zweite Senat zwar richtigerweise den engen Zusammenhang zwischen Arbeit und angemessener Vergütung betont, die gesellschaftlich aber ebenso stark verankerte Verbindung zwischen Arbeitstätigkeit und Altersvorsorge hingegen völlig außer Acht lässt.

Mit Recht hat *Rotthaus* schon 1987 darauf hingewiesen, dass sich das Fehlen einer Rentenversicherung als resozialisierungsfeindliche Spätfolge der Freiheitsstrafe auswirkt, weil gerade den langjährig Inhaftierten bei der Rentenberechnung später „die Jahre fehlen“.<sup>40</sup> *Lohmann* hingegen hält die Einbeziehung der Gefangenen in die Rentenversicherung zwar aus rechtspolitischen Gründen für sinnvoll und fordert sie „mit Nachdruck“, aus dem Resozialisierungsgebot ergebe sich aber keine entsprechende Pflicht.<sup>41</sup> Im Rahmen seiner Begründung rekurriert er aber im Grunde nur auf das Sozialstaatsprinzip, dessen Inhalt und Grenzen es zunächst zu umreißen gelte.<sup>42</sup> Dabei stellt er fest, dass sich aus vorgenanntem Grundsatz lediglich die staatliche Verpflichtung ergebe, die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein zu schaffen,

<sup>33</sup> Ausführlich zum Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse zum Themenfeld Gefangenearbeit und Resozialisierung, *Bliesener*, Forum Strafvollzug 2022, 254 ff.; s. auch *Graebisch*, Forum Strafvollzug 2022, 264 (266), die den Forschungsstand als „nachgerade peinlich“ bezeichnet; ferner *Drenkhahn*, Forum Strafvollzug 2022, 276 (278 ff.).

<sup>34</sup> Näher hierzu *Marisken* (Fn. 14), S. 392 ff. (auch mit Nachweisen aus den Gesetzgebungsverfahren).

<sup>35</sup> Vgl. *BVerfG*, NSTZ 2016, 236 (237).

<sup>36</sup> Vgl. *Jehle*, Forum Strafvollzug 2022, 259 (260).

<sup>37</sup> Näher hierzu *Drenkhahn*, Forum Strafvollzug 2022, 276 (276 f.).

<sup>38</sup> Hier und im Folgenden *Marisken* (Fn. 14), S. 397 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Drenkhahn*, Forum Strafvollzug 2022, 276 (276).

<sup>40</sup> Vgl. *Rotthaus*, NSTZ 1987, 1 (4); hier und im Folgenden auch bereits *Bachmann* (Fn. 4), S. 298.

<sup>41</sup> Vgl. *Lohmann*, Arbeit und Arbeitsentlohnung des Strafgefangenen, 2002, S. 161.

<sup>42</sup> Vgl. *Lohmann* a.a.O., S. 158 f.

was vor allem durch die Gewährung von Sozialhilfe geschehe.<sup>43</sup> Da eine solche Grundsicherung in jedem Fall auch dem Gefangenen zukommt, der keinen Anspruch auf eine Altersrente hat, ist dem Sozialstaatsprinzip in der Tat auch ohne Einbeziehung der Inhaftierten in die Rentenversicherung Genüge getan.<sup>44</sup> Bei dieser Argumentation wird jedoch übersehen, dass man das Sozialstaatsprinzip nicht mit dem Resozialisierungsgebot gleichsetzen kann. Letzteres weist nämlich nicht nur eine gesellschaftliche, sondern auch eine persönlichkeitsbezogene Komponente auf. Deshalb ist es zutreffend, wenn das *BVerfG* in seinem Urteil ausführt, dass die Höhe der Entlohnung geeignet sein müsse, dem Gefangenen bewusst zu machen, dass Erwerbsarbeit zur Herstellung einer Lebensgrundlage sinnvoll sei (Rn. 184).<sup>45</sup> Hierzulande dient Berufstätigkeit traditionell aber in zweifacher Hinsicht der Schaffung einer „Lebensgrundlage“, und zwar zum einen gegenwartsbezogen und zum anderen – mit Blick auf die Altersvorsorge – eben auch zukunftsgerichtet. Vor dem Hintergrund der fehlenden Einbeziehung in die Rentenversicherung kann ein Gefangener aber allenfalls den Eindruck bekommen, dass sich Arbeit zur Sicherung des aktuellen Lebensbedarfs lohnt. Hinsichtlich des späteren Ruhestands wird eine solche Überzeugung hingegen nicht entstehen. Sinnvoll kann daher nur eine Interpretation des Resozialisierungsgebotes sein, die nicht auf halbem Wege stehen bleibt und lediglich eine von zwei Funktionen der Erwerbsarbeit in den Blick nimmt, die andere – alterssichernde – aber völlig ausblendet. Mit anderen Worten: Wenn dem Gefangenen aufgezeigt werden soll, dass regelmäßige Arbeit für die Schaffung einer Lebensgrundlage notwendig ist und letztere nach dem gesellschaftlichen Verständnis die Vorsorge für das Alter mit umfasst, muss auch insoweit ein gewisser Anreiz geschaffen werden. In die hier vertretene Richtung weisen nicht zuletzt

auch die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 2020. Dort heißt es in Nr. 26.17: „Arbeitende Gefangene sind so weit wie möglich in das staatliche Sozialversicherungssystem einzubeziehen.“

## V. Ein Plädoyer zum Schluss

Während der vergangenen 25 Jahre sind auf dem Gebiet des Strafvollzuges zwar tausende Kammerbeschlüsse des *BVerfG* ergangen, aber nur zwei Senatsentscheidungen. Alle beide betrafen die Gefangenenvergütung und forderten eine mit dem Resozialisierungsgebot im Einklang stehende Neuregelung. Das ist bezeichnend und sollte den für den Strafvollzug zuständigen Ländern Anlass genug sein, diesmal einen großen Wurf und nicht erneut den kleinsten gemeinsamen Nenner zu suchen. Auch wenn sich das Urteil vom 20.6.2023 unmittelbar nur auf Bayern und Nordrhein-Westfalen bezieht, besteht in allen anderen Ländern in gleicher Weise Handlungsbedarf. Statt wie nach dem ersten Urteil im Jahr 1998 die Eckvergütung nur um ein paar wenige Prozentpunkte anzuheben und eine „good-time-Regelung“ in homöopathischer Dosis zu implementieren, sollte eine Neuregelung auf Basis eines Bruttolohnmodells wie in anderen europäischen Staaten angestrebt werden. Zugleich muss eine solide empirische Tatsachengrundlage geschaffen und dem Umstand Rechnung getragen werden, dass eine innerhalb der nächsten zwei Jahre geschaffene Neuregelung danach gewissenhaft in regelmäßigen Abständen evaluiert und gegebenenfalls nachgebessert werden muss. Hier kommt den Kriminologischen Diensten eine wichtige Rolle zu,<sup>46</sup> aber auch externer Strafvollzugsforschung, deren Tätigkeit allerdings mitunter durch mangelnde Unterstützung seitens der Vollzugspraxis und der dahinterstehenden Ministerien erschwert wird.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Vgl. Lohmann a.a.O., S. 159.

<sup>44</sup> Vgl. Steiner, Der Strafgefangene im System der gesetzlichen Sozialversicherung, 2006, S. 137 f.

<sup>45</sup> So auch bereits BVerfGE 98, 169 (202 f.).

<sup>46</sup> Vgl. Jehle, Forum Strafvollzug 2022, 259 (261).

<sup>47</sup> Ausführlich dazu Bäumer/Schmitz/Neubacher, NK 2018, 210 ff.

## ENTSCHEIDUNGEN

### Regelungen zur Gefangenenvergütung in Bayern und Nordrhein-Westfalen verfassungswidrig

*BVerfG, Urt. v. 20. Juni 2023 – 2 BvR 166/16 und 2 BvR 1683/17*

#### Amtliche Leitsätze:

**1. Das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebot aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber dazu, ein umfassendes, wirksames und in sich schlüssiges, am Stand der Wissenschaft ausgerichteter Resozialisierungskonzept zu entwickeln sowie die von ihm zu bestimmenden wesentlichen Regelungen des Strafvollzugs darauf aufzubauen.**

**2. Das Gesamtkonzept muss zur Erreichung des von Verfassungen wegen vorgegebenen Resozialisierungsziels aus dem Gesetz selbst erkennbar sein. Der Gesetzgeber muss die Zwecke, die im Rahmen seines Resozialisierungskonzepts mit der (Gesamt-)Vergütung der Gefangenenarbeit und insbesondere dem monetären Vergütungsteil erreicht werden sollen, im Gesetz benennen und widerspruchsfrei aufeinander abstimmen.**

**3. Der Gesetzgeber ist nicht auf ein bestimmtes Regelungskonzept festgelegt; vielmehr ist ihm ein weiterer Gestaltungsraum eröffnet. Die gesetzlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des Vollzugs müssen auf sorgfältig ermittelten Annahmen und Prognosen beruhen, und die Wirksamkeit der Vollzugsgestaltungen und Behandlungsmaßnahmen muss regelmäßig wissenschaftlich begleitet und evaluiert werden.**

**4. Hat der Gesetzgeber ein Resozialisierungskonzept festgeschrieben und entschieden, welchen Zwecken die Gefangenenarbeit und deren Vergütung dienen sollen, müssen Ausgestaltung und Höhe der Vergütung so bemessen sein, dass die in dem Konzept festgeschriebenen Zwecke auch tatsächlich erreicht werden können. Die Angemessenheit der Vergütungshöhe ist an den mit dem Resozialisierungskonzept verfolgten Zwecken zu messen.**

**5. Bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung, Abwägung und Gewichtung der verschiedenen Gesichtspunkte steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Das Bundesverfassungsgericht nimmt die verfassungsrechtliche Überprüfung des Konzepts im Rahmen einer Vertretbarkeitskontrolle vor.**

#### Gründe:

<sup>1</sup> Die Verfassungsbeschwerden betreffen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gesetzlich festgelegte Höhe der Vergütung, die Gefangene im Strafvollzug für dort erbrachte Arbeitsleistungen erhalten. In Frage steht die Verfassungsmäßigkeit der Vergütungsregelungen im Freistaat Bayern (2 BvR 166/16) nach Art. 46 des Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Jugendstrafe vom 10.12.2007 (Bayerisches Strafvollzugsgesetz – BayStVollzG) und im Land Nordrhein-Westfalen (2 BvR 1683/17) nach den §§ 32 und 34 des Gesetzes zur Regelung des Vollzuges der Freiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen vom 13.1.2015 (Strafvollzugsgesetz Nordrhein-Westfalen).

A.

I.

<sup>2</sup> 1. Vor dem Urteil des Zweiten Senats vom 1.7.1998 zu der Vergütung von Gefangenenarbeit (BVerfGE 98, 169 ff.) legten § 43 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 200 Abs. 1 des Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz – StVollzG) vom 16.3.1976 (BGBl. I S. 581, berichtigte Fassung S. 2088, und BGBl. I 1977, S. 436) eine Bemessung des Arbeitsentgelts von 5 % der Bezugsgröße nach § 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) fest. Zusätzlich sah § 42 StVollzG eine Freistellung von achtzehn Werktagen für die Ausübung von einem Jahr zugewiesener Tätigkeit vor.

<sup>3</sup> § 200 Abs. 1 StVollzG a.F. nahm, indem er auf § 18 SGB IV verwies, auf das durchschnittliche Arbeitsentgelt aller Versicherten der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten ohne Auszubildende des vorvergangenen Kalenderjahres Bezug. Die Eckvergütung der Gefangenenarbeit in Höhe von 5 % dieser Bezugsgröße sollte nach den Reformvorstellungen des Gesetzgebers im Zeitraum von 1977 bis 1986 stufenweise auf 40 % angehoben werden. Schon der damalige Regierungsentwurf sah in der Gewährung des Arbeitsentgelts ein wesentliches Mittel der Resozialisierung. Das Arbeitsentgelt führe dem Gefangenen die Früchte seiner Arbeit vor Augen und diene zugleich seiner Eingliederung, indem es ihm ermögliche, zum Lebensunterhalt seiner Angehörigen beizutragen, einen Tatschaden wiedergutzumachen und Ersparnisse für den Übergang in das Leben nach der Entlassung zurückzulegen (BT-Drs. 7/918, S. 67; vgl. BVerfGE 98, 169 [174 f.]).

- <sup>4</sup> Die Anhebung auf 40 % der Bezugsgröße wurde in der Folgezeit nicht umgesetzt. Die Bemessungsgrundlage des Arbeitsentgelts betrug weiterhin 5 % der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV. Diese lag für das Jahr 1997 bei 51.240 DM. Die Eckvergütung für Gefangenenarbeit betrug im Jahre 1997 monatlich 213,50 DM, da entgegen der gesetzlichen Festlegung in § 200 Abs. 2 StVollzG a.F. über eine Erhöhung der Vergütung nicht befunden worden war. Allerdings wurde von der in § 43 Abs. 2 StVollzG a.F. vorgesehenen Möglichkeit einer Differenzierung des Arbeitsentgelts Gebrauch gemacht. Die Strafvollzugsvergütungsverordnung (StVollzVergO; BGBl. I 1997, S. 57) sah eine je nach Arbeitsart und individueller Arbeitsleistung gestufte Entlohnung (fünf Vergütungsstufen zwischen 75 % und 125 % der Eckvergütung, deren mittlere 100 % der Eckvergütung entspricht) vor; ferner regelte sie Lohnzulagen, etwa wegen erschwerten Arbeitsumstände oder aufgrund besonderer individueller Leistungen.
- <sup>5</sup> 2. Nachdem das *BVerfG* mit Urt. v. 1.7.1998 die Vergütungshöhe von 5 % der Bezugsgröße gemäß § 200 Abs. 1 StVollzG a.F. für mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Resozialisierung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG nicht vereinbar erklärt hatte (BVerfGE 98, 169 ff.), trat durch das Fünfte Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes vom 27. Dezember 2000 (BGBl. I S. 2043) zum 1. Januar 2001 die Neuregelung der §§ 43 und 200 StVollzG in Kraft. Diese sah im Wesentlichen vor, dass die Pflichtarbeit der Strafgefangenen durch ein Arbeitsentgelt in Höhe von 9 % der Bezugsgröße und durch eine zusätzliche Freistellung von der Arbeit im Umfang von einem Tag für zwei Monate zusammenhängend ausgeübter Tätigkeit entlohnt wurde.
- <sup>6</sup> In einer hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerde trug der dortige Beschwerdeführer vor, Gefangenenarbeit werde noch immer nicht angemessen entlohnt. 5 % der Bezugsgröße seien 1977 als Basiswert für die Anfangszeit des Strafvollzugsgesetzes eingeführt worden und hätten bis 1986 in Stufen auf 40 % angehoben werden sollen. Die Erhöhung auf 9 % in der Neufassung des § 200 StVollzG bleibe dahinter deutlich zurück und sei unangemessen (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 27 ff.).
- <sup>7</sup> Die 3. Kammer des Zweiten Senats nahm die Verfassungsbeschwerde mit begründetem Beschluss vom 24.3.2002 nicht zur Entscheidung an. Die mittelbar angegriffenen §§ 43 und 200 StVollzG seien unter Zugrundelegung der vom Senat aufgestellten Maßstäbe „noch verfassungsgemäß“ (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 30, 46).
- <sup>8</sup> 3. Im Zuge der Föderalismusreform I wurde mit Gesetz vom 28. August 2006 (BGBl. I, S. 2034) die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug auf die Länder übertragen. Alle Länder haben seither eigene Strafvollzugsgesetze erlassen, wobei die meisten von ihnen an der Pflichtarbeit und den Vergütungsregelungen des Strafvollzugsgesetzes weitgehend festgehalten haben. Dies gilt insbesondere für die Höhe der Bemessungsgrundlage.
- <sup>9</sup> a) Das Bayerische Strafvollzugsgesetz vom 10.12.2007 (GVBl. S. 866, am 1.1.2008 in Kraft getreten) enthält in Art. 46 BayStVollzG eine Vergütungsregelung, die der bundesrechtlichen Vergütungsregelung entspricht. Diese mit der Verfassungsbeschwerde 2 BvR 166/16 mittelbar angegriffene Norm trat in ihrer aktuellen Fassung vom 22.5.2013 (GVBl. S. 275) zum 1.6.2013 in Kraft und lautet:
- (1) Die Arbeit der Gefangenen wird anerkannt durch Arbeitsentgelt und eine Freistellung von der Arbeit, die auch als Urlaub aus der Haft (Arbeitsurlaub) genutzt oder auf den Entlassungszeitpunkt angerechnet werden kann.
- (2) Üben Gefangene eine zugewiesene Arbeit oder eine Hilfstätigkeit nach Art. 43 S. 2 aus, so erhalten sie ein Arbeitsentgelt. Der Bemessung des Arbeitsentgelts sind 9 v.H. der Bezugsgröße nach § 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) zugrunde zu legen (Eckvergütung). Ein Tagessatz ist der zweihundertfünfzigste Teil der Eckvergütung; das Arbeitsentgelt wird nach einem Stundensatz bemessen.
- (3) Das Arbeitsentgelt kann je nach Leistung der Gefangenen und der Art der Arbeit gestuft werden. 75 v.H. der Eckvergütung dürfen nur dann unterschritten werden, wenn die Arbeitsleistungen der Gefangenen den Mindestanforderungen nicht genügen.
- (4) Üben Gefangene eine zugewiesene arbeitstherapeutische Beschäftigung aus, erhalten sie ein Arbeitsentgelt, soweit dies der Art ihrer Beschäftigung und ihrer Arbeitsleistung entspricht.
- (5) Das Arbeitsentgelt ist den Gefangenen schriftlich bekannt zu geben.
- (6) Haben die Gefangenen zwei Monate lang zusammenhängend eine Beschäftigung nach Art. 39 oder eine Hilfstätigkeit nach Art. 43 S. 2 ausgeübt, so werden sie auf ihren Antrag hin einen Werktag von der Arbeit freigestellt. Die Regelung des Art. 45 bleibt unberührt. Durch Zeiten, in denen die Gefangenen ohne Verschulden durch Krankheit, Ausföhrung, Ausgang, Urlaub aus der Haft, Freistellung von der Arbeitspflicht oder sonstige nicht von ihnen zu vertretende Gründe an der Arbeitsleistung gehindert sind, wird die Frist nach Satz 1 gehemmt. Beschäftigungszeiträume von weniger als zwei Monaten bleiben unberücksichtigt.
- (7) Die Gefangenen können beantragen, dass die Freistellung nach Abs. 6 in Form von Arbeitsurlaub gewährt wird. Art. 13 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2, 3 und 5, Art. 15 und 16 gelten entsprechend.
- (8) Art. 45 Abs. 3 gilt entsprechend.
- (9) Nehmen die Gefangenen nicht innerhalb eines Jahres nach Vorliegen der Voraussetzungen die Freistellung nach Abs. 6 S. 1 oder Abs. 7 S. 1 in Anspruch oder kann die Freistellung nach Maßgabe der Regelung des Abs. 7 S. 2 nicht gewährt werden, so wird die Freistellung nach

Abs. 6 S. 1 von der Anstalt auf den Entlassungszeitpunkt angerechnet.

(10) Eine Anrechnung nach Abs. 9 ist ausgeschlossen,

1. soweit eine lebenslange Freiheitsstrafe verbüßt wird und ein Entlassungszeitpunkt noch nicht bestimmt ist,

2. bei einer Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung, soweit wegen des von der Entscheidung des Gerichts bis zur Entlassung verbleibenden Zeitraums eine Anrechnung nicht mehr möglich ist,

3. wenn dies vom Gericht angeordnet wird, weil bei einer Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung die Lebensverhältnisse des oder der Gefangenen oder die Wirkungen, die von der Aussetzung für ihn oder sie zu erwarten sind, die Vollstreckung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfordern,

4. wenn nach § 456a Abs. 1 StPO von der Vollstreckung abgesehen wird,

5. wenn der oder die Gefangene im Gnadenweg aus der Haft entlassen wird.

(11) Soweit eine Anrechnung nach Abs. 10 ausgeschlossen ist, erhalten die Gefangenen bei Entlassung für ihre Tätigkeit nach Abs. 2 als Ausgleichsentschädigung zusätzlich 15 v.H. des ihnen nach den Abs. 2 und 3 gewährten Entgelts oder der ihnen nach Art. 47 gewährten Ausbildungsbeihilfe. Der Anspruch entsteht erst mit der Entlassung. Gefangenen, bei denen eine Anrechnung nach Abs. 10 Nr. 1 ausgeschlossen ist, wird die Ausgleichszahlung bereits nach Verbüßung von jeweils zehn Jahren der lebenslangen Freiheitsstrafe zum Eigengeld (Art. 52) gutgeschrieben, soweit sie nicht vor diesem Zeitpunkt entlassen werden; § 57 Abs. 4 StGB gilt entsprechend.

<sup>10</sup> b) Der mit der Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1683/17 mittelbar angegriffene § 32 StVollzG NRW in der Fassung vom 13.1.2015, gültig v. 27.1.2015 bis zum 31.8.2017 (GV NRW S. 76), der den angegriffenen Beschlüssen zugrunde liegt, lautete:

(1) Gefangene, die eine zugewiesene Arbeit oder eine Hilfstätigkeit nach § 29 Abs.3 ausüben, erhalten ein Arbeitsentgelt, welches auf Grundlage von neun Prozent der Bezugsgröße nach § 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.11.2009 (BGBl. I, S. 3710, 3973; 2011 I, S. 363) in der jeweils geltenden Fassung bemessen wird (Eckvergütung). Ein Tagessatz ist der zweihundertfünfzigste Teil der Eckvergütung.

(2) Gefangenen, die während der Arbeitszeit ganz oder teilweise an einer schulischen oder beruflichen Orientierungs-, Aus- und Weiterbildungsmaßnahme teilnehmen, wird Ausbildungsbeihilfe gewährt, soweit ihnen keine

Leistungen zum Lebensunterhalt zustehen, die nicht inhaftierten Personen aus solchem Anlass gewährt werden. Für die Bemessung der Ausbildungsbeihilfe gilt Abs. 1 entsprechend.

(3) Arbeitsentgelt und Ausbildungsbeihilfe können je nach Leistung der Gefangenen und der Art der Tätigkeit gestuft werden. 75 Prozent der Eckvergütung dürfen nur unterschritten werden, wenn die Leistungen Gefangener den Mindestanforderungen nicht genügen. Das Justizministerium wird ermächtigt, eine Rechtsverordnung über die Vergütungsstufen zu erlassen.

(4) Gefangene, die an einer arbeitstherapeutischen Maßnahme teilnehmen, erhalten ein Arbeitsentgelt, soweit dies der Art ihrer Tätigkeit und ihrer Arbeitsleistung entspricht.

(5) Soweit Beiträge zur Bundesagentur für Arbeit zu entrichten sind, soll von der Vergütung ein Betrag einbehalten werden, der dem Anteil der Gefangenen an dem Beitrag entsprechen würde, wenn sie diese Vergütung als Arbeitnehmer erhielten.

(6) Die Höhe der Vergütung ist den Gefangenen schriftlich bekannt zu geben.

<sup>11</sup> Zudem wurde ergänzend eine Anerkennung der Arbeit in § 34 StVollzG NRW geregelt, der in der Fassung vom 13. Januar 2015 lautete:

(1) Als zusätzliche Anerkennung neben der Vergütung nach § 32 und der Freistellung nach § 33 erhalten Gefangene auf Antrag für drei Monate zusammenhängender Ausübung einer Arbeit oder einer Hilfstätigkeit unter Fortzahlung der Vergütung zwei Tage

1. Freistellung von der Arbeitspflicht oder

2. Langzeitausgang, soweit dessen Voraussetzungen vorliegen.

Stellen Gefangene keinen Antrag oder kann Langzeitausgang nicht gewährt werden, wird der Entlassungszeitpunkt vorverlegt. Dies gilt auch, wenn Gefangene die Freistellung nach S. 1 Nr. 1 nicht innerhalb eines Jahres nach Vorliegen der Voraussetzungen in Anspruch nehmen. Durch Zeiten, in denen Gefangene ohne ihr Verschulden an der Erfüllung ihrer Arbeitspflicht gehindert sind, wird die Frist nach Satz 1 gehemmt. Beschäftigungszeiträume von unter drei Monaten bleiben unberücksichtigt. Langzeitausgang nach S. 1 Nr. 2 wird nicht auf die Höchstdauer des Langzeitausgangs nach § 54 Absatz 1 Satz 1 angerechnet.

(2) Eine Vorverlegung des Entlassungszeitpunktes ist ausgeschlossen,

1. soweit ein Entlassungszeitpunkt auf Grund der Art der Strafe noch nicht bestimmt ist,

2. soweit bei einer Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung wegen des von der Entscheidung des Gerichts bis zur Entlassung verbleibenden Zeitraums eine Anrechnung nicht mehr möglich ist,

3. wenn dies vom Gericht angeordnet wird, weil bei einer Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung die Lebensverhältnisse der Gefangenen oder die Wirkungen, die von der Aussetzung für sie zu erwarten sind, die Vollstreckung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfordern,

4. wenn nach § 456a Abs. 1 der Strafprozessordnung von der Vollstreckung abgesehen wird oder

5. wenn Gefangene im Gnadenwege aus der Haft entlassen werden.

(3) Soweit eine Vorverlegung des Entlassungszeitpunktes nach Absatz 2 ausgeschlossen ist, erhalten Gefangene bei ihrer Entlassung für ihre Tätigkeit nach Abs. 1 eine Ausgleichsentschädigung von zusätzlich 15 Prozent der ihnen nach § 32 gewährten Vergütung. § 33 Abs. 4 gilt entsprechend. Der Anspruch entsteht erst mit der Entlassung. Vor der Entlassung ist der Anspruch nicht verzinslich. Gefangenen, bei denen eine Vorverlegung nach Abs. 2 Nr. 1 ausgeschlossen ist, wird die Ausgleichszahlung bereits nach Verbüßung von zehn Jahren zum Eigengeld (§ 38) gutgeschrieben, soweit sie nicht vor diesem Zeitpunkt entlassen werden. § 57 Abs. 4 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend.

(4) Für Gefangene, die an Bildungsmaßnahmen nach § 32 Abs. 2 teilnehmen, gelten die Abs. 1 bis 3 entsprechend.

<sup>12</sup> §§ 32 und 34 StVollzG NRW sind als Art. 1 des Gesetzes zur Regelung des Vollzuges der Freiheitsstrafe und zur Änderung des Jugendstrafvollzugsgesetzes in Nordrhein-Westfalen v. 13.1.2015 (GV NRW S. 76) i.d.F. v. 13.4.2022 am 28.4.2022 in Kraft getreten. § 32 StVollzG NRW lautet nunmehr (Hervorhebung der Änderungen nur hier):

(1) Gefangene, die eine zugewiesene Beschäftigung oder eine Hilfstätigkeit nach § 29 Abs. 3 ausüben, erhalten Arbeitsentgelt oder Ausbildungsbeihilfe (Vergütung), welche auf Grundlage von neun Prozent der Bezugsgröße nach § 18 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. November 2009 (BGBl. I S. 3710, 3973; 2011 I S. 363) in der jeweils geltenden Fassung bemessen werden (Eckvergütung). Ein Tagessatz ist der zweihundertfünfzigste Teil der Eckvergütung.

(2) Ausbildungsbeihilfe wird nur gewährt, soweit den an einer schulischen oder beruflichen Orientierungs-, Aus- und Weiterbildungsmaßnahme teilnehmenden Gefangenen keine Leistungen zum Lebensunterhalt zustehen, die nicht inhaftierten Personen aus solchem Anlass gewährt werden.

(3) Gefangene, die an einer arbeitstherapeutischen Maßnahme teilnehmen oder eine sonstige Tätigkeit ausüben, erhalten ein Arbeitsentgelt, soweit dies der Art ihrer Tätigkeit und ihrer Arbeitsleistung entspricht.

(4) Die Vergütung kann je nach Leistung der Gefangenen und der Art der Tätigkeit gestuft werden. 75 Prozent der Eckvergütung dürfen nur unterschritten werden, wenn die Leistungen Gefangener den Mindestanforderungen nicht genügen. Das für Justiz zuständige Ministerium wird ermächtigt, zur Umsetzung der Vorschriften über die Vergütung eine Rechtsverordnung über die Bemessung des Arbeitsentgeltes, die Ausbildungsbeihilfe, die anrechenbaren Arbeitszeiten, die Zeiteinheiten in Stunden oder Minuten, die Entgeltart als Zeit- oder Leistungsentgelt, die Vergütungsstufen und die Gewährung von Zulagen zu erlassen.

(5) Soweit Beiträge zur Bundesagentur für Arbeit zu entrichten sind, soll von der Vergütung ein Betrag einbehalten werden, der dem Anteil einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers entspricht. Nehmen Gefangene an arbeitstherapeutischen Maßnahmen teil, wird der Beitrag von ihnen erst ab dem Zeitpunkt des Eintritts in die Werkphase einbehalten. Üben sie eine sonstige Tätigkeit aus, wird kein Betrag einbehalten.

(6) Die Höhe der Vergütung ist den Gefangenen schriftlich bekannt zu geben.

<sup>13</sup> § 34 StVollzG NRW lautet nunmehr (Hervorhebung der Änderungen nur hier):

(1) Als zusätzliche Anerkennung neben der Vergütung nach § 32 und der Freistellung nach § 33 erhalten Gefangene auf Antrag für drei Monate zusammenhängender Ausübung einer Arbeit oder einer Hilfstätigkeit unter Fortzahlung der Vergütung zwei Tage

1. Freistellung oder

2. Langzeitausgang, soweit dessen Voraussetzungen vorliegen.

Stellen Gefangene keinen Antrag oder kann Langzeitausgang nicht gewährt werden, wird der Entlassungszeitpunkt vorverlegt. Dies gilt auch, wenn Gefangene die Freistellung nach Satz 1 Nummer 1 nicht innerhalb eines Jahres nach Vorliegen der Voraussetzungen in Anspruch nehmen. Durch Zeiten, in denen Gefangene ohne ihr Verschulden an der Erfüllung ihrer Verpflichtung, eine zugewiesene Beschäftigung auszuüben, gehindert sind, wird die Frist nach Satz 1 gehemmt. Beschäftigungszeiträume von unter drei Monaten bleiben unberücksichtigt. Langzeitausgang nach Satz 1 Nummer 2 wird nicht auf die Höchstdauer des Langzeitausgangs nach § 54 Absatz 1 Satz 1 angerechnet.

(2) Eine Vorverlegung des Entlassungszeitpunktes ist ausgeschlossen,

1. soweit ein Entlassungszeitpunkt auf Grund der Art der

Strafe noch nicht bestimmt ist,

2. soweit bei einer Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung wegen des von der Entscheidung des Gerichts bis zur Entlassung verbleibenden Zeitraums eine Anrechnung nicht mehr möglich ist,

3. wenn dies vom Gericht angeordnet wird, weil bei einer Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe zur Bewährung die Lebensverhältnisse der Gefangenen oder die Wirkungen, die von der Aussetzung für sie zu erwarten sind, die Vollstreckung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfordern,

4. wenn nach § 456a Abs. 1 der Strafprozessordnung von der Vollstreckung abgesehen wird,

5. wenn Gefangene im Gnadenwege aus der Haft entlassen werden oder

6. wenn nach Übertragung der Vollstreckung der Freiheitsstrafe auf einen anderen Staat die Überstellung ins Ausland erfolgt ist.

(3) Soweit eine Vorverlegung des Entlassungszeitpunktes nach Abs. 2 ausgeschlossen ist, erhalten Gefangene bei ihrer Entlassung zusätzlich eine Ausgleichsentschädigung in Höhe von 15 Prozent der Bezüge, die sie für die geleistete Tätigkeit, die Grundlage für die Gewährung der Freistellungstage nach Abs. 1 gewesen ist, erhalten haben. Der Anspruch entsteht erst mit der Entlassung. Vor der Entlassung ist der Anspruch nicht verzinslich. Gefangenen, bei denen eine Vorverlegung nach Abs. 2 Nr. 1 ausgeschlossen ist, wird die Ausgleichszahlung bereits nach Verbüßung von zehn Jahren zum Eigengeld (§ 38) gutgeschrieben, soweit sie nicht vor diesem Zeitpunkt entlassen werden. § 57 Abs. 4 des Strafgesetzbuches gilt entsprechend. Im Falle des Abs. 2 Nr. 6 steht die Überstellung der Entlassung gleich.

(4) Auf Gefangene, die an arbeitstherapeutischen Maßnahmen teilnehmen oder eine sonstige Tätigkeit ausüben, sind die Abs. 1 bis 3 nicht anwendbar. Für Gefangene, die an Bildungsmaßnahmen nach § 32 Abs. 2 teilnehmen, gelten die Abs. 1 bis 3 entsprechend.

<sup>14</sup> 4. In den meisten Staaten Europas besteht für Gefangene eine Arbeitspflicht, wobei es in der Praxis oft nicht gelingt, ausreichend Arbeitsplätze zur Verfügung zu stellen (vgl. *Dinkel*, in: Schneider, Internationales Handbuch der Kriminologie, Bd. 2, 2009, S. 170). In einigen Staaten, wie etwa in Frankreich, Spanien, Slowenien und den Niederlanden, wurde die Arbeitspflicht abgeschafft (vgl. *Kett-Straub*, ZStW 2013, 883 [890 m.w.N.]; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Sachstand „Arbeitspflicht für Strafgefangene – geltende Rechtslage in Deutschland, Frankreich und Spanien“, 2016, S. 6 f.).

<sup>15</sup> a) Häufig wird den arbeitenden Gefangenen ein feststehender, eher niedriger Nettobetrag gezahlt. Im Schrifttum

wurde indes auf eine Entwicklung hin zu einem Bruttolohnsystem in einigen Staaten hingewiesen, in dem typischerweise die volle oder zumindest eine an die tarifliche Entlohnung angenäherte Vergütung – unter Vornahme verschiedener Abzüge – vorgesehen ist (vgl. *Lohmann*, Arbeit und Arbeitsentlohnung des Strafgefangenen, 2002, S. 206 f., 218; *Hillebrand*, Organisation und Ausgestaltung der Gefangenenarbeit in Deutschland, 2009, S. 29 f.). Die Regelungen in Österreich, Frankreich und Italien werden für diese Entwicklung beispielhaft herangezogen.

<sup>16</sup> aa) In Österreich sind alle arbeitsfähigen Gefangenen gemäß § 44 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der mit Freiheitsentziehung verbundenen vorbeugenden Maßnahmen vom 26.3.1969 (Strafvollstreckungsgesetz – StVG), zuletzt geändert durch das Maßnahmenvollzugsanpassungsgesetz 2022 vom 30.12.2022, BGBl. I Nr. 223/2022, zur Arbeit verpflichtet. Gefangene, die eine befriedigende Arbeitsleistung erbringen, erhalten gemäß § 51 Abs. 2 StVG eine Arbeitsvergütung. Die 1993 eingeführte österreichische Regelung zur Höhe der Vergütung orientierte sich ursprünglich am tariflichen Mindestlohn für Metallhilfsarbeiten (60 bis 90 %). Vorgesehen war der Abzug eines Haftkostenbeitrags in Höhe von 75 %. Gemäß § 52 Abs. 2 StVG ist seit dem Jahr 2001 (BGBl. I Nr. 130/2001) jährlich eine Anpassung der Vergütungssätze entsprechend der Erhöhung des von der Bundesanstalt Statistik Österreich errechneten Tariflohnindex vorzunehmen. Eine höhere Vergütung kann für besondere Leistungen nach § 53 StVG gewährt werden.

<sup>17</sup> Gemäß § 32 Abs. 1 und 2 StVG wird den Gefangenen ein Kostenbeitrag in Höhe von 75 % ihrer Arbeitsvergütung für ihren Unterhalt abgezogen. Die restlichen 25 % der Vergütung werden nach Maßgabe des § 54 StVG nach Abzug des Anteils an der Arbeitslosenversicherung zur Hälfte als Hausgeld ausgezahlt; der Rest wird einbehalten, um ihn als Rücklage für den Gefangenen anzusparen. Kranken- und rentenversichert sind die Gefangenen nicht.

<sup>18</sup> bb) Gemäß Art. 717-3 Abs. 2 Code de procédure pénale (CPP), zuletzt geändert durch die Ordonnance Nr. 2022-478 vom 30.3.2022, soll in Frankreich Strafgefangenen auf Antrag eine Beschäftigungsmöglichkeit gegeben werden. Eine Arbeitspflicht ist nicht (mehr) vorgesehen (vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Sachstand „Arbeitspflicht für Strafgefangene – geltende Rechtslage in Deutschland, Frankreich und Spanien“, 2016, S. 6 m.w.N.).

<sup>19</sup> Für arbeitende Gefangene ist gemäß Art. D412-64 des Code pénitentiaire (CP), zuletzt geändert durch das Décret Nr. 2022-655 vom 25.4.2022, ein Mindestvergütungssatz vorgesehen, der sich am nationalen Mindestlohn SMIC („salaire minimum interprofessionnel de croissance“) orientiert. Für Arbeiten im Bereich der Produktion ist eine Mindestvergütung von 45 %, für Dienstleistungen der Klasse I in Höhe von 33 %, für Dienstleistungen der Klasse II in Höhe von 25 % und für Dienstleistungen der Klasse III in Höhe von 20 % des SMIC vorgesehen. Die

Gefangenenbeschäftigung ist sozialversicherungspflichtig und unterliegt der Besteuerung. Die Gefangenen sind auch in die Rentenversicherung einbezogen. Ein Teil des nach allen Abzügen verbleibenden Lohns wird nach Maßgabe des Art. D332-12 CP für die Entschädigung von Tatverletzten und die Zahlung von Unterhaltsbeihilfe einbehalten (zwischen 20 und 30 %), ein weiterer Teil (10 %) wird gemäß Art. D332-13 CP als Rücklage für den Gefangenen angespart.

- <sup>20</sup> cc) Gemäß Art. 20 des italienischen Strafvollzugsgesetzes (*Legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, Gesetz Nr. 354 vom 26.7.1975, zuletzt geändert durch das Gesetz Nr. 199 vom 30.12.2022; Art. 20 zuletzt geändert durch die italienische Strafvollzugsreform [Gesetz Nr. 123] mit Wirkung zum 10.11.2018), müssen alle Anstrengungen unternommen werden, um den Gefangenen die Möglichkeit zur Arbeit zu geben; die Arbeit darf jedoch keinen belastenden Charakter haben und muss entlohnt werden. Die Organisation und die Methoden der Gefängnisarbeit müssen diejenigen der Arbeit in einer freien Gesellschaft widerspiegeln, um den Gefangenen eine für normale Arbeitsbedingungen geeignete Berufsausbildung zu ermöglichen und die soziale Wiedereingliederung zu erleichtern. Gefangene sind vollständig in die Sozialversicherung einschließlich der Rentenversicherung eingegliedert.
- <sup>21</sup> Gefangene, die im Dienste der Strafvollzugsverwaltung arbeiten, haben gemäß Art. 22 Abs. 1 des italienischen Strafvollzugsgesetzes (Art. 22 zuletzt geändert durch die italienische Strafvollzugsreform [Gesetz Nr. 123] mit Wirkung zum 10.11.2018) einen Anspruch auf Vergütung in Höhe von zwei Dritteln der allgemeinen tarifvertraglichen Vergütung für eine vergleichbare Tätigkeit. Nach Art. 20 Abs. 8 des italienischen Strafvollzugsgesetzes wird die konkrete Vergütung unter Berücksichtigung der Quantität und Qualität von den zentralen und territorialen Organen der Strafvollzugsverwaltung in Absprache mit öffentlichen und privaten Stellen bestimmt (zur Geltung des vollen tarifvertraglich vorgesehenen Mindestlohns für Gefangene, die für private Unternehmen arbeiten, vgl. *Zanella, Prison Work and Convict Rehabilitation*, 2020, S. 9).
- <sup>22</sup> Gemäß Art. 24 des italienischen Strafvollzugsgesetzes können von der Vergütung Abzüge zur Begleichung von Schadensersatzforderungen und Gerichtskosten gemacht werden. Auch ein Beitrag für die Unterhaltskosten der Gefangenen kann abgezogen werden (Art. 24 i.V.m. Art. 2 des italienischen Strafvollzugsgesetzes; vgl. *Zanella, Prison Work and Convict Rehabilitation*, 2020, S. 9). Den Gefangenen sollen aber drei Fünftel der Vergütung verbleiben, wobei Ausnahmen zum Beispiel für Unterhaltsverpflichtungen gemacht werden können.
- <sup>23</sup> b) Die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) führte bereits in der Entscheidung *Twenty-One Detained Persons v. Germany* (Entsch. V. 6.4.1968, Nr. 3134/67) aus, dass Art. 4 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) keine Vorgaben zur Vergütung von Gefangenenarbeit zu entnehmen seien. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bestätigte diese Auffassung in seinen Folgeentscheidungen (vgl. *EGMR [GK], Stummer v. Austria*, Ur. v. 7.7.2011, Nr. 37452/02, § 122; *Zhelyazkov v. Bulgaria*, Ur. v. 9.10.2012, Nr. 11332/04, § 36 f.; *Floroiu v. Romania*, Entsch. v. 12.3.2013, Nr. 15303/10, § 32 f.). Er wies allerdings darauf hin, dass zwischenzeitlich eine Überarbeitung der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze 1987 v. 11.1.2006 (zuletzt geändert durch die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates v. 1.7.2020, Rec[2006]2-rev) stattgefunden habe, nach deren Nr. 26.10 nunmehr in allen Fällen die Gefangenenarbeit angemessen zu vergüten ist. Hierin erblickte der EGMR einen sich entwickelnden Trend (vgl. *EGMR, Zhelyazkov v. Bulgaria*, Ur. v. 9.10.2012, Nr. 11332/04, §§ 16 ff.; § 36).
- <sup>24</sup> Da eine Mehrheit der Vertragsstaaten zwar irgendeine Form der sozialen Absicherung für Gefangene vorsehe, jedoch nur eine kleine Anzahl von Staaten arbeitende Gefangene unmittelbar in das jeweilige allgemeine Altersversorgungsbeziehungsweise Rentensystem aufnehmen, sah der Gerichtshof keine hinreichende Übereinstimmung in der Staatenpraxis, um eine entsprechende Garantie aus Art. 4 EMRK ableiten zu können. Zwar zeige Nr. 26.17 der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze 2006, wonach arbeitende Gefangene so weit wie möglich in das nationale Sozialversicherungssystem einzubeziehen sind, einen Trend in diese Richtung auf. Dieser habe sich jedoch nicht zu einer Verpflichtung der Staaten nach der Europäischen Menschenrechtskonvention verdichtet (vgl. *EGMR [GK], Stummer v. Austria*, Ur. v. 7.7.2011, Nr. 37452/02, §§ 130 ff. unter Bezugnahme auf *EKMR, Twenty-One Detained Persons v. Germany*, Entsch. v. 6.4.1968, Nr. 3134/67 u.a.; *EGMR, Meier v. Switzerland*, Ur. v. 9.2.2016, Nr. 10109/14, § 67).
- <sup>25</sup> c) Der Sachverständigenausschuss für die Durchführung der Übereinkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), deren Übereinkommen Nr. 29 v. 28.6.1930 (BGBl. II 1956, S. 640; in der Bundesrepublik in Kraft seit dem 13.6.1957) bei der Beratung des Grundgesetzes als internationaler Standard dem Willen des Verfassungsgebers zugrunde lag und Auslegungshilfe auch für das Grundgesetz ist (vgl. BVerfGE 98, 169 [206]), forderte Deutschland mit Blick auf Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 lit. c des ILO-Übereinkommens Nr. 29 mehrfach dazu auf, notwendige Maßnahmen zu ergreifen, um die Arbeitsbedingungen für Strafgefangene soweit wie möglich den Bedingungen in freien Arbeitsverhältnissen anzupassen. Dies umfasse unter anderem das Vergütungsniveau und den Grad der sozialen Absicherung (vgl. etwa *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Application of International Labour Standards*, 2017, Report III [Part 1A], S. 198 f.; *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Application of International Labour Standards*, 2019, Report III [Part A], S. 211).

II.

- <sup>26</sup> Den Verfassungsbeschwerden liegen folgende Sachverhalte zugrunde.

[...]

III.

- <sup>54</sup> Das Bayerische Staatsministerium der Justiz, das Ministerium der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen, der Bayerische Landtag, der Landtag Nordrhein-Westfalen, alle Landesregierungen, der Deutsche Bundestag, der Bundesrat, das Bundeskanzleramt, das Bundesministerium des Innern und für Heimat, das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, das Bundesarbeitsgericht, das Bundessozialgericht, der Deutsche Gewerkschaftsbund, die Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände, die Deutsche Rentenversicherung, die Bundesvereinigung der Anstaltsleiter und Anstaltsleiterinnen im Justizvollzug e.V., die Bundesarbeitsgemeinschaft für Straffälligenhilfe e.V. sowie die Gefangenengewerkschaft/Bundesweite Organisation hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

[...]

IV.

- <sup>133</sup> Der *Senat* hat am 27. und 28.4.2022 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, in der die Verfahrensbeteiligten ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft haben.

[...]

B.

- <sup>134</sup> Die zulässigen Verfassungsbeschwerden sind begründet. Die mittelbar angegriffenen Regelungen in Art. 46 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 und Abs. 6 S. 1 BayStVollzG sowie § 32 Abs. 1 S. 2, § 34 Abs. 1 StVollzG NRW sind formell verfassungsgemäß (I). Sie sind aber mit dem Resozialisierungsgebot aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar (II.).

I.

- <sup>135</sup> Soweit Art. 46 Abs. 6 S. 1, Abs. 9 BayStVollzG und § 34 Abs. 1 StVollzG NRW als nicht monetäre Vergütungskomponente für Gefangenearbeit bis zu maximal sechs beziehungsweise acht Freistellungstage im Jahr vorsehen, die unter bestimmten Voraussetzungen auf den Entlassungszeitpunkt angerechnet werden und die zu vollstreckende Freiheitsstrafe entsprechend verkürzen können, ist die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder gegeben. Die Gesetzgebungskompetenz für den Bereich der Strafvollstreckung steht zwar dem Bund zu (1.). Die angegriffenen Regelungen greifen in ihrer derzeitigen Ausgestaltung aber nicht in diese Zuständigkeit ein (2.).

- <sup>136</sup> 1. Dem Bund stand vor der Föderalismusreform I im Jahr 2006 gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG i.d.F. vom

27.10.1994 unter anderem die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht „und den Strafvollzug“ sowie das gerichtliche Verfahren zu, die er – insbesondere durch entsprechende Regelungen im Strafgesetzbuch, in der Strafprozessordnung und im Strafvollzugsgesetz – wahrgenommen hatte. Im Zuge der Föderalismusreform I wurde die Zuständigkeit für den Strafvollzug aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG i.d.F. vom 28.8.2006 gestrichen. Diese fällt nunmehr gemäß Art. 70 Abs. 1 GG den Ländern zu.

- <sup>137</sup> a) Von der nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das gerichtliche Verfahren (ohne das Recht des Untersuchungsvollzugs), die auch die Regelungen zur Strafvollstreckung als Teil des gerichtlichen (Straf-)Verfahrens umfasst (vgl. *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. [2018], Art. 74 Rn. 21; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. [2021], Art. 74 Rn. 20; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. [2022], Art. 74 Rn. 9), hat der Bundesgesetzgeber hinsichtlich der Strafvollstreckung vornehmlich im Dritten Abschnitt des Allgemeinen Teils (Rechtsfolgen der Tat) des Strafgesetzbuches umfassend Gebrauch gemacht. Dies bezieht sich insbesondere auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe ausgesetzt und die Strafe (nach Ablauf der Bewährungszeit) erlassen werden kann oder eine solche in anderen Fällen nicht vollständig vollstreckt werden muss.

- <sup>138</sup> Macht der Bund von einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch, verlieren die Länder aufgrund der alternativen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten entweder auf den Bund oder die Länder (vgl. BVerfGE 36, 193 [202 f.]; 61, 149 [204]; 106, 62 [114]; 109, 190 [218]; 135, 155 [196 f. Rn. 101 ff.]; 157, 223 [254 Rn. 81] – Berliner Mietendeckel; 160, 1 [18 Rn. 50 f.] – Umschlagsverbot für Kernbrennstoffe in Bremer Häfen) gemäß Art. 72 Abs. 1 GG das Recht zur Gesetzgebung in dem Zeitpunkt („solange“) und im Umfang („soweit“), in dem der Bund Gesetzgebungskompetenz zulässigerweise in Anspruch nimmt (sog. Sperrwirkung).

- <sup>139</sup> Soweit die Sperrwirkung reicht, entfällt die Gesetzgebungskompetenz der Länder (vgl. BVerfGE 157, 223 [255 f. Rn. 87 m.w.N.]). Sie verhindert für die Zukunft den Erlass neuer Landesgesetze und entzieht in der Vergangenheit erlassenen Landesgesetzen die Kompetenzgrundlage, so dass diese nichtig sind beziehungsweise werden (BVerfGE 157, 223 [256 Rn. 87 ff. m.w.N.]). Auf dem Gebiet der Strafvollstreckung kommt den Ländern demnach allein eine Gesetzgebungskompetenz zu, wenn der Bund von der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis keinen abschließenden Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 157, 223 [255 ff. Rn. 87 ff. m.w.N.]; 160, 1 [20 Rn. 58]).

- <sup>140</sup> b) Demgegenüber umfasst der Bereich des Strafvollzugs, der seit der Föderalismusreform I in der Gesetzgebungskompetenz der Länder liegt, die konkrete Ausführung der Freiheitsstrafen in den Justizvollzugsanstalten sowie der Anordnungen der Strafvollstreckungsbehörden, deren Tätigkeit zum gerichtlichen Verfahren gerechnet wird, durch

die Strafvollzugsbehörden (vgl. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. [2021], Art. 74 Rn. 20; *Wittreck*, in: Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. [2015], Art. 74 Rn. 21; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. [2022], Art. 74 Rn. 11). Im Zuge dessen haben auch Bayern und Nordrhein-Westfalen entsprechende eigene Strafvollzugsgesetze erlassen, in denen sich unter anderem die verfahrensgegenständlichen Vorschriften zu Höhe und Umfang der Gefangenenvergütung finden.

- <sup>141</sup> c) Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht zur Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse zuweist. Eine solche Zuweisung von Gesetzgebungskompetenzen an den Bund findet sich ausweislich Art. 70 Abs. 2 GG vor allem in den Vorschriften über die ausschließliche (Art. 73 und Art. 105 Abs. 1 GG) und die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 74 und Art. 105 Abs. 2 GG; vgl. *BVerfG*, Beschl. d. *Zweiten Senats* v. 28.6.2022 – 2 BvL 9/14 u.a., Rn. 51 – Kindergeld für Drittstaatsangehörige).
- <sup>142</sup> aa) Ob eine einfachgesetzliche Regelung einem Kompetenztitel in Art. 73, Art. 74 oder Art. 105 GG zugeordnet werden kann, richtet sich nach ihrem (unmittelbaren) Regelungsgegenstand (vgl. *BVerfGE* 48, 367 [373]; 157, 223 [262 Rn. 104]; 160, 1 [23 Rn. 65]), ihren Wirkungen und Adressaten sowie dem Normzweck (vgl. *BVerfGE* 7, 29 [44]; 157, 223 [262 Rn. 104]; 160, 1 [23 Rn. 65]; *BVerfG*, Beschl. d. *Zweiten Senats* v. 28.6.2022 – 2 BvL 9/14 u.a., Rn. 52).
- <sup>143</sup> Die Subsumtion einer Regelung unter einen bestimmten Kompetenztitel hängt davon ab, ob der dort genannte Sachbereich unmittelbar oder lediglich mittelbar Gegenstand dieser Regelung ist (vgl. *BVerfGE* 8, 104 [116 f.]; 157, 223 [262 Rn. 105]; st. Rspr.). Dafür ist der sachliche Gehalt der Regelung maßgebend, nicht die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung (vgl. *BVerfGE* 8, 260 [269 f.]; 157, 223 [262 Rn. 105]; 160, 1 [23 f. Rn. 66]). Eine gesetzliche Regelung ist – ihrem Hauptzweck entsprechend – dem Kompetenztitel zuzuordnen, dessen Materie sie speziell und nicht (lediglich) allgemein behandelt, wobei die Regelung in ihrem kompetenzbegründenden (Gesamt-)Sachzusammenhang zu erfassen ist (vgl. *BVerfGE* 157, 223 [262 f. Rn. 105 m.w.N.]; 160, 1 [23 f. Rn. 66]). Dass der Gegenstand eines Kompetenztitels lediglich reflexartig berührt oder als Annex behandelt wird, genügt insoweit nicht (vgl. *BVerfGE* 28, 119 [146 f.]; 157, 223 [263 Rn. 105]; 160, 1 [23 f. Rn. 66]; *BVerfG*, Beschl. d. *Zweiten Senats* v. 28.6.2022 – 2 BvL 9/14 u.a., Rn. 53).
- <sup>144</sup> bb) Kann ein Gesetz in mehrere Teile zerlegt werden, können diese verschiedenen Kompetenzmaterien unterfallen (vgl. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. [2021], Art. 72 Rn. 8 f.). Die Gesetzgebungszuständigkeit für ein Regelwerk kann sich in diesem Fall auch aus einer Kombination mehrerer Kompetenztitel ergeben (vgl. *BVerfGE* 136, 194 [241 Rn. 111]; 160, 1 [24 Rn. 68]; *BVerfG*, Beschl. d. *Zweiten Senats* v. 28.6.2022 – 2 BvL 9/14 u.a., Rn. 54).
- <sup>145</sup> Solche additiven Kompetenzbegründungen sind verfassungsrechtlich unproblematisch, wenn sie denselben Kompetenzträger berechtigen (vgl. *BVerfGE* 103, 197 [215 f.]; 136, 194 [241 Rn. 111]; 138, 261 [275 f. Rn. 33]). Der Bund kann eine Gesetzgebungszuständigkeit deshalb aus mehreren Gegenständen eines Kompetenzkatalogs herleiten und unterschiedliche Gesetzgebungstypen und -titel kombinieren (vgl. *BVerfGE* 103, 197 [216]; 138, 261 [275 f. Rn. 33]; *BVerfG*, Beschl. d. *Zweiten Senats* v. 28.6.2022 – 2 BvL 9/14 u.a., Rn. 55).
- <sup>146</sup> Berührt eine Regelung dagegen den Kompetenzbereich von Bund und Ländern, bedarf es einer Zuordnung des Regelwerks nach seinem Schwerpunkt (vgl. *BVerfGE* 98, 265 [299]; 135, 155 [196 Rn. 102]; 137, 108 [161 Rn. 123]; 160, 1 [24 Rn. 69]). Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, wie eng die fragliche Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung verbunden ist. Eine enge Verzahnung und ein geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung sprechen regelmäßig für ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung (vgl. *BVerfGE* 97, 228 [251 f.]; 97, 332 [342 f.]). Eine Teilregelung, die bei isolierter Betrachtung einer Materie zuzurechnen wäre, für die der Kompetenzträger nicht zuständig ist, kann daher gleichwohl in seine Kompetenz fallen, wenn sie mit dem kompetenzbegründenden Schwerpunkt der Gesamtregelung derart eng verzahnt ist, dass sie als Teil dieser Gesamtregelung erscheint (vgl. *BVerfGE* 97, 228 [251 f.]; 97, 332 [342 f.]; 98, 265 [299]; 138, 261 [274 Rn. 30]; *BVerfG*, Beschl. d. *Zweiten Senats* v. 28.6.2022 – 2 BvL 9/14 u.a., Rn. 56).
- <sup>147</sup> cc) Daneben kann eine ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz als Kompetenz kraft Sachzusammenhangs bestehen. Sie stützt und ergänzt eine zugewiesene Zuständigkeit, wenn die entsprechende Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also das Übergreifen unerlässliche Voraussetzung für die Regelung der zugewiesenen Materie ist (vgl. *BVerfGE* 3, 407 [421]; 98, 265 [299]; 138, 261 [274 Rn. 30]; 140, 65 [93 Rn. 60]). Dabei reicht die bloße Erwägung, es sei zweckmäßig, mit einer dem Kompetenzträger ausdrücklich zugewiesenen Materie gleichzeitig auch eine verwandte Materie zu regeln, jedoch nicht zur Begründung einer Gesetzgebungszuständigkeit aus (vgl. *BVerfGE* 140, 65 [92 f. Rn. 60]).
- <sup>148</sup> 2. Nach diesen Maßstäben besteht eine Gesetzgebungskompetenz des Freistaats Bayern für die Regelung des Art. 46 Abs. 6 S. 1, Abs. 9 BayStVollzG zur Gewährung von Freistellungstagen im Umfang von einem Werktag für zwei Monate zusammenhängend ausgeübter Beschäftigung oder Hilfstätigkeit als nicht monetärer Teil der Vergütung von Gefangenenarbeit. Gleiches gilt für das Land Nordrhein-Westfalen bezüglich der Regelung des § 34 Abs. 1 S. 1 und 2 StVollzG NRW zur Gewährung von zwei Freistellungstagen für drei Monate zusammenhängender Ausübung einer Arbeit oder Hilfstätigkeit.
- <sup>149</sup> a) Die potentiell die Haftzeit verkürzenden Regelungen des Art. 46 Abs. 6 S. 1, Abs. 9 BayStVollzG und des § 34

Abs. 1 StVollzG NRW, die zu maximal sechs beziehungsweise acht Freistellungstagen pro Kalenderjahr führen können, wurden im Rahmen der jeweiligen Landesstrafvollzugsgesetze erlassen. Die betroffenen Gesetze orientieren sich ausweislich der jeweiligen Gesetzesbegründung (vgl. LT-Drs. BAY 15/8101, S. 1, 60; LT-Drs. NRW 16/5413, S. 1, 116 f.) an der Vorgängervorschrift im Strafvollzugsgesetz des Bundes. Sie wurden im Kontext der Wahrnehmung der nach der Föderalismusreform I den Ländern zukommenden Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug als Regelungen zur Durchführung, also zum Vollzug der Freiheitsstrafe in Justizvollzugsanstalten (vgl. zu dieser Definition *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. [2018], Art. 74 Rn. 21 m.w.N.), erlassen und in einen unmittelbaren Regelungszusammenhang mit weiteren Vorschriften zu Art und Höhe der Vergütung von Gefangenenarbeit gestellt. Anhaltspunkte dafür, dass Aufgaben und Befugnisse hinsichtlich der Art, des Umfangs oder insbesondere der Dauer der Strafe im strafvollstreckungsrechtlichen Sinne (als ergänzender Teil des gerichtlichen Verfahrens) geregelt werden sollten, sind nicht ersichtlich.

<sup>150</sup> Die Bestimmungen verfolgen nach ihrem Regelungsinhalt und -zusammenhang sowie der Gesetzesbegründung allein das Ziel, geleistete Arbeit von Strafgefangenen anzuerkennen und die monetäre Vergütungskomponente in Reaktion auf das Urteil des *BVerfG* vom 1.7.1998 zur Gefangenenvergütung zu ergänzen, wonach eine angemessene Anerkennung auch dadurch vorgesehen werden kann, dass Gefangene – sofern general- oder spezialpräventive Gründe nicht entgegenstehen – durch Arbeit ihre Haftzeit verkürzen („good time“) oder sonst erleichtern können (vgl. *BVerfGE* 98, 169 [202]; *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 34; LT-Drs. BAY 15/8101, S. 60; LT-Drs. NRW 16/5413, S. 116).

<sup>151</sup> Der Gesamtzusammenhang der Vorschriften in ihrer derzeitigen Ausgestaltung betrifft daher im Schwerpunkt (vgl. hierzu *BVerfGE* 97, 228 [251 f.]; 116, 202 [216]; 121, 30 [47]; 135, 155 [196 Rn. 102]) die Gesetzgebungskompetenz der Länder für den Strafvollzug. Soweit die Regelungen für haftverkürzende Freistellungstage – wie hier – nicht über die Gewährung weniger Freistellungstage pro Kalenderjahr hinausgehen, liegt ein Übergriff in die Regelungszuständigkeit des Bundes insbesondere für die Dauer der Freiheitsstrafe im strafvollstreckungsrechtlichen Sinne nicht vor.

<sup>152</sup> b) Unter dieser Voraussetzung ist auch von einem faktischen Übergriff in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Strafvollstreckung, etwa durch eine Aushöhlung der bundesgesetzlich insoweit abschließend getroffenen Vollstreckungsregelungen, nicht auszugehen. Zudem ist eine Verletzung der Pflicht zu bundestreuem Verhalten durch einen entsprechenden Missbrauch der Rechtssetzungskompetenz der Länder nicht ersichtlich (vgl. insoweit *BVerfGE* 160, 1 [26 Rn. 73 m.w.N.]).

II.

<sup>153</sup> Art. 46 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 6 BayStVollzG sowie § 32 Abs. 1, Abs. 4 und § 34 Abs. 1 StVollzG NRW sind mit dem Resozialisierungsgebot aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG (1.) nicht vereinbar (2.).

<sup>154</sup> 1. a) Die Verfassung gebietet, den Strafvollzug auf das Ziel der Resozialisierung der Gefangenen auszurichten. Der einzelne Gefangene hat aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass dieser Zielsetzung bei ihn belastenden Maßnahmen genügt wird (vgl. *BVerfGE* 98, 169 [200]; 116, 69 [85]).

<sup>155</sup> Für die Freiheitsstrafe, bei der die staatliche Gewalt die Bedingungen der individuellen Lebensführung weitgehend bestimmt, erlangt das Gebot der Resozialisierung besonderes Gewicht. Das *BVerfG* hat dieses Gebot aus dem Selbstverständnis einer Rechtsgemeinschaft entwickelt, die die Menschenwürde in den Mittelpunkt ihrer Wertordnung stellt und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet ist. Den Gefangenen sollen die Fähigkeit und der Wille zu eigenverantwortlicher Lebensführung vermittelt werden. Sie sollen sich in Zukunft unter den Bedingungen einer freien Gesellschaft ohne Rechtsbruch behaupten, die Chancen einer solchen Gesellschaft wahrnehmen und ihre Risiken bewältigen können. Die Notwendigkeit, den Strafvollzug auf das Ziel der Resozialisierung auszurichten, dient zugleich dem Schutz und der Sicherheit der Gemeinschaft selbst: Diese hat ein unmittelbares eigenes Interesse daran, dass Straftäter nicht wieder rückfällig werden und erneut ihre Mitmenschen und die Gemeinschaft schädigen (vgl. *BVerfGE* 35, 202 [235 f.]; 98, 169 [200]; vgl. auch *BVerfGE* 116, 69 [85 f.]).

<sup>156</sup> Das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebot bestimmt den gesamten Strafvollzug; es gilt auch bei der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe. Die Vollzugsanstalten sind auch bei diesen Gefangenen verpflichtet, auf deren Resozialisierung hinzuwirken, ihre Lebensfähigkeit zu erhalten und schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzugs und damit vor allem deformierenden Persönlichkeitsveränderungen entgegenzuwirken (vgl. *BVerfGE* 45, 187 [238 f.]). Entsprechendes muss für die Sicherungsverwahrung gelten. Auch die dort Unterbrachten können der Freiheit wieder teilhaftig werden, wenn sie nicht mehr gefährlich sind (vgl. *BVerfGE* 98, 169 [200 f.]).

<sup>157</sup> b) Das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebot ist für alle staatliche Gewalt verbindlich. Es richtet sich zunächst an den Gesetzgeber, dem die Aufgabe zukommt, den Strafvollzug normativ zu gestalten (vgl. *BVerfGE* 33, 1 [10 f.]; 98, 169 [201]) und ihn auf das Ziel der sozialen Integration auszurichten (vgl. *BVerfGE* 116, 69 [89]). Dabei ist der Gesetzgeber selbst verpflichtet, ein wirksames Resozialisierungskonzept zu entwickeln und den Strafvollzug darauf aufzubauen (vgl. *BVerfGE* 98, 169 [201]; 116, 69 [89]).

- <sup>158</sup> aa) Das *BVerfG* hat aus grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) einerseits sowie dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) andererseits die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, in allen grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (vgl. BVerfGE 49, 89 [126]; 77, 170 [230 f.]; 98, 218 [251]; 136, 69 [114 Rn.102]; 150, 1 [96 Rn. 191]; *BVerfG*, Urt. d. *Zweiten Senats* v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 182 – Finanzierung Desiderius-Erasmus-Stiftung; st.Rspr). Damit soll gewährleistet werden, dass Entscheidungen von besonderer Tragweite aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten, und das Parlament dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären. Geboten ist ein Verfahren, das sich durch Transparenz auszeichnet und die Beteiligung der parlamentarischen Opposition gewährleistet (vgl. BVerfGE 139, 19 [46 Rn. 53]; BVerfGE 150, 1 [96 f. Rn. 192]; *BVerfG*, Urt. d. *Zweiten Senats* v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 182).
- <sup>159</sup> Wann und inwieweit es einer Regelung durch den Gesetzgeber bedarf, ist mit Blick auf den jeweiligen Sachbereich und auf die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstands zu bestimmen (vgl. BVerfG, Urt. d. *Zweiten Senats* v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 183). Verfassungsrechtliche Anhaltspunkte sind dabei die tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG und die Grundrechte (vgl. BVerfGE 40, 237 [248 ff.]; 49, 89 [127]; 95, 267 [307 f.]; 98, 218 [251]; 136, 69 [114 Rn. 102]; 139, 19 [45 Rn. 52]; 150, 1 [97 Rn. 193]). „Wesentlich“ bedeutet danach zum einen „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“ (vgl. BVerfGE 47, 46 [79]; 98, 218 [251]; 139, 19 [45 Rn. 52]). Zum anderen ist der Gesetzgeber selbst zur Regelung der Fragen verpflichtet, die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, ohne dass die Tatsache, dass einzelne Fragen politisch umstritten sind, für sich genommen bereits dazu führt, dass die entsprechende Regelung auch als „wesentlich“ verstanden werden müsste (vgl. BVerfGE 49, 89 [126]; 98, 218 [251]; 139, 19 [45 f. Rn. 52]; 150, 1 [97 Rn. 194]).
- <sup>160</sup> bb) Die Qualifikation einer Regelung als „wesentlich“ hat typischerweise ein Verbot der Normdelegation und ein Gebot größerer Regelungsdichte durch den parlamentarischen Gesetzgeber zur Folge (vgl. *Brenner*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. [2018], Art. 80 Rn. 37). Damit werden ergänzende Regelungen durch Rechtsverordnung nicht ausgeschlossen; die wesentlichen Entscheidungen müssen jedoch in einem formellen Gesetz enthalten sein (vgl. BVerfGE 150, 1 [97 f. Rn. 195 m.w.N.]).
- <sup>161</sup> Die Wesentlichkeitsdoktrin enthält insoweit auch Vorgaben für die Frage, in welchem Umfang (vgl. BVerfGE 34, 165 [192 f.]; 49, 89 [127, 129]; 83, 130 [142]; 101, 1 [34]; 139, 19 [47 Rn. 54]; *BVerfG*, Urt. d. *Zweiten Senats* v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 185) und in welcher Bestimmtheit der Gesetzgeber selbst tätig werden muss (vgl. BVerfGE 83, 130 [152]; 101, 1 [34]; 123, 39 [78]). Das Bestimmtheitsgebot stellt sicher, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können (vgl. BVerfGE 110, 33 [54 f.]; 113, 348 [375 ff.]; 120, 378 [407 f.]; 133, 277 [336 Rn. 140]; 145, 20 [69 Rn. 125]). Der Grad der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit hängt dabei von den Besonderheiten des in Rede stehenden Sachbereichs und von den Umständen ab, die zu der gesetzlichen Regelung geführt haben (vgl. BVerfGE 28, 175 [183]; 131, 268 [307]; 134, 33 [81 f. Rn. 112]; 143, 38 [55 Rn. 41]). Dabei sind die Bedeutung des Regelungsgegenstands und die Intensität der durch die Regelung oder aufgrund der Regelung erfolgenden Grundrechtseingriffe ebenso zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 86, 288 [311]; 93, 213 [238]; 102, 254 [337]; 131, 88 [123]; 133, 277 [336 f. Rn. 140]; 145, 20 [69 Rn. 125]) wie der Kreis der Anwender und Betroffenen der Norm (vgl. BVerfGE 128, 282 [317 f.]) sowie deren konkretes Bedürfnis, sich auf die Normanwendung einstellen zu können.
- <sup>162</sup> cc) Das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebot verpflichtet den Gesetzgeber dazu, ein wirksames und in sich schlüssiges, am Stand der Wissenschaft ausgerichtete Resozialisierungskonzept zu entwickeln und dieses mit hinreichend konkretisierten Regelungen des Strafvollzugs umzusetzen (vgl. BVerfGE 98, 169 [201]; 116, 69 [89]). Zudem hat er dafür Sorge zu tragen, dass für als erfolgsnotwendig anerkannte Vollzugsbedingungen und Maßnahmen die Ausstattung mit den erforderlichen personellen und finanziellen Mitteln kontinuierlich gesichert ist. Der Staat muss den Strafvollzug so ausstatten, wie es zur Realisierung des Vollzugsziels, das heißt der Resozialisierung der Gefangenen, erforderlich ist (vgl. BVerfGE 116, 69 [89 f.]).
- <sup>163</sup> Die Entwicklung eines Resozialisierungskonzepts, das dem verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebot gerecht werden soll, ist wesentlich für die Verwirklichung des Grundrechts der Gefangenen auf Resozialisierung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Sie ist zudem für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung. Daraus folgt, dass das vom Gesetzgeber vorzusehende Gesamtkonzept zur Erreichung des von Verfassungs wegen vorgegebenen Resozialisierungsziels aus dem Gesetz selbst erkennbar sein muss. Die Bedeutung, die der Arbeit als Behandlungsmaßnahme und der hierfür vorgesehenen (Gesamt-)Vergütung – etwa im Vergleich zu anderen Behandlungsmaßnahmen – im Rahmen dieses Gesamtkonzepts beigemessen wird, muss in sich stimmig im Gesetz festgeschrieben werden. Insbesondere muss die jeweilige Gewichtung des monetären und nicht monetären Teils der Vergütung innerhalb des Gesamtkonzepts erkennbar sein. Hierzu gehören auch die gesetzliche Festlegung der zugehörigen Bemessungsgrundlage für den monetären Teil der Vergütung und eine gegebenenfalls vorzunehmende Kategorisierung verschiedener Schwierigkeitsgrade der Arbeit und der arbeitstherapeutischen Behandlungs- und Bildungsmaßnahmen sowie deren jeweilige Entlohnung nach verschiedenen Vergütungsstufen. Der

Gesetzgeber muss zudem die Zwecke, die im Rahmen seines Resozialisierungskonzepts mit der (Gesamt-)Vergütung und insbesondere dem monetären Vergütungsteil erreicht werden sollen, im Gesetz benennen und widerspruchsfrei aufeinander abstimmen. Auch Auswahl und Umfang der nicht monetären Vergütungsteile müssen in ihrer wesentlichen Gewichtung und Bedeutung gesetzlich festgelegt werden.

<sup>164</sup> c) Der Gesetzgeber ist nicht auf ein bestimmtes Regelungskonzept festgelegt. Vielmehr ist ihm im Rahmen der Verpflichtung zur Entwicklung eines wirksamen Konzepts ein weiter Gestaltungsraum eröffnet – nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass gesichertes Wissen über die Wirksamkeit und das Verhältnis von Aufwand und Erfolg unterschiedlicher Vollzugsgestaltungen und Behandlungsmaßnahmen nur begrenzt verfügbar ist (vgl. BVerfGE 116, 69 [89]). Er kann unter Verwertung aller ihm zu Gebote stehenden Erkenntnisse, insbesondere auf den Gebieten der Anthropologie, Kriminologie, Sozialtherapie und Ökonomie, zu Regelungen gelangen, die – auch unter Berücksichtigung von Kostenfolgen – mit dem Rang und der Dringlichkeit anderer Staatsaufgaben in Einklang stehen (vgl. BVerfGE 82, 60 [80]; 90, 107 [116]; 96, 288 [305 f.]; 98, 169 [201]; 116, 69 [89]; *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 37).

<sup>165</sup> Die gesetzlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des Vollzugs müssen auf sorgfältig ermittelten Annahmen und Prognosen über die Wirksamkeit unterschiedlicher Vollzugsgestaltungen und Behandlungsmaßnahmen beruhen (vgl. BVerfGE 106, 62 [152]; 116, 69 [90]). Der Gesetzgeber ist verpflichtet, vorhandene Erkenntnisquellen, zu denen auch das in der Vollzugspraxis verfügbare Erfahrungswissen gehört, auszuschöpfen (vgl. BVerfGE 50, 290 [334]) und sich am aktuellen Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse zu orientieren (vgl. BVerfGE 98, 169 [201]; 116, 69 [90]). Er hat die Wirksamkeit etablierter und traditioneller Vollzugsgestaltungen und Behandlungsmaßnahmen regelmäßig vor dem Hintergrund veränderter Lebens- und Vollzugsverhältnisse zu überprüfen.

<sup>166</sup> d) Auf eine den grundrechtlichen Anforderungen nicht genügende Berücksichtigung vorhandener Erkenntnisse oder auf eine diesen Anforderungen nicht entsprechende Gewichtung der Belange der Gefangenen kann es hindeuten, wenn völkerrechtliche Vorgaben oder internationale Standards mit Menschenrechtsbezug, wie sie in den im Rahmen der Vereinten Nationen oder von Organen des Europarates beschlossenen einschlägigen Richtlinien und Empfehlungen enthalten sind, nicht beachtet beziehungsweise unterschritten werden (vgl. BVerfGE 116, 69 [90 m.w.N.]; BVerfGK 12, 422 [424]; 20, 93 [101]). Diese müssen daher bei der Ausgestaltung und Durchführung des Strafvollzugs gebührend berücksichtigt werden.

<sup>167</sup> e) Sieht der Gesetzgeber im Rahmen des von ihm festgelegten Resozialisierungskonzepts Arbeit als Behandlungsmaßnahme zur Erreichung des verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebots vor, wie dies in Art. 3 S. 3, Art. 39 BayStVollzG und § 10 Abs. 1 Nr. 7, § 29 StVollzG

NRW geschehen ist, muss aus den gesetzlichen Regelungen klar erkennbar sein, welcher Stellenwert dem Faktor Arbeit im Gesamtkontext des Resozialisierungskonzepts beigemessen wird. Hierbei ist insbesondere gesetzlich festzuschreiben, in welchem Verhältnis (Pflicht-)Arbeit zu anderen Behandlungsmaßnahmen, etwa zur schulischen und beruflichen Aus- und Weiterbildung, zur Arbeitstherapie und zu therapeutischen Behandlungs- oder anderen Hilfs- oder Fördermaßnahmen, steht. Selbst wenn Arbeit – sei sie nun freiwillig oder als Pflichtarbeit zugewiesen – nicht (mehr) als vorrangige Behandlungsmaßnahme angesehen werden sollte, kommt ihr auch mit Blick auf andere bedeutsame Behandlungsmaßnahmen nach wie vor ein erhebliches Gewicht zu. Die sachverständigen Dritten aus dem Bereich des Justizvollzugs haben in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass sie unter den gegebenen Umständen unverzichtbar ist, um ein geordnetes und strukturiertes Zusammenleben in den Justizvollzugsanstalten sicherzustellen.

<sup>168</sup> f) Die Frage nach den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Höhe des für Gefangenearbeit im Strafvollzug gewährten Entgelts kann nur aus dem Zusammenhang mit dem vom Gesetzgeber entwickelten Resozialisierungskonzept beantwortet werden (vgl. BVerfGE 98, 169 [199]). Deshalb muss ein solches Konzept ebenfalls klar erkennen lassen, welchen Zwecken die vom Gesetzgeber festgelegte Vergütung für Gefangenearbeit dienen soll.

<sup>169</sup> aa) Aus dem verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebot folgt, dass Arbeit im Strafvollzug nur dann ein wirksames Resozialisierungsmittel ist, wenn die geleistete Arbeit angemessene Anerkennung findet (vgl. BVerfGE 98, 169 [201 f.]; *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 16.12.2015 – 2 BvR 1017/14, Rn. 16).

<sup>170</sup> Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Arbeit, die dem Gefangenen als Pflichtarbeit zugewiesen ist, sondern auch für eine freiwillig übernommene Tätigkeit. Die Entscheidung des *BVerfG* aus dem Jahr 1998 erging zwar im Hinblick auf die angemessene Anerkennung von Pflichtarbeit, dies aber nur deshalb, weil Gegenstand der Entscheidung eine gesetzgeberische Konzeption war, die ausschließlich Pflichtarbeit vorsah (vgl. BVerfGE 98, 169 [199]; *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 16.12.2015 – 2 BvR 1017/14, Rn. 16). Sowohl die Pflicht- als auch die freiwillige Arbeit im Vollzug dienen denselben Zielen. In beiden Fällen wird den Gefangenen Selbstbestätigung vermittelt und sie werden mit Arbeitsabläufen vertraut gemacht. Ferner dient die Arbeit der Strukturierung des Haftalltags. Durch die Vergütung ihrer Arbeit wird den Gefangenen zudem sowohl im Falle der freiwilligen als auch der Pflichtarbeit ermöglicht, Geld für die Erfüllung von Unterhaltspflichten, den Schuldenabbau, den Ausgleich von Tatfolgen oder den Einkauf zu verdienen. Wegen der gleichgerichteten Zielsetzung muss die Anerkennung daher in beiden Fällen in gleicher Weise geeignet sein, den Gefangenen den Wert regelmäßiger Arbeit für ein künftiges eigenverantwortetes und straffreies Leben in Gestalt eines greifbaren Vorteils vor Augen zu führen (vgl. BVerfGE 98, 169 [201]; *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 –

2 BvR 2175/01, Rn. 32 und Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 16.12.2015 – 2 BvR 1017/14, Rn. 16 m.w.N.).

<sup>171</sup> bb) Die Arbeit im Strafvollzug bereitet vor allem dann auf das Erwerbsleben in Freiheit vor, wenn sie durch ein Entgelt vergütet wird (vgl. BVerfGE 98, 169 [202 ff.]). Allerdings kann der Vorteil für die erbrachte Leistung in dem vom Gesetzgeber festzulegenden Resozialisierungskonzept in unterschiedlicher Weise zum Ausdruck kommen. Anerkennung ist nicht nur ein monetäres Konzept. Im Strafvollzug kommen neben oder anstelle eines Entgelts etwa auch der Aufbau einer sozialversicherungsrechtlichen Anwartschaft beziehungsweise die Einbindung in den Schutz sozialer Sicherungssysteme (vgl. hierzu BVerfGE 98, 169 [204]; Nr. 26.17 der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze 2020; Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Application of International Labour Standards, 2019, Report III [Part A], S. 211) oder Hilfen zur Schuldentilgung in Betracht (vgl. BVerfGE 98, 169 [202]; BVerfG, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 33 f.).

<sup>172</sup> Der Gesetzgeber kann eine angemessene Anerkennung von Arbeit, wie in Art. 46 Abs. 6 BayStVollzG und § 34 Abs. 1 StVollzG NRW sowie den Strafvollzugsgesetzen der meisten anderen Länder (§ 48 Abs. 1, § 49 Abs. 1, Abs. 6-9 JVollzGB III; § 63 Abs. 1, Abs. 3 StVollzG Bln; § 32 Abs. 1 BbgJVollzG; § 24 Abs. 1, § 55 Abs. 7 BremStVollzG; § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 3-5 HmbStVollzG; § 27 Abs. 9, § 39 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 HStVollzG; § 24 Abs. 1, § 55 Abs. 7 StVollzG MV; § 40 Abs. 5-8 NJVollzG; § 31 Abs. 1 JVollzG; § 24 Abs. 1, Abs. 2 SLStVollzG; § 24 Abs. 1 SächsStVollzG; § 31 Abs. 1 JVollzGB ILSA; § 39, § 40 Abs. 1 LStVollzG SH; § 31 Abs. 1, § 32 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 5 ThürJVollzGB) festgelegt, auch dadurch vorsehen, dass Gefangene – sofern general- oder spezialpräventive Gründe nicht entgegenstehen – durch Arbeit ihre Haftzeit verkürzen („good time“) oder in sonstiger Weise erleichtern können (vgl. BVerfGE 98, 169 [202]; Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 34). Bei der Gestaltung des Vollzugs und der Entlassungsvorbereitung können auch neuartige Formen der Anerkennung – zum Beispiel unter Einbeziehung privater Initiativen – entwickelt werden (vgl. BVerfGE 98, 169 [202]).

<sup>173</sup> cc) Auch Art. 1 Abs. 1 GG gebietet es weder unmittelbar noch in Verbindung mit Art. 12 Abs. 3 GG, Arbeit allein durch ein Arbeitsentgelt anzuerkennen. Denn Arbeit dient – neben der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage – der Entfaltung der Persönlichkeit. Durch Arbeit erfährt der Einzelne Achtung und Selbstachtung, die wiederum einen Teil seiner Menschenwürde ausmachen (vgl. BVerfGE 100, 271 [284]; BVerfGK 13, 137 [140]; Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 35). Gesetzliche Entgeltvorgaben können zwar unter bestimmten Umständen dem Ziel von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG Rechnung tragen (vgl. BVerfGE 100, 271 [284]). Daraus folgt allerdings nicht,

dass allein ein Entgelt als Arbeitsentlohnung von Verfassung wegen vorgegeben ist. Auch auf dem freien Arbeitsmarkt werden neben dem Entgelt nicht monetäre Gegenleistungen für die geleistete Arbeit vereinbart (vgl. BVerfGE 98, 169 [201]; Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 35; BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 16.12.2015 – 2 BvR 1017/14, Rn. 16).

<sup>174</sup> dd) Die Anerkennung muss jedoch auch dann, wenn sie nicht allein in Geld, sondern zusätzlich durch nicht monetäre Vorteile erfolgt, einen Gegenwertcharakter für die geleistete Arbeit haben, der auch für die Gefangenen unmittelbar erkennbar ist (vgl. Sondervotum *Kruis*, BVerfGE 98, 169 [218]). Dies folgt aus der engen Beziehung zwischen der Arbeitspflicht nach Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 GG und der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Achtung der Menschenwürde (vgl. Sondervotum *Kruis*, BVerfGE 98, 169 [217 f.] unter Verweis auf BVerfGE 74, 102 [120 f.]). Andernfalls bestünde die Gefahr, dass Gefangene, die sich einer Ordnung ausgesetzt sehen, in der für sie der Zusammenhang zwischen abverlangter Arbeit und angemessenem (gerechtem) Lohn prinzipiell aufgehoben ist, zu Objekten staatlicher Gewalt degradiert würden (vgl. Sondervotum *Kruis*, BVerfGE 98, 169 [217]). Die Art der Anerkennung muss jedenfalls geeignet sein, dem Gefangenen den Wert regelmäßiger Arbeit für ein künftiges eigenverantwortetes und straffreies Leben in Gestalt eines für ihn greifbaren Vorteils vor Augen zu führen. Nur wenn die Gefangenen eine als sinnvoll erlebbare Arbeitsleistung erbringen können, darf der Gesetzgeber davon ausgehen, dass sie sich bei der Entwicklung beruflicher Fähigkeiten sowie bei der Entfaltung ihrer Persönlichkeit auf ein positives Verhältnis zur Arbeit zu stützen vermögen (vgl. BVerfGE 98, 169 [201 f.]; BVerfG, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 16.12.2015 – 2 BvR 1017/14, Rn. 16). Ob der Gesetzgeber zur Erreichung dieses Ziels – wie bisher – ein Nettolohnprinzip, in dem arbeitenden Gefangenen ein feststehender, niedriger Nettobetrag gezahlt wird, oder ein Bruttolohnprinzip verfolgt, wie es beispielsweise mittlerweile für Gefangenearbeit in Österreich, Frankreich und Italien eingeführt ist (s.o. Rn. 16 ff.), obliegt seiner Entscheidung (vgl. hierzu den Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Application of International Labour Standards, 2019, Report III [Part A], S. 211). In jedem Fall muss er die aufgezeigten verfassungsrechtlichen Grenzen beachten und ein in sich schlüssiges und widerspruchsfreies Konzept verfolgen.

<sup>175</sup> g) Da die Angemessenheit der Vergütung von Gefangenearbeit auch davon abhängt, welchen Zwecken das Arbeitsentgelt im Rahmen des Resozialisierungskonzepts dienen soll (s.o. Rn. 168), ist der Gesetzgeber gehalten, diese gesetzlich festzuschreiben. Dabei kann er vorsehen, einen gewissen Anteil des Arbeitsentgelts für bestimmte Zwecke einzubehalten oder die Gefangenen an den Kosten im Vollzug angemessen zu beteiligen.

<sup>176</sup> aa) So ist der Landesgesetzgeber aus dem verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebot des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht gehindert, im

Zusammenhang mit der Regelung der Gefangenenvergütung einen bestimmten Anteil zu dem Zweck einzubehalten, dass die Gefangenen einen eigenen Beitrag zu der nach § 345 Nr. 3, § 347 Nr. 3 SGB III von den jeweiligen Ländern zu zahlenden Arbeitslosenversicherung leisten (Art. 206 BayStVollzG; § 32 Abs. 5 StVollzG NRW). Der Beitrag darf allerdings nicht willkürlich erhoben werden und muss der Höhe nach dem geringen Einkommen der Gefangenen Rechnung tragen (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 30.4.1993 – 2 BvR 969/92, juris, Rn. 4, und v. 1.5.1995 – 2 BvR 646/93, 2 BvR 316/94, juris, Rn. 13, jeweils zur Vorgängervorschrift des § 195 StVollzG).

<sup>177</sup> bb) Die Gefangenen können auch dazu angehalten beziehungsweise darin unterstützt werden, im Rahmen der Zielsetzung einer opferbezogenen Vollzugsgestaltung den durch die Straftat verursachten Schaden – immaterieller wie materieller Natur – wiedergutzumachen (Art. 5a Abs. 2 S. 2 BayStVollzG; § 7 Abs. 2 S. 2, § 10 Abs. 1 Nr. 12 StVollzG NRW) sowie während des Vollzugs für Unterhaltsberechtigte zu sorgen (Art. 78 BayStVollzG; § 4 Abs. 3 StVollzG NRW). Das trifft ebenso für Vorgaben zur Regulierung von Schulden zu (die VV zu Art. 9 BayStVollzG spricht insoweit von der „Vorbereitung einer Schuldenregulierung“; vgl. auch § 10 Abs. 1 Nr. 14 StVollzG NRW). Diesen Zwecken mit einem durch eigene Arbeit erlangten Entgelt nachkommen zu können, wird besonders geeignet sein, die Gefangenen in die Lage zu versetzen, den Sinn und Nutzen von Arbeit zu erfahren (vgl. Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 43). Dies wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Land Nordrhein-Westfalen sowie mehrere sachkundige Dritte im Rahmen der mündlichen Verhandlung die Einschätzung abgegeben haben, das Erwirtschaften und Zahlen von Raten zur Schuldentilgung während des Vollzugs von Straftätern könne – wenn überhaupt – nur in geringem Umfang ermöglicht werden. Ziel sei vor allem die Kompetenzvermittlung (auch) im Sinne der Vorbereitung auf einen geregelten Schuldenabbau, vornehmlich für die Zeit nach der Haftentlassung. Auch eine solche Vorbereitung und die kontinuierliche Tilgung kleinerer Beträge können dazu beitragen, dass Gefangene Arbeit zur Erlangung der benötigten Geldmittel als sinnvoll und mit einem greifbaren Vorteil verbunden erleben.

<sup>178</sup> cc) Soweit die den Gefangenen gezahlte Vergütung dazu dienen soll, den eigenverantwortlichen Umgang mit Geld zu erlernen, was die Vertreter und Vertreterinnen der Vollzugspraxis in der mündlichen Verhandlung als wichtige Funktion benannt haben, kann auch eine Beteiligung der Strafgefangenen an den Kosten im Vollzug in angemessenem Umfang vorgesehen werden. Das gilt allerdings nur unter der Voraussetzung, dass hierbei ihre wirtschaftlichen und finanziellen Interessen gewahrt werden. Ist dies der Fall, sind solche Kostenbeiträge mit dem verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebot vereinbar (vgl. *BVerfGE* 98, 169 [203]; *BVerfGK* 17, 415 [417]; *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 8.11.2017 – 2 BvR 2221/16, Rn. 19 f. m.w.N.). Sie können damit begründet werden, dass die Verhältnisse im

Strafvollzug so weit wie möglich den allgemeinen Lebensverhältnissen angeglichen werden sollen (vgl. *BVerfGK* 17, 415 [417 f.]; *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 8.11.2017 – 2 BvR 2221/16, Rn. 20 m.w.N.).

<sup>179</sup> Vor diesem Hintergrund können die Gefangenen grundsätzlich auch an den Kosten für die Krankenbehandlung (Art. 63 Abs. 2 BayStVollzG i.V.m. VV Nr. 1 und 2 zu Art. 63 BayStVollzG, Art. 65 BayStVollzG; § 45 Abs. 3, § 48 StVollzG NRW) beziehungsweise für medizinische Leistungen (§ 45 Abs. 3, § 48 StVollzG NRW, vgl. auch LT-Drs. NRW 16/5413, S. 123 f.), für Suchtmitteltests im Falle eines festgestellten Suchtmittelmissbrauchs (Art. 94 Abs. 2 BayStVollzG; § 65 Abs. 3 StVollzG NRW) sowie für Ausführungen aus wichtigem Anlass (Art. 37 Abs. 3 BayStVollzG) oder zur Erreichung des Vollzugsziels beteiligt werden (§ 53 Abs. 7 StVollzG NRW, vgl. auch LT-Drs. NRW 16/5413, S. 130, wonach diese Kostentragung Bestandteil der Behandlungskonzeption sei, welche vorsehe, die Gefangenen anzuhalten, ihre verfügbaren finanziellen Mittel sinnvoll planend einzusetzen).

<sup>180</sup> Ebenso können gesetzliche Bestimmungen über Beteiligungen der Gefangenen an Telefonkosten (Art. 35 Abs. 2 BayStVollzG, vgl. *BVerfGK* 17, 415 [417]; *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 8.11.2017 – 2 BvR 2221/16, Rn. 19 ff. m.w.N.), an den Kosten für Schriftverkehr und Paketversand (Art. 31 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 4 BayStVollzG; § 18 Abs. 3 StVollzG NRW), an Kosten der Verwertung oder Vernichtung eingebrachter Gegenstände (Art. 90 Abs. 3 BayStVollzG; § 15 Abs. 3 StVollzG NRW) und an den Miet-, Verplombungs- sowie Betriebs- und Stromkosten für von ihnen betriebene Geräte inklusive Rundfunkempfangsgeräten (Art. 71 Abs. 1 S. 2, Art. 73 BayStVollzG; § 52 Abs. 4, § 51 Abs. 2, Abs. 3 StVollzG NRW), auch über die Erhebung einer Pauschale (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 16.5.2018 – 2 BvR 635/17, Rn. 38 ff.), vorgesehen werden. Gleiches gilt für die Reinigung und Instandsetzung von Privatkleidung, sofern diese gestattet worden ist (Art. 22 Abs. 2 Satz 2 BayStVollzG).

<sup>181</sup> Die Justizvollzugsbehörden sind allerdings aufgrund ihrer Fürsorgepflicht für die Gefangenen verpflichtet, deren wirtschaftliche Interessen zu berücksichtigen und ihre Kalkulation transparent und nachvollziehbar zu gestalten. Lässt die Anstalt Leistungen durch einen privaten Betreiber erbringen, auf den die Gefangenen ohne eine am Markt frei wählbare Alternative angewiesen sind, ist anerkannt, dass die Anstalt dementsprechend sicherstellen muss, dass der ausgewählte private Anbieter die Leistung zu marktgerechten Preisen anbietet (vgl. *BVerfGK* 17, 415 [418 f.]; *BVerfG*, Beschl. d. 2. Kammer des Zweiten Senats v. 8.11.2017 – 2 BvR 2221/16, Rn. 21).

<sup>182</sup> dd) Der Gesetzgeber wäre auch nicht gehindert, die Gefangenenvergütung – wie etwa in Frankreich und Italien geschehen (s.o. Rn. 18 f., 20 ff.) – mit der Einbeziehung der Gefangenen in die gesetzliche Rentenversicherung zu verbinden (vgl. *BVerfGE* 98, 169 [208, 212]; BT-Drs.

19/8234). Die Verfassung weist die Ausgestaltung der Sozialordnung (vgl. Art. 20 Abs. 1 GG) und die Entscheidung über die Gewährung bestimmter Vergünstigungen dem Gesetzgeber als sozialstaatliche Aufgabe zu. Es steht grundsätzlich in seiner Gestaltungsmacht, Art und Umfang der sozialen Sicherungssysteme und den Kreis der hierdurch berechtigten Personen nach sachgerechten Kriterien zu bestimmen. Eine verfassungsrechtliche Verpflichtung, Gefangene in die Rentenversicherung oder andere soziale Sicherungssysteme einzubeziehen, besteht allerdings nicht (vgl. BVerfGE 98, 169 [204]; vgl. auch *EGMR* [GK], *Stummer v. Austria*, Ur. v. 7.7.2011, Nr. 37452/02, §§ 130 ff. unter Bezugnahme auf *EKMR*, *Twenty-One Detained Persons v. Germany*, Entsch. v. 6.4.1968, Nr. 3134/67 u.a.; *EGMR*, *Meier v. Switzerland*, Ur. v. 9.2.2016, Nr. 10109/14, § 67).

<sup>183</sup> h) Hat der Gesetzgeber ein Resozialisierungskonzept festgeschrieben und entschieden, welchen Zwecken die Gefangenenarbeit und deren Vergütung dienen sollen, müssen Ausgestaltung und Höhe der Vergütung – und insbesondere der monetären Vergütungskomponente – so bemessen sein, dass die in dem Konzept festgeschriebenen Zwecke unter den gegebenen Umständen auch tatsächlich erreicht werden können, dies mithin angesichts der geringen Entlohnung von Gefangenenarbeit nicht unrealistisch ist. Die Angemessenheit der Vergütungshöhe ist an den mit dem Resozialisierungskonzept insgesamt verfolgten Zwecken zu messen.

<sup>184</sup> aa) Ein gesetzliches Konzept der Resozialisierung (auch durch Gefangenenarbeit, die ausschließlich oder hauptsächlich finanziell entgolten wird, kann zur verfassungsrechtlich gebotenen Resozialisierung nur beitragen, wenn den Gefangenen durch die Höhe des ihnen zukommenden Entgelts in einem Mindestmaß bewusstgemacht werden kann, dass Erwerbsarbeit zur Herstellung der Lebensgrundlage sinnvoll ist (vgl. BVerfGE 98, 169 [202 f.]; vgl. *BVerfG*, *Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01*, Rn. 36). Ausgangspunkt hierfür ist die – unter Umständen gesamtgesellschaftlichen Veränderungsprozessen unterliegende – Bedeutung von Erwerbsarbeit in der Gesellschaft. Bei der Regelung dessen, was angemessen ist, kann und muss der Gesetzgeber zahlreiche objektive wie subjektive Kriterien heranziehen (vgl. BVerfGE 98, 169 [202 f.]; *BVerfG*, *Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01*, Rn. 36, 38).

<sup>185</sup> (1) So kann der Zweck der konkret ausgeübten Beschäftigung als therapeutische Behandlung, als Erwerbsarbeit (insbesondere in den Eigen- und Unternehmerbetrieben) oder als in der Justizvollzugsanstalt notwendige, selbst ausgeführte Hausarbeit bei der Bestimmung der Entlohnung ebenso Berücksichtigung finden wie das Qualifikationsniveau der Arbeit (vgl. BVerfGE 98, 169 [203]). Mit der Höhe der Vergütung kann der Gesetzgeber auch Anreize für geeignete Gefangene schaffen, sich therapeutischen Maßnahmen zu unterziehen oder eine schulische oder berufliche Aus- oder Weiterbildung zu absolvieren.

<sup>186</sup> (2) Zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung in

den Justizvollzugsanstalten ist es ein legitimes Ziel, zu große Einkommensunterschiede der Gefangenen untereinander und deren negative Auswirkungen auf das Anstaltsleben – wie etwa das Entstehen von Subkulturen, Abhängigkeiten oder der Leih- und Tauschhandel von Gefangenen untereinander – zu vermeiden (vgl. auch BVerfGE 98, 169 [212]).

<sup>187</sup> (3) Die Bezahlung vergleichbarer Tätigkeiten auf dem freien Arbeitsmarkt, zum Beispiel nach dem Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns v. 11.8.2014, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung v. 28.6.2022 (BGBl. I, S. 969), und der jeweils gültigen Verordnung zur Anpassung der Höhe des Mindestlohns, zuletzt v. 9.11.2020 (BGBl. I, S. 2356), kann ebenso in den Blick genommen und einbezogen werden wie die typischen Bedingungen des Strafvollzugs, insbesondere die in der Regel geringere Produktivität von Gefangenenarbeit (vgl. BVerfGE 98, 169 [202 f.]; *BVerfG*, *Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01*, Rn. 36).

<sup>188</sup> (4) Auch die Kosten der Gefangenenarbeit für die Unternehmerbetriebe, die Konkurrenz durch andere Produktionsmöglichkeiten, etwa im Ausland, und die allgemeine Lage auf dem Arbeitsmarkt können berücksichtigt werden (vgl. BVerfGE 98, 169 [202 f.]; *BVerfG*, *Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01*, Rn. 36). Der Gesetzgeber darf zudem die Erhaltung und den Ausbau des Angebots an Arbeitsplätzen für die Gefangenenarbeit beziehungsweise die Verhinderung der Schließung von Anstaltsbetrieben anstreben (vgl. *BVerfG*, *Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01*, Rn. 42, 44 f.). Er kann ferner die nicht monetäre Vergütungskomponente, wie etwa die Gewährung von Freistellungstagen als Teil der verfassungsrechtlich gebotenen Anerkennung unter Berücksichtigung ihrer Art und Höhe einbeziehen.

<sup>189</sup> (5) Sieht der Gesetzgeber ein System (hauptsächlich) finanzieller Vergütung für Gefangenenarbeit vor, so ist es ihm nicht verwehrt, auch einen Haftkostenbeitrag vorzusehen. Der Erhebung eines Haftkostenbeitrags (durch Abzüge für Unterbringung und Verpflegung) steht das Gebot, Arbeit angemessen zu vergüten, nicht grundsätzlich entgegen. Das Resozialisierungsgebot fordert aber in der für Strafgefangene typischen Situation einen Ausgleich zwischen dem staatlichen Interesse an einer Kostendeckung und den wirtschaftlichen Interessen und finanziellen Möglichkeiten der Gefangenen. Dies erfordert eine gesetzliche Regelung, nach der der Haftkostenbeitrag so bemessen wird, dass dem Gefangenen von der Vergütung jedenfalls ein angemessener Betrag verbleibt (vgl. BVerfGE 98, 169 [203]), der ihm einen greifbaren Vorteil im Vergleich zu nicht arbeitenden Gefangenen bringt. Entscheidet sich der Gesetzgeber, wie etwa in Art. 49 Abs. 1 S. 2 BayStVollzG und § 39 Abs. 2 StVollzG NRW, dafür, auf einen Haftkostenbeitrag im Fall der Entlohnung nach dem jeweiligen Strafvollzugsgesetz zu verzichten,

kann dies ebenfalls in die Gesamtbetrachtung für die Ermittlung der angemessenen Vergütungshöhe einbezogen werden (vgl. BayVerfGHE 63, 133 [142], der die Nichterhebung des Haftkostenbeitrags als unmittelbaren Teil der Vergütung ansieht).

<sup>190</sup> (6) Ebenso kann der (Teil-)Erlass von Verfahrenskosten, wie er in § 39 Abs. 5 Nr. 1 des Hessischen Strafvollzugsgesetzes (HStVollzG) v. 28.6.2010, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 12.11.2020 (GVBl S. 778), und in § 40 Abs. 8 Nr. 1 des Hamburgischen Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe (HmbStVollzG) v. 14.7.2009, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 7.3.2023 (HmbGVBl S. 94), geregelt ist, bei der Festlegung der Höhe der Vergütung in Rechnung gestellt werden.

<sup>191</sup> (7) Die Ermöglichung von Unterhalts- und Wiedergutmachungszahlungen muss, wenn dies in dem jeweiligen Resozialisierungskonzept vorgesehen ist, bei der Festsetzung der Vergütungshöhe ebenfalls berücksichtigt werden. Gleiches gilt für die Tilgung von Schulden, sei es auch nur in geringem Umfang, wobei bereits bestehende Angebote zur Schuldnerberatung und Schuldentilgung, nicht zuletzt mit der Hilfe freier Träger, genutzt oder erweitert werden können.

<sup>192</sup> (8) Auch die Wahrnehmung der Gesamtvergütung von Gefangenenarbeit und insbesondere der Bemessung der monetären Vergütungskomponente durch die Gefangenen selbst darf nicht unberücksichtigt bleiben. Der Gesetzgeber hat gesetzliche Rahmenbedingungen anzustreben, die dazu beitragen, dass das (geringe) Entgelt nicht als Teil der zu verbüßenden Strafe erlebt wird. So hat der Sprecher der Gefangenengewerkschaft/Bundesweite Organisation in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass bei vielen Gefangenen der Eindruck entstehe, ihre Arbeit werde weder gesamtgesellschaftlich gesehen noch in Bezug auf konkrete Arbeitsleistungen, insbesondere solche in Unternehmerbetrieben, genügend wertgeschätzt und lohne sich aufgrund der niedrigen Stundenlöhne und angesichts der oft hohen Schulden nicht. Ein solcher Eindruck birgt die Gefahr, dass Gefangene Erwerbstätigkeit zur Herstellung einer Lebensgrundlage nicht als sinnvoll erleben, was ihrer Bereitschaft, einer regelmäßigen Arbeit nachzugehen, und damit ihrer Resozialisierung entgegenstehen kann.

<sup>193</sup> bb) Die Aufgabe, die erforderliche Abwägung der vielfältigen aufgeführten Belange vorzunehmen (vgl. BVerfGE 95, 1 [22]) und Zielkonflikte zu lösen (vgl. BVerfGE 150, 1 [88 Rn. 171]), fällt dem Gesetzgeber zu, wobei ihm ein weiter Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum (vgl. Rn. 164) eingeräumt ist. Das *BVerfG* kann dabei seine eigene Abwägung nicht an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen. Es ist nicht seine Aufgabe, darüber zu entscheiden, ob aus vollzugspolitischer Sicht eine Erhöhung des monetären Teils der Vergütung geboten oder wünschenswert ist (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 38), und die Höhe des Entgelts entsprechend festzusetzen.

<sup>194</sup> Die (Gesamt-)Vergütung ist – ohne dass es darauf ankommt, ob es sich um Pflichtarbeit oder um freiwillige Arbeit handelt (s.o. Rn. 170) – auch im Fall des Unterschreitens ihrer bisherigen Komponenten an den aufgezeigten Maßstäben des verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebots zu messen. So bedarf etwa die ersatzlose Streichung der Freistellungstage besonders gewichtiger Rechtfertigungsgründe. Die angemessene Anerkennung von Arbeit bleibt nach diesen Maßstäben unverzichtbar, weil der Einzelne dadurch Achtung und Selbstachtung erfährt (vgl. BVerfGE 100, 271 [284]; 103, 293 [307]; vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 35). Sie steht in engem Zusammenhang mit dem Menschenwürdekern des Resozialisierungsgebots.

<sup>195</sup> i) Da der Gesetzgeber bei der Regelung des Resozialisierungskonzepts über einen weiten Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum verfügt (vgl. Rn. 164), nimmt das *BVerfG* die verfassungsrechtliche Überprüfung des Konzepts (lediglich) im Rahmen einer Vertretbarkeitskontrolle vor (aa). Der Gesetzgeber muss den an eine gültige Prognose zu stellenden Anforderungen genügen und das Gesetz, wenn sich seine Prognose wegen veränderter Umstände als nicht mehr zutreffend erweist, gegebenenfalls nachbessern (bb). Weitergehende prozedurale Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren bestehen nicht (cc).

<sup>196</sup> aa) Die verfassungsgerichtliche Kontrolle kann von einer bloßen Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen (vgl. BVerfGE 50, 290 [332 f. m.w.N.]; 123, 186 [241]). Je höher sich die Komplexität einer Materie dabei ausnimmt, desto größer ist einerseits der gesetzgeberische Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum (vgl. BVerfGE 122, 1 [34]; BVerfGE 150, 1 [89 Rn. 173]). Andererseits bedarf es einer umso intensiveren inhaltlichen Kontrolle, je schwerer der in Frage stehende Grundrechtseingriff ist (vgl. für die lebenslange Freiheitsstrafe BVerfGE 45, 187 [238]; für ein Verbot äußerer religiöser Bekundungen BVerfGE 153, 1 [46 Rn. 101] – Kopftuch III).

<sup>197</sup> Die Regelung eines Resozialisierungskonzepts erfordert komplexe Abwägungsentscheidungen, die mit einem weiten Gestaltungsspielraum für den Gesetzgeber verbunden sind. Bei der Ausgestaltung des Konzepts hat dieser – wie bereits ausgeführt (s.o. Rn. 193) – vielfältige Zielkonflikte zu lösen (vgl. auch BVerfGE 116, 69 [89]; 150, 1 [88 Rn. 171]). Es gibt, wie insbesondere durch die Ausführungen von (...), (...) und (...) in der mündlichen Verhandlung deutlich geworden ist, unterschiedliche methodische und programmatische Herangehensweisen zur Umsetzung eines den neuesten Stand der Wissenschaft und Forschung berücksichtigenden Resozialisierungskonzepts und zur Erreichung der darin vorgesehenen Ziele. Dies spricht dafür, dass die Ausfüllung des Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers vom *BVerfG* nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann (vgl. BVerfGE 77, 170 [215]; 88, 203 [262]; 90, 145 [173]; 150, 1 [89 Rn. 173]).

- <sup>198</sup> Auf der anderen Seite ist die große Bedeutung, die dem gesetzgeberischen Resozialisierungskonzept für die Verwirklichung der Grundrechte der Gefangenen zukommt, zu berücksichtigen. Ein solches Konzept, das die Durchführung des Strafvollzugs bestimmt, hat starken Einfluss auf die Chance der einzelnen Gefangenen, sich wieder in die Gesellschaft zu integrieren und künftig ein straffreies Leben zu führen. Um beiden genannten Gesichtspunkten Rechnung zu tragen, ist das Bundesverfassungsgericht bei der Überprüfung des vom Gesetzgeber festgeschriebenen Resozialisierungskonzepts auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt.
- <sup>199</sup> bb) Der Gesetzgeber darf Konzepte erproben, muss ein Gesetz aber bei Fehlprognosen (vgl. BVerfGE 57, 139 [162]; 89, 365 [378 ff.]; 113, 167 [234]; 150, 1 [90 Rn. 176]) oder dann nachbessern, wenn die Änderung einer zunächst verfassungskonform getroffenen Regelung erforderlich ist, um diese unter veränderten tatsächlichen Bedingungen oder angesichts einer veränderten Erkenntnislage mit der Verfassung im Einklang zu halten. Eine zunächst verfassungskonforme Regelung kann unter veränderten Umständen verfassungswidrig werden, sofern der Gesetzgeber dem nicht durch Nachbesserung entgegenwirkt (vgl. BVerfGE 116, 69 [91]; 132, 334 [358 Rn. 67 m.w.N.]; 143, 216 [245 Rn. 71]; 150, 1 [90 Rn. 176]).
- <sup>200</sup> Die Verpflichtung, der gesetzlichen Ausgestaltung des Vollzugs möglichst realitätsgerechte Annahmen und Prognosen zugrunde zu legen, wirkt auch in die Zukunft. Der Gesetzgeber muss daher sich selbst und den mit der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen befassten Behörden die Möglichkeit sichern, aus Erfahrungen mit der jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltung des Vollzugs und der Art und Weise, in der die gesetzlichen Vorgaben angewendet beziehungsweise umgesetzt werden, und dem Vergleich mit entsprechenden Erfahrungen außerhalb des eigenen Kompetenzbereichs, etwa in anderen Ländern oder im Ausland (s.o. Rn 15 bis 22), zu lernen. In diesem Zusammenhang ist vor allem die Erhebung aussagefähiger, auf Vergleichbarkeit angelegter Daten geboten, die bis auf die Ebene der einzelnen Anstalten eine Feststellung und Bewertung der Erfolge und Misserfolge des Vollzugs – insbesondere der Rückfallhäufigkeit – sowie die gezielte Erforschung der hierfür verantwortlichen Faktoren einschließlich des Einflusses der Gefangenenarbeit und ihrer Entlohnung ermöglichen. Solche Daten dienen wissenschaftlicher und politischer Erkenntnisgewinnung sowie einer öffentlichen Diskussion, die die Suche nach den besten Lösungen anspornt und demokratische Verantwortung geltend zu machen erlaubt (vgl. BVerfGE 116, 69 [91]).
- <sup>201</sup> Der Gesetzgeber war bereits in der Vergangenheit und bleibt auch weiterhin aufgefordert, die Bezugsgröße des monetären Teils der Vergütung sowie den Umfang des nicht monetären Vergütungsteils, etwa in Form von durch regelmäßige Arbeit zu erzielenden Freistellungstagen, einer ständigen Prüfung zu unterziehen (vgl. BVerfG, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 42, 49). Auch nachdem der Gesetzgeber Regelungen getroffen hat, denen sich nachvollziehbar ein in sich stimmiges Resozialisierungskonzept entnehmen lässt, welches den genannten Anforderungen entspricht, muss er vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebots einerseits und des sich ständig verändernden gesamtwirtschaftlichen und gesellschaftlichen Umfelds sowie des Fortschritts in der Strafvollzugsforschung andererseits sicherstellen, dass die von ihm mit dem gewählten Konzept verfolgten Ziele auch weiterhin erreichbar sind.
- <sup>202</sup> Angesichts des hohen Gewichts der grundrechtlichen Belange, die im Strafvollzug berührt werden, ist der Gesetzgeber zur Beobachtung der Auswirkungen seiner Maßnahmen und gegebenenfalls zur Nachbesserung verpflichtet (vgl. zum Jugendstrafvollzug BVerfGE 116, 69 [91]). Im Zuge der Umsetzung nachträglich erkennbar gewordene Zweifel an der Eignung des Resozialisierungskonzepts können für die Zukunft etwa Vorkehrungen in Gestalt einer wissenschaftlichen Begleitung oder von Evaluationen des Gesetzesvollzugs erforderlich machen (vgl. BVerfGE 116, 69 [91]; 150, 1 [90 Rn. 176]). Der Gesetzgeber muss sein Gesamtkonzept auf dessen Tragfähigkeit und die Zielerreichung in regelmäßigen Abständen überprüfen und das Ergebnis dieser Prüfung nachvollziehbar darlegen. Hierzu gehören auch Ausführungen zu Ziel und Bemessung der Vergütung für Gefangenenarbeit.
- <sup>203</sup> cc) Besondere prozedurale Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren mit entsprechenden Begründungslasten des Gesetzgebers bestehen im vorliegenden Zusammenhang dagegen nicht. Soweit die Rechtsprechung des BVerfG zum Beispiel bei Besoldungsfragen (vgl. BVerfGE 130, 263 [300 ff.]; 139, 64 [126 f. Rn. 129 f.]; 140, 240 [296 Rn. 112 f.]; 145, 1 [13 Rn. 28 f.]; 145, 304 [326 Rn. 68]; 149, 382 [395 f. Rn. 21]; 155, 1 [48 Rn. 97]) oder bei der Parteienfinanzierung (vgl. BVerfG, Ur. d. Zweiten Senats v. 24.1.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 129 f. – Parteienfinanzierung – Absolute Obergrenze) besondere Anforderungen an die Begründungslast im Gesetzgebungsverfahren gestellt hat, betraf dies typischerweise die gesetzliche Ausgestaltung in der Verfassung selbst angelegter (Leistungs-)Rechte, die ohne entsprechende Anforderungen an die Ermittlung und Begründung der Regelungsgrundlagen leerzulaufen drohen (vgl. BVerfGE 150, 1 [90 f. Rn. 178 m.w.N.]; BVerfG, Ur. d. Zweiten Senats v. 24.1.2023 – 2 BvF 2/18, Rn. 131). Das ist bei der Bestimmung der Vergütung von Gefangenenarbeit nicht der Fall.
- <sup>204</sup> 2. Die gesetzlich festgeschriebenen Resozialisierungskonzepte des Freistaats Bayern (a) und des Landes Nordrhein-Westfalen (b) werden diesen Maßstäben nicht gerecht. Sie verstoßen gegen das Resozialisierungsgebot und verletzen die Beschwerdeführer zu I. und zu II. in ihrem Recht auf Resozialisierung (c).
- <sup>205</sup> a) Bayern:
- <sup>206</sup> Das Konzept zur Umsetzung des verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebots, wie es derzeit im Bayerischen

Strafvollzugsgesetz und in Bezug auf Arbeit und deren Vergütung insbesondere in Art. 46 Abs. 2 S. 2 und Abs. 6 S. 1 BayStVollzG Ausdruck gefunden hat, ist in sich nicht schlüssig und widerspruchsfrei. Aus dem gesetzgeberischen Konzept kann nicht nachvollziehbar entnommen werden, welche Bedeutung dem Faktor Arbeit zukommen soll, welche Ziele mit dieser Behandlungsmaßnahme erreicht werden sollen und welchen Zwecken die vorgesehene Vergütung für die geleistete Arbeit dienen soll (aa). Wesentliches ist nicht gesetzlich geregelt (bb) und eine kontinuierliche, wissenschaftlich begleitete Evaluation der Resozialisierungswirkung von Arbeit und deren Vergütung findet nicht statt (cc).

<sup>207</sup> aa) Der Freistaat Bayern verfügt nicht über ein den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügendes, in sich schlüssiges Resozialisierungskonzept. In Art. 2 bis 6 BayStVollzG sind mehrere Vollzugsziele und in Art. 3 Satz 3 BayStVollzG eine Reihe von Behandlungsmaßnahmen aufgeführt, die nebeneinanderstehen, ohne erkennbar aufeinander abgestimmt zu sein. Arbeit, arbeitstherapeutische Beschäftigung, Ausbildung und Weiterbildung sind in einem eigenen Abschnitt (Fünfter Abschnitt des zweiten Teils des BayStVollzG) geregelt und stellen im Rahmen des Regelungsgeflechts der Art. 3 Abs. 3, Art. 39, 43 BayStVollzG offenbar wichtige, wenn nicht sogar die wichtigsten Behandlungsmaßnahmen dar. Die Regelungen zur Arbeitspflicht (Art. 43 BayStVollzG) und zu Art und Höhe der Vergütung (Art. 46 BayStVollzG) sind, soweit ersichtlich, im Wesentlichen ohne neue Erwägungen, Überprüfungen oder Anpassungen aus den vorher geltenden bundesgesetzlichen Regelungen übernommen worden (vgl. LT-Drs. BAY 15/8101, S. 59 f.). Allerdings hat die Justizvollzugsanstalt, wenn sie für den Gefangenen Beiträge zur Arbeitslosenversicherung abführt, von dessen Arbeitsentgelt nun einen Beitrag einzubehalten, der seinem Anteil entspricht, wenn er Arbeitnehmer wäre (vgl. Art. 206 BayStVollzG). Anders als bei § 195 StVollzG, der der Vollzugsbehörde Ermessen einräumt, handelt es sich hier um eine gebundene Entscheidung.

<sup>208</sup> Ferner sind einige gesetzlich festgelegte Zwecke hinzugekommen, für die der – unverändert in der Höhe von 9 % der Bezugsgröße zu bemessende – Lohn verwendet werden soll. Schon der bei Inkrafttreten des Bayerischen Strafvollzugsgesetzes zum 1.1.2008 geltende Art. 78 Abs. 2 S. 2 BayStVollzG a.F. sah vor, dass die Gefangenen anzuhalten seien, den durch die Straftat verursachten Schaden zu regeln. Nach der Gesetzesbegründung hebt der Absatz 2 im Interesse des Opferschutzes besonders hervor, dass dadurch die Einsicht der Gefangenen in die Verantwortung für ihre Tat geweckt werden solle und sie dazu anzuhalten seien, den durch die Straftat verursachten Schaden zu regeln; in geeigneten Fällen sei die Durchführung eines Täter-Opfer-Ausgleichs anzustreben. Die Bestimmung konkretisiere den in Art. 75 BayStVollzG verankerten Grundsatz der Hilfe zur Selbsthilfe, wobei die Anstalt zur Schadenswiedergutmachung und in geeigneten Fällen zum Täter-Opfer-Ausgleich im weiteren Sinn aktiv an die Gefangenen herantreten und sie zur Mitarbeit motivieren solle. Ein Täter-Opfer-Ausgleich könne in einer materiellen Schadensregulierung liegen oder sich auf

eine immaterielle Aussöhnung mit dem Opfer beziehen. Die Schadensregulierung gegenüber dem Opfer oder gegenüber anderen Gläubigern diene der Wiedereingliederung der Gefangenen. Die Behandlungsmaßnahmen während des Vollzugs verfehlten ihre Wirkung, wenn Gläubiger Straftatlassene bis zur Pfändungsgrenze in Anspruch nähmen (vgl. LT-Drs. BAY 15/8101, S. 66).

<sup>209</sup> Mit der Einführung des Art. 5a BayStVollzG mit Änderungsgesetz vom 26.6.2018 (GVBl S. 446) sollte ausweislich der Gesetzesbegründung der Opferschutz noch deutlicher hervorgehoben und die bisherige Regelung des Art. 78 Abs. 2 BayStVollzG im Wesentlichen übernommen werden. Die Verankerung im Bereich der Vollzugsgrundsätze solle zum Ausdruck bringen, dass eine opferbezogene Vollzugsgestaltung „in allen Bereichen, von der Erstellung des Vollzugsplans über die Verbescheidung von Auskunftersuchen oder die Entscheidung über Besuchsverbote beziehungsweise die Zulassung von Telefongesprächen bis hin zur Entlassungsvorbereitung (z.B. durch entsprechende Auflagen bei Lockerungsentscheidungen nach Art. 13 bis 15 BayStVollzG oder Vorschläge der Anstalten für bestimmte Weisungen im Rahmen der Bewährungs- oder Führungsaufsicht)“ erfolgen solle (vgl. LT-Drs. BAY 17/21101, S. 34). Ausführungen zur Auswirkung dieses Ziels des Opferschutzes auf die Gefangenenvergütung sind der Gesetzesbegründung dagegen nicht zu entnehmen. Außerdem sind die Gefangenen seit dem Inkrafttreten des Bayerischen Strafvollzugsgesetzes nach Art. 78 Abs. 1 BayStVollzG in dem Bemühen zu unterstützen, ihre Rechte und Pflichten wahrzunehmen und für Unterhaltsberechtigte zu sorgen.

<sup>210</sup> Angesichts der geringen monetären Vergütung, die bereits im Rahmen des Kammerbeschlusses aus dem Jahr 2002 (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 46, 49) nur aufgrund der gleichwertigen zusätzlichen Gewährung ausreichender nicht monetärer Leistungen für noch verfassungsgemäß erklärt wurde, erscheint es widersprüchlich und im Regelfall realitätsfern, dass Gefangene gleichwohl im Rahmen des immer weiter ins Zentrum des Resozialisierungskonzepts gerückten Opferschutzes dazu angehalten werden sollen, den durch die Straftat verursachten Schaden wiedergutzumachen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll dies jedenfalls auch die materielle Schadensregulierung umfassen. Darüber hinaus sollen die Gefangenen zugleich noch für Unterhaltsberechtigte sorgen. Zusätzlich ist gesetzlich geregelt, dass sie – in stärkerem Umfang, als dies noch vor der Föderalismusreform I im Strafvollzugsgesetz vorgesehen war – an den Kosten für den Betrieb elektronischer Geräte, für Gesundheitsleistungen oder für Suchtmitteltests beteiligt werden beziehungsweise beteiligt werden können (vgl. LT-Drs. BAY 15/8101, S. 50; in diesem Sinne auch bereits *Hanseatisches OLG*, Beschl. v. 4.2.2011 – 3 Vollz (Ws) 3/11, juris, Rn. 27). Insofern erschließt sich nicht, wie diese Anforderungen von den Gefangenen erfüllt werden sollen, ohne dass ihnen mehr Lohn für die von ihnen geleistete Arbeit zur Verfügung stünde. Die im Wesentlichen unverbunden nebeneinanderstehenden Regelungen des bayerischen Landesrechts zur Rolle der Gefangenenarbeit im Strafvollzug erfüllen

die Voraussetzungen eines schlüssigen, realitätsgerechten Resozialisierungskonzepts nicht.

- <sup>211</sup> bb) Für die Verwirklichung des Grundrechts der Gefangenen auf Resozialisierung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Wesentliches hat der bayerische Gesetzgeber nicht selbst geregelt. Dies betrifft die Vorgaben an den Inhalt der Vollzugspläne (1) und die Regelung zur Kostenbeteiligung der Gefangenen an Gesundheitsleistungen (2).
- <sup>212</sup> (1) Regelungen darüber, welche Inhalte die Vollzugspläne der einzelnen Gefangenen aufzuweisen haben, wie dies etwa in § 7 StVollzG oder in § 10 StVollzG NRW vorgesehen ist, trifft das Bayerische Strafvollzugsgesetz nicht. Ausführungen dazu, was die Pläne beinhalten sollen, finden sich lediglich in den Verwaltungsvorschriften zu Art. 9 BayStVollzG. Da es sich bei den Angaben im Vollzugsplan, die sich insbesondere auf die für den jeweiligen Gefangenen erforderlichen Behandlungsmaßnahmen beziehen, um für die Resozialisierung bedeutsame Gesichtspunkte für die Durchführung des Strafvollzugs handelt, darf der Landesgesetzgeber deren Regelung nicht der Verwaltung überlassen. Gleiches gilt für das Verfahren zur Aufstellung und Fortschreibung der Vollzugspläne.
- <sup>213</sup> (2) Näheres zur Kostenbeteiligung der Gefangenen an Gesundheitsleistungen im Sinne des Art. 63 BayStVollzG, der nach dem Willen des Gesetzgebers als Ausdruck des Angleichungsgrundsatzes in das Gesetz aufgenommen wurde (vgl. LT-Drs. BAY 15/8101, S. 64), ist ebenfalls nur in den Verwaltungsvorschriften zu dieser Norm geregelt (Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz über die Verwaltungsvorschriften zum Bayerischen Strafvollzugsgesetz [VVBayStVollzG] v. 1.7.2008 [JMBl S. 89], zuletzt geändert durch Bekanntmachung v. 9.11.2022 [BayMBl Nr. 691]).
- <sup>214</sup> Hiernach überlässt der bayerische Gesetzgeber der Verwaltung Regelungen, die für die Ausfüllung, Verwirklichung und Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebots und des entsprechenden Grundrechts der Gefangenen wesentlich sind. Solche Regelungen, die das Resozialisierungskonzept des Landesgesetzgebers ausgestalten sowie für die monetäre Vergütung der Gefangenenarbeit und deren Verwendung von erheblicher Bedeutung und damit grundrechtsrelevant sind, muss der Gesetzgeber im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens, das auch der (Fach-)Öffentlichkeit Gelegenheit bieten soll, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten (vgl. BVerfGE 116, 69 [91]; 139, 19 [46 Rn. 53]; 150, 1 [96 f. Rn. 192]; BVerfG, Urt. d. Zweiten Senats v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 182), selbst treffen. Die Einzelheiten können dann in einer Rechtsverordnung oder in Verwaltungsvorschriften ausformuliert werden.
- <sup>215</sup> cc) Obwohl der Gesetzgeber bereits aufgefordert war, insbesondere die Höhe der Bezugsgröße für den monetären Teil der Vergütung für Gefangenenarbeit nicht festzuschreiben, sondern einer steten Prüfung zu unterziehen (vgl. BVerfG, Beschl. d. 3. Kammer d. Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 42) und auch den Umfang der nicht monetären Vergütungsteile ständig zu überprüfen (vgl. BVerfG, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 49), fand – soweit ersichtlich – im Zuge des Erlasses des Bayerischen Strafvollzugsgesetzes keine Evaluation beziehungsweise wissenschaftliche Begleitung hinsichtlich der Wirkungen von Arbeit und Ausbildung als Behandlungsmaßnahmen und ihrer Vergütung statt. Die mündliche Verhandlung hat ergeben, dass auch weiterhin eine regelmäßige, wissenschaftlich begleitete Evaluation fehlt.
- <sup>216</sup> Zwar ist nach Art. 189 BayStVollzG ein kriminologischer Dienst eingerichtet worden, dessen Aufgabe darin besteht, in Zusammenarbeit mit den Einrichtungen der Forschung den Vollzug, insbesondere die Behandlungsmethoden, wissenschaftlich fortzuentwickeln und seine Ergebnisse für Zwecke der Strafrechtspflege nutzbar zu machen. Mit den hier relevanten Fragen hat er sich jedoch bislang im Schwerpunkt nicht beschäftigt. Dies wird unter anderem damit begründet, dass – nach den Angaben des Vertreters des Kriminologischen Dienstes des bayerischen Justizvollzugs – aufgrund der Vielzahl parallel angewandter Behandlungsmaßnahmen eine genaue Kausalitätsforschung in Bezug auf einzelne Maßnahmen nur schwer zu betreiben sei. Arbeit sei stets als selbstverständliche und wirksame Maßnahme angesehen worden; sie sei traditionsbedingt schon immer Teil des Strafvollzugs gewesen. Auch eine Vergabe entsprechender Forschungsaufträge an die freie Wissenschaft, wie sie die Gesetzesbegründung für die Arbeit des Kriminologischen Dienstes explizit vorsieht (vgl. LT-Drs. BAY 15/8101, S. 91), ist, soweit ersichtlich, zumindest in diesem Bereich nicht erfolgt.
- <sup>217</sup> Dies wird der Komplexität der Materie und der Gestaltungsbedürftigkeit des an den Gesetzgeber gerichteten Resozialisierungsgebots in Bezug auf die grundrechtsrelevante Frage der Bedeutung von Arbeit und ihrer Vergütung als Behandlungsmaßnahme nicht gerecht. Hat der Gesetzgeber ein Resozialisierungsgebots geregelt, verpflichtet ihn das Resozialisierungsgebots, die vielfältigen tatsächlichen Bedingungen und veränderte wissenschaftliche Erkenntnisse zur Kenntnis zu nehmen und die Vorschriften zur Umsetzung seines Konzepts gegebenenfalls nachzubessern, um sie mit der Verfassung im Einklang zu halten. Das erfordert eine realitätsgerechte Bewertung der beabsichtigten Resozialisierungsziele mit Blick auf die zur Verfügung stehenden Behandlungsmaßnahmen. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf die für Gefangenenarbeit festgesetzte Vergütung in ihren monetären und nicht monetären Teilen. Das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebots verlangt hinsichtlich der Gefangenenarbeit und ihrer Vergütung zumindest eine wissenschaftlich begleitete Evaluation der einzubeziehenden Faktoren – unabhängig und gegebenenfalls parallel zu einer Erforschung und Bewertung der tatsächlichen Wirksamkeit dieser Behandlungsmaßnahme.
- <sup>218</sup> b) Nordrhein-Westfalen:
- <sup>219</sup> Das Konzept zur Umsetzung und Erreichung des verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebots des Strafvoll-

zugsgesetzes Nordrhein-Westfalen, so wie es insbesondere in Bezug auf Arbeit und deren Vergütung in § 32 Abs. 1 S. 1, § 34 Abs. 1 StVollzG NRW normiert wurde, ist ebenfalls nicht in sich schlüssig und widerspruchsfrei. Dem gesetzgeberischen Konzept kann auch hier nicht nachvollziehbar entnommen werden, welche Bedeutung dem Faktor Arbeit – im Vergleich zu anderen Behandlungsmaßnahmen – zukommen soll, welche Ziele mit dieser Behandlungsmaßnahme erreicht werden sollen und welchen Zwecken die vorgesehene Vergütung für die geleistete Arbeit dienen soll (aa). Wesentliches ist nicht gesetzlich geregelt (bb), und eine regelmäßige, wissenschaftlich begleitete Evaluation dieser Maßnahme findet ebenfalls nicht statt (cc).

<sup>220</sup> aa) Auch Nordrhein-Westfalen verfügt nicht über ein den verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere dem Resozialisierungsgebot in Bezug auf Arbeit und ihre Vergütung genügendes, in sich schlüssiges Resozialisierungskonzept. In den §§ 1 bis 7 StVollzG NRW sind zahlreiche Vollzugsziele und in § 3 Abs. 2 und Abs. 3 StVollzG NRW eine Reihe von Behandlungsmaßnahmen aufgeführt, die nicht erkennbar aufeinander abgestimmt wurden. Das Land hält an der Beschäftigungspflicht gemäß § 29 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 StVollzG NRW fest (vgl. LT-Drs. NRW 16/5413, S. 110; LT-Drs. NRW 17/15234, S. 130) und sieht Arbeit, arbeitstherapeutische Maßnahmen, schulische und berufliche Bildung sowie sonstige Tätigkeiten (Beschäftigung) nach der Regelung in § 29 Abs. 1 S. 1 StVollzG NRW als herausgehobene Behandlungsmaßnahmen an. Gleichzeitig betonen die jüngsten Evaluations- und Reformbestrebungen, wie die Vertreterinnen des Kriminologischen Dienstes und des Ministeriums der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen in der mündlichen Verhandlung ausgeführt haben, die Sicherheit im Justizvollzug, die Stärkung einer familiengerechten Vollzugsgestaltung sowie der individuellen Maßnahmenbehandlung und bezwecken die Vereinheitlichung der Regelungen zur Beschäftigung der Gefangenen (vgl. LT-Drs. NRW 16/5413, S. 79 f.; LT-Drs. NRW 17/15234, S. 1 f.).

<sup>221</sup> Die Regelungen zur Beschäftigungspflicht nach § 29 Abs. 1 und Abs. 3 StVollzG NRW sowie zur Art und Höhe der Vergütung nach den §§ 32 und 34 StVollzG NRW sind ohne wesentliche neue Erwägungen aus dem vorher geltenden Strafvollzugsgesetz des Bundes übernommen worden (vgl. LT-Drs. NRW 16/5413, S. 110, 114). Allerdings ist in Bezug auf die nicht monetäre Komponente eine Änderung zugunsten der Gefangenen vorgenommen worden. In § 34 Abs. 1 S. 1 StVollzG NRW ist die Anzahl der durch Arbeit zu erzielenden Freistellungstage im Hinblick auf die im Kammerbeschluss aus dem Jahr 2002 geforderte Überprüfung (*BVerfG*, Beschl. der 3. Kammer des Zweiten Senats des *BVerfG* v. 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 49) von einem Tag für zwei Monate zusammenhängender Arbeit auf zwei Tage für drei Monate zusammenhängender Arbeit und damit um insgesamt zwei Tage pro Jahr erhöht worden (vgl. LT-Drs. NRW 16/5413, S. 116). Demgegenüber sieht § 32 Abs. 5 S. 1 StVollzG NRW – anders als § 195 StVollzG, bei dem es sich um eine „Kann-Regelung“ handelt – vor, dass, soweit

Beiträge zur Arbeitslosenversicherung an die Bundesagentur für Arbeit zu entrichten sind, ein Betrag der Vergütung einbehalten werden soll, der dem Anteil eines Arbeitnehmers entspricht. Zwar handelt es sich nicht um eine Pflicht zur Einbehaltung eines Teils der Vergütung. Als Sollvorschrift kommt die Norm aber im Regelfall zum Tragen und schmälert die monetäre Vergütung entsprechend.

<sup>222</sup> Soweit mehrere sachkundige Dritte im Rahmen der mündlichen Verhandlung angegeben haben, Arbeit sei eine selbstverständliche Maßnahme im Strafvollzug, die weniger durch die Aussicht auf ein Entgelt als vielmehr durch persönliche Erfahrungen, wie etwa das Erlebnis, an einem Arbeitstag gute Arbeit geleistet und mit Bezugspersonen entsprechend interagiert zu haben, geprägt sei, spricht zwar viel dafür, dass ein positives Arbeitsverhalten die Persönlichkeitsentwicklung und die Vollzugsgestaltung insgesamt bis hin zur Entlassungsprognose des Gefangenen günstig beeinflussen kann. Hierbei handelt es sich aber nicht um Vergünstigungen, die in einem direkten Bezug zu der konkreten Arbeitsleistung eines Gefangenen stehen und als deren Anerkennung im Sinne einer angemessenen Gegenleistung für die geleistete Arbeit bewertet werden können (vgl. *BVerfGE* 98, 169 [213]).

<sup>223</sup> Die Gefangenen sollen zugleich dabei unterstützt werden, für ihre Unterhaltsberechtigten zu sorgen (§ 4 Abs. 3 StVollzG NRW) und den durch ihre Tat verursachten – materiellen und immateriellen – Schaden auszugleichen (§ 7 Abs. 2 S. 3 StVollzG NRW). Ausweislich der Gesetzesbegründung soll sich eine derartige Wiedergutmachung auch auf Entschädigungsleistungen in Geld erstrecken, „die die Gefangenen als Zeichen der Übernahme sozialer Verantwortung aus den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln leisten können und auch sollen. Die Regelung verpflichtet die Anstalt, Gefangene beim Ausgleich des begangenen Unrechts zu unterstützen und auf einen Ausgleich der Folgen der Straftat hinzuwirken“ (vgl. LT-Drs. NRW 16/5413, S. 87). Die Maßnahmen seien „integrativer Bestandteil der Behandlung, um Einsicht in die Tat, Verantwortungsübernahme und Schadenswiedergutmachung als wesentliche Grundvoraussetzungen für eine spätere soziale Integration der Gefangenen zu fördern“ (vgl. LT-Drs. NRW 16/5413, S. 87).

<sup>224</sup> Wie bereits zum Resozialisierungskonzept des Freistaats Bayern ausgeführt, ist es auch mit Blick auf den in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Gesamteindruck zum finanziellen Handlungsspielraum der Gefangenen angesichts des in der Haft erreichbaren Entgelts für ihre Arbeit widersprüchlich und realitätsfern, dass diese einen so formulierten – für sich genommen wünschenswerten – Behandlungserfolg erzielen und entsprechenden Verpflichtungen nachkommen können.

<sup>225</sup> Zusätzlich ist auch im Strafvollzugsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, wie aufgezeigt (s.o. Rn. 180), festgelegt worden, dass die Gefangenen – in stärkerem Umfang, als dies noch vor der Föderalismusreform I im Strafvollzugsgesetz vorgesehen war – an den Kosten für den Betrieb elektronischer Geräte, für Gesundheitsleistungen

oder für Suchtmitteltests beteiligt werden beziehungsweise beteiligt werden können. Erläuterungen dazu, wie die genannten Vollzugsziele angesichts der niedrigen Vergütung für Gefangenenarbeit und der vermehrten Beteiligung der Gefangenen an den Kosten des Vollzugs erreicht werden können, sind der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen (vgl. LT-Drs. NRW 17/15234, S. 133). Insofern ist es – ebenso wie beim Strafvollzugsgesetz des Freistaats Bayern – nicht nachvollziehbar, wie diese unterschiedlichen finanziellen Leistungen von den Gefangenen tatsächlich erbracht werden sollen. Dies macht deutlich, dass auch der Gesetzgeber des Landes Nordrhein-Westfalen kein in sich schlüssiges, realitätsgerechtes Resozialisierungskonzept festgeschrieben hat.

<sup>226</sup> bb) Für die Verwirklichung des Grundrechts der Gefangenen auf Resozialisierung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Wesentliches hat auch der nordrheinwestfälische Gesetzgeber nicht geregelt. Dies betrifft allerdings nur die Regelung zur Kostenbeteiligung der Gefangenen an Gesundheitsleistungen.

<sup>227</sup> § 45 Abs. 3 StVollzG NRW regelt ausdrücklich, dass Gefangene angemessen an den Kosten für medizinische Leistungen beteiligt werden können. Dies soll nach der Gesetzesbegründung sicherstellen, dass etwaige sozialgesetzlich geregelte Zuzahlungspflichten gesetzlich Versicherter die Gefangenen grundsätzlich in gleicher Weise treffen, wenngleich die Umstände der Inhaftierung und die „damit zumeist einhergehende beschränkte finanzielle Leistungsfähigkeit“ berücksichtigt werden sollen (vgl. LT-Drs. NRW 16/5413, S. 123 f.). Hierin mag auch eine Erklärung dafür liegen, dass nach den Angaben des Ministeriums der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen zuletzt nur in sehr wenigen Einzelfällen überhaupt Gebrauch von der entsprechenden Möglichkeit zur Kostenbeteiligung gemacht wurde. Gleiches gilt für die angegebene niedrige Zahl der Inanspruchnahme von Kosten für Suchtmitteltests nach § 65 Abs. 3 StVollzG NRW. Bei Erlass des Gesetzes war der Gesetzgeber allerdings von Einsparungen aufgrund der Beteiligung der Gefangenen an den Kosten für medizinische Leistungen, für die Krankenbehandlung während vollzugsöffnender Maßnahmen, für medizinische Behandlungen zur sozialen Eingliederung nach § 48 StVollzG NRW sowie für Maßnahmen zur Feststellung von Suchtmittelkonsum ausgegangen (vgl. LT-Drs. NRW 16/5413, S. 4). Näheres zu den Kriterien und Voraussetzungen, wann und in welchem Umfang Gefangene an den Kosten für medizinische Leistungen im Sinne des § 45 Abs. 3 StVollzG NRW zu beteiligen sind, hat er aber nicht geregelt.

<sup>228</sup> Regelungen, wie die Beteiligung der Gefangenen an medizinischen Leistungen, die das Resozialisierungskonzept des Landesgesetzgebers ausgestalten, für die Verwendung der Vergütung bedeutsam und damit für die Gefangenen grundrechtsrelevant sind, muss dieser, wie bereits ausgeführt (s.o. Rn. 158), in einem dem Grundsatz der parlamentarischen Öffentlichkeit genügenden Verfahren (vgl. BVerfGE 116, 69 [91]; 139, 19 [46 Rn. 53]; 150, 1 [96 f. Rn. 192]; BVerfG, Urt. d. Zweiten Senats v. 22.2.2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 182) selbst vornehmen.

<sup>229</sup> cc) Nach § 123 Abs. 2 StVollzG NRW a.F., der Erstfassung des Strafvollzugsgesetzes Nordrhein-Westfalen, war die Landesregierung verpflichtet, dem Landtag bis zum 31.12.2019 und danach alle fünf Jahre über die mit dem Gesetz gemachten Erfahrungen zu berichten. Zur Umsetzung dieser Verpflichtung hat der nach § 110 StVollzG NRW für die wissenschaftliche Begleitung insbesondere der Behandlungsmethoden des Vollzugs eingerichtete Kriminologische Dienst das Projekt „Evaluation im Strafvollzug (EVA-LiS)“ ins Werk gesetzt (vgl. Kriminologischer Dienst des Landes Nordrhein-Westfalen, Evaluation im Strafvollzug des Landes Nordrhein-Westfalen, Ergebnisbericht zum Stand 31.8.2019, S. 5 f.). Zudem ist es ausweislich der Gesetzesbegründung die Aufgabe des Kriminologischen Dienstes, „die rasche Entwicklung des Vollzuges und seiner Schwerpunkte auch unter Berücksichtigung technischer Neuerungen in einem angemessenen Zeitrahmen“ zu berücksichtigen sowie „die dauernde Fortentwicklung eines modernen, dem normierten Vollzugsziel gerecht werdenden Vollzuges“ zu ermöglichen. Ihm obliegt es, „die Behandlungsmethoden auch unter Beachtung einer Kosten-Nutzen-Relation zu analysieren, auszuwerten und wissenschaftlich zu begleiten“. Diese Aufgaben soll der Kriminologische Dienst „über den Weg einer Zusammenarbeit mit Einrichtungen der Forschung, also etwa Universitäten oder sonstigen Instituten spezifischer Ausrichtung, erfüllen“ (vgl. LT-Drs. NRW 16/5413, S. 180 f.).

<sup>230</sup> Nach den Angaben der Vertreterin des Landes Nordrhein-Westfalen in der mündlichen Verhandlung werden im Rahmen des Projekts EVALiS circa 400 Maßnahmen untersucht; die Studie brauche aber Zeit. Es würden unterschiedliche Konzepte zur Umsetzung verschiedener Vollzugsziele und zur Lösung von Vollzugsproblemen erarbeitet. Das Parlament sei über den Fortgang in der Vergangenheit in Berichten informiert worden und werde auch weiterhin auf dem Laufenden gehalten.

<sup>231</sup> Die vom Land Nordrhein-Westfalen unternommenen Evaluierungsmaßnahmen im Rahmen des Projekts EVALiS und die Einsetzung eines Kriminologischen Dienstes, der Maßnahmen im Vollzug insbesondere in Zusammenarbeit mit Forschungseinrichtungen kontinuierlich wissenschaftlich begleitet und evaluiert (vgl. LT-Drs. NRW 17/15234, S. 123 f.), sind grundsätzlich geeignet, der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Erfassung eines etwaigen Anpassungsbedarfs des gewählten Resozialisierungskonzepts an veränderte tatsächliche Bedingungen oder eine neue wissenschaftliche Erkenntnislage gerecht zu werden und das gesetzgeberische Konzept mit der Verfassung im Einklang zu halten.

<sup>232</sup> Im Rahmen der Evaluierungs- und Beobachtungsmaßnahmen ist aber, wie auch die Vertreterin des Landes Nordrhein-Westfalen eingeräumt hat, bisher keine nähergehende Untersuchung oder Begleitung der Auswirkungen von Arbeit im Vollzug und deren Vergütung vorgenommen worden. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlich wie tatsächlich besondere Bedeutung von Arbeit und deren angemessener Vergütung im Vollzug sowie angesichts der bereits vor dem Inkrafttreten des nordrheinwestfälischen

Strafvollzugsgesetzes formulierten Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts, die Bezugsgröße des monetären und den Umfang des nicht monetären Teils der Vergütung einer ständigen Prüfung zu unterziehen (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. 3. Kammer des Zweiten Senats vom 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01, Rn. 42, 49), wird dies den Anforderungen des Resozialisierungsgebots nicht gerecht.

- <sup>233</sup> c) Sowohl der bayerische als auch der nordrheinwestfälische Gesetzgeber haben bei der Ausgestaltung ihres Resozialisierungskonzepts in Bezug auf die Gefangenenarbeit und deren Vergütung das verfassungsrechtliche Resozialisierungsgebots und den darauf bezogenen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt nicht hinreichend beachtet. Dadurch sind der Beschwerdeführer zu I. und der Beschwerdeführer zu II. jeweils in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt.

C.

I.

- <sup>234</sup> 1. Die in das jeweilige Resozialisierungskonzept eingebetteten Art. 46 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 6 BayStVollzG beziehungsweise § 32 Abs. 1 und Abs. 4, § 34 Abs. 1 StVollzG NRW sind unvereinbar mit dem Resozialisierungsgebots aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die Vorschriften bleiben bis zu einer gesetzlichen Neuregelung, längstens bis zum 30.6.2025, weiter anwendbar.
- <sup>235</sup> a) Das BVerfGG bestimmt als Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nicht ausnahmslos dessen Nichtigkeit (§ 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG); es lässt auch die Erklärung der bloßen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu (§ 31 Abs. 2 S. 3 BVerfGG). Die Erklärung der Unvereinbarkeit, verbunden mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung, kommt in Betracht, wenn die sofortige Ungültigkeit der zu beanstandenden Norm dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohls oder grundrechtlich geschützter Belange des Betroffenen selbst oder Dritter die Grundlage entziehen würde und eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten ergibt, dass der Eingriff für eine Übergangszeit hinzunehmen ist (vgl. *BVerfGE* 85, 386 [400 f.]; 141, 220 [351 Rn. 355]; 149, 293 [341 f. Rn. 119]; *BVerfG*, Urt. d. Ersten Senats v. 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, Rn. 174 – Automatisierte Datenanalyse). Eine Unvereinbarkeitserklärung kommt zudem dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den Verfassungsverstoß zu beseitigen (vgl. *BVerfGE* 99, 280 [298]; 105, 73 [133]; 107, 27 [58]; 117, 1 [69]; 120, 125 [167]; 160, 41 [77 f. Rn. 90] – Privilegierung von Gewinneinkünften; *stRspr.*)
- <sup>236</sup> b) Danach sind Art. 46 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 6 BayStVollzG sowie § 32 Abs. 1 und Abs. 4, § 34 Abs. 1 StVollzG NRW für mit der Verfassung unvereinbar zu erklären. Die Unvereinbarkeitserklärung ist mit der Anordnung ihrer vorübergehenden Fortgeltung bis zu einer Neuregelung, längstens jedoch bis zum 30.6.2025, zu verbind-

den. Damit wird sichergestellt, dass bis zu einer den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechenden Neuregelung eine Rechtsgrundlage für die Gewährung einer Vergütung für Gefangenenarbeit zur Verfügung steht, um einen Zustand zu vermeiden, in dem aufgrund der Nichtigerklärung der Normen keine gesetzliche Verpflichtung zur Vergütung von Gefangenenarbeit mehr besteht. In diesem Fall würde in das Grundrecht auf Resozialisierung noch stärker eingegriffen als im Fall der Fortgeltung der verfassungswidrigen Vorschriften bis zu einer Neuregelung, deren Vorbereitung erwartungsgemäß einige Zeit in Anspruch nehmen wird. Zudem kommt dem Gesetzgeber ein Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum in Bezug auf die zu treffende Neuregelung zu, der ihm verschiedene Regelungsmöglichkeiten eröffnet.

- <sup>237</sup> 2. Art. 46 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 6 BayStVollzG sowie § 32 Abs. 1 und Abs. 4, § 34 Abs. 1 StVollzG NRW sind insgesamt für unvereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären.

- <sup>238</sup> a) Die Unvereinbarkeit einer oder mehrerer Bestimmungen eines Gesetzes bewirkt zwar grundsätzlich nicht die Unvereinbarkeit des gesamten Gesetzes oder der ganzen Vorschrift mit dem Grundgesetz (vgl. *BVerfGE* 8, 274 [301]; 57, 295 [334]; *stRspr.*). Etwas anderes gilt aber etwa dann, wenn verfassungswidrige Vorschriften Teil einer Gesamtregelung sind, wobei der nicht den Gegenstand des Verfahrens bildende Normteil mit dem für unvereinbar erklärten Normgefüge so verflochten ist, dass beide eine untrennbare Einheit bilden, die nicht in ihre einzelnen Bestandteile zerlegt werden kann (vgl. *BVerfGE* 65, 325 [358]; 108, 1 [33]), oder wenn Regelungen auf einem einheitlichen gesetzgeberischen Konzept beruhen (vgl. *BVerfGE* 111, 226 [273]; 138, 136 [248 f. Rn. 283]). Nach dem schon in § 139 BGB enthaltenen Rechtsgedanken kann sich die Feststellung nur dann auf die Unvereinbarkeit eines Teils der Norm beschränken, wenn es keinem Zweifel unterliegt, dass der Gesetzgeber die sonstige gesetzliche Regelung auch ohne den verfassungswidrigen Teil aufrechterhalten hätte (vgl. *BVerfGE* 4, 219 [250]; 158, 282 [382 f. Rn. 247] – Vollverzinsung).

- <sup>239</sup> b) Hier sind die verfassungswidrigen Normen Teil einer Gesamtregelung, deren Bestandteile untrennbar miteinander verbunden sind. Dies folgt bereits daraus, dass der Zweite Senat in seinem Urteil vom 1.7.1998 (*BVerfGE* 98, 169 ff.) festgestellt hat, dass die angemessene Anerkennung von Arbeit im Rahmen des vom Gesetzgeber zu bestimmenden Resozialisierungskonzepts aus einem monetären und einem nicht monetären Teil bestehen kann, so dass vom Gesetzgeber entsprechend getroffene Regelungen – wie vorliegend – lediglich in ihrer Gesamtheit und im Gefüge des Resozialisierungskonzepts einer verfassungsrechtlichen Kontrolle zugänglich sind und die geforderten Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten sich nur auf beide Komponenten beziehen können. Die Landesgesetzgeber erhalten zudem Gelegenheit, zu prüfen und zu entscheiden, in welcher Weise das gesetzliche Resozialisierungskonzept mit den Anforderungen der Verfassung in Bezug auf Gefangenenarbeit und ihre angemessene Vergütung in Einklang gebracht werden soll.

- <sup>240</sup> 3. Die Gründe, die zur Verfassungswidrigkeit der § 32 Abs. 1 und Abs. 4, § 34 Abs. 1 StVollzG NRW in der zur Prüfung gestellten Fassung führen, treffen auch auf die nunmehr gültige Fassung zu, die die Vorschriften durch Art. 1 des Gesetzes vom 13.4.2022 (GV NRW S. 543) erhalten haben.
- <sup>241</sup> Das Gesetz zur Novellierung der nordrhein-westfälischen Landesjustizvollzugsgesetze vom 13.4.2022 nimmt vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen im praktischen Umgang mit den Rechtsnormen und der durch EVALiS gewonnenen Erkenntnisse Anpassungen vor und regelt zudem den Vollzug des Strafrestes (vgl. LT-Drs. NRW 17/15234, S. 1 f.). Durch die Änderungen, die sich auf die Regelungen zur Beschäftigung der Gefangenen beziehen, erfolgt lediglich eine inhaltliche und vor allem sprachliche Vereinheitlichung der Landesjustizvollzugsgesetze (vgl. LT-Drs. NRW 17/15234, S. 125, 132). Im Zuge der sprachlichen Vereinheitlichung wird in § 32 StVollzG NRW der Begriff der Arbeit durch den Oberbegriff der Beschäftigung ersetzt, der neben Arbeit auch arbeitstherapeutische Maßnahmen, schulische und berufliche Bildung sowie sonstige Tätigkeiten umfasst. Zudem wird die „sonstige Tätigkeit“ in Anlehnung an die Vergütung in arbeitstherapeutischen Maßnahmen in die Vergütungsstruktur nach § 32 Abs. 3 StVollzG NRW integriert. Inhaltliche Ergänzungen erfolgen durch die Sätze 2 und 3 in Absatz 5. Nach der Neufassung des § 32 Abs. 5 StVollzG NRW wird von teilnehmenden Gefangenen an arbeitstherapeutischen Maßnahmen bis zum Erreichen der sogenannten „Werkphase“ kein Arbeitnehmerbeitrag zur Arbeitslosenversicherung einbehalten, um eine Angleichung an die von der Bundesagentur für Arbeit angebotenen Maßnahmen zu erreichen (vgl. LT-Drs. NRW 17/15234, S. 132). Neben ebenfalls klarstellenden Anpassungen enthält die neue Fassung der Absätze 2 und 3 des § 34 StVollzG NRW in Abs. 2 Nr. 6 eine Ergänzung für Fälle der Übertragung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe auf einen anderen Staat mit Überstellung ins Ausland. Absatz 4 S. 1 stellt klar, dass die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 auf Gefangene, die an arbeitstherapeutischen Maßnahmen teilnehmen oder eine sonstige Tätigkeit ausüben, nicht anwendbar ist (vgl. LT-Drs. NRW 17/15234, S. 133).
- <sup>242</sup> Hinsichtlich der beanstandeten und für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärten Teile der Vorschriften haben sich in der nunmehr gültigen Fassung keine inhaltlichen Änderungen ergeben, die eine andere verfassungsrechtliche Bewertung erforderten. Die Verletzung der Verpflichtung des Gesetzgebers zur Erstellung eines in sich schlüssigen, widerspruchsfreien Resozialisierungskonzepts, insbesondere bezüglich der Gefangenenarbeit und ihrer Vergütung, besteht weiterhin. Die Unvereinbarkeitserklärung ist deshalb gemäß § 78 S. 2 i.V.m. § 82 Abs. 1 BVerfGG im Interesse der Rechtsklarheit auf die genannten Vorschriften in der Fassung vom 13.4.2022 zu erstrecken (vgl. BVerfGE 94, 241 [65]; 104, 126 [150]; 132, 179 [192 Rn. 41]; 141, 143 [181 Rn. 87]).
- <sup>243</sup> 4. Die Landesgesetzgeber sind nicht verpflichtet, rückwirkend eine verfassungsgemäße Regelung der Vergütung der Gefangenenarbeit zu schaffen.
- <sup>244</sup> a) Grundsätzlich erstreckt sich die Verpflichtung des Gesetzgebers, eine der Verfassung entsprechende Rechtslage herzustellen, rückwirkend auf den gesamten von der Unvereinbarkeitserklärung betroffenen Zeitraum und erfasst so zumindest alle noch nicht bestandskräftigen Entscheidungen, die auf der für verfassungswidrig erklärten Regelung beruhen (vgl. BVerfGE 133, 377 [423 Rn. 108 m.w.N.]; 158, 282 [383 Rn. 250]). Die Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung und -wirtschaft kann es aber gebieten, von der Verpflichtung zu einer rückwirkenden Neuregelung abzusehen (vgl. BVerfGE 72, 330 [422]; 87, 153 [178 ff.]; 93, 121 [148]; 105, 73 [134]; 111, 191 [224 f.]; 117, 1 [70]; 145, 171 [229 Rn. 162]; 158, 282 [384 Rn. 251]), es sei denn, der Gesetzgeber dürfte sich wegen von Anfang an bestehender verfassungsrechtlicher Unsicherheiten auf seine Finanz- und Haushaltsplanung nicht verlassen (vgl. BVerfGE 145, 171 [229 Rn. 162]).
- <sup>245</sup> b) Die Verpflichtung der Landesgesetzgeber zu einer rückwirkenden Neuregelung würde zu erheblichen hauswirtschaftlichen Unsicherheiten führen. Zum einen steht den Gesetzgebern der Weg zu einer Neukonzeption der Gefangenenarbeit und deren Vergütung im Rahmen eines schlüssigen Resozialisierungskonzepts offen, so dass deren Auswirkung auf Zusammensetzung und Höhe der Vergütung noch nicht absehbar ist. Zum anderen steht auch der Gesichtspunkt einer verlässlichen, in ihren Wirkungen kalkulierbaren Finanz-, Ausgaben- und Haushaltsplanung und -wirtschaft einer solchen Verpflichtung entgegen. Müsstes für die Arbeitsleistung von Gefangenen in einer Vielzahl von Fällen für einen langen Zeitraum Nachzahlungen geleistet werden, so würde in bereits abgeschlossene Perioden des Haushaltsvollzugs erheblich eingegriffen, und zwar zulasten künftiger Haushalte.
- <sup>246</sup> Gründe, weshalb sich die Landesgesetzgeber nicht auf ihre die Gefangenenvergütung betreffende Finanz-, Ausgaben- und Haushaltsplanung hätten verlassen dürfen (vgl. BVerfGE 145, 171 [229 Rn. 162]), sind angesichts des zur bundesrechtlichen Regelung ergangenen Beschlusses der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 24.3.2002 – 2 BvR 2175/01 jedenfalls nicht offensichtlich. Zudem war die Verfassungsrechtslage in Bezug auf die nunmehr formulierten verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur Erstellung eines in seiner Gesamtheit schlüssigen Resozialisierungskonzepts und den daraus folgenden Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten des Gesetzgebers noch nicht hinreichend geklärt (vgl. BVerfGE 120, 125 [167 f.]).
- [...]

## Theodor Lammich: Fake News als Herausforderung des deutschen Strafrechts

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2022, Verlag Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-18475-0, S. 298, Euro 89,90.

In seiner Dissertation (Bearbeitungsstand: März 2021) spürt *Lammich* dem Phänomen der Fake News nach und setzt diese in den Kontext strafrechtlicher Aufarbeitung. Hierzu wird der Unrechtsgehalt ermittelt sowie der Frage der Strafbarkeit von Fake News de lege lata et ferenda nachgegangen. Die identifizierten Strafbarkeitslücken werden abschließend in konkrete Formulierungsvorschläge überführt.

Zunächst führt der Verfasser in die Thematik ein, indem er einen Überblick über die Grundlagen und Begrifflichkeiten gibt. Insbesondere werden die verschiedenen sozialen Netzwerke vorgestellt und in die Grundanwendungen der Informationsverbreitung in sozialen Netzwerken eingeführt. Danach folgen die Definition und Ausprägungen von Fake News. Ausgehend von einer sprachwissenschaftlichen Analyse, werden sodann die bisherigen definitorischen Ansätze wiedergegeben. Anschließend werden geläufige Fallbeispiele erörtert wie Pizzagate, die Künast-Zitate u.a., um hierauf aufbauend Spezifika zusammenzufassen und eine eigene Definition zu entwickeln. Die Spezifika werden unterteilt in die Untersuchungsgegenstände Inhalt, Gestaltung, Akteur und Übertragungswege. Diese werden wiederum überführt in eine Definition von Fake News für den folgenden Untersuchungsgang:

„Fake News sind digitalisiert manifestierte, inhaltlich falsche Tatsachenbehauptungen, welche trotz positiver, zweifelloser Kenntnis der Unwahrheit geschaffen werden, um unter Ausnutzung der durch soziale Netzwerke gewährleisteten Möglichkeiten der viralen Verbreitung durch gut- und bösgläubige Dritte eine möglichst große Anzahl Rezipienten über die getroffene Behauptung zu täuschen. Gegenstand der Tatsachenbehauptung können, auch nebeneinander, das Verhalten einer Person der Öffentlichkeit, das Verhalten einer staatlichen Institution, eine neuartige wissenschaftliche Erkenntnis oder ein Unglücksgeschehen sein. Zur Generierung von Glaubwürdigkeit missbrauchen Fake News fremde Autoritäten oder ahmen diese in ihrer Aufmachung nach. Weit überwiegend handelt es sich bei den missbrauchten oder nachgeahmten Autoritäten um solche der journalistischen Berichterstattung. Die Motive des staatlichen oder nicht-staatlichen Urhebers zur Schaffung von Fake News sind oftmals an politischen oder wirtschaftlichen Interessen gekoppelt, hierauf aber nicht beschränkt“ (S. 89). Die Definition scheint etwas sperrig, gibt aber ein sehr differenziertes Bild.

Im weiteren Verlauf grenzt der Verfasser seinen Fake-News-Begriff von diversen artverwandten Phänomenen,

wie Internet-Hoax, Zeitungssente und Nachrichtensatire ab. Angereichert werden diese Abgrenzungen um Erkenntnisse aus der empirischen Forschung und außerstrafrechtlichen Maßnahmen gegen Fake News. Zu konstatieren ist, dass die Aussagekraft empirischer Erkenntnisse zu den Auswirkungen von Fake News im Wählerverhalten, wirtschaftlichen Vorgängen und in der Pandemiebekämpfung eher eingeschränkt ist. Der Verfasser ist der Auffassung, dass dies der schwierigen begrifflichen Fassung des Untersuchungsgegenstands, den methodischen Grenzen aber auch den methodischen Mängeln in der bisherigen Fake-News-Forschung unterschiedlichster Disziplinen geschuldet ist. Es sei insbesondere kaum zu erfassen, inwieweit Fake News tatsächlich verhaltenssteuernd wirken. Hier wäre ausblickend danach zu fragen, wie die empirische Forschung an dieser Stelle psychologische Grundlagenarbeit leisten könnte.

*Lammich* beklagt, dass gerade außerstrafrechtliche politische Maßnahmen durch den Zeitfaktor nicht hinreichend wirksam seien. Dabei spiele dieser gerade aufgrund der viralen Verbreitung von Fake News eine entscheidende Rolle und könne perspektivisch nur durch den Einsatz autonom handelnder Programme gestemmt werden. Zwar, so der Verfasser, werden seitens der Betreiber sozialer Netzwerke erhebliche Investitionen in die KI-Forschung getätigt, eine zufriedenstellende Lösung sei jedoch nicht in Sicht.

Im dritten Kapitel widmet sich *Lammich* dem Unrecht von Fake News. Dieses sehr schmale Kapitel zeigt auf, welche rechtlich relevanten Interessenbeeinträchtigungen durch das Fake-News-Phänomen entstehen. Im Ergebnis seien das Interesse am Schutz der sozialen Identität, das Interesse am Schutz der demokratischen Wahl, das Interesse am friedfertigen Gesellschaftsklima, das Interesse an der unverfälschten Preisbildung am Kapitalmarkt und das Interesse an der Gesunderhaltung in rechtlich erheblicher Weise betroffen. Dies ist sehr weitgehend und belegungsbedürftig.

Der Verfasser ist der Auffassung, dass sich das spezifische Unrecht von Fake News aus dem Zusammenspiel der Gefährlichkeit von typischen Umständen der Schaffung, Verbreitung und Rezeption von Fake News sowie die eingeschränkte Möglichkeit der Beseitigung des schadensauslösenden Irrtumszustands bei den Rezipienten ergibt. Letztlich könnten auch vermeintlich anspruchsvolle Erscheinungstypen von Fake News mit geringer technischer Kompetenz schnell und ohne nennenswerte Kosten geschaffen werden. Diese Schnelligkeit erschwere die Rückverfolgbarkeit.

Im vierten Kapitel, das durchaus als Herzstück der Dissertation betrachtet werden darf, geht es um die Frage der

Strafbarkeit von Fake News de lege lata. Hierzu werden zunächst Verhaltensweisen von einer näheren Betrachtung ausgeschlossen, bei denen es nicht um Fake-News-Inhalte im Besonderen geht, sondern um vorbereitende Maßnahmen einschließlich der Gestaltung von Zusammenhängen.

Zunächst wird der Angriff auf die soziale Identität beleuchtet und festgestellt, dass durch die Regelungen der §§ 185 ff. StGB, § 164 StGB, § 145d StGB, § 165 StGB und § 200 StGB ein nahezu lückenloses Konzept bestehe, dass auch den unterschiedlichen Spezifika von Fake News gerecht werde. Dazu gehöre zum einen die Berücksichtigung von Personengruppen, die aufgrund ihrer ausgeprägten Vulnerabilität besonders häufig Angriffen durch Fake News ausgesetzt sei, wie bspw. Politiker. Zudem könnten die Grundsätze der öffentlichen Begehung i.S. der §§ 186 ff. StGB fruchtbar gemacht werden.

Eine echte Strafbarkeitslücke herrsche bei der Handhabung der Sachverhaltsinhalte, in denen eine kompromittierende Sachlage geschaffen werde. Dass das Strafrecht durchaus in der Lage sei, das Schaffen solcher kompromittierender Sachlagen unter Strafe zu stellen, zeige die Strafbarkeit nach § 201a Abs. 2 StGB. Insofern sei ein inkonsequenter Ehrschutz in Bezug auf die Verbreitung von Fake News festzustellen.

Weiterer Untersuchungsgegenstand ist der Angriff auf die demokratische Wahl. Hier seien lediglich Falschmeldungen hinsichtlich des Wahlprozederes pönalisiert. Dagegen sei das Provozieren von wahlbezogenen Motivirrtümern durch das Steuern von Falschbehauptungen strafrechtlich irrelevant. Der Verfasser vermutet, dass diese Strafbarkeitslücke mit dem wahlprüfungsrechtlichen Dogma der Toleranz gegenüber Lügern im Wahlkampf einhergeht. Allerdings fände dieses bei genauerer Betrachtung der Grundrechte keine verfassungsrechtliche Stütze. Jedenfalls die bewusste Verbreitung von Fake News zur Manipulation der politischen Meinungsbildung sei zu pönalisieren, so *Lammich*.

Nächster Punkt ist die Frage nach dem Angriff auf das friedfertige Gesellschaftsklima durch Fake News. Diese könnten, so der Verfasser, durch § 130 Abs. 1 StGB erfasst werden. Der Vorwurf, dass § 130 StGB in seiner aktuellen Fassung nicht adäquat auf die Herausforderungen des digitalen Zeitalters reagieren könne, sei hinsichtlich seiner offenen Formulierung nicht haltbar.

Die Frage nach dem Angriff auf den Kapitalmarkt durch Fake News, wird de lege lata auch positiv bewertet. So könne das Strafrecht insbesondere durch den Straftatbestand der Marktmanipulation nach §§ 119 Abs. 1, 120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG reagieren. Hinsichtlich des Angriffs auf die Gesundheit und die Implikationen der COVID-19 Pandemie wird auf § 14 HWG Bezug genommen. Die Strafbarkeit scheitere aber an der fehlenden Absatzförderungsabsicht, bei §§ 223 ff. StGB an der Zurechenbarkeit des Verhaltens des verbreitenden Akteurs. Eine Strafbarkeitslücke sei aber nicht zu erkennen.

Im fünften Kapitel wird der Strafbarkeit von Fake News de lege ferenda nachgegangen und schon einleitend festgestellt, dass im Hinblick auf die strafrechtliche Handhabung von Fake News eine grundsätzlich lückenlose Strafbarkeit und angemessene Strafdrohung im Raum stehe. Dennoch: Handlungsbedarf zeige sich für spezielle Fallkonstellationen (S. 228). Daher spricht sich der Verfasser für eine gezielte Ergänzung des Strafrechts dergestalt aus, dass auch Sachverhalte erfasst werden, in denen die Verbreitung von Fake News über die Wahrheitswidrigkeit hinaus rechtlich relevante Interessen strafwürdig verletzen.

Insofern werden folgende de lege ferenda Vorschläge gemacht:

„§ 187a Verleumderische Inszenierung

Wer außer in den Fällen des § 187 wider besseres Wissen eine falsche Tatsache vorspiegelt, die einen Irrtum über eine Handlung eines anderen erregt, der dazu geeignet ist, den anderen verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, wird mit Freiheitsstrafe ...“ (S. 230).

Als Zusatz zu § 188 StGB wird in Abs. 2 folgendes vorgeschlagen: „Eine Verleumdung (§ 187) und eine verleumderische Inszenierung (§ 187a) wird unter den gleichen Voraussetzungen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft“ (S. 231). Alternativ, so der Verfasser, wäre es auch möglich, das Verhalten einer Verleumdung gleichzustellen.

Im Hinblick auf die Strafbarkeit der Vorfeldmanipulation orientiert sich *Lammich* an § 264 ö-StGB. Er möchte insoweit § 108a StGB, die Wählertäuschung, um einen zweiten Absatz ergänzen: „Wer außer in den Fällen des Absatzes 1 öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Absatz 3) wider besseres Wissen eine unwahre Tatsache behauptet, um einen anderen dazu zu bewegen, sein Wahlrecht nicht oder in einem bestimmten Sinne auszuüben, wird, wenn die Tat in einer Weise begangen wird, die eine den bezweckten Erfolg verhindernde Gegendarstellung nicht möglich macht, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bestraft...“ (S. 233 f.). Diese Formulierung mutet etwas sehr komplex an.

Insgesamt bescheinigt der Verfasser dem Strafrecht eine gewisse Zukunftsfähigkeit im gegenwärtigen Informationszeitalter, weist aber auch darauf hin, dass Strafbarkeitslücken stets ein Grund zur Besorgnis seien (S. 243). Andererseits, so die Auffassung der Rezensentin, ist es angesichts des fragmentarischen Charakters des Strafrechts gar nicht notwendig, jede Strafbarkeitslücke zu schließen. Die festgestellten Strafbarkeitslücken im Zusammenhang mit Fake News sind zudem eher marginal. Besorgnis sollte eher erregen, dass Fake News sich so rasant verbreiten können. Hier gilt es – ggf. auch mit KI – gegenzusteuern und eine effektive Bekämpfung und Löschung von Fake News zu ermöglichen sowie mit Aufklärungskampagnen die Anfälligkeit für solche Falschmeldungen zu reduzieren.

## **Markus Schreiber: Strafbarkeit politischer Fake News. Zugleich eine Untersuchung zum materiell-rechtlichen Umgang mit der Informationswahrheit in Zeiten demokratiegefährdender Postfaktizität**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2022, Verlag Duncker & Humblot, ISBN: 978-3-428-18434-7, S. 343, Euro 89,90.

Im Mittelpunkt der Dissertation von *Schreiber* steht die Beobachtung, dass die Bürger in vielen Demokratien westlicher Prägung im heutigen Informationszeitalter vermehrt zu postfaktischen Denk- und Kommunikationsmustern tendieren. Diese Postfaktizität äußere sich in einer Abwendung von der demokratisch-konstitutiven Informationswahrheit bzw. zumindest in einer diesbezüglichen Gleichgültigkeit. Ziel der Arbeit sei es daher zu untersuchen, ob und falls ja, auf welche Art und Weise es Aufgabe des Rechts ist, dieser soziologischen Tendenz unter dem Gesichtspunkt des Demokratieschutzes entgegenzutreten.

Anknüpfungspunkt ist das Phänomen der Fake News. Daher wird nach der Einleitung in Kapitel 2 ein Überblick über die Begrifflichkeiten gegeben. Zunächst werden objektive und subjektive Definitionsmerkmale für den Begriff der Fake News zusammengetragen und in folgende Definition überführt: „Fake News sind unwahre und unwahrhaftige einfache Tatsachenbehauptungen, die eine wahrheitsfähige aktuelle öffentliche Fremdbeobachtung zum Gegenstand haben und sowohl einen Wahrheits- als auch einen abstrakt-quantitativen Wirkungsanspruch aufweisen, wobei ihr Kommunikator ein bestimmtes eigenes oder fremdes Interesse diverser Art verfolgt“ (S. 54). Danach wird in die Begrifflichkeit der Postfaktizität eingeführt und Grundlagen zu den Sozialen Medien aufbereitet.

Schließlich wird der politischen Instrumentalisierung von Fake News nachgespürt und die Wirkweise von Social Bots, Filterblasen und Echokammern erklärt. Zwei Gefahren werden identifiziert. Die erste Gefahr, so *Schneider*, betreffe die Beeinflussung der individuellen politischen Meinung eines Fake-News-Rezipienten. Die Manipulation dieser individuellen Meinung eines Bürgers erlange dann gesamtgesellschaftliche, relevante Bedeutung, wenn es sich bei der beeinflussten Person um einen Wähler handelt und dieser die Falschinformation zur Grundlage seiner persönlichen Wahlentscheidung mache. Dann sei ganz konkret der staatliche Willensbildungsprozess betroffen, dem die Legitimität beraubt wird. Allerdings, so räumt der Verfasser ein, sei eine Kausalitätsnachweis regelmäßig schwer nachweisbar. Die zweite demokratiegefährdende Komponente von politischen Fake News stelle auf die Konsequenzen der Falschinformationen für den demokratisch-konstitutiven Prozess der Bildung einer öffentlichen Meinung in politischen Angelegenheiten ab. Dieser öffentliche Meinungsbildungsprozess werde durch politische Fake News an zwei Stellen angegriffen. Einerseits

werde das deliberative Ergebnis, d.h. die öffentliche Meinung an sich verfälscht. Andererseits befeuerten politische Fake News auch die immer häufiger zu beobachtende Neigung der Bürger zu einer postfaktischen Denk- und Kommunikationsweise. Je mehr Bürger zu „Postfaktikern“ mutierten, desto geringer gestalte sich die Legitimation der öffentlichen Meinung, als Stimme aller Bürger das Parlament zu kontrollieren.

Das dritte Kapitel widmet sich den Fake News im Rahmen der außerstrafrechtlichen Rechtsordnung. Zunächst wird das Spannungsfeld zwischen Fake News und dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit aufgezeigt. Unter Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung schließt sich der Verfasser der Rechtsprechungslinie des *BVerfG* an, bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen per se aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit auszuschließen. Im Hinblick auf das enorme demokratiegefährdende Potential von Fake News sei dem schutzverdoppelnden Ansatz des *BVerfG* zuzustimmen, mit dem eine normative Wahrheitspflicht bei Tatsachenbehauptungen begründet werde. Insofern sei auch eine Einschränkung des Rechts auf individuelle Selbstbestimmung und ein partiell positives Verständnis der Meinungsfreiheit hinzunehmen.

Im nächsten Schritt wird ein Überblick über außerstrafrechtliche Schutzmaßnahmen gegen Fake News gegeben. Anknüpfungspunkt sind zunächst die selbstregulatorischen Maßnahmen der Betreiber von Sozialen Medien auf Grundlage plattformeigener Kommunikationsregeln. Auch wenn diese mit Blick auf Hate-Speech durchaus ambitioniert seien, sei man bzgl. einer effektiven Eindämmung und Weiterverbreitung von Fake News derzeit noch um einiges zurückhaltender. Allerdings setze ein Umdenken ein. Es wäre begrüßenswert, wenn die Informations-Intermediäre einen forscheren Umgang mit Falschinformationen weiter fortführen würden und Spielräume nutzen, um Falschinformationen zu löschen.

Im Rahmen des privaten Medienrechts existierten nur wenige materiell-rechtliche Anknüpfungspunkte für ein privatrechtliches Vorgehen gegen Fake News. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber Sozialer Medien richte sich nach dem sog. Notice-and-take-down-Verfahren, welches unabhängig davon gelte, ob man einen zivilrechtlichen Anspruch gegen die Internet-Intermediäre auf Löschung bspw. über die Störerhaftung oder die allgemeinen Grundsätze zu mittelbaren Rechtsgutsverletzungen wegen einer Verkehrspflichtverletzung als begründet ansieht.

Hinsichtlich des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes wird zunächst festgestellt, dass das befürchtete „Overblocking“

nachweislich ausgeblieben sei. Allerdings könne das Gesetz mittelbar ein Beweggrund für die Internet-Intermediäre sein, ihre jeweiligen Plattformen in dem Sinne sauber zu halten, dass Fake News und Inhalte mit Hate-Speech gelöscht werden. Letztlich erweise sich das NetzDG in Bezug auf die intendierte Bekämpfung von Fake News aber als Etikettenschwindel, da sich das Gesetz infolge seines strafrechtsakzessorischen Charakters nur auf solche User Generated Content beziehe, der tatbestandlich eines der in § 1 Abs. 3 NetzDG genannten strafrechtlichen Delikte erfülle. Dies sei bei Fake News, insbesondere solche zum Zweck einer politischen Einflussnahme, nur in äußerst limitiertem Rahmen der Fall.

Die rein zivilrechtliche Vorgehensweise berge die Gefahr, dass die Kontrolle über die vermeintliche Informationswahrheit de facto in die Hand privater Konzerne gegeben werde. Lehne man dies ab, so bleibe wohl allein eine strafrechtliche Lösung. Allerdings muss dem Verfasser hier entgegengehalten werden, dass strafrechtliche Lösungen auch nur so gut sind, wie ihre Rechtsdurchsetzungskraft. Das Problem liegt ja vor allem dahin, die Verursacher von Fake News überhaupt aufzuspüren.

In Kapitel vier überprüft der Verfasser die Strafbarkeit von Fake News de lege lata. Er stellt fest, dass das Strafrecht de lege lata nur punktuell zur Informationswahrheit verpflichtet bzw. umgekehrt Fake News untersagt. Eine strafrechtliche Ahndung von Falschinformationen sei nur dann möglich, wenn ein explizit geschütztes Individual- oder Allgemeinrechtsgut beeinträchtigt werde. Defizite offenbare das geltende Strafrecht lediglich in Bezug auf solche politischen Fake News, die neben der Informationswahrheit an sich nicht noch offenkundig die Ehre, den öffentlichen Frieden, die Strafrechtspflege u.ä. schädigen, sondern „nur“ die individuelle und öffentliche Meinungsbildung manipulierten und dadurch die Volkssouveränität und das demokratische Prinzip gefährdeten.

Die strafrechtliche Providerhaftung dagegen hält *Schneider* für gelungen. Sie trage der Problematik Rechnung, dass den staatlichen Behörden eine effiziente und allumfassende Durchsetzung des Strafrechts auf den Sozialen Medien allein unter quantitativen Aspekten kaum mehr möglich sei. Zudem würdige sie die „sozialnützliche“ Rolle der Internet-Intermediäre und verzichte auf eine zu weitgehende Inpflichtnahme, die im Lichte eines potentiellen Anreizes zum Overblocking auch problematisch wäre. Allerdings komme eine strafrechtliche Providerhaftung des Social-Media-Betreibers nur dann in Betracht, sofern die Fake News an sich einen Straftatbestand erfüllten.

Im nächsten Kapitel wird der Frage einer Ausweitung der Strafbarkeit von Fake News de lege ferenda nachgegangen. Einleitend wird im Rahmen kriminalpolitischer Vorüberlegungen strafrechtlicher Handlungsbedarf gesehen und drei verschiedene Regelungskonzepte vorgestellt. Das erste Konzept sieht eine generelle, d.h. von weiteren Kriterien unabhängige, Strafbarkeit der Verbreitung von Fake News vor. Das zweite restriktivere Regelungskonzept zieht eine Sanktionierung qualifizierter Arten von

Fake News in Betracht. Dies könne entweder durch die Ausgestaltung als Sonderdelikt eines Garanten oder die Beschränkung auf bestimmte Tathandlungen, die besonders gefährlich sind, geschehen. Als drittes Konzept wird die punktuelle Anpassung der geltenden Straftatbestände an die Besonderheiten des Phänomens politischer Fake News erwogen.

Um die drei Konzeptionen bewerten zu können, werden zunächst grundsätzliche Parameter einer Legitimation strafrechtlicher Sanktionsnormen festgelegt. Der Verfasser nennt dies die Suche nach einer „Blaupause“ für einen rationalen Strafgesetzgeber. Schon die Entwicklung einer solchen Blaupause wäre eine eigene Monografie wert gewesen. Doch auch die skizzenhaftere Darstellung im Rahmen der Dissertation überzeugt.

Zunächst sei nach einer verfassungsmäßigen primären Verbotsnorm zu fragen. In einem nächsten Schritt sei zu untersuchen, ob und in welcher tatbestandlichen Ausgestaltung zu ihrer Durchsetzung/Etablierung unter dem ultima ratio Gedanken auch strafrechtliche Sanktionsnormen legitimierbar seien. Hierbei sei der Fokus zunächst darauf zu richten, ob das Verhalten auch die absolute Schranke der sozialetischen Verwerflichkeit überschreite. Anschließend hieran sei die strafrechtliche Sanktionsnorm auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen, d.h. am verfassungsrechtlichen Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen. Hier sei im Rahmen einer legitimen Zielsetzung der Strafbewehrung die materielle Rechtsgutslehre als kriminalpolitische Leitlinie zu beachten. Zum Schutz dieses konzipierten Rechtsguts müsse eine Pönalisierung schließlich auch geeignet sein. Insbesondere sei dessen strukturelle Präventionseignung zu prüfen. Diese sei nur dann zu bejahen, wenn das zu pönalisierende Verhaltensverbot auch tatsächlich dazu beitrage, das zu schützende Rechtsgut vor Verletzungen abzusichern. Hier sei insbesondere auch dem Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen. Gelänge eine entsprechend bestimmte und somit geeignete Formulierung eines Straftatbestands, sei sodann die Erforderlichkeit einer Kriminalisierung zu prüfen und der Ultima-ratio Gedanke zu berücksichtigen.

Halte das zu beurteilende kriminalpolitische Regelungskonzept diesem Effizienzvergleich stand, schließe sich zuletzt die Prüfung der Angemessenheit an. Die Abwägung müsse stattfinden zwischen zweckrelevanten Faktoren, die sich auf das geschützte Rechtsgut bezögen und eingriffsrelevanten Faktoren, die die Folgen einer Strafbewehrung für verschiedene verfassungsrechtliche (Freiheits-)Garantien abbildeten.

An dieser Blaupause misst *Schneider* nun die drei kriminalpolitischen Regelungskonzepte zur strafrechtlichen Ahndung von Fake News. Eine generelle Kriminalisierung der aktiven Verbreitung von Fake News ohne einschränkende Tatbestandsvoraussetzungen stuft der Verfasser als illegitim ein und lehnt diese ab. Strafrecht müsse die Verbreitung von Fake News zwar nicht gutheißen, dürfe sie aber auch nicht untersagen, solange die Falschinformationen schadensindifferent sind und keine negativen

Auswirkungen auf schützenswerte Individual- oder Allgemeininteressen hätten. Auch ein Fake-News-Sonderdelikt zum Schutz der individuellen und öffentlichen Meinungs- und Willensbildung bzw. zur Eindämmung demokratieschädlicher Postfaktizität sei – gemessen an der zuvor konzipierten Blaupause – derzeit nicht legitimierbar. Es fehle an der strukturellen Präventionseignung sowie an der Erforderlichkeit. Zuvor müssten empirische Analysen belegen, dass in Deutschland tatsächlich wiederholt Fälle auftreten, in denen die betreffenden Garantiepersonen Fake News lancieren, die geeignet sind, Wahlberechtigte bei der Ausübung ihres Wahlrechts in einem bestimmten Sinn zu beeinflussen. Auch was das Konzept der punktuellen Anpassung bestehender Straftatbestände an die Besonderheiten politischer Fake News anbelange, bedürfe es keiner weiteren Ergänzungen. Allein eine Pönalisierung solcher Fake News sei sinnvoll, die einerseits inhaltlich geeignet sind, individuelle Wahlentscheidungen der Bürger in einem bestimmten Sinn zu manipulieren und andererseits unter „Verwendung eines reichweitevergrößernden Computerprogramms“ lanciert werden (S. 312). Die Ahndung derartiger qualitativ und quantitativ qualifizierter politischer Fake News, die politischen Einfluss durch Falschinformation ausüben würden, sei nach Ansicht des Verfassers nicht nur praktikabel in der Rechtspraxis, sondern auch unter Berücksichtigung der entwickelten Blaupause legitimierbar.

Der entsprechende *de lege ferenda* Vorschlag lautet wie folgt: „Wer wider besseres Wissen öffentlich eine unwahre Tatsache mit Wahrheitsanspruch, die geeignet ist, Wahlberechtigte bei der Ausübung ihres Wahlrechts in einem bestimmten Sinn zu beeinflussen, unter Verwendung eines reichweitevergrößernden Computerprogramms behauptet oder verbreitet, wird (...) bestraft“ (S. 293).

Insofern schließt *Schneider* – zu Recht – aufgrund des *Ultima-ratio* Gedankens bestehende Strafbarkeitslücken im Zusammenhang mit politischen Fake News nur sehr maßvoll und unter Zuhilfenahme restriktiver Tatbestandserfordernisse. Er betont, dass zwischen Meinungsfreiheit und Faktenfreiheit zu unterscheiden sei und das materielle Recht auch in Zeiten zunehmender Postfaktizität nur äußerst begrenzt gegen politische Fake News vorgehen bzw. umgekehrt Informationswahrheit institutionalisieren dürfe. Schon jetzt gäbe es rechtsübergreifend Schutz, so dass die Kriminalpolitik sich in Zurückhaltung üben solle. Dies ist sicher richtig und wird durch die vom Verfasser entwickelte Blaupause gestärkt. Diese könnte in weiteren Schriften noch etwas angereichert werden, hat aber auf jeden Fall „das Zeug dazu“, Gesetzesvorhaben einem Überprüfungsmaßstab zu unterziehen. Insofern lohnt sich die Lektüre dieser Dissertation nicht nur für diejenigen, die an der Frage des (straf-)rechtlichen Umgangs mit Fake News interessiert sind, sondern für alle, die sich mit Kriminalpolitik beschäftigen sowie die Forderung eines fragmentarischen Strafrechts unter dem *Ultima-ratio* Gedanken ernst nehmen.

## **Alexander Ilsner: Psychosoziale Prozessbegleitung im Strafverfahren. Vom Anliegen zum Rechtsanspruch**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2021, Nomos, ISBN: 978-3-8487-8280-2, S. 374, Euro 98,00.

Die psychosoziale Prozessbegleitung war vor der Einfügung des § 406g StPO im Dezember 2019 nur in § 406 Abs. 1 Nr. 5 StPO a.F. erwähnt und wurde lediglich in einigen Bundesländern praktiziert. Insofern ist es verdienstvoll, sich intensiv mit dieser jungen Vorschrift aber auch der Rechtsstellung des psychosozialen Prozessbegleiters im Straf- und Zivilverfahren auseinanderzusetzen.

Im ersten Kapitel werden die Grundlagen der psychosozialen Prozessbegleitung umrissen und zunächst ein Einblick in die kurze Historie gegeben. Hierzu wird nicht nur auf den Frankfurter Auschwitz Prozess Bezug genommen, sondern auch diverse Opferschutzprojekte beschrieben. Die Implementierung in das Strafverfahrensrecht seit 2009 wird umrissen, bevor dann den konzeptionellen Grundlagen nachgespürt wird. Hier wird der zeitliche und inhaltliche Rahmen psychosozialer Prozessbegleitung sowie deren Qualitäts- und Qualifikationsanforderungen umschrieben.

Das zweite Kapitel geht dezidiert auf die Verletztenrechte gem. § 406g StPO ein. Zunächst wird das allgemeine Beziehungsrecht des Verletzten nach § 409g Abs. 1 S. 1 StPO untersucht. Der Verfasser stellt fest, dass sich der Verletztenbegriff aus zwei Komponenten zusammensetzt. So wird an die Schutznormtheorie angeknüpft und sodann danach gefragt, ob der Betreffende in den engen Angehörigenkreis des § 395 Abs. 2 S. 1 StPO fällt. Durch diese zweistufige Prüfung könne das Verletztenmerkmal stets eindeutig bejaht oder verneint werden. Eine darüberhin- ausgehende Ausdehnung des Opferunterstützungsdienstes auf Zeugen sei nicht vorgesehen und bleibe einer expliziten gesetzlichen Regelung vorbehalten.

Kritisch bewertet der Verfasser die auslagenrechtliche Ungleichbehandlung nebenklagebefugter Verletzter. Er spricht sich für einen auslagenrechtlichen Gleichlauf zwischen dem Nebenkläger und dem bloß nebenklagebefugten Verletzten aus, indem § 472 Abs. 3 S. 1 StPO durch Einbindung der Zentralnorm des § 406g StPO ergänzt wird.

Als „Filetstück der Reformbemühungen“ (S. 130) bezeichnet der Verfasser die in § 406g Abs. 3 StPO vorgesehenen Leistungsrechte auf kostenlose Beiordnung eines psychosozialen Prozessbegleiters unabhängig von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Verletzten. Es wird nach eingehender Untersuchung zwar kein grundlegender Reformbedarf bei den in § 406g Abs. 3 StPO vorgesehenen Leistungsrechten gesehen, jedoch

ein punktueller Nachbesserungsbedarf. Einen Novellierungsbedarf sieht der Verfasser im Bereich der Ermessensbeordnung nach § 406g Abs. 3 S. 2 StPO. Während ein Rechtsanspruch auf Beiordnung nur in den eng umgrenzten Fällen des § 406g Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 397a Abs. 1 Nrn. 4 u. 5 StPO vorgesehen sei, stehe die Beiordnung für die in § 406g Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 397a Abs. 2 Nrn. 1-3 StPO genannten Verletzten im richterlichen Ermessen. Allerdings sei diese gesetzlich angelegte Unterscheidung wenig sinnvoll. Würden die vorhandenen tatsächlichen Anhaltspunkte in einer abschließenden Gesamtschau gewürdigt und die besondere Schutzbedürftigkeit des Antragstellers festgestellt, so bestehe auf der Rechtsfolgenebene kein Raum mehr für Ermessenserwägungen. Vielmehr müsse dann ein psychosozialer Prozessbegleiter beigeordnet werden. Hier sei eine Uminterpretation der Ermessensregelungen in eine „Muss“-Vorschrift sinnvoll, so dass eine gesetzestechnische Anpassung nicht zwingend geboten, jedoch aus Klarstellungsgründen sicherlich sinnvoll sei (S. 216).

Der Verfasser kritisiert zudem, dass sich das bundesgesetzlich vorgesehene Vergütungsmodell, an der sich die meisten Landesregierungen orientieren, als wenig praxistauglich erwiesen habe. Die angesetzten Fallpauschalen kämen gerade in umfangreichen und langwierigen Verfahren zu einer unzureichenden Vergütung der psychosozialen Prozessbegleiter. Daher sei dieses Vergütungsmodell durch ein leistungsorientiertes Vergütungsmodell nach dem Vorbild des RVG zu ersetzen, dass eine Abrechnung nach Sitzungstagen ermöglicht. Außerdem solle die Kostenübernahme bei Hinzuziehung eines Dolmetschers für die Verständigung mit dem beigeordneten Prozessbegleiter explizit geregelt werden.

Im dritten Kapitel wird die Rechtsstellung des psychosozialen Prozessbegleiters im Strafverfahren umfassend beleuchtet. Zunächst erfolgt eine Abgrenzung zur Rechtsbeistandschaft. Es wird herausgearbeitet, dass im Vergleich zu den Befugnissen der Zeugen- und Verletztenbeistände die Verfahrensrechte des psychosozialen Beistands *de lege lata* stark eingeschränkt sind. Das Gesetz regelt lediglich die Anwesenheitsbefugnisse des Prozessbegleiters. Bei den Ausschluss- und Ablehnungsmöglichkeiten wird zwischen der psychosozialen Prozessbegleitung mit und ohne Beiordnung differenziert sowie die Rechtsmittel beschrieben.

Daher prüft der Verfasser in einem weiteren Schritt, inwieweit *de lege ferenda* Vorschläge sinnvoll sind und setzt sich mit dem Für und Wider sehr ausgewogen und unter stets argumentativ sehr guter Stellungnahme auseinander.

Er schlägt vor, dass dem Prozessbegleiter auf Verlangen auch das Wort erteilt werden sollte, damit Anregungen an das Gericht formuliert werden können, sofern die Belastungssituation des Verletzten nicht anders abgewendet werden kann. Damit solle die Möglichkeit geschaffen werden, das Gericht für die besonderen Belange des Verletzten zu sensibilisieren und auf einschlägige strafprozessuale Opferschutzmaßnahmen hinzuweisen. Weitergehende Offensivrechte in Form von Frage-, Beanstandungs- und Antragsrechten seien *de lege ferenda* dagegen nicht wünschenswert. Auch bedürfe es weder der Strafakteneinsicht noch eines Zeugnisverweigerungsrechts des psychosozialen Prozessbegleiters.

Bezüglich des Anspruchs auf Mitteilung des Vernehmungstermins möchte der Verfasser nach den Erscheinungsformen des § 406g StPO differenzieren. Dem einfachen Prozessbegleiter nach § 406g Abs. 1 S. 1 StPO solle ein Anspruch auf Mitteilung des Vernehmungstermins bzw. Ladung zur Hauptverhandlung versagt bleiben. Dagegen solle dem qualifizierten Prozessbegleiter i.S.d. § 406g Abs. 3 StPO ein solcher Anspruch eingeräumt werden, auch wenn es einer förmlichen Ladung nicht be-

dürfe. Ein Rechtsanspruch auf Terminverlegung im Verhinderungsfall sei dagegen nicht notwendig.

In einem weiteren Kapitel widmet sich der Verfasser der Frage, ob es einer psychosozialen Prozessbegleitung im Zivilverfahren bedarf. Er bejaht die Notwendigkeit aufgrund der vergleichbaren Schutzbedürftigkeit von Straftatopfern im Zivilverfahren. Angesichts des defizitären Opferschutzniveaus sei die psychosoziale Prozessbegleitung auch im Zivilverfahren angebracht.

In einem letzten Kapitel werden die wesentlichen Kernaussagen der Arbeit geschickt zusammengefasst. Ausblickend äußert der Verfasser den Wunsch, dass im Falle einer Nachbesserung des Instituts der psychosozialen Prozessbegleitung doch seine *de lege ferenda* Vorschläge Berücksichtigung finden sollten (S. 351). Diesem Wunsch kann sich die Rezensentin nur anschließen. Über diese kriminal- und – im Zusammenhang mit den zivilverfahrensrechtlichen Ausführungen – rechtspolitischen Überlegungen hinaus ist dieses Werk aber auch als Grundlagenwerk zum jungen Institut psychosozialer Prozessbegleitung sehr gut geeignet.

## TAGUNGSBERICHT

## Alles Krise? – Zustände, Umwege, Auswege der Kriminologie

## 4. Tagung des Netzwerks „Kriminologie in NRW“

von Jule Fischer, M.A.\*

Vom 30. bis 31. März 2023 fand an der Universität zu Köln die 4. Tagung des Netzwerks „Kriminologie in NRW“<sup>1</sup> als Präsenzveranstaltung statt. Das Netzwerk besteht aus Kriminologinnen und Kriminologen in NRW, die in Praxis und Lehre tätig sind. Veranstaltet wurde die Tagung vom Institut für Kriminologie der Universität zu Köln. In 24 Panel- und zwei Plenarvorträgen wurde der Frage nachgegangen, inwieweit Krisen in den Forschungsbereich der Kriminologie hineinspielen. Corona, Klima oder Migration waren dabei nur einige Stichworte, die im Hinblick auf ihre kriminologische Relevanz untersucht wurden. Dabei stellten insbesondere Nachwuchswissenschaftler:innen aktuelle Forschungs- bzw. Promotionsprojekte vor. Der Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie und Strafrecht und Direktor des Instituts für Kriminologie Prof. Dr. Frank Neubacher M.A. begrüßte die etwa 90 Teilnehmenden. Flankiert wurde die Veranstaltung von der kurz zuvor erschienenen Polizeilichen Kriminalstatistik 2022. Die hierüber fehlende medial differenzierte Berichterstattung kritisierte Neubacher. Insbesondere in Bezug auf die Entwicklung von Kinder- und Jugendkriminalität sei ein langfristiger Vergleich wünschenswert.

### 1. Das Lehrgebiet Kriminologie

Von der „Machtlosigkeit der Wissenschaft“ erfolgte der Übergang zum ersten praxisorientierten Hauptvortrag der Veranstaltung. Dr. Daniela Boosen von der Universität zu Köln stellte ihre Dissertation zu Kriminologie im Studium der Rechtswissenschaft<sup>2</sup> vor. Untersucht wurden die drei Kriterien Relevanz, Lernziele und der Praxisbezug des Lehrgebiets Kriminologie. Herausgestellt habe sich, dass bei Juristen ein Defizit an kriminologischen Kenntnissen bestehe, während die studentische Nachfrage groß sei. Eine Dokumentenanalyse und Befragung von Lehrenden der Kriminologie habe die didaktischen Herausforderungen aufgezeigt. Ein flächendeckendes Angebot kriminologischer Lehre fehle. Problematisch erweise sich insbesondere, dass das Lehrgebiet zumeist erst in späteren Semestern im rechtswissenschaftlichen Studium Eingang

finde. Die Methodik der Rechtswissenschaft als anwendungsbezogene, die sich von der Kriminologie als anwendungsorientierte Wissenschaft unterscheidet, sei bis dahin bei den Studierenden schon verfestigt. Boosen plädiert daher dafür, kriminologische Lehre bereits zu Beginn des Studiums (beispielsweise im Grundlagenstudium) anzubieten. Besonderheiten ergeben sich in der kriminologischen Ausbildung, anders als in anderen Studiengängen, durch die Wichtigkeit affektiver Lernziele. Es zeigte sich, dass etwa die Hälfte der befragten Lehrenden die Bedeutung dieser Lernziele kognitiven gleichsetzte. Zugleich sei der Kenntnisstand der Vermittlung affektiver Lernziele an deutschen Hochschulen gering. Die Herstellung von Praxisbezügen und interdisziplinärerer Lehre erweise sich hierfür als der vielversprechendste Ansatz. Diskutiert wurden im Anschluss u.a. der Forschungsbedarf affektiver Lernziele und einhergehende ethische Probleme, die bei der Vermittlung von Einstellungen entstehen können.

### 2. Aktuelle Krisenphänomene

Die anschließende parallel stattfindende Panelsession<sup>3</sup> startete entsprechend der Thematik der Tagung mit Vorträgen zu aktuellen Krisenphänomenen. Promovierende Jurastudierende der Universität zu Köln beleuchteten Themen wie die Wilderei von Großwild in Afrika vor dem Hintergrund des § 292 StGB bis hin zu neuen Kriminalitätsphänomenen im Bereich des Cybercrime am Beispiel der sog. „Devious Lick Challenge“ als delinquente Form. Hier wurde sich für eine stärkere Berücksichtigung digitaler Phänomene ausgesprochen. Fatih Kolkilic setzte den Fokus auf makrokriminologische Ereignisse und stellte seine Ergebnisse einer Urteilsanalyse zur Kriminologie des Genozids vor. Sowohl Handlungsmuster als auch Legitimationsstrategien der Täter:innen wertete Kolkilic qualitativ inhaltsanalytisch aus.

Alle Vortragenden setzten sich bei den Erklärungsansätzen mit den Möglichkeiten und Grenzen klassischer kriminologischer Theorien auseinander. Insbesondere die Neutralisierungstechniken von Sykes und Matza<sup>4</sup> fanden

\* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Projekt MEGAVO am Fachgebiet Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei (DHPol) in Münster.

<sup>1</sup> <https://www.kriminologie-nrw.de> (zuletzt abgerufen am 7.7.2023).

<sup>2</sup> Boosen, Das Lehrgebiet Kriminologie im Studium der Rechtswissenschaft. Relevanz, Lernziele, Praxisbezug, 2023.

<sup>3</sup> Berichtet wird ausschließlich von den durch die Verfasserin besuchten Vorträgen. Die Themen der übrigen Panels werden zu Beginn eines jeden Absatzes kurz genannt. Vgl. Kieven et al., KrimOJ 2/2023, S. 160 ff. m.w.N.

<sup>4</sup> Vgl. Sykes/Matza, Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency, 1957.

dabei großen Anklang. Diskutiert wurde anschließend vor allem die methodische Vorgehensweise der Vortragenden. Hier wurde sich eine erweiterte Datengrundlage zwecks Aussagekraft der Forschungsergebnisse gewünscht.

### 3. Polizeiforschung

In den Panels am Nachmittag zur Situational Action Theory und Polizeiforschung ging es um Kerngebiete der Kriminologie. Dr. Christof Nägel vom Institut für Soziologie und Sozialpsychologie der Universität zu Köln präsentierte Ergebnisse seiner Forschung zu medialer Berichterstattung und Polizeivertrauen. Durch den Vergleich von Umfrageprogrammen konnte Nägel Identifikationsstrategien aufzeigen. Beispielhaft führte er hier unterschiedliche Polarisierungseffekte im Fall *Rodney King* (1991) und *George Floyd* (2020) an. Nägel verweist einschränkend darauf, dass Momentaufnahmen gezeigt werden und appelliert an weiteren Forschungsbedarf z.B. durch Auswertung von Twitter Daten. Diskutiert wurden im Anschluss die Ergebnisse zum hohen Vertrauen trotz Polizeigewalt. Ein Erklärungsansatz könnte hier eine gewisse Trotzhaltung sein. Weitere Auseinandersetzung wurde sich mit der im Diskurs aufgegriffenen These des Zusammenhangs zwischen Vertrauen und der Dauer der Ausbildung gewünscht, die sich vor allem in Deutschland und den USA massiv unterscheidet.

Maximilian Haendschke von der Ruhr-Universität Bochum stellte Ergebnisse des Forschungsprojektes „Werte- und Einstellungskompass der Polizei (WEKoPol)“ vor. Unter Bezugnahme auf bekannt gewordene Chatgruppen warf Haendschke die Frage auf, ob eine Summe an Einzelfällen nicht zu einem strukturellen Problem innerhalb der Organisation Polizei führe und die Ansprüche an die Polizei als Staatsgewalt nicht höher sein müssten als an die Gesamtbevölkerung. Ausgangspunkt Haendschkes Überlegungen war die sogenannte Kontakthypothese nach Behr, wonach mit der Anzahl der Migrant:innen innerhalb der Polizei die interkulturelle Kompetenz in der Organisation selbst steige.<sup>5</sup> Dies fand im anschließenden Diskurs breite Zustimmung. Die Ergebnisse der Mixed-Methods Forschung zeigen, dass es mehr Abwertungstendenzen bei Asylsuchenden, Sinti und Roma und im Vergleich zur Mitte-Studie gleiche Abwertungen wohnungsloser Menschen gab. Merkmale Gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit (GMF) waren insgesamt etwas weniger ausgeprägt. Haendschke verwies darauf, dass die Ergebnisse vor dem Hintergrund einzuordnen sind, dass es sich nicht um bundesweite Daten handele, sondern um Ergebnisse befragter Polizist:innen aus NRW. Darüber hinaus fand die Feldforschung in der eigenen Kreisbehörde statt, welche Einfluss auf die hohe Rücklaufquote von 33 % haben könnte.

Prof. in Dr. Gina Rosa Wollinger von der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung (HSPV) NRW beschäftigte sich in ihrem Vortrag ebenfalls mit Diversität in der Polizei. Sie warf die Frage auf, warum eine Polizei,

die die Gesellschaft repräsentiere, besser sein soll. Der sogenannten Spiegelbildthese, wonach Rassismus in der Polizei nur ein Spiegelbild der Gesellschaft sei, widerspricht Wollinger. Es handele sich bei der Polizei – anders als bei der Gesamtbevölkerung – gerade nicht um eine heterogene, sondern um eine homogene Gruppe. Diese sei gekennzeichnet durch eine hohe Akademisierung und ähnlichen Berufswahlmotiven. Bei der Debatte um Diversität bei der Polizei erinnert Wollinger daran, dass Menschen mit Migrationshintergrund (selbstredend) keine homogene Gruppe darstellen und diesem die Gefahr des „Otherring“ einhergehe. Wollinger gab zu bedenken, inwieweit Migrationshintergrund ein Merkmal von Diversität bei der Polizei darstellt. Ergebnisse ihres Forschungsprojektes zu Zufriedenheit und Erfolg im Studium zeigen, dass nur geringe Unterschiede zwischen Polizeianwärt:innen in NRW zu Sprache, sozialer Herkunft und sozialer Unterstützung bestehen. Diese Aspekte wurden in der anschließenden Diskussion aufgegriffen und in Frage gestellt, ob die Vermeidung institutionellen Rassismus durch einzelne Polizist:innen mit Migrationshintergrund überhaupt möglich sei.

### 4. Jugenddelinquenz

Der erste Tagungstag schloss thematisch mit Vorträgen zu Kriminalität und Raum und zu Jugenddelinquenz.

Hannah Wittbrodt von der Westfälischen Wilhelms-Universität (WWU) Münster präsentierte erste Ergebnisse aus ihrer Dissertation zu Geschlechtsunterschieden bei Delinquenzverläufen persistenter Jugendlicher. Sie ging der Frage nach inwieweit sich Delinquenz zwischen Jungen und Mädchen im Laufe der Entwicklung unterscheidet. Im Hinblick auf die Deliktsverteilung konnten nur geringe Unterschiede festgestellt werden. Ähnliche Verläufe zeigten sich für persistente Gruppen. Bei Mädchen waren die Gewaltdelikte jedoch in allen Gruppen verteilt – überraschenderweise nicht nur in der persistenten Gruppe. Dies habe sich bei den untersuchten Jungen nicht gezeigt. Insgesamt weisen Jungen und Mädchen grundsätzlich ähnliche Verlaufspfade auf. Jungen waren jedoch in allen Bereichen stärker belastet. Im Anschluss konzentrierte sich der Diskurs vorwiegend auf methodische Aspekte (Begriffsbestimmung delinquent – non delinquent). Angemerkt wurde, dass durch die Abfrage des begangenen Deliktes eine Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht vorgenommen werden könne. Gerade im Bereich der Jugenddelinquenz (Stichwort Gruppenzwang) könne eine solche Unterscheidung spezifischere Erkenntnisse liefern.

Franziska Hasselbach (WWU Münster) legte den Fokus ihres Vortrags auf das Kontrollrisiko Migration. In ihrer Dissertation setzt sich Hasselbach mit der Wahrscheinlichkeit formeller sozialer Kontrolle von Minderheitenjugendlichen in Duisburg auseinander. Unter Bezugnahme auf die Crimoc-Studie („Kriminalität in der modernen Stadt“), ging Hasselbach der Frage nach, inwieweit „Disproportionate Minority Contact (DMC)“, also der erhöhte

<sup>5</sup> Behr, Diversität und Polizei: Eine polizeiwissenschaftliche Perspektive, 2016, S. 11.

Kontakt Jugendlicher einer bestimmten Minderheitengruppe mit dem Justizsystem, auch in Deutschland gelte. Die Auswertung von Bundeszentral- und Erziehungsregisterauszügen bestätigte diese These. Demnach seien zwar türkischstämmige Mädchen einem geringeren Kontrollrisiko ausgesetzt als deutsche Mädchen. Türkischstämmige Jungen hingegen wiesen ein höheres Kontrollrisiko als ihre Vergleichsgruppe auf. Geschlecht und Herkunft seien demnach diejenigen Faktoren, die einen Interaktionseffekt zeigen. Die eigenethnische Peergroup habe hingegen keine Signifikanz aufgezeigt. Gewünscht wurde sich im anschließenden Diskurs, dass in Folgeerhebungen BtM-Delikte mit ausgewertet werden.

### 5. Justizforschung

Der zweite Tagungstag stand im Fokus der Gewalt- und Sexualdelinquenz sowie Vorträgen zur Justizforschung.

Dr. Nicole Bögelein und Dyana Rezene vom Institut für Kriminologie der Universität zu Köln stellten das Projekt „Justiz und Institutioneller Rassismus – Phänomen, Erscheinungsformen, Intervention (JuRa)“ vor. Vor dem Hintergrund, dass empirische Forschungen zeigen, dass nichtdeutsche Staatsangehörige im Schnitt höhere Strafen erhalten, gehen Bögelein und Rezene der Frage nach, wie es zu dieser Ausübungspraxis kommt. Im Fokus stehen dabei nicht rassistische Einstellungen Einzelner, sondern „das kollektive Scheitern einer Institution.“<sup>6</sup> Erste Beobachtungen von Gerichtsverhandlungen wurden bereits durchgeführt, die neben Gruppendiskussionen und Interviews Auslöser identifizieren sollen. Im Diskurs wurde insbesondere der forschungsethischen Frage nachgegangen, inwieweit das Öffentlichkeitsprinzip bei Gerichtsbeobachtungen zu wahren sei.

Doreen Muhl von der Universität Siegen beleuchtete in ihrem Vortrag strafvollzugliche Bildungsmaßnahmen. Im Forschungsprojekt „Geschlechterstereotype im Jugendstrafvollzug“ (GJuS) gehen Muhl, Jun.-Prof.'in Dr. Anika Gomille und Jun.-Prof.'in Dr. Dörte Negnal der Frage nach, wie derartige Stereotype im Strafvollzug greifen. Untersucht werden hierbei mittels teilnehmender Beobachtung Mechanismen, die Geschlechterstereotype im Strafvollzug herstellen bzw. reproduzieren.

Anna Merle Baldsiefen, Doktorandin am DFG-Graduiertenkolleg „Folgen sozialer Hilfen“, setzte sich in ihrem Vortrag mit den Folgen der Bewährungshilfe für das Soziale Netzwerk der Adressat:innen auseinander. Im Zentrum des Qualifizierungsprojektes steht die Erforschung der Interaktionen des Netzwerkes vor der Fragestellung, ob die Bewährungshilfe als Krise für die verurteilte Person wirkt. Auszüge aus problemzentrierten Interviews, die Baldsiefen präsentierte, verdeutlichten auftretende Diskrepanzen in der Wahrnehmung der einzelnen Parteien aus dem sozialen Netzwerk der Adressat:innen.

Marcus Schaerff und Leon Lohrmann vom Institut für Kriminalwissenschaften in Münster unterzogen dem § 37a

Abs. 2 JGG einer kritischen Würdigung. Die Norm ist durch das Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen vom 3.6.2021<sup>7</sup> am 10.6.2021 in Kraft getreten und sieht vor, dass Jugendstaatsanwälte zwecks Erreichung der Ziele des Jugendstrafrechts an Fallkonferenzen teilnehmen sollen. In der Praxis komme diese Norm insbesondere bei sog. „Intensivtätern“ zur Anwendung, wobei beabsichtigt sei, ein gemeinsames Handlungskonzept zu entwickeln. Aufgrund der Gefahr der Vorwegnahme der Hauptverhandlung plädieren Schaerff und Lohrmann dafür, § 37a Abs. 2 JGG restriktiv anzuwenden. Vor dem Hintergrund des Rechts auf ein faires Verfahren wurde im anschließenden Diskurs angeregt, die Norm nur unter Hinzuziehung eines Verteidigers zur Anwendung kommen zu lassen.

### 6. Kriminalitätstheorien und empirische Forschung

In dem zweiten Hauptvortrag der Veranstaltung von Prof. Dr. Clemens Kroneberg vom Institut für Soziologie und Sozialpsychologie der Universität zu Köln wurde das Verhältnis von Kriminalitätstheorien und empirischer Forschung beleuchtet. Laut Kroneberg müsse im Fokus stets die Frage stehen, was die überprüfbaren Vorhersagen von Theorien seien und mit dem jeweiligen Untersuchungsgegenstand (bspw. Handlungsweisen, Strukturen) in Verbindung gesetzt werden. An der quantitativen Forschung sehe man, dass Theorien die Realität zwar teilweise ordnen, diese jedoch nicht erklären. Bereits die Fragestellung wirke sich auf die Validität aus. Forschung diene nicht der Theorieerweiterung, sondern es seien Daten, Modell und Idee in Bezug zur Theorie zu setzen. Kroneberg wünscht sich eine stärkere Ausrichtung der Empirie an theoretischen Fragen und einen vermehrten Fokus auf die Vorhersage von Theorien. Die Teilnehmenden der Tagung setzten sich im Anschluss mit der Rolle der qualitativen Forschung auseinander, wobei ein Wechselspiel zwischen quantitativem und qualitativem Design als Idealfall erachtet wurde. Kritik wurde im Hinblick auf die Rolle von kriminologischen Theorien (Hilfsmittel oder Modell) und den Anwendungsbereich Kronebergs Modell (Verhalten und Institution) ausgeübt.

Mit der Verabschiedung Neubachers endete die 4. Tagung des Netzwerkes „Kriminologie in NRW“. In mehr als 20 Vorträgen wurde der Forschungs- und Handlungsbedarf in der Kriminologie deutlich: von den Defiziten im Lehrgebiet Kriminologie bis hin zu offenen Fragestellungen in den vorgestellten Projekten. In den Diskursen wurden überwiegend methodische Aspekte diskutiert, welches die Relevanz des Abschlussvortrages zu Kriminalitätstheorien und empirischer Forschung unterstreicht. Besonders hervorzuheben ist die gelungene Einbindung von Nachwuchswissenschaftler:innen unterschiedlichster Disziplinen. Die regen Diskussionen haben die Wichtigkeit eines stetigen Austausches verdeutlicht, sodass gespannt auf die im nächsten Jahr in Siegen stattfindende Tagung geblickt werden kann.

<sup>6</sup> Vgl. Projektbeschreibung JuRa, online verfügbar unter: <https://kriminologie.uni-koeln.de/forschung/laufende-projekte/justiz-und-institutioneller-rassismus-jura> (zuletzt abgerufen am 7.7.2023).

<sup>7</sup> BGBl. I, S. 1444.