

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Anja Schiemann
Wiss. Mit. Sabine Horn
Wiss. Mit. Maren Wegner

Redaktion (national)

Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
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. Mark Zöller

Redaktion international

Prof. Dr. Wolfgang Schomburg
Prof. Dr. Lovell Fernandez
Prof. Dr. Dres. h.c. Makoto Ida
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 | 4 – 25

4 | Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland

von Prof. Dr. Bernd Heinrich

21 | Strafrechtsverschärfung bei Wohnungseinbruchdiebstahl

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN | 26 – 52

26 | Europäisierte Vereinigungsdelikte?

von Prof. Dr. Mark A. Zöller

35 | Strafrechtliche Grenzziehung für Kraftfahrzeugrennen

von Felix Dahlke und Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland

43 | Reform des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst

von Richter am BVerwG a.D. Dr. Kurt Graulich

ENTSCHEIDUNGEN | 53 – 67

53 | Vorratsdatenspeicherung ohne Anlass unzulässig

EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C203/15 und C-698/15

64 | Identitätsfeststellung und Freiheitsentziehung durch „Kesselbildung“

BVerfG, Beschl. v. 2.11.2016 – 1 BvR 298/15

BUCHBESPRECHUNGEN | 68 – 73

68 | Anette Grünewald: Reform der Tötungsdelikte

von Prof. Dr. Gunnar Duttge

70 | Anja Schmidt: Pornographie (Sammelband)

von Prof. Dr. Tatjana Hörnle

72 | Ben Koslowski: Harmonisierung der Geldwäschestrafbarkeit

von Rechtsanwalt Jürgen Kraus

TAGUNGSBERICHT | 74 – 76

74 | Symposium Cybercrime

von Polizeirat Christian Kirchner

EDITORIAL

Unser erstes Heft in diesem Jahr beginnt mit einem grundlegenden Beitrag unseres Herausgebers *Heinrich* zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland. Hierin werden allgemeine Entwicklungstendenzen der neueren Kriminalpolitik nachgezeichnet, kritisch gewürdigt und exemplarisch einige Problemfelder moderner Kriminalpolitik näher beleuchtet. Anschließend widmet sich *Mitsch* den geplanten Strafschärfungen beim Wohnungseinbruchdiebstahl. Zwar ist der bereits für Ende letzten Jahres von Bundesjustizminister *Maas* angekündigte Gesetzentwurf noch nicht verfügbar, gleichwohl sind die geplanten Änderungen bekannt und können somit einer kritischen Würdigung unterzogen werden. *Zöller* beschäftigt sich dann ganz aktuell mit dem aus Januar 2017 stammenden Regierungsentwurf zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität. Der Regierungsentwurf schlägt eine Legaldefinition des Vereinigungsbegriffs vor, der unionsrechtlich geprägt ist. Der Beitrag von *Dahlke/Hoffmann-Holland* nimmt den vom Bundesrat in den Bundestag eingebrachten Gesetzentwurf zu illegalen Autorennen in den Blick. Dabei unterziehen sie nicht nur den geplanten neuen Straftatbestand des § 315d StGB-E einer kritischen Prüfung, sondern stellen selbst Überlegungen de lege ferenda an. Abgerundet wird der Aufsatzteil von einer Darstellung der bereits Ende des letzten Jahres in Kraft getretenen Änderungen des BNDG, die *Graulich* umfassend erläutert und würdigt.

Im Rechtsprechungsteil finden Sie einen Abdruck der *EuGH*-Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung in Schweden und Großbritannien, in der das Gericht eine anlasslose Vorratsdatenspeicherung – wieder einmal – für unzulässig erklärt hat. Daneben wird die Entscheidung des *BVerfG* wiedergegeben, inwieweit Identitätsfeststellung und Freiheitsentziehung durch sog. „Kesselbildung“ im Rahmen einer Versammlung zulässig sind. Abgerundet wird Heft 1 durch drei Buchbesprechungen sowie einen Tagungsbericht über das Symposium Cybercrime – Herausforderungen an die Ermittlungspraxis.

Da wir – wie im Editorial des letzten Heftes und im monatlichen Newsletter bekanntgegeben – den Erscheinungsturnus der KriPoZ-Hefte wegen der Feiertage am 1. Januar und am 1. Mai auf nunmehr 1. Februar, 1. April, 1. Juni, 1. August, 1. Oktober und 1. Dezember verschoben haben, ist der kriminalpolitische Rückblick in dieser Ausgabe ein wenig weiter und umfasst die Monate November, Dezember und Januar.

Neben den von *Graulich* besprochenen Änderungen des BNDG sind in den letzten drei Monaten eine Reihe von weiteren Gesetzen mit kriminalpolitischem Bezug in Kraft getreten. Ab November 2016 gilt das lang diskutierte Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung (BGBl. I 2016, 2460). Zur Vorgeschichte des Entwurfs, den Diskussionsansätzen und der entsprechenden Umsetzung hatten wir im ersten KriPoZ-

Heft einen Beitrag von *Hörnle* veröffentlicht. Im zweiten KriPoZ-Heft folgte eine Darstellung des Gesetzentwurfs von *Papathanasiou*. Ebenfalls im November in Kraft getreten ist das Gesetz zur Bekämpfung und Verbreitung neuer psychoaktiver Stoffe (NpSG, BGBl. I 2016, 2615). Damit wurde die Strafbarkeitslücke geschlossen, die rechtsprechungsbedingt dadurch entstanden war, dass diese Substanzen nicht mehr unter das AMG subsumiert werden konnten und auch noch nicht in der Anlage zum BtMG aufgenommen waren.

Im Dezember trat das Gesetz zum Schutz vor Manipulationen an digitalen Grundaufzeichnungen in Kraft (BGBl. I 2016, 3152). Dieses Gesetz sieht die Umstellung von Registrierkassen auf ein fälschungssicheres System vor, um Steuerbetrug an Ladenkassen zu verhindern. Im Rahmen dessen können in Zukunft zahlreiche Verstöße gegen das Gesetz als Ordnungswidrigkeiten nach § 379 AO geahndet werden.

Schließlich trat am 1.1.2017 das Gesetz zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuchs in Kraft (BGBl. I 2016, 3150), wodurch der Straftatbestand der Aggression mit § 13 VStGB in das Gesetz eingefügt wird. Hintergrund für die jetzige Änderung ist die Einigung der Vertragsstaaten des Internationalen Strafgerichtshofs über den Tatbestand des Aggressionsverbrechens in Art. 8^{bis} IStGH-Statut. Nachdem Deutschland bereits im Juni 2013 die Änderungen angenommen hatte, sollten diese nun in deutsches Recht umgesetzt werden und zum frühestmöglichen Anwendungszeitpunkt des Aggressionstatbestands auf internationaler Ebene in Kraft treten. Mit § 13 VStGB wird das Vorbereiten oder Führen eines Angriffskriegs unter Strafe gestellt. § 80 StGB „Vorbereitung eines Angriffskriegs“ wird im Gegenzug gestrichen.

Bereits im Januar 2017 im Bundesgesetzblatt verkündet, aber noch nicht in Kraft getreten, ist das vierte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (BGBl. I 2017, 31). Bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens am 22.5.2017 muss die Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen in nationales Recht umgesetzt werden. Dazu regelt das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in Abschnitt 2 die §§ 91a ff. neu. Diese neuen Einfügungen im Gesetz werden im nächsten KriPoZ-Heft vorgestellt.

In den letzten drei Monaten seit Erscheinen unseres letzten KriPoZ-Heftes 3/2016 sind zudem viele Gesetzentwürfe auf den Weg gebracht worden, vom Bundestag beschlossen und/oder vom Bundesrat gebilligt oder in den Ausschüssen beraten worden.

Bereits im November hat die Bundesregierung ihren Gesetzentwurf zur Medienöffentlichkeit im Strafverfahren dem Bundestag zugeleitet. Im Dezember hat der Bundestag den Entwurf zur federführenden Beratung an den

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz überwiesen. Das EMöGG soll zu einer moderaten Lockerung des bisherigen Verbots der Medienübertragung aus Gerichtsverhandlungen führen und die Vorgaben für Audio- und Videoübertragungen von Gerichtsverhandlungen an die Bedeutung moderner Medien und des neuen Medienverständnisses anpassen.

Ebenfalls im November 2016 fand eine öffentliche Anhörung des Rechtsausschusses zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung statt (BT-Drs. 18/9525). Diesen Regierungsentwurf hatte *Bittmann* in der KriPoZ 2/2016 vorgestellt. Die angehörten Sachverständigen beurteilten den Gesetzentwurf sehr unterschiedlich. Neben positiven Stimmen zur Verfahrensvereinfachung wurde die Praktikabilität und Verfassungsmäßigkeit einzelner Regelungen kritisch gesehen.

Nachdem im November eine öffentliche Anhörung des Finanzausschusses zum Gesetzentwurf zur weiteren Bekämpfung der Schwarzarbeit stattgefunden hat, wurde diesem Gesetzentwurf der Bundesregierung nach einigen Änderungen durch die Koalitionsfraktionen zugestimmt. Der Entwurf sieht neue Kompetenzen für die Schwarzarbeitsbekämpfungsbehörden der Länder vor. Außerdem sollen Zollbehörden in Zukunft Daten aus dem Zentralen Fahrzeugregister des Kraftfahrt-Bundesamtes abfragen dürfen.

Im Dezember beschloss die Bundesregierung den vom BMJV vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens. Über den Referentenentwurf hatten *Basar/Schiermann* in KriPoZ 3/2016 berichtet. Der Regierungsentwurf bleibt noch einmal weit hinter den im Referentenentwurf geplanten Änderungen zurück. Der Regierungsentwurf wird im nächsten KriPoZ-Heft vorgestellt.

Ebenfalls im Dezember fand eine öffentliche Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz zum zweiten Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts statt. Die dabei angehörten Sachverständigen begrüßten die angestrebten Änderungen. Auch zu diesem Gesetz werden wir im nächsten KriPoZ-Heft zwei Beiträge abdrucken.

Nachdem im November in einer öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses die Experten zu durchaus kontroversen Betrachtungen des Regierungsentwurfs zum „Stalking“ kamen, nahm der Bundestag am 15.12.2016 gegen das Votum der Opposition den Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen in der vom Rechtsausschuss geänderten Fassung an (BT-Drs. 18/10654). Die geänderte Fassung hat die noch im Referenten- und Regierungsentwurf vorgesehene Streichung des § 238 Abs. 1 Nr. 5 StGB wieder zurückgenommen. Gegen eine Streichung waren auch *Kubiciel/Borutta* in ihrem Beitrag in KriPoZ 2016, 194.

Im Dezember beschloss das Bundeskabinett das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes und der Strafprozessordnung. Der Gesetzentwurf sieht neben einer Lockerung des Richtervorbehalts bei Blutprobenentnahmen wegen Straßenverkehrsdelikten unter anderem vor, den Katalog strafrechtlicher Sanktionen um die Möglichkeit der generellen Verhängung eines Fahrverbots als Nebenstrafe zu erweitern. Das Fahrverbot als Nebenstrafe soll nicht – wie bisher – nur bei Straftaten im Zusammenhang mit dem Führen eines Kfz oder einer Pflichtverletzung im Straßenverkehr verhängt werden können, sondern nach § 44 Abs. 1 StGB-E generell bei allen Straftaten. Diese vielfach kritisierte Ausdehnung wurde vom 25.-27.1.2017 auch auf dem 55. Deutschen Verkehrsgerichtstag in Goslar behandelt. Der Arbeitskreis 1, der sich ausschließlich der Frage nach dem Fahrverbot als Nebenstrafe bei allgemeiner Kriminalität widmete, lehnte mit einer weit überwiegenden Mehrheit den Gesetzentwurf ab.¹

Nachdem der Bundesrat anlässlich der „*Böhmermann-Affäre*“ die Einbringung eines Gesetzes zur Streichung des § 103 StGB in den Bundestag beschlossen hatte, hat die Bundesregierung im Januar selbst den Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Straftaten gegen ausländische Staaten vorgelegt und darin die Aufhebung des § 103 StGB vorgesehen. *Mitsch* hatte bereits in Heft 2/2016 der KriPoZ zur geplanten Streichung unter dem Titel „§ 103 StGB – Ist das noch Recht oder kann das weg?“ Stellung bezogen.

Nach Billigung des Gesetzes zur Änderung betäubungsmittelrechtlicher und anderer Vorschriften durch den Gesundheitsausschuss, hat der Bundestag am 19.1.2017 den Gesetzentwurf verabschiedet. Dieser sieht vor, dass Cannabisarzneimittel zu Therapie Zwecken eingesetzt werden können.

Ebenfalls im Januar dieses Jahres hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Fahndung bei besonderen Gefahrenlagen und zum Schutz von Beamtinnen und Beamten der Bundespolizei durch den Einsatz von mobiler Videotechnik vorgelegt (BT-Drs. 18/10939). Darin ist die Einfügung von drei Paragraphen in das Bundespolizeigesetz vorgesehen. §§ 27a – 27c enthalten danach Regelungen zu mobilen Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten, zur anlassbezogenen automatischen Kennzeichenerfassung und zu Gesprächsaufzeichnungen. Der Gesetzentwurf wurde am 27.1.2017 in erster Lesung beraten.

Die Bundesregierung hat im Januar zudem den Entwurf eines Videoüberwachungsverbesserungsgesetzes vorgelegt (BT-Drs. 18/10941). Danach wird § 6b BDSG ergänzt und für Videoüberwachungen von öffentlich zugänglichen großflächigen Anlagen, Fahrzeugen und öffentlich zugänglichen großflächigen Einrichtungen des öffentlichen Schienen-, Schiffs- und Busverkehrs festgestellt, dass der Schutz von Leben, Gesundheit oder Freiheit der

¹ Abruflbar unter: http://www.deutscher-verkehrsgerichtstag.de/images/empfehlungen_pdf/empfehlungen_55_vgt.pdf.

sich dort aufhaltenden Personen als ein besonders wichtiges Interesse gilt. Diese Ergänzung wird dazu führen, dass die Videoüberwachung erheblich ausgeweitet werden kann. Auch dieses Gesetz stand am 27.1.2017 in erster Lesung zur Debatte.

Das Bundeskabinett hat im Januar einen Gesetzentwurf zum automatisierten Fahren auf den Weg gebracht, der auch unter dem Schlagwort „Autopilot-Gesetz“ in der Presse bekannt wurde. Leider ist dieser Gesetzentwurf noch nicht online verfügbar (Stand: 29.1.2017). Gleichwohl hat Spiegel-Online am 25.1.2017 § 1b dieses Gesetzes zitiert: „Der Fahrzeugführer ist verpflichtet, die Fahrzeugsteuerung unverzüglich wieder zu übernehmen, wenn er erkennt oder aufgrund offensichtlicher Umstände erkennen muss, dass die Voraussetzungen für eine bestimmungsgemäße Verwendung der hoch- oder vollautomatisierten Fahrfunktionen nicht mehr vorliegen“. Dies macht deutlich, dass die letzte Verantwortung grundsätzlich beim Menschen verbleibt.

Neben diesen Regierungsentwürfen wurden im Dezember und Januar auch mehrere Referentenentwürfe veröffentlicht. Am 15.12.2016 wurde der Referentenentwurf des BMJV zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen bekanntgemacht. Der Gesetzentwurf sieht eine Einschränkung der Strafbarkeit nach § 203 StGB für den Berufsgeheimnisträger und eine Einbeziehung weiterer mitwirkender Personen vor.

Am 23.12.2016 veröffentlichte das BMJV einen Referentenentwurf zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften. Der Entwurf sieht vor, die Begehungsform des tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte aus § 113 StGB herauszulösen und in § 114 StGB-E als selbstständigen Straftatbestand zu regeln. Der Strafrahmen soll dabei verschärft werden.

Ebenfalls aus dem BMJV stammt ein Referentenentwurf zur Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern. Das Gesetz sieht vor, sowohl die elektronische Aufenthaltsüberwachung nach der Haft im Rahmen der Führungsaufsicht als auch die faktische Sicherungsverwahrung bei solchen Straftätern zu ermöglichen, die wegen schwerer Vergehen der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat, der Terrorismusfinanzierung oder der Unterstützung einer terroristischen Vereinigung verurteilt wurden. Dazu werden in § 66 Abs. 3 StGB die entsprechenden Straftatbestände eingefügt.

Noch ohne Gesetzentwurf wird derzeit über die Thematik der Fake-News diskutiert. Der Deutsche Bundestag hat mit dem Ausschuss „Digitale Agenda“ erstmals ein ständiges parlamentarisches Gremium geschaffen, das sich aktuellen netzpolitischen Themen widmet. Am 25.1.2017 fand dort ein Fachgespräch mit Experten zu regulatorischen Eingriffen im Kampf gegen Fake News, Social Bots, Hacks und Hate Speech statt. Die Stellungnahmen der Sachverständigen fielen unterschiedlich aus.

Prof. Dr. Anja Schiemann

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland

von Prof. Dr. Bernd Heinrich*

Abstract

Im vorliegenden Beitrag wird versucht, in einem ersten Teil allgemeine Entwicklungstendenzen in der neueren Kriminalpolitik in Deutschland aufzuzeigen und kritisch zu würdigen. In einem zweiten Teil werden dann exemplarisch einige Problemfelder moderner Kriminalpolitik herausgegriffen und dargestellt, wobei solche, die erst jüngst Gegenstand von Darstellungen dieser Zeitschrift waren, ausgespart blieben.

I. Einführung

Die Kriminalpolitik in Deutschland hat eine lange und wechselvolle Geschichte. Während die kriminalpolitische Entwicklung in den 70er und 80er Jahren des letzten Jahrhunderts geprägt war von einer gewissen Liberalisierung des Strafrechts, was auch zur Abschaffung einiger Straftatbestände führte (vgl. zum Beispiel die Abschaffung des § 175 StGB a.F.: „Unzucht zwischen Männern“ im Jahre 1973¹), zeigt sich in den letzten 20 Jahren wieder eine Tendenz zu einer Verschärfung. Schon von der Wortwahl der Gesetze her wird das Strafrecht dabei zunehmend zur „Bekämpfung“ gesellschaftlicher Phänomene eingesetzt² – und schießt dabei oft über das Ziel hinaus. Auffallend ist aber, dass sich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion eine Vielzahl allgemeiner Beiträge aus den 1980er und 1990er Jahren findet,³ während es in jüngster Zeit eher still geworden ist in der wissenschaftlichen Begleitung der deutschen Kriminalpolitik.⁴ Zwar werden einzelne Erscheinungsformen, insbesondere die zunehmende Vorverlagerung der Strafbarkeit⁵ und die Überschneidung

des repressiven Strafrechts mit dem präventiven Polizeirecht⁶, in vielen Beiträgen diskutiert. Eine allgemeine und umfassende Einschätzung der kriminalpolitischen Tendenzen in Deutschland findet sich dagegen aber eher selten. Diese Lücke soll durch den vorliegenden Beitrag geschlossen werden. In einem ersten Teil sollen allgemeine Tendenzen in der deutschen Kriminalpolitik aufgezeigt werden (unten II.), um dann in einem zweiten Abschnitt anhand einiger ausgewählter Bereiche, die den Schwerpunkt in der kriminalpolitischen Diskussion in Deutschland in den letzten Jahren ausmachten, diese Tendenzen exemplarisch zu verdeutlichen (unten III.).

II. Moderne Tendenzen in der deutschen Kriminalpolitik

Trotz mehrerer gegenläufiger Tendenzen lassen sich einige grundsätzliche Schwerpunktbereiche der heutigen Kriminalpolitik in Deutschland feststellen, die im Folgenden aufgezeigt, aber auch kritisch hinterfragt werden sollen.

1. Kriminalisierung statt Liberalisierung

Wie bereits einleitend erwähnt,⁷ finden in der deutschen Strafgesetzgebung seit etwa den 1990er Jahren beinahe

* Prof. Dr. Bernd Heinrich ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Urheberrecht an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen und Mitherausgeber dieser Zeitschrift.

¹ Durch das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG) v. 23.11.1973, BGBl. 1973 I, S. 1725; die Vorschrift des § 175 StGB a.F. galt allerdings in milderer Form noch bis zum Jahre 1994 weiter und wurde erst durch das Neunundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 175, 182 StGB (29. StrÄndG) v. 31.5.1994, BGBl. 1994 I, S. 1168 endgültig abgeschafft.

² Vgl. u.a. das Erste und Zweite „Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“ v. 29.7.1976, BGBl. 1976 I, S. 2034, und v. 15.5.1986, BGBl. 1986 I, S. 721; ferner die weiteren Nachweise unten Fn. 35.

³ Vgl. zur kriminalpolitischen Diskussion aus dieser Zeit u.a. Eser/Cornils (Hrsg.), Neue Tendenzen der Kriminalpolitik. Beiträge zu einem deutsch-skandinavischen Strafrechtskolloquium, 1987; Hassemmer, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; ders. (Hrsg.), Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform, 1987; ders., Bedingungen und Gegenstände der Strafrechtspolitik, in: Hassemmer (Hrsg.), Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform, 1987, S. 9; ders., NStZ 1989, 553; ders., StV 1995, 483; Lüderssen, Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen, 1981; ders., StV 1987, 163; Naucke, Die Abhängigkeiten zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik, 1977; Schüler-Springorum, Kriminalpolitik für Menschen, 1991; Schwind, in: FS Blau 1985, S. 573; ders., in: GS Hilde Haufmann, 1986, S. 87; ders., in: FS Schüler-Springorum, 1993, S. 203; Zippf, Kriminalpolitik, 2. Aufl. 1980.

⁴ Zur kriminalpolitischen Diskussion in Deutschland in den letzten fünfzehn Jahren Hoffmann-Riem, Kriminalpolitik ist Gesellschaftspolitik, 2000; Kühne, in: Minthe (Hrsg.), Neues in der Kriminalpolitik – Konzepte, Modelle, Evaluation, 2003, S. 23; Norouzi, HRSt 2016, 285; Prittowitz, in: FS Hamm, 2008, S. 575; Putzke, in: FS Schwind, 2006, S. 111; Singelstein, ZfRSoz 2014, 321; Walter, GA 2005, 489.

⁵ Vgl. hierzu noch ausführlich unten II. 2.

⁶ Vgl. hierzu noch ausführlich unten II. 4.

⁷ Vgl. oben I.

ausnahmslos Verschärfungen und Ausweitungen statt.⁸ Diese bezogen sich anfangs hauptsächlich auf die Bereiche des (Anti-)Terrorismus-Strafrechts und des Versammlungsrechts sowie auf die „Bekämpfung“ der organisierten Kriminalität.⁹ Dabei wurden sowohl bestehende Strafvorschriften verschärft¹⁰ als auch neue Strafvorschriften geschaffen.¹¹ Die Ausweitungen beschränkten sich dabei nicht nur auf das im Strafgesetzbuch niedergelegte „klassische“ Kernstrafrecht. Es fand darüber hinaus vielmehr auch eine immer weitergehende Ausuferung des so genannten „Nebenstrafrechts“ statt, was dazu führt, dass heutzutage sämtliche Lebensbereiche strafrechtlich „durchsetzt“ sind. Es dürfte kaum noch einen gesellschaftlich relevanten Bereich geben, in dem man ohne Strafvorschriften auskommt.¹²

Es drängt sich dabei der Verdacht auf, dass der Gesetzgeber das Strafrecht als – oft auch medienwirksames – Allheilmittel dazu nutzen möchte, um gesellschaftliche Probleme zu lösen und das Verhalten der Bürger zu steuern. Während früher Regelungen im Zivilrecht und im Öffentlichen Recht als ausreichend angesehen wurden, um gewissen Phänomenen entgegenzutreten und dadurch eine verhaltenssteuernde Wirkung zu erzeugen, wird heute das Strafrecht bemüht, gesellschaftliche Konflikte zu lösen oder schlicht dem Bürger gegenüber zu vermitteln, dass „etwas getan wird“. Dabei dürfte der Hintergrund nicht zwingend derjenige sein, durch strafrechtliche Vorschriften mehr erreichen zu können. Vielmehr will der Gesetzgeber lediglich den Eindruck erwecken, auf der „Höhe der Zeit“ zu sein und effektive Maßnahmen zu treffen, um Verbrechen wirksam zu „bekämpfen“. Hinzu kommt, dass der Erlass einer Strafvorschrift nicht nur in der Bevölkerung den Eindruck erweckt, der Gesetzgeber würde sich um mehr Sicherheit bemühen, sondern dass die Schaffung einer Strafnorm den Staat auch nichts „kostet“.¹³ Jedenfalls unmittelbar wird durch den Erlass einer Strafvorschrift der öffentliche Haushalt nicht belastet, was z.B. anders wäre, wenn der Staat umfangreiche Präventionsprogramme entwickeln müsste.

Folge dieser Ausweitung ist nun aber vielfach eine Missachtung der „Ultima-Ratio-Funktion“ des Strafrechts.¹⁴ Während das Strafrecht früher in erster Linie als „letztes Mittel“ diente, um gesellschaftlich nicht akzeptierten Verhaltensweisen entgegenzutreten und eine strafrechtliche Regelung nur dort erlassen wurde, wo andere Maßnahmen (insbesondere solche zivilrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Art) nicht ausreichten, wird das Strafrecht

heutzutage oft als „Allheilmittel“ zur Herstellung einer immer brüchiger gewordenen „Sicherheit“ angesehen. Die „Schließung von Gesetzeslücken“ ist modern geworden und der Gesetzgeber scheint bemüht zu sein, möglichst alle dieser (teilweise auch nur vermeintlichen) Lücken schließen zu wollen. Dabei wird verkannt, dass der „Ultima-Ratio-Gedanke“ solche strafrechtlichen Lücken gerade erfordert. Denn es sollen auf der Grundlage der „Ultima-Ratio-Funktion“ des Strafrechts eben nicht alle Lebensbereiche mit strafrechtlichen Normen durchsetzt und nicht alle unerwünschten Verhaltensweisen mit strafrechtlichen Mitteln „bekämpft“ werden.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass auch die zunehmende „Europäisierung des Strafrechts“ zu einer Ausweitung strafrechtlicher Vorschriften führt. Zwar hat die Europäische Union bisher noch keine umfassende Kompetenz zur originären Schaffung von strafrechtlichen Normen (diskutiert wird dies allerdings in den Bereichen der Betrugstaten gegen finanzielle Interessen der Europäischen Union, Art. 326 Abs. 4 AEUV, des Schutzes des Zollwesens, Art. 33 AEUV und der illegalen Einwanderung sowie dem Menschenhandel, Art. 79 Abs. 2 lit. c und lit. d AEUV). Sie kann jedoch Richtlinien erlassen, in denen die nationalen Gesetzgeber verpflichtet werden, strafrechtliche Normen zu schaffen, um europäische Vorgaben effektiv und wirksam umzusetzen. Diese „Anweisungen“ an die nationalen Gesetzgeber bestehen aber nahezu ausschließlich darin, effektive Strafnormen in bestimmten Lebensbereichen zu „schaffen“ und eben nicht darin, bestehende Strafnormen „aufzuheben“. Auch diese Tendenz trägt letztlich zu einer Verschärfung des Strafrechts bei.

2. Vorverlagerung der Strafbarkeit

Neben der Verschärfung bestehender Vorschriften wurde in den letzten Jahren aber auch eine Vielzahl neuer Strafvorschriften erlassen, die eine deutliche Tendenz zu einer immer weitergehenden Vorverlagerung der Strafbarkeit erkennen lassen. So werden durch den Gesetzgeber zunehmend neue Gefährdungstatbestände geschaffen, um den Zugriff staatlicher Strafgewalt auch schon weit vor dem Eintritt einer Verletzung zu ermöglichen.¹⁵ Es wird also nicht mehr abgewartet, bis die Rechtsgutsverletzung tatsächlich eintritt oder unmittelbar bevorsteht, sondern es werden Handlungen im Vorfeld dieser Rechtsgutsverletzung gezielt unter Strafe gestellt. Besonders auffällig ist dies im Bereich des Terrorismusstrafrechts. So findet sich in dem im Jahre 2009 neu ins Gesetz aufgenommenen

⁸ So auch *Bussmann*, StV 1999, 613; *Cancio Meliá*, ZStW 117 (2005), 267 (268 f., 272); *Dahs*, NJW 1995, 553; *Hassemer*, StraFo 2005, 312; *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 91 (112); *Hilgendorf*, NK 2010, 125; *Kaiser*, ZRP 2000, 151 (153); *Prittwitz*, in: FS Hamm, 2008, S. 575 (581 f.); *Scheffler*, in: FS Schwind, 2006, S. 123 (125 ff.); *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), Einleitung Rn. 11; *Silva Sánchez*, Die Expansion des Strafrechts. Kriminalpolitik in postindustriellen Gesellschaften, 2003; *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321; ferner auch *Hassemer*, Sicherheit durch Strafrecht, HRRS 2006, 130 (132).

⁹ Vgl. exemplarisch das Erste und Zweite „Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“ v. 29.7.1976, BGBl. 1976 I, S. 2034, und v. 15.5.1986, BGBl. 1986 I, S. 721.

¹⁰ Kennzeichnend sind hier insbesondere die Ausweitungen bei den Gewaltdelikten durch das „Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG)“ v. 26.1.1998, BGBl. 1998 I, S. 164.

¹¹ Aus dem „Kernstrafrecht“ des StGB sind hierbei insbesondere Delikte aus dem Bereich des Umwelt- und Computerstrafrechts, aber auch solche zu nennen, die die Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs betreffen (§§ 201 ff. StGB).

¹² *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (322).

¹³ Vgl. hierzu auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (325); *Wohlers*, NJW 2010, 2470.

¹⁴ Vgl. auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (322).

¹⁵ *Arnold*, HRRS 2006, 303 (308); zu den Gefahren auch *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (136 f.); vgl. hierzu auch *Scheffler*, in: FS Schwind, 2006, S. 123 (129 ff.), der nachweist, dass die Vorverlagerung der Strafbarkeit zu einem großen Teil auch auf europäische Vorgaben zurückgeht.

§ 89a Abs. 1 StGB¹⁶ die Regelung: „Wer eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft“. Tathandlung ist also allein die Vorbereitung einer bestimmten Straftat, nicht erst deren Versuch oder deren Vollendung. Noch weitergehend stellt es der neue § 89a Abs. 2a StGB¹⁷ unter Strafe, „wenn der Täter eine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, indem er es unternimmt, zum Zweck der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat [...] aus der Bundesrepublik Deutschland auszureisen, um sich in einen Staat zu begeben, in dem Unterweisungen von Personen im Sinne des Absatzes 2 Nummer 1 [z.B. Waffen- und Sprengstoffexperten] erfolgen“. Damit wird aber mit dem sonst geltenden Grundsatz gebrochen, dass reine Vorbereitungshandlungen im deutschen Strafrecht nicht unter Strafe gestellt sind.¹⁸ Derartige Vorfeldtatbestände sind aber heute nicht mehr nur als absolute Ausnahmen in besonders gefährlichen Bereichen anzutreffen, sondern finden sich regelmäßig in sämtlichen Bereichen des Strafrechts.¹⁹

In diesem Zusammenhang sind auch diejenigen Delikte zu nennen, bei denen eine Bestrafung allein an eine Vorbereitungshandlung anknüpft, die der Täter in der „bösen Absicht“ vollzieht, später ein (weiteres) Delikt zu begehen. Beispiele hierfür sind die – allerdings bereits im Jahre 1971 ins StGB eingefügten²⁰ – Tatbestände des erpresserischen Menschenraubs, § 239a StGB, und der Geiselnahme, § 239b StGB: Wer einen anderen entführt, um (später) eine Erpressung (so bei § 239a StGB) oder eine qualifizierte Nötigung (so bei § 239b StGB) zu begehen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. Dabei hat die später tatsächlich verwirklichte (räuberische) Erpressung, § 255 StGB, selbst nur eine Strafandrohung von Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, die (auch qualifizierte) Nötigung nur eine Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Man könnte hierbei fast glauben, der Gesetzgeber bestrafe in diesen Fällen die „in böser Absicht“ vorgenommene Vorbereitungshandlung (nämlich die „Entführung“) schwerer als das „vorbereitete“ Delikt. Selbstverständlich ist hierbei der Umstand zu berücksichtigen, dass die Tat durch die mit der Entführung verbundene Freiheitsberaubung einen zusätzlichen Unwertgehalt aufweist. Dieser kann den Strafrahmensprung jedoch nur schwerlich erklären. Denn die bloße Freiheitsberaubung, § 239 StGB, kann (lediglich) mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft werden. Auch sie bleibt also deutlich hinter der Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren bei §§ 239a, 239b StGB zurück. Da es sich bei §§ 239a, 239b StGB zudem um „Verbrechen“ handelt (d.h. um „rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind“, § 12 Abs. 1 StGB), können

hier bereits der Versuch eines erpresserischen Menschenraubs oder einer Geiselnahme sowie über § 30 StGB auch Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf eine beabsichtigte Entführung kriminalisiert werden. So ist z.B. die bloße Verabredung zwischen mehreren Personen, eine entsprechende Entführung zu begehen, nach § 30 Abs. 2 StGB strafbar.

Ferner ist – als weiteres Beispiel – an die Vorschrift des Versicherungsmissbrauchs, § 265 StGB, zu erinnern: Wer seine eigene Sache zerstört, bleibt in der Regel straflos. Zerstört jemand allerdings seine eigene Sache in der „bösen Absicht“, sich (später) Leistungen aus einer Versicherung zu verschaffen, ist der Straftatbestand des § 265 StGB erfüllt. Denn dieser Tatbestand setzt – entgegen seiner Überschrift – gerade nicht voraus, dass der Täter bereits mit seiner Versicherung in Kontakt getreten ist und den „Schaden“ gemeldet hat.²¹

Ein ähnliches Bild ergibt sich bei Betrachtung der Ausgestaltung der reinen Vorfeldtatbestände, insbesondere bei den „Organisationsdelikten“. So kann im Rahmen der Strafbarkeit wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB) allein die bloße Mitgliedschaft in einer solchen Vereinigung mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft werden, ist also ein Verbrechen. Dabei muss es weder zu einer konkreten Tat gekommen sein noch muss eine konkrete Tat geplant werden. Es reicht allein die Tatsache aus, dass der Zweck der terroristischen Vereinigung (und insoweit die „Absicht“ der in dieser Vereinigung tätigen Personen) auf die Begehung entsprechender Straftaten gerichtet ist. Betrachtet man dabei z.B. § 129a Abs. 2 Nr. 2 StGB, dann fällt auch auf, dass der Katalog der hier genannten Straftaten nicht einmal durchweg Verbrechen enthält. Wer sich also als Mitglied in einer terroristischen Vereinigung betätigt, die in großem Stil Bauwerke zerstören (§ 305 StGB) oder Computersabotage betreiben will (§ 303b StGB), wird mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. Werden die Taten später tatsächlich begangen, können sie nur als Vergehen mit einer geringeren Strafe, nämlich mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe geahndet werden.²² Auch hier wird also der reine Vorfeldtatbestand (Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung) schwerer bestraft als das später tatsächlich vollendete Delikt. Ferner ist anzumerken, dass infolge des Verbrechenscharakters des § 129a StGB auch hier wiederum bereits der Versuch (der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung) bestraft werden kann. Strukturell betrifft dies also den Versuch einer Vorbereitungshandlung. Schließlich ist wieder an § 30 StGB zu erinnern, der auch hier eingreift. Strafbar ist hiernach bereits derjenige, der einen anderen dazu auffordert, eine terroristische Vereinigung zu gründen, § 30 Abs. 1 StGB, oder

¹⁶ Durch das „Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG)“ v. 30.7.2009, BGBl. 2009 I, S. 2437.

¹⁷ Eingefügt durch das „Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“ v. 12.6.2015, BGBl. 2015 I, S. 926.

¹⁸ Vgl. hierzu *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2016), Rn. 703 ff.

¹⁹ Vgl. auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (322).

²⁰ Durch das „Zwölfte Strafrechtsänderungsgesetz“ v. 16.12.1971, BGBl. 1971 I, S. 1979.

²¹ Hierauf weist *Bung*, HRRS 2006, 63 (65), zutreffend hin.

²² Vgl. zu diesen Ungereimtheiten auch *Dencker*, StV 1987, 117 (120 f.); *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), § 129a Rn. 10; *Helm*, StV 2006, 719 (720); *Kühl*, NJW 1987, 737 (746); *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (oben Fn. 8), § 129a Rn. 1; *Weißer*, JZ 2008, 388 (391).

wer mit einem anderen vereinbart, gemeinsam die Gründung einer solchen Vereinigung vorzunehmen, § 30 Abs. 2 StGB.

Eine solche Vorverlagerung findet aber nicht nur im Bereich des Terrorismusstrafrechts, sondern auch sehr oft im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts statt.²³ Hier werden vielfach bestimmte Verhaltensweisen als solche unter Strafe gestellt, ohne dass ein bestimmter Schaden abgewartet werden muss oder konkret nachzuweisen ist. Rechtstechnisch handelt es sich dabei dann um reine „Tätigkeitsdelikte“ und nicht mehr um klassische „Erfolgsdelikte“. Als Beispiel hierfür soll der im Jahre 1976 geschaffene Tatbestand des Subventionsbetrugs, § 264 StGB, genannt werden.²⁴ Hiernach wird bestraft, wer im Zusammenhang mit der Bewilligung einer Subvention über subventionserhebliche Tatsachen falsche oder unvollständige Angaben macht. Es muss also nicht abgewartet werden, bis tatsächlich ein Schaden entstanden ist (dann läge ein – im Übrigen mit gleich hoher Strafe bedrohter – Betrug vor, § 263 StGB). Ausreichend ist allein die Abgabe einer falschen Erklärung, da diese regelmäßig geeignet ist, einen solchen Schaden herbeizuführen. Die Schaffung solcher Vorfeldtatbestände in Form reiner Tätigkeitsdelikte wird vom Gesetzgeber meist damit begründet, dass sich der Nachweis eines bestimmten Schadens in der Praxis als äußerst schwierig (und für die Strafverfolgungsbehörden als sehr zeitraubend) darstellt. Auch müssten die Strafverfolgungsorgane für den Nachweis eines Schadens komplizierte wirtschaftliche Vorgänge analysieren, die ihre Kapazitäten übersteigen würden. Dies gilt im wirtschaftsstrafrechtlichen Bereich auch deshalb, weil man es hier regelmäßig mit Akteuren zu tun haben wird, die finanziell sehr gut ausgestattet sind und sich eine umfangreiche Strafverteidigung leisten können. Dann aber ist oft eine „Waffengleichheit“ zwischen der Verteidigung und der Strafverfolgungsbehörde nicht mehr gewährleistet.²⁵ Nachweisprobleme und fehlende Kapazitäten sowie fehlendes „Know-how“ der Ermittlungsbehörden scheinen dem Gesetzgeber also dafür auszureichen, neue Strafvorschriften zu schaffen. Auch dies hat aber mit einer am „Ultima-Ratio-Gedanken“ des Strafrechts ausgerichteten Kriminalpolitik wenig zu tun.

3. Zunahme der abstrakten Gefährdungsdelikte

Die genannten Vorfeldtatbestände setzen, wie gezeigt, insbesondere im wirtschaftlichen Bereich meist nicht voraus, dass ein konkreter Schaden entstanden, d.h. ein bestimmter „Erfolg“ eingetreten ist. Es handelt sich insoweit bei den meisten dieser Vorfeldtatbestände um „abstrakte

Gefährdungsdelikte“, die die Tendenz in sich tragen, unbestimmte Tatbestandsmerkmale oder Generalklauseln zu enthalten, die notwendigerweise eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich bringen.²⁶ Festzustellen ist in diesem Bereich zudem eine häufige Verwendung von Blanketttatbeständen. Auffallend ist ferner – und das sei hier nur am Rande erwähnt –, dass die Schaffung neuer abstrakter Gefährdungsdelikte in engem Zusammenhang mit dem Schutz sog. „Universalrechtsgüter“ steht. Während das „klassische“ Strafrecht zentral die Individualrechtsgüter schützte (Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum, Freiheit), steht heute der Schutz von Universalrechtsgütern zunehmend im Fokus kriminalpolitischer Aktivitäten. Diese Universalrechtsgüter haben sich insoweit mittlerweile zum „Leitmotiv der Kriminalpolitik“ entwickelt.²⁷ Problematisch daran ist aber insbesondere, dass diese Universalrechtsgüter meist nur vage zu bestimmen sind und kaum eine feste Gestalt annehmen.²⁸

4. Überschneidung von repressivem Strafrecht und präventivem Polizeirecht

Versucht man, die aufgezeigten Tendenzen (Schaffung immer neuer Vorfeldtatbestände und abstrakter Gefährdungsdelikte, die Anknüpfung einer Bestrafung an die „böse Absicht“ des Täters) auf einen Nenner zu bringen, so wird deutlich, dass es dem Gesetzgeber nicht nur um eine Ausweitung des Strafrechts an sich, sondern auch und gerade darum geht, präventive Elemente im Strafrecht zu verankern.²⁹ Neben der „klassischen“ Aufgabe des Strafrechts, repressiv auf begangene Taten zu reagieren, wird insoweit in zunehmendem Maße Gefahrprävention mit den Mitteln des Strafrechts betrieben.³⁰ So spricht das *OLG München* anschaulich (im Hinblick auf § 129b StGB) von „Polizeirecht in strafrechtlicher Gestalt“.³¹ Die Materien des Polizeirechts (als Teil des öffentlichen Rechts im engeren Sinne) und des Strafrechts werden aber ansonsten in Deutschland (im Gegensatz zu vielen anderen Staaten!) zu Recht strikt getrennt und haben unterschiedliche Akteure und Eingriffsermächtigungen. In der Tat macht es einen großen Unterschied, ob staatliche Behörden zur Verbrechensbekämpfung tätig werden (präventives Polizeirecht) oder begangene Verbrechen sanktionieren (repressives Strafrecht). In diesem Zusammenhang fällt auch auf, dass sich der Sprachgebrauch des Gesetzgebers in den letzten Jahren deutlich gewandelt hat. Statt „Strafrechtsreformgesetz“ oder „Strafrechtsänderungsgesetz“ verwendet der Gesetzgeber nun häufig den Begriff „Bekämpfungsgesetz“³², insbesondere im Hinblick auf die organisierte Kriminalität, wie das „Gesetz

²³ Vgl. auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (322).

²⁴ Geschaffen durch das „Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“ v. 29.7.1976, BGBl. 1976 I, S. 2034.

²⁵ Zu diesem Aspekt auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (322); *Techmeier*, Zur strafrechtlichen Immunisierung bei Wirtschaftsstrafsachen, in: Prittowitz u.a., Kriminalität der Mächtigen, 2008, S. 61.

²⁶ *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (322).

²⁷ *Hassemer*, NStZ 1989, 553 (557).

²⁸ *Hassemer*, NStZ 1989, 553 (557).

²⁹ So ausdrücklich für § 129a und § 129b StGB das *OLG München*, NJW 2007, 2786 (2787); vgl. auch *Ambos*, ZStrR 124 (2006), I (27); *Rieß*, JR 2006, 269 (275).

³⁰ Vgl. zu diesem Aspekt auch *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (138 ff.); *ders.*, ZIS 2006, 266 (270).

³¹ *OLG München*, NJW 2007, 2786 (2787).

³² Vgl. hierzu bereits kritisch *Hettinger*, NJW 1996, 2263 (2264): „Bekämpfen mag man Schädlinge und Seuchen und vielleicht noch den ins Land eingedrungenen Feind“. Das Strafrecht in einem Rechtsstaat verfolge jedoch andere Ziele; ferner *Frankenberg*, KJ 2005, 370; *Hassemer*, ZIS 2006, 266 (269); *Kühl*, NJW 1987, 737; *Sinn*, ZIS 2006, 107 (116); *Zaczyk*, StV 1993, 490; so auch die Tendenz auf europäischer Ebene; vgl. hierzu *Scheffler*, in: FS Schwind, 2006, S. 123 (127 f.).

zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität“ vom 15.7.1992 deutlich zeigt.³³ Wer aber Kriminalität mit den Sanktionen des Strafrechts nicht nur „ahnden“, sondern „bekämpfen“ will, der verlagert den Schwerpunkt von repressiven Sanktionen hin zu – in erster Linie – präventiven Maßnahmen. Dann aber ahndet der Gesetzgeber dabei nicht mehr begangenes Unrecht und begangene Schuld, sondern betreibt letztlich Kriminalitätsvorsorge durch das Strafrecht, was zu einer – im Ergebnis bedenklichen – Vermischung von Strafrecht und Polizeirecht, von Repression und Prävention führt.³⁴ Das Strafrecht scheint dabei in immer weiter gehendem Maße dazu benutzt zu werden, „gefährliche Personen“ zu ermitteln und mit strafrechtlichen Mitteln aus dem Verkehr zu ziehen, um dadurch (weitere) Straftaten, die von diesen Personen begangen werden könnten, zu verhindern. Insoweit findet auch hier eine Vorverlagerung strafrechtlicher Maßnahmen statt, weg von der repressiven Verbrechenverfolgung hin zu einer vorbeugenden Verbrechensbekämpfung oder auch „Verfolgungsvorsorge“.³⁵

5. Zunahme „symbolischen“ Strafrechts

Obwohl die Zahl der Strafnormen in Deutschland signifikant zugenommen hat und insgesamt eine allgemeine Verschärfung des Strafrechts festgestellt wurde,³⁶ ist die Zahl der bekannt gewordenen Straftaten in Deutschland im Wesentlichen gleich geblieben.³⁷ Dies lässt vermuten, dass viele dieser neuen Strafnormen zwar geschaffen wurden, um dem Bürger zu zeigen, dass der Gesetzgeber auf soziale Missstände reagiert, d.h. „etwas tut“,³⁸ die Strafvorschriften aber in der Praxis kaum einmal zur Anwendung kommen. Es wird insoweit also „ineffektives“ Strafrecht geschaffen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von „symbolischem Strafrecht“.³⁹ Hierunter versteht man „Gesetze, die von vornherein gar nicht darauf angelegt sind, faktisch wirksam zu werden, bei denen vielmehr die gesetzgebende Instanz mit dem Erlass des Gesetzes primär andere soziale Effekte erzielen will als diejenigen, die durch die faktische Wirksamkeit eintreten“.⁴⁰ Strafnormen werden also nicht geschaffen, um begangene Straftaten zu ahnden, um einen Schuldausgleich oder eine gewisse Form von Gerechtigkeit zu erzielen, sondern um dem allgemeinen Unsicherheitsgefühl und der Kriminalitätsfurcht in der Bevölkerung zu begegnen.⁴¹ Insofern dienen sie eher der Befriedigung eines aktuellen „Handlungsbedarfs“ und der Beschwichtigung der Bevölkerung (in-

dem sie einen „starken“ Staat demonstrieren), als der tatsächlichen Schaffung effektiver strafrechtlicher Normen.⁴²

Ein Beispiel hierfür ist der neu geschaffene Tatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern, § 108e StGB.⁴³ Weil es gegenüber der Bevölkerung kaum vermittelbar war, dass zwar das Korruptionsstrafrecht für Amtsträger, §§ 331 ff. StGB, und Angestellte eines geschäftlichen Betriebes, § 299 StGB, kontinuierlich verschärft wurde, für Abgeordnete aber lange Zeit kein adäquater Straftatbestand existierte, diskutierte man schon seit mehreren Jahrzehnten die Schaffung einer entsprechenden Strafnorm. Auch forderten internationale Abkommen, wie etwa Art. 5, 9 und 11 des Strafrechtsübereinkommens des Europarates gegen Korruption vom 27.1.1999⁴⁴ oder Art. 16 Abs. 2 des UN-Übereinkommens gegen Korruption⁴⁵, auch die Bestechung von Mandatsträgern der nationalen Parlamente unter Strafe zu stellen. Der Deutsche Bundestag hatte diesbezüglich jedoch erhebliche Bedenken.⁴⁶ Die nunmehr erlassene Strafnorm⁴⁷ ist daher auch so vage formuliert und enthält eine so große Zahl einschränkender Merkmale, dass es kaum wahrscheinlich ist, dass sie in der Praxis eine große Rolle spielen wird. „Symbolisch“ schuf man eine Strafnorm, die auch die Bestechung von Mandatsträgern unter Strafe stellt, die praktische Anwendung dieser Strafnorm tendiert jedoch gegen Null.

Die Schaffung von „symbolischem Strafrecht“ ist deswegen gefährlich, weil dieses letztlich das Normvertrauen der Bevölkerung eher untergräbt als stärkt. So schrieb schon *Hassemer* im Jahre 1989 zutreffend, symbolisches Strafrecht sei „ein Krisenphänomen der modernen folgenorientierten Kriminalpolitik. Diese baut das Strafrecht tendenziell zu einem flankierenden Instrument der Politik aus mit diffusen Universalrechtsgütern und abstrakten Gefährdungsdelikten. Dieses Strafrecht passt zu den Vorstellungen von ‚globaler Unsicherheit‘ in einer ‚Risikogesellschaft‘. Symbolisches Strafrecht mit Täuschungsfunktion verfehlt die Aufgabe rechtsstaatlicher Kriminalpolitik und untergräbt das Vertrauen der Bevölkerung in die Strafrechtspflege“⁴⁸. Diese Tendenz hat in den seit dem Beitrag vergangenen über 25 Jahren leider eher noch zugenommen.

³³ BGBl. 1992 I, S. 1302; vgl. auch die Auflistung der „Bekämpfungsgesetze“ bei *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 91 (122 Fn. 138); vgl. zu dieser „Bekämpfungsgesetzgebung“, die auch auf europäischer Ebene festzustellen ist, *Sinn*, ZIS 2006, 107 (112).

³⁴ Vgl. hierzu auch *Frankenberg*, KJ 2005, 370 (379); *Sinn*, ZIS 2006, 107 (108).

³⁵ Zu diesem Aspekt vgl. auch *Arnold*, HRRS 2006, 303 (311); *Sinn*, ZIS 2006, 107 (108); ferner *Paeffgen*, JZ 1991, 437 (441); aus polizeirechtlicher Sicht auch *Gusy*, StV 1993, 269 (270); *Lisken*, ZRP 1990, 15 (16).

³⁶ Vgl. oben II. 1.

³⁷ Vgl. auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (325).

³⁸ Vgl. oben II. 1 sowie unten II. 6.

³⁹ Vgl. auch *Hassemer*, NSTZ 1989, 553; *Hegenbarth*, ZRP 1981, 201; *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (325 f.); *Vofß*, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten, 1989.

⁴⁰ *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 157; vgl. auch *Hassemer*, NSTZ 1989, 553.

⁴¹ Vgl. auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (326).

⁴² *Hassemer*, NSTZ 1989, 553 (556).

⁴³ Vgl. hierzu auch noch unten III. 3.

⁴⁴ European Treaty Series (ETS) Nummer 173.

⁴⁵ Vgl. die am 31.10.2003 angenommene, auf der Konferenz von Merida vom 9. bis 11.12.2003 unterzeichnete und am 14.12.2005 in Kraft getretene „United Nations Convention against Corruption“ (UNCAC), Doc. A/58/422.

⁴⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Heinrich*, ZIS 2016, 382.

⁴⁷ § 108e StGB wurde geändert durch Art. 1 Nr. 4 des 48. Strafrechtsänderungsgesetzes v. 23.4.2014, BGBl. 2014 I, S. 410; vgl. hierzu auch die Materialien BT-Drs. 18/476; BT-Drs. 18/607; BR-Drs. 64/14.

⁴⁸ *Hassemer*, NSTZ 1989, 553 (559).

6. Ad-hoc-Gesetzgebung statt einheitlicher kriminalpolitischer Linie

Blickt man auf die Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte, so fällt auf, dass eine einheitliche kriminalpolitische Linie kaum erkennbar ist. Vielmehr ist die Tendenz festzustellen, auf bestimmte gesellschaftliche Konflikte rasch mit der Schaffung von strafrechtlichen Vorschriften zu reagieren. Besonders deutlich wird dies im Bereich des Terrorismusstrafrechts, die Tendenzen sind aber auch in anderen Bereichen, z.B. im Sexualstrafrecht, festzustellen. Findet ein bestimmtes Verhalten, wie z.B. der Terroranschlag auf das World Trade Center in New York am 11. September 2001 oder die Vielzahl der sexuellen Übergriffe in der Silvesternacht 2015/2016 insbesondere vor dem Kölner Hauptbahnhof, in den Medien besondere Beachtung, wird hierauf mit verschärften strafrechtlichen Vorschriften reagiert. Ein einheitliches Konzept ist dabei kaum erkennbar.⁴⁹

Statt eine rationale und von bestimmten Grundgedanken geleitete Kriminalpolitik zu betreiben, die Qualität der Strafverfolgung (unter anderem durch die Zurverfügungstellung von finanziellen Mitteln oder die Schaffung neuer Stellen etc.) zu verbessern und sinnvoll in präventive Maßnahmen zu investieren, schafft der Gesetzgeber, sofern bestimmte gesellschaftliche Ereignisse Handlungsbedarf signalisieren, vermehrt neue Strafvorschriften und Eingriffsbefugnisse im Einzelfall.⁵⁰ Den meist hektisch geschaffenen neuen Strafnormen liegt insoweit nicht nur kein einheitliches Konzept zugrunde, es fehlt auch an einer sachverständigen Beratung durch Wissenschaft und Praxis, die den Gesetzgebungsprozess begleitet.⁵¹ Zwar werden im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens Sachverständige aus Wissenschaft und Praxis angehört, diese haben aber oft nur wenige Tage Zeit, um eine Stellungnahme abzugeben. Auch werden sie mit ihren Bedenken selten gehört, da es dem Gesetzgeber darum geht, möglichst schnell eine „publikumswirksame“ Strafnorm zu schaffen. Insbesondere in Wahlzeiten sollen die Wähler beruhigt und ihnen das Gefühl gegeben werden, dass ihre Ängste, die oft von exzessiver Medienberichterstattung erzeugt werden,⁵² ernst genommen werden – und dies scheint am besten über die Schaffung einer plakativen und kostenneutralen neuen Strafnorm zu gehen.⁵³ Diese neue Strafnorm kommt beim Wähler gut an, da der Wähler in kriminalpolitischen Fragen meist nicht rational denkt und daher kaum verantwortungsbewusst handelt. Dies rührt daher, dass der Großteil der Wählerschaft kriminalpolitische Forderungen nicht an ihrer tatsächlichen, wissenschaftlich nachgewiesenen (Un-)Wirksamkeit, sondern an dem „gewünschten“ Erfolg bewertet.⁵⁴ Ginge es nach dem Wähler, würde die Androhung, Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe für den potentiellen Straftäter abschreckend wirken (was erwiesenermaßen nicht der Fall

ist) oder das dauerhafte „Wegsperrn“ potentiell gefährlicher Personen zur vollkommenen Sicherheit beitragen (was wissenschaftlich ebenfalls nicht nachgewiesen ist).

Dass sich das deutsche Strafrecht inzwischen hin zu einem „Flickenteppich ohne System“ zu entwickeln scheint, dem ein einheitliches Konzept fehlt, ist zudem aber auch auf die zunehmende Einflussnahme durch „europäische Rechtsakte“ zurückzuführen. Dies resultiert insbesondere aus der Pflicht, in zunehmendem Maße europäische Vorgaben umzusetzen. Da die Europäische Union bisher kaum Kompetenzen zur originären Schaffung strafrechtlicher Normen hat, handelt sie durch den Erlass von Richtlinien, in denen die nationalen Gesetzgeber verpflichtet werden, strafrechtliche Normen zu erlassen, um europäische Vorgaben effektiv und wirksam umzusetzen. Der europäische Raum „der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zeichnet sich aber derzeit insbesondere im Strafrecht dadurch aus, dass eine Vielzahl verschiedener (Strafrechts-)Systeme aufeinandertreffen, die nur schwer auf einen einheitlichen Nenner zu bringen sind. Dies spiegelt sich auch in den erlassenen Rechtsnormen wider, die oftmals nicht vom deutschen Systemdenken geprägt sind. Eine Umsetzung müsste daher behutsam erfolgen und es wäre dabei ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass sich die umzusetzende Vorschrift auch in das deutsche Systemdenken „einpasst“. Eben dies ist bei der Umsetzung europäischer Richtlinien aber meist nicht der Fall. Vielfach wird eine solche Richtlinie „eins zu eins“ in deutsches Recht übertragen und man kann nur vermuten, dass die Umsetzung für den deutschen Gesetzgeber entweder „zu schwierig“ oder „zu zeitraubend“ ist – oder man sich schlicht nicht angreifbar machen möchte. Letzteres aber wäre womöglich der Fall, wenn die Umsetzung einer europäischen Vorgabe ins deutsche Recht mit zu vielen Abweichungen verbunden wäre. Schließlich könnte auch die Frage einer „Verantwortung“ hier eine bestimmte Rolle spielen. Erlässt der deutsche Strafgesetzgeber Regelungen, die auf Widerstand oder gar Unverständnis in der Bevölkerung stoßen, ist es oft einfacher, das eigene Verhalten mit dem Verweis auf „europarechtliche Umsetzungspflichten“ zu rechtfertigen als eigene Verantwortung für die erlassene Vorschrift zu übernehmen.

7. Beschleunigung des Strafverfahrens durch Aufgabe rechtsstaatlicher Prinzipien

In den letzten Jahren hat sich das deutsche Strafverfahrensrecht deutlich gewandelt. Da die deutsche Strafjustiz einerseits unter der Zunahme an Verfahren leidet, andererseits aber die Verfahren auch immer komplexer werden, zeigt sich an mehreren Punkten deutlich eine Tendenz zur „Beschleunigung“ des Strafverfahrens, die oftmals auch mit dem Abbau rechtsstaatlicher Prinzipien verbunden ist. Es wird in diesem Zusammenhang auch

⁴⁹ Vgl. auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (325).

⁵⁰ Vgl. auch die These von *Prittwitz*, in: FS Hamm, 2008, S. 575 (578): „[...] daß die Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft immer ‚schlechter‘ und ‚irrationaler‘ wird“.

⁵¹ Vgl. *Putzke*, in: FS Schwind, 2006, S. 111 (117); zur Notwendigkeit einer „fest institutionalisierte[n] Beteiligung der Wissenschaft am Gesetzgebungsprozess“ vgl. *Jäger*, in: FS Schüler-Springorum, 1993, S. 229 (242).

⁵² Vgl. zum Thema „Kriminalpolitik in der Mediengesellschaft“ auch *Prittwitz*, in: FS Hamm, 2008, S. 575.

⁵³ Vgl. hierzu auch *Pfeiffer/Windzio/Kleimann*, MschrKrim 87 (2004), 415 (428 f.); *Putzke*, in: FS Schwind, 2006, S. 111 ff.

⁵⁴ Vgl. *Putzke*, in: FS Schwind, 2006, S. 111 (117).

von einer „Ökonomisierung des Strafverfahrens“ gesprochen,⁵⁵ ein Begriff, der aber letztlich verschleiert, dass diese Ökonomisierung meist mit Eingriffen in die Rechte von Beschuldigten oder Angeklagten verbunden ist.⁵⁶ Genannt werden sollen in diesem Zusammenhang die Einschränkungen des Beweisantragsrechts in der Hauptverhandlung sowie deutliche Beschränkungen im Rechtsmittelverfahren, die oft aber auch gar nicht von der Strafprozessordnung selbst gefordert, sondern von der Rechtsprechung entwickelt wurden. Als prägnantes Beispiel soll hier auf die von der Rechtsprechung entwickelte „Widerspruchslösung“ hingewiesen werden.⁵⁷ So soll der verteidigte Angeklagte einen Verfahrensverstöß nur dann mit der Revision geltend machen dürfen, wenn er den Verstoß in der Hauptverhandlung „gerügt“ hat und der Richter dieser Rüge nicht nachgekommen ist. Weitere Beispiele sind die Relativierung der absoluten Revisionsgründe (§ 338 StPO), die Aufhebung des Verbots der Rügeverkümmern und allgemein strengere Anforderungen an die Revision.⁵⁸

Ferner ist auch eine immer weiter zunehmende „Entformalisierung“ des Strafverfahrens festzustellen.⁵⁹ Führten früher die meisten Strafverfahren nach Feststellung eines entsprechenden Tatverdachts zu einer Anklage durch die Staatsanwaltschaft und einer späteren Aburteilung durch das Gericht in einer inquisitorisch geprägten, streitigen und formalisierten mündlichen Hauptverhandlung, ist dies heute eher die Ausnahme. So endet ein erheblicher Teil der Strafverfahren bereits dadurch, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren aus Opportunitätsgründen nach §§ 153 ff. StPO einstellt,⁶⁰ wobei die Auflagen nach § 153a StPO teilweise strafersetzenden Charakter besitzen. Diesbezüglich wurden nicht nur die gesetzlichen Vorgaben mehr und mehr erweitert, die Praxis macht, oftmals aus Kapazitätsgründen, hiervon auch zunehmend Gebrauch. Kommt es im Einzelfall nicht zu einer Einstellung, bietet sich aber weiter die Möglichkeit, durch ein ebenfalls entformalisiertes, rein schriftliches und oftmals nur summarisches Strafbefehlsverfahren, §§ 407 ff. StPO, das Verfahren zu beenden.⁶¹ Doch selbst in denjenigen Fällen, in denen eine Anklage erhoben und eine mündliche Hauptverhandlung durchgeführt wird, zeichnet sich eine zunehmende Tendenz ab, das Verfahren mittels einer Absprache („Deal“) zu beenden, also nicht streitig bis zum Ende durchzuführen. Diese von den Gerichten contra

legem entwickelte einvernehmliche Verfahrensbeendigung, die in der Rechtswissenschaft weitgehend kritisch gesehen wird, wurde erst vor wenigen Jahren⁶² durch die Schaffung des neuen § 257c StPO gesetzlich abgesegnet. Die neue Vorschrift erlaubt nunmehr Absprachen im Strafprozess unter bestimmten, engen Bedingungen. Diese Möglichkeit des „Deals“ hat aber eine grundlegende Veränderung der Struktur des Strafprozesses zur Folge und stellt letztlich dessen Grundsätze nach dem überkommenen Muster in Frage.⁶³ Alles in allem lässt sich also feststellen: Zwar wurden die strafrechtlichen Vorschriften in den letzten Jahren immer mehr verschärft und ausgeweitet, dies führt aber nicht dazu, dass tatsächlich mehr Taten verfolgt bzw. in einer mündlichen Hauptverhandlung vor Gericht abgeurteilt werden. Das Strafrecht ist insofern „selektiver“ geworden.⁶⁴ Dies wird von der Praxis sicher begrüßt werden, da sich dadurch den Akteuren (Staatsanwaltschaft, Gerichte) eine bestimmte Flexibilität eröffnet, führt aber zugleich zu einer gewissen Unberechenbarkeit und beeinträchtigt insoweit die Rechtssicherheit. Auch steht zu befürchten, dass sich „finanzkräftige“ Beschuldigte, die sich eine ansprechende anwaltliche Vertretung leisten können, eher „freikaufen“ können als weniger zahlungskräftige Straftäter.

8. Zweck der Strafe: Abkehr vom Resozialisierungsgedanken

Blickt man auf den Strafvollzug, war dieser noch vor einigen Jahrzehnten geprägt durch das Ziel und den Gedanken der Resozialisierung. Der Straftäter sollte durch den Strafvollzug „gebessert“ und auf ein Leben in Freiheit vorbereitet werden, in welchem er ohne die Begehung von Straftaten leben kann. Insofern dominierte insbesondere in den 1970er Jahren der Gedanke der positiven Spezialprävention (Besserung des Täters), wobei der Gedanke der negativen Generalprävention (Abschreckung der Allgemeinheit) stets mit beachtet wurde. Dieses Konzept prägte lange Jahre die kriminalpolitischen Vorstellungen des Gesetzgebers.⁶⁵

Seit den 1980er Jahren ist hier aber eine deutliche Änderung festzustellen, die auch die kriminalpolitische Diskussion in Deutschland seither prägt.⁶⁶ Festzustellen ist insbesondere eine Zunahme des Gedankens der negativen Spezialprävention (Sicherung der Gesellschaft vor dem

⁵⁵ So *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (323 f.).

⁵⁶ Hierzu auch *Schünemann*, ZIS 2009, 484 (486 ff.); *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (323 f.).

⁵⁷ Vgl. hierzu bereits *Heinrich*, ZStW 112 (2000), 398.

⁵⁸ Hierzu auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (323); *Wohlers*, NJW 2010, 2470 (2472 f.).

⁵⁹ So auch *Prittowitz*, in: FS Hamm, 2008, S. 575 (582); *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (323).

⁶⁰ So spricht der Zweite Periodische Sicherheitsbericht der Bundesministerien des Innern und der Justiz, 2006, auf S. 540 ff. davon, die Einstellungsquote der an sich anklagefähigen Strafverfahren läge bei ca. 45%, wobei in den Jahren 1981 bis 2006 eine Abnahme der Anklagequote um mehr als 20% zu verzeichnen gewesen sei.

⁶¹ Vgl. wiederum den Zweiten Periodischen Sicherheitsbericht der Bundesministerien des Innern und der Justiz, 2006, auf S. 539, 541: Das Strafbefehlsverfahren nach §§ 407 ff. StPO fand bei anklagefähigen Verfahren, die nicht bereits eingestellt wurden, in ca. 50% der Fälle statt. Damit erreichen aber letztlich nur ca. 27% der anklagefähigen Verfahren das gerichtliche Hauptverfahren mit mündlicher Verhandlung.

⁶² Die Vorschrift wurde eingeführt durch das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ v. 29.7.2009, BGBl. 2009 I, S. 2353; zu den Materialien vgl. BT-Drs. 16/12310; BT-Drs. 16/13095.

⁶³ So auch *Schünemann*, ZIS 2009, 484 (490 ff.); *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (323); *Wohlers*, NJW 2010, 2470 (2474 f.).

⁶⁴ So auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (326 f.); *Wohlers*, NJW 2010, 2470 (2474 f.).

⁶⁵ Hierzu *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (324); *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft. Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert, 3. Aufl. (2012), S. 27 ff.

⁶⁶ So auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (324).

Täter) und der positiven Generalprävention (Stärkung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Rechtsordnung). Dies wirkt sich gerade im Bereich des Strafvollzugs dahingehend aus, dass der Gedanke der Resozialisierung des Täters immer mehr in den Hintergrund tritt. Er wird überlagert von angeblichen „Belangen der Allgemeinheit“, die es zu schützen gelte. Dies kann mit dem Slogan „Wegsperrn statt Bessern“ zum Ausdruck gebracht werden. Diese nicht zu befürwortende Tendenz kommt inzwischen auch im Gesetz zum Ausdruck. In dem vor der Föderalismusreform im Bereich des Strafvollzugs ausschließlich anwendbaren § 2 Satz 1 des Strafvollzugsgesetzes des Bundes (StVollzG) wird als vorrangiges Vollzugsziel die „Resozialisierung“ genannt: „Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel)“. Als lediglich sekundäres Ziel bestimmt § 2 Satz 2 StVollzG: „Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten“. Das nunmehr in die Entscheidungskompetenz der einzelnen Bundesländer übergegangene Recht des Strafvollzugs zeigt inzwischen aber ein anderes Bild. Hier wird der „Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten“ oft ins Zentrum gerückt, während Entlassungsvorbereitungen und Resozialisierungsmaßnahmen zunehmend abgebaut werden oder nur bestimmte Gefangenengruppen betreffen.⁶⁷ Kennzeichnend ist das Strafvollzugsgesetz des Bundeslandes Bayern, welches die früheren Vollzugsziele in § 2 gerade umdreht: „Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten. Er soll die Gefangenen befähigen, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Behandlungsauftrag)“. Auch § 2 Abs. 1 des Justizvollzugsgesetzes Baden-Württemberg bestimmt: „Die kriminalpräventive Zielsetzung des Strafvollzugs und des Jugendstrafvollzugs in Baden-Württemberg liegt im Schutz der Bürgerinnen und Bürger vor weiteren Straftaten. Strafvollzug und Jugendstrafvollzug leisten einen Beitrag für die Eingliederung der Gefangenen in die Gesellschaft, die innere Sicherheit und für den Rechtsfrieden.“ Hiernach leistet der Strafvollzug also nur noch einen „Beitrag“ zur Resozialisierung, verfolgt aber überwiegend andere Zwecke. So ist in der Praxis auch der Vollzugsalltag eher von den Gedanken der Verwahrung und Sicherung als vom Gedanken der Resozialisierung geprägt.⁶⁸ Zu diesem Trend passt es auch, dass die Möglichkeiten zur Anordnung von Sicherungsverwahrung, §§ 66 ff. StGB, in den letzten Jahren stark ausgeweitet wurden.

III. Einzelne Felder moderner Kriminalpolitik

Im Folgenden sollen exemplarisch einige Felder moderner Kriminalpolitik genannt werden, die das Bild der kriminalpolitischen Strömungen in Deutschland in den letzten Jahren geprägt haben – und sicherlich auch noch in den nächsten Jahren prägen werden. Wer sich hier einen tagesaktuellen Überblick verschaffen möchte, kann dies im Übrigen über die Plattform der „Kriminalpolitischen Zeitschrift“ jederzeit tun.⁶⁹

1. Terrorismusstrafrecht

Wenige Ereignisse haben die Welt so erschüttert wie der Angriff auf das World Trade Center in New York am 11. September 2001. Spätestens seit diesen verheerenden Anschlägen wird der Terrorismus als eine der akutesten Bedrohungen der Menschheit angesehen. Die damalige US-Regierung unter Präsident George W. Bush reagierte umgehend auf die Anschläge und erklärte den Kampf gegen den Terror zur zentralen Aufgabe der US-Außenpolitik. Ähnlich wie in den USA hat die darauffolgende Terrorismusbekämpfung auch in vielen anderen Staaten die nationale Innen- und Sicherheitspolitik beeinflusst.⁷⁰ Sicherheitspolitische Bedrohungen wurden nunmehr als globale Herausforderung wahrgenommen. Auch in der Europäischen Union gab es im Anschluss daran mehrere Rechtsakte, die der Bekämpfung des Terrorismus dienen sollten.⁷¹ Die Anschläge haben insbesondere auch in Deutschland zu einer weitreichenden Veränderung der Grundstrukturen des Sicherheitsrechts geführt.⁷² Das Spannungsverhältnis zwischen individueller Freiheit auf der einen und kollektiver Sicherheit auf der anderen Seite wurde deutlich spürbar. Auch der deutsche Gesetzgeber nahm sich der Sache an und stellte die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf eine neue Grundlage.

So wurden in Deutschland seit dem 11. September 2001 eine Reihe innen- und sicherheitspolitischer Gesetzesreformen durchgeführt, sodass derzeit ein dichtes strafrechtliches Regelungsgefüge zur Erfassung terroristischer Aktivitäten besteht.⁷³ Zunächst ist aber festzuhalten, dass an die bloße Eigenschaft „Terrorist“ zu sein, keine Kriminalstrafe geknüpft wird. Das materielle deutsche Strafrecht kennt demnach auch keinen selbstständigen „Terrorismusstraftatbestand“.⁷⁴ Dennoch existieren neben den allgemeinen Strafnormen wie Mord, Totschlag und Verbrechenverabredung auch Normen im Strafgesetzbuch, die

⁶⁷ Vgl. hierzu *Eisenberg/Singelstein*, ZKJ 2007, 184; *Puschke*, Strafvollzug in Deutschland – eine Bestandsaufnahme, in: *Puschke*, Strafvollzug in Deutschland, 2011, S. 15 (21 f., 28 f.); *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (324).

⁶⁸ So auch *Singelstein*, ZfRSoz 2014, 321 (324).

⁶⁹ Vgl. <http://kripoz.de/gesetzentwerfer-aktuelle-gesetzesinitiativen-und-verfahren>.

⁷⁰ Vgl. zur internationalen Sicherheitspolitik nach dem 11. September 2001 auch *Kaim*, Aus Politik und Zeitgeschichte 2011, 3.

⁷¹ Vgl. u.a. den Rahmenbeschluss 2002/475/JI des Rates v. 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung, ABl. EG L 164/3 v. 22.6.2002, geändert durch den Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates v. 28.11.2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung, ABl. EU L 330/21 vom 9.12.2008.

⁷² Vgl. hierzu nur das „Gesetz zur Finanzierung der Terrorbekämpfung“ v. 10.12.2001, BGBl. 2001 I, S. 3436; das „Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus“ v. 9.1.2002, BGBl. 2002 I, S. 361; das „Geldwäschebekämpfungsgesetz“ v. 8.6.2002, BGBl. 2002 I, S. 3105; das „Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendienst des Bundes und der Länder (Gemeinsame Dateien-Gesetz)“ v. 1.12.2006, BGBl. 2006 I, S. 3409 und das „Luftsicherheitsgesetz“ v. 11.1.2005, BGBl. 2005 I, S. 78.

⁷³ Zur Entwicklung des Terrorismusstrafrechts in Deutschland vgl. u.a. *Petzsche*, ZIS 2015, 556 (557 f.); zur aktuellen Rechtslage der Terrorismusgesetzgebung *Kauffmann/Lalissidou*, JR 2016, 163 (164 f.).

⁷⁴ Anders ist dies z.B. in Russland, wo der „terroristische Akt“ gem. Art. 205 des russischen Strafgesetzbuches als eigenständige Straftat unter Strafe gestellt ist.

vom deutschen Gesetzgeber erkennbar mit spezifischem Bezug zur Terrorismusbekämpfung erlassen, eingefügt oder ergänzt worden sind. Diese spezifischen Vorschriften werden als „Terrorismusstrafrecht“ bezeichnet.⁷⁵

Dazu zählt vor allem die strafbare Beteiligung an terroristischen Vereinigungen gem. §§ 129a, 129b StGB. Die Vorschrift des § 129a StGB (Bildung terroristischer Vereinigungen) wurde allerdings bereits am 18.8.1976 im Zuge der Terrorismusbekämpfung mit besonderem Bezug zur Roten Armee Fraktion (RAF) eingefügt.⁷⁶ Als Reaktion auf den internationalen Terrorismus wurde die Vorschrift am 22.12.2003 allerdings nochmals geändert.⁷⁷ Die Norm enthält gegenüber § 129 StGB (Bildung krimineller Vereinigungen) nun neue Qualifikationstatbestände. So stellt bereits die Gründung einer terroristischen Vereinigung, deren Zwecke oder Tätigkeiten darauf gerichtet sind, Mord, Totschlag, Völkermord oder andere schwere Verbrechen zu begehen, sowie die Mitgliedschaft in einer solchen Vereinigung ein Verbrechen dar.⁷⁸ Die Rädelführer oder Hintermänner einer terroristischen Vereinigung sind nach § 129a Abs. 4 StGB noch schwerer zu bestrafen (Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bzw. von einem Jahr bis zu zehn Jahren). Insbesondere der Bekämpfung terroristischer Organisationen im Ausland diente die Einführung des § 129b StGB (kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland) am 22.8.2002.⁷⁹ Sie bezweckte die Bekämpfung der immer offenkundiger werdenden internationalen Verflechtung der organisierten Kriminalität und des länderübergreifenden Operierens von kriminellen und terroristischen Vereinigungen.⁸⁰

Einen großen – und die oben genannte Tendenz zu einer immer weiter gehenden Vorverlagerung des Strafrechts verstärkenden⁸¹ – Einschnitt stellt das am 4.8.2009 in Kraft getretene „Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten (GVVG)“ vom 30.7.2009 dar.⁸² Es hat mit § 89a StGB (Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat), § 89b StGB (Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) und § 91 StGB (Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat) drei neue Straftatbestände in der Form abstrakter Gefährdungsdelikte geschaffen und die Strafbarkeit in erheblicher Weise in den Bereich bislang strafloser Vorbereitungshandlungen vorverlagert.⁸³ Mit der Einfügung des § 89a StGB sollte insbesondere die Ausbildung und

das Sich-Ausbilden-Lassen in einem terroristischen „Trainingslager“ (sog. „Terrorcamp“) strafrechtlich erfasst werden.⁸⁴

Den vorläufigen Schlusspunkt setzten die Erweiterungen dieser Strafnormen durch das GVVG-Änderungsgesetz vom 12.6.2015.⁸⁵ Durch die Einfügung des neuen § 89a Abs. 2a StGB werden das Reisen sowie der Versuch des Reisens aus der Bundesrepublik Deutschland unter Strafe gestellt, wenn der Täter sich in einen Staat begeben will, in dem er sich von Personen mit terroristischem Hintergrund ausbilden lassen möchte. Es findet hierdurch also eine noch weitere Vorverlagerung der Strafbarkeit statt. Allein die (versuchte) Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland wird unter Strafe gestellt, wenn dies in einer bestimmten Absicht geschieht (nämlich sich in einem „Terrorcamp“ ausbilden zu lassen).⁸⁶ Der neue § 89c StGB (Terrorismusfinanzierung) soll der effektiven Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus dienen. Hierdurch sollen gerade die erheblichen finanziellen Ressourcen von Terrororganisationen wie dem „Islamischen Staat“, die den wirtschaftlichen Nährboden für terroristische Aktivitäten bilden, begrenzt werden.⁸⁷

Neben der Verschärfung der nationalen Strafgesetzgebung wurden noch zahlreiche weitere innenpolitische Maßnahmen getroffen.⁸⁸ So wurde im Rahmen des ersten Sicherheitspakets 2001 das Religionsprivileg aus dem Vereinsgesetz (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 VereinsG a.F.) gestrichen.⁸⁹ Auch Vereine mit religiöser Zielsetzung können nunmehr verboten werden. Das zweite Sicherheitspaket brachte ferner das Terrorismusbekämpfungsgesetz vom 9.1.2002⁹⁰ hervor. Das Gesetz beinhaltet im Rahmen einer Präventionsstrategie zahlreiche Veränderungen an verschiedenen Gesetzen zur inneren Sicherheit. Auch wurde das Post- und Fernmeldegeheimnis weiter eingegrenzt. So wurden durch das Gesetz u.a. die Grundlage für die Erhebung biometrischer Daten geschaffen und die Kompetenzen der Sicherheitsbehörden zur Erhebung und Verarbeitung von Informationen erweitert.⁹¹ Um die Informations- und Wissensbestände verschiedener Behörden miteinander zu verknüpfen, wurde Ende 2004 zudem das Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum (GTAZ) in Berlin errichtet. Es handelt sich hierbei um eine gemeinsame Kooperations- und Kommunikationsplattform von 40 nationalen Behörden aus dem Bereich der inneren Si-

⁷⁵ Zum Terrorismusbegriff allgemein vgl. Zöller, Terrorismusstrafrecht, 2009, S. 99 ff., zum deutschen Ansatz a.a.O. S. 132 ff.

⁷⁶ Durch das „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes“ v. 18.8.1976, BGBl. 1976 I, S. 2181.

⁷⁷ Durch das „Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates v. 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze“ v. 22.12.2003, BGBl. 2003 I, S. 2836; vgl. hierzu die Materialien BT-Drs. 15/813; BT-Drs. 15/1730; BT-Drs. 15/2001 und BT-Drs. 15/2267.

⁷⁸ Vgl. hierzu Fischer (oben Fn. 22), § 129a Rn. 2; vgl. auch Weißer, JZ 2008, 388 (390 f.).

⁷⁹ Durch das „34. Strafrechtsänderungsgesetz – § 129b StGB“ vom 22.8.2002, BGBl. 2002 I, S. 3390.

⁸⁰ Vgl. Nehm, NJW 2002, 2665 (2270).

⁸¹ Vgl. oben II. 2.

⁸² BGBl. 2009 I, S. 2347.

⁸³ Kritisch hierzu Zöller, StV 2012, 364 (369 f.); ders., GA 2010, 607 (614 f.); Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling, NStZ 2009, 593 (593 f.).

⁸⁴ BT-Drs. 16/12428, S. 12.

⁸⁵ „Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz – GVVG-ÄndG)“ v. 12.6.2015, BGBl. 2015 I, S. 926.

⁸⁶ Vgl. hierzu bereits die oben unter II. 2. genannten „Absichtsdelikte“. BT-Drs. 18/4279, S. 1.

⁸⁷ Vgl. zusammenfassend zu den Folgen des 11. September 2001 für die deutschen Sicherheitsgesetze Abou-Taam, Aus Politik und Zeitgeschichte 2011, 9.

⁸⁸ Erstes Gesetz zur Änderung des Vereinsgesetzes v. 4.12.2001, BGBl. 2001 I, S. 3319.

⁸⁹ „Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus“ v. 9.1.2002, BGBl. 2002 I, S. 361.

⁹⁰ Vgl. Abou-Taam, Aus Politik und Zeitgeschichte 2011, 9 (14 f.); Frankenber, NK 2015, 276 (278 f.).

cherheit. Schließlich ist als weiteres Instrument der Terrorismusbekämpfung in Deutschland auch die Verbesserung der Zusammenarbeit der zuständigen Behörden auf internationaler Ebene zu nennen.⁹²

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass der deutsche Gesetzgeber das Terrorismusstrafrecht seit den Anschlägen vom 11. September 2001 sukzessive ausgeweitet hat. „Strafbarkeitslücken“ dürften angesichts des weiten Regelungszugriffs des Terrorismusstrafrechts nicht mehr bestehen. Die derzeitigen Probleme liegen vielmehr in den praktischen Schwierigkeiten der Identifikation gewaltbereiter Terroristen und dem Nachweis des subjektiven Tatbestands (z.B. der Absicht, zum Zwecke der Begehung, Vorbereitung oder Unterstützung terroristischer Taten ins Ausland reisen zu wollen).⁹³ Auch sind die erlassenen Gesetze und Neuregelungen im Hinblick auf ihre Wirkungen für die bürgerlichen Grundrechte nicht unproblematisch. Zwar sind die Sicherung der Freiheit und des inneren Friedens die vornehmsten Aufgaben eines Staates. Jedoch müssen diese staatlichen Aktivitäten auch gesellschaftlich akzeptiert werden. Sollten sich die Gesetze als effektiv erweisen, so muss dies ebenfalls in die Gesellschaft hinein getragen werden, „denn nur in dem Maße, in dem staatlicher Zwang seine Sicherungsfunktion im Sinne der Wahrung der Freiheit seiner Bürger erfüllt, kann er Legitimität beanspruchen“.⁹⁴ Gerade hieran dürfte es aber einige Zweifel geben. Während Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus sicherlich von der Bevölkerung gewünscht und geduldet werden, überwiegen in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Bedenken. Auf das allgemeine Problem der Vorverlagerung der Strafbarkeit, welche insbesondere durch §§ 89a ff. StGB deutlich zu Tage tritt, wurde bereits hingewiesen.⁹⁵ Dass die extensive Gesetzgebung in diesem Bereich noch nicht am Ende angelangt ist, beweist im Übrigen ein aktueller Referentenentwurf zur elektronischen Überwachung für extremistische Täter.⁹⁶

2. Sexualstrafrecht

Das deutsche Sexualstrafrecht ist in den vergangenen Jahren vermehrt in den Blickpunkt des öffentlichen Interesses gerückt. Bekannt gewordene und Aufsehen erregende Fälle sexuellen Kindesmissbrauchs haben vermehrt zu gesellschaftlichen und kriminalpolitischen Debatten geführt.

Zu einer weiteren Sensibilisierung des Themas hat auch das Internet geführt, das mit seinen Funktionen eine neue Qualität des Zugangs zu Informationen und Bildern, vor allem zu kinderpornographischem Material, ermöglicht. Die präventive und repressive Bekämpfung von Sexualdelikten wird heutzutage in Politik und Gesellschaft offen angesprochen und breit diskutiert. Im Mittelpunkt aller Reformbemühungen steht hierbei stets das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung jedes Einzelnen, das in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) verankert ist und als Teil der Menschenwürde höchsten Verfassungsrang genießt.⁹⁷ Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung als Individualrechtsgut galt jedoch nicht immer als primär zu erreichendes Ziel des Gesetzgebers. Die Zielrichtung ist vielmehr Folge der kriminalpolitischen Diskussionen der 1970er und 1980er Jahre. Die damalige Zeit war geprägt von einer weitgehenden Liberalisierung und Ent-Moralisierung des Sexualstrafrechts, während in den letzten 20-30 Jahren wieder ein deutlicher Trend zur Verschärfung der Strafnormen sichtbar wird.

Das deutsche Sexualstrafrecht ist im 13. Abschnitt des StGB in den §§ 174-184h geregelt und umfasst Strafnormen im Zusammenhang mit sexuellen Verhaltensweisen. Die Normen dienen vor allem dem Individualrechtsgüter-schutz. Sie schützen als Rechtsgut das sexuelle Selbstbestimmungsrecht gegen bestimmte Formen des nötigen Zwangs oder des Missbrauchs.⁹⁸ Während nach der früheren Ansicht des Reichsgerichts⁹⁹ und des Bundesgerichtshofs der Schutz der öffentlichen Sittlichkeit in das Sexualstrafrecht hinein interpretiert wurde,¹⁰⁰ ist der heutige Schutzbereich deutlich auf gravierende sozialschädliche Verhaltensweisen beschränkt.¹⁰¹ Bis zur Reform des Sexualstrafrechts durch das Erste Strafrechtsreformgesetz vom 25.6.1969¹⁰² und durch das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23.11.1973¹⁰³ bildeten jedoch Moral und Strafrecht eine Einheit – Peinliches, Unanständiges oder Anstößiges wurde im Zweifel auch für strafwürdig erachtet.¹⁰⁴ Dabei verstand die höchstrichterliche Rechtsprechung die Sittlichkeitsdelikte als Instrumente zur Verteidigung einer bestimmten Sexualmoral.¹⁰⁵ Im Jahre 1969 zeichnete sich jedoch ein juristischer Epochenwechsel ab, auch bedingt durch das Fanny-Hill-Urteil des

⁹² Vgl. den Rechtsakt des Rates der Europäischen Union v. 30.11.2005 – Strategie zur Terrorismusbekämpfung, 14469/4/5 REV 4.

⁹³ So auch *Payandeh*, ZRP 2014, 241 (244).

⁹⁴ *Locke*, Two Treatises of Government, 1690; neu herausgegeben und übersetzt von *Euchner*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, 1977, S. 210.

⁹⁵ Vgl. oben II. 2.

⁹⁶ Abrufbar unter <http://kripoz.de/2017/01/03/entwurf-eines-gesetzes-zur-aenderung-des-strafgesetzbuches-ausweitung-des-massregelrechts-bei-extremistischen-strafataetern> (zuletzt abgerufen am 10.1.2017)

⁹⁷ Vgl. *Maunz/Dürig-Di Fabio*, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, 76. Ergänzungslieferung 2015, Art. 2 Rn. 200.

⁹⁸ *Frommel*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), Vor §§ 174 ff. Rn. 1.

⁹⁹ S. RGSt 8, 172; RGSt 71, 109; RGSt 73, 78.

¹⁰⁰ Vgl. *BGH*, NJW 1952, 477 (478): „§ 174 steht nun einmal im Abschnitt der Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit, durch die neben der Sittenordnung der Allgemeinheit in erster Linie das Individuum gegen geschlechtliche Angriffe geschützt werden soll“.

¹⁰¹ Vgl. den Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, hrsg. von Jürgen Baumann u.a., 1968, S. 5 ff.; s. ferner auch die Gemeinsame Schlussitzung des 47. Deutschen Juristentages, Bd. II, Sitzungsberichte, 1969, P 4.

¹⁰² „Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG)“ v. 25.6.1969, BGBl. 1969 I, S. 645.

¹⁰³ „Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG)“ v. 23.11.1973, BGBl. 1973 I, S. 1725.

¹⁰⁴ *Hanack*, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag (1968), S. 28 f.

¹⁰⁵ *Bockelmann*, in: FS Maurach, 1972, S. 396; vgl. kritisch zur überkommenen Rechtsprechung des BGH auch *Simson/Geerds*, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, 1969, S. 352 f.: „Vor allem [...] ist die Grundfrage zu klären, ob die Sittlichkeit und ihre Normen absolute und unveränderliche Werte bilden oder ob sie kulturgeschichtlichen Wandlungen, Entwicklungen und Umwertungen unterliegen und entsprechend zu relativieren sind.“

BGH.¹⁰⁶ Der BGH führte dabei aus: „Die Anschauungen darüber, was [...] gemeinschaftsschädlich wirkt und wo demnach die Toleranzgrenze gegenüber geschlechtsbezogenen Darstellungen zu ziehen ist, sind *zeitbedingt* und damit *dem Wandel unterworfen*.“¹⁰⁷ Das Strafgesetz hat *nicht* die Aufgabe, auf geschlechtlichem Gebiet einen *moralischen Standard* des erwachsenen Bürgers durchzusetzen, sondern es hat die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen zu schützen.“¹⁰⁸ Dieses Urteil hatte seinen Ursprung insbesondere in dem grundlegenden Wandel in der Einstellung der Öffentlichkeit zur Sexualität. Veränderte gesellschaftliche Toleranzspielräume und die Pluralität der Lebensformen führten zu divergierenden Moralvorstellungen, die die höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht mehr leugnen konnte.¹⁰⁹

In der Folgezeit ist der 13. Abschnitt des StGB mehrfach geändert worden. Die Abkehr vom Schutzgut der Erhaltung der Sittlichkeit drückte sich zunächst in einer neuen Überschrift dieses Abschnitts aus. Statt „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ heißt dieser nun „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“.¹¹⁰ So wird in Deutschland der Ehebruch als eine typische Bestrafung von „Unzucht“ seit dem Ersten Strafrechtsreformgesetz 1969 nicht mehr strafrechtlich sanktioniert.¹¹¹ Auch wurde der Tatbestand der „Kuppelei“, § 180 StGB a.F., also die Ermöglichung des außerehelichen Geschlechtsverkehrs, entschärft und schließlich im Jahre 1973 auf minderjährige Opfer beschränkt.¹¹² Bereits genannt wurde die Abschaffung des Tatbestandes der „Unzucht zwischen Männern“, § 175 StGB a.F., im Jahre 1973.¹¹³ Hierdurch wurde die generelle Strafbarkeit homosexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen aufgehoben.¹¹⁴ Waren bisher auch einvernehmliche gleichgeschlechtliche Handlungen zwischen erwachsenen Männern strafbewehrt, wurde die Strafbarkeit der männlichen Homosexualität fortan beschränkt auf Handlungen zwischen Erwachsenen und Minderjährigen, bis auch dieser Tatbestand im Jahre 1994 endgültig gestrichen wurde.¹¹⁵

Nach den Entkriminalisierungen des Vierten Strafrechtsreformgesetzes 1973 bewegte sich die Entwicklung im Sexualstrafrecht Ende der 1980er Jahre wieder in die entgegengesetzte Richtung. Es begann die Phase der Neukriminalisierung und der Verschärfung des Sexualstrafrechts.¹¹⁶ Mit dem 26. Strafrechtsänderungsgesetz vom

14.7.1992¹¹⁷ wurden die Vorschriften zur Förderung der Prostitution und des Menschenhandels erweitert. Es erfolgte ein verbesserter Schutz ausländischer Frauen und Mädchen vor sexueller Ausbeutung durch international und arbeitsteilig agierende Täter.¹¹⁸

Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz vom 23.7.1993¹¹⁹ verschärfte die Strafdrohung für die Herstellung und Verbreitung kinderpornographischer Darstellungen und stellte es unter Strafe, sich den Besitz an solchen Materialien zu verschaffen. Zudem gilt der Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern (§ 176 StGB) nunmehr auch für die Taten Deutscher im Ausland (sog. Sextourismus), auch wenn die Tat dort nicht mit Strafe bedroht ist, vgl. § 5 Nr. 8 StGB. In den folgenden Jahren wurde in § 182 StGB der einheitliche Schutz von Minderjährigen unter 16 Jahren festgesetzt (29. Strafrechtsänderungsgesetz vom 31.5.1994¹²⁰) und das Ruhen der Verjährung bei Kindesmissbrauch bis zum 18. Lebensalter des Opfers angeordnet, um innerhalb der Familie begangene Sexualdelikte strafrechtlich besser erfassen zu können (30. Strafrechtsänderungsgesetz vom 23.6.1994¹²¹).

Mit dem Ziel, einen möglichst umfassenden Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu erreichen,¹²² wurden mit dem 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1.7.1997¹²³ die alten Tatbestände der §§ 177, 178 StGB zu einem einheitlichen Tatbestand „§ 177 StGB – Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung“ zusammengefasst. Die geschlechtsneutrale Formulierung erfasst nunmehr auch Männer als Opfer. Außerdem findet sich das Wort „außerehelich“ nicht mehr im Tatbestand. Verheiratete Personen sind daher vor sexuellen Übergriffen ihrer Ehepartner gleichermaßen strafrechtlich geschützt wie vor sexualbezogenen Nötigungen Dritter. Ferner wurde die Vergewaltigung auf andere Formen des Eindringens in den Körper und erniedrigende Sexualpraktiken erweitert.¹²⁴ Schließlich trat neben die bisherige Tatmittel (Gewalt, Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben) auch die Ausnutzung „einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist“. Hiermit sollten Strafbarkeitslücken in denjenigen Fällen geschlossen werden, in denen das Opfer die sexuelle Handlung vor Angst oder Schrecken über sich ergehen lässt.¹²⁵

Auch das Sechste Strafrechtsreformgesetz vom

¹⁰⁶ BGHSt 23, 40.

¹⁰⁷ BGHSt 23, 40 (42).

¹⁰⁸ BGHSt 23, 40 (43).

¹⁰⁹ Vgl. BGHSt 23, 40 (43); hierzu auch Mayer, in: FS Heinitz, 1972, S. 131 ff.

¹¹⁰ BT-Drs. VII/514, S. 5.

¹¹¹ Abgeschafft durch das „Erste Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StrRG)“ v. 25.6.1969, BGBl. 1969 I, S. 645.

¹¹² Durch das „Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG)“ v. 23.11.1973, BGBl. 1973 I, S. 1725.

¹¹³ Durch das „Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG)“ v. 23.11.1973, BGBl. 1973 I, S. 1725; der Tatbestand des § 175 StGB a.F. bestrafte die „widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts [...] begangen wird“.

¹¹⁴ RGBl. 1871, S. 161.

¹¹⁵ Durch das Neunundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 175, 182 (29. StrÄndG) v. 31.5.1994, BGBl. 1994 I, S. 1168.

¹¹⁶ Vgl. hierzu Schroeder, JZ 1999, 827 (833); kritisch auch Dessecker, NSZ 1998, 1 (6).

¹¹⁷ „Sechszwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz – Menschenhandel – (26. StrÄndG)“ v. 14.7.1992, BGBl. 1992 I, S. 1255.

¹¹⁸ Vgl. Schroeder, JZ 1995, 231.

¹¹⁹ „Siebenundzwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie (27. StrÄndG)“ v. 23.7.1993, BGBl. 1993 I, S. 1246.

¹²⁰ „Neunundzwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 175, 182 StGB (29. StrÄndG)“ vom 31.5.1994, BGBl. 1994 I, S. 1168; vgl. hierzu auch Kusch/Mössle, NJW 1994, 1504.

¹²¹ „Dreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz – Verjährung von Sexualstraftaten an Kindern und Jugendlichen (30. StrÄndG)“ v. 23.6.1994, BGBl. 1994 I, S. 1310.

¹²² BT-Drs. 13/7324, S. 5 f.

¹²³ „Dreiunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 177 bis 179 (33. StrÄndG)“ v. 1.7.1997, BGBl. 1997 I, S. 1607; vgl. auch Lenckner, NJW 1997, 2801; Otto, JURA 1998, 10.

¹²⁴ BT-Drs. 13/7324, S. 5.

¹²⁵ BT-Drs. 13/7324, S. 6.

26.1.1998¹²⁶ brachte einige Veränderungen mit sich. Sein Hauptanliegen war die Harmonisierung der Strafrahmen im gesamten StGB. Dem höchstpersönlichen Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung sollte ferner gegenüber den materiellen Rechtsgütern ein größeres Gewicht verliehen werden.¹²⁷ Zudem war es ein weiteres Anliegen des Gesetzgebers, den Schutz der Kinder vor sexuellem Missbrauch zu verbessern. Dies erfolgte durch eine differenzierte Strafschärfung in den neuen §§ 176 (Sexueller Missbrauch von Kindern), 176a (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern) und 176b (Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge) StGB.¹²⁸ Daneben betrafen die gesetzlichen Änderungen vor allem den Schutz psychisch kranker und geistig behinderter Menschen. Mit dem neu eingefügten § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses) wurde eine bis dahin bestehende Strafbarkeitslücke geschlossen.¹²⁹

Das Prostitutionsgesetz vom 20.12.2001¹³⁰ wollte die Diskriminierung von Prostituierten beseitigen und ihre rechtliche und soziale Situation verbessern. Neben den neuen zivilrechtlichen Vorschriften, die sich gegen die Beurteilung entgeltlicher sexueller Dienstleistungen als sittenwidrig nach § 138 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) richteten, wurden auch Strafvorschriften aufgehoben und geändert. So wurden u.a. § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) und § 181a StGB (Zuhälterei) dahingehend geändert, dass das Schaffen von günstigen Arbeitsbedingungen nicht mehr strafbar ist, solange keine Ausbeutung von Prostituierten stattfindet.¹³¹

Erwähnenswert ist ferner auch die Umsetzung völker- und europarechtlicher Vorgaben zum Menschenhandel¹³² durch das 37. Strafrechtsänderungsgesetz.¹³³ Mit der Streichung der früheren Vorschriften zum Menschenhandel in §§ 180b, 181 StGB a.F. und der Umgestaltung und Erweiterung der §§ 232 ff. StGB wurde ein differenziertes Regelungssystem geschaffen, das zum Ziel hatte, den Menschenhandel in allen seinen Erscheinungsformen zu erfassen (vgl. nur den neuen § 232 StGB: „Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung“).¹³⁴

In der aktuellen politischen Diskussion hatte den deutschen Gesetzgeber im Jahr 2016 vor allem das Prinzip

„Nein heißt Nein“ beschäftigt, d.h. die Frage, ob es für eine Strafbarkeit ausreichen soll, wenn der Täter an einer anderen Person gegen deren erkennbaren Willen sexuelle Handlungen vornimmt, ohne dass aber Gewalt angewendet oder eine schutzlose Situation ausgenutzt wird. Eine entsprechende Vorgabe wurde vielfach aus Art. 36 der am 1.8.2014 in Kraft getretenen Istanbul-Konvention gefolgt.¹³⁵ Der langjährige Kampf von Frauen um den Schutz ihrer sexuellen Selbstbestimmung hat die Diskussion zusätzlich verschärft. Nach dem bisherigen Recht waren sexuelle Handlungen, die gegen den Willen einer Person an ihr vorgenommen werden, nach § 177 Abs. 1 StGB nur dann strafbar, wenn dieser Handlung eine Gewaltanwendung (Nr. 1), eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (Nr. 2) oder die Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist (Nr. 3), vorausgeht. Inzwischen wurden §§ 177, 179 StGB neu gefasst.¹³⁶ Grund hierfür war die Erkenntnis von Lücken im geltenden Strafrecht und das gesellschaftliche Bedürfnis, sexuelle Handlungen gegen den Willen einer Person grundsätzlich unter Strafe zu stellen. Nunmehr wird jede Form der nicht einvernehmlichen sexuellen Handlung strafrechtlich sanktioniert. Es reicht aus, wenn sich der Täter über den „erkennbaren Willen“ des Opfers hinweggesetzt hat. Dieser „erkennbare Wille“ muss laut der Gesetzesbegründung entweder ausdrücklich verbal oder konkludent, z.B. durch Weinen oder irgendwelche Abwehrhandlungen, ausgedrückt werden.¹³⁷ Darüber hinaus sollen mit einem neuen Tatbestand auch Personen geschützt werden, die von einer sexuellen Handlung durch den Täter überrumpelt werden und daher noch keinen entgegenstehenden Willen bilden konnten („Überschuldungsangriff“).¹³⁸

Die gesetzliche Änderung¹³⁹ ist gesellschaftlich auf große Zustimmung gestoßen. Einige Rechtswissenschaftler monieren jedoch zu Recht die durch die Neuregelung produzierten Beweisschwierigkeiten.¹⁴⁰ Es ist zwar davon auszugehen, dass die Zahl der Strafanzeigen in der Folge zunimmt. Das heißt jedoch nicht, dass es auch zu mehr Verurteilungen kommen wird. Denn einfacher wird ein Strafverfahren durch die neuen gesetzlichen Regelungen keineswegs. Auch künftig wird häufig Aussage gegen Aussage stehen und der Beweis unverändert schwer zu führen

¹²⁶ „Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG)“ v. 26.1.1998, BGBl. 1998 I, S. 164.

¹²⁷ Vgl. BT-Drs. 13/8587, S. 32; BT-Drs. 13/9064, S. 12.

¹²⁸ Vgl. das „Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG)“ BGBl. 1998 I, S. 164 (172 f.); *Bussmann*, StV 1999, 613; *Kreß*, NJW 1998, 633.

¹²⁹ Vgl. BT-Drs. 13/8991, S. 13; BT-Drs. 13/9064, S. 10; *Kreß*, NJW 1998, 633 (638).

¹³⁰ „Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProStG)“ v. 20.12.2001, BGBl. 2001 I, S. 3983.

¹³¹ Vgl. *Heger*, StV 2003, 350; *Schroeder*, JR 2002, 408.

¹³² Siehe den Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union v. 19.7.2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels, ABl. EG L 203 v. 1.8.2002; ferner das Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität der Generalversammlung vom 15. November 2000, UN Doc. A/RES/55/25 S. 63; abgedruckt in BGBl. 2005 III v. 29.12.2005, Nr. 220; BT-Drs. 15/5150, S. 46.

¹³³ „Siebenunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 180b, 181 StGB (37. StrÄndG)“ v. 11.2.2005, BGBl. 2005 I, S. 239; vgl. hierzu die Materialien in BT-Drs. 15/3045.

¹³⁴ Vgl. BT-Drs. 15/3045, S. 6; ferner *Renzikowski*, JZ 2005, 879; *Schroeder*, NJW 2005, 1393.

¹³⁵ Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt v. 11.5.2011, in Kraft getreten am 1.8.2014, SEV 210.

¹³⁶ Fünzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung v. 4.11.2016, BGBl. 2016 I, S. 2460; vgl. die Materialien BT-Drs. 18/5384; BT-Drs. 15/7719; BT-Drs. 18/8210; BT-Drs. 18/8626; BT-Drs. 18/9097.

¹³⁷ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 18/8210, S. 17; Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 18/8626.

¹³⁸ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 18/8210, S. 14.

¹³⁹ Vgl. hierzu auch *Hörnle*, KriPoZ 2016, 19; *Papathanasiou*, KriPoZ 2016, 133.

¹⁴⁰ *Herrning/Illgner*, ZRP 2016, 77 (80).

sein. Ungeachtet dessen hat das reformierte Sexualstrafrecht mit seiner erheblichen Stärkung der Opferrechte eine wichtige Signalwirkung gesetzt und ist deswegen zu begrüßen.

3. Korruptionsstrafrecht

Das Korruptionsstrafrecht war in den vergangenen Jahren – nicht zuletzt bedingt durch internationale Harmonisierungs- und Erweiterungsbestrebungen – stark im Fokus der gesetzgeberischen Bemühungen. Den Kernbereich der Strafvorschriften gegen die Korruption im öffentlichen Bereich bilden in Deutschland die §§ 331-338 StGB. Strafvorschriften gegen die Korruption im geschäftlichen Bereich finden sich in den §§ 299-302 StGB. Eine Strafvorschrift, welche die Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (d.h. den Abgeordneten der Parlamente) strafrechtlich ahndet, befindet sich in § 108e StGB.

Nachdem die Vorschriften im deutschen Strafgesetzbuch zu den Korruptionsdelikten (§§ 331 ff. StGB) über 100 Jahre nahezu unverändert blieben, erhielten sie im Jahre 1974 durch das „Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch“¹⁴¹ – insbesondere durch die Integration der „Bestechungsverordnung“ ins StGB – ihre bis heute geltende Grundstruktur. Aus systematischer Sicht bestehen die Bestechungsdelikte aus vier Tatbeständen, die in zweifacher Hinsicht spiegelbildlich angeordnet sind.¹⁴² Einerseits wird zwischen dem Nehmenden (§§ 331 f. StGB) und dem Gebenden (§§ 333 f. StGB) unterschieden. Andererseits erfolgt innerhalb dieser Trennung die Abgrenzung, ob der Vorteil sich auf ein rechtmäßiges (dann §§ 331, 333 StGB) oder ein rechtswidriges (dann §§ 332, 334 StGB) Handeln des Amtsträgers bezieht.¹⁴³

Entscheidende Änderungen der §§ 331 ff. StGB erfolgten im Jahre 1997 durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz.¹⁴⁴ Hierdurch wurde die Reichweite der Korruptionsdelikte vergrößert und die Strafandrohungen deutlich verschärft.¹⁴⁵ Seither genügt es nach §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB, dass der bezweckte Vorteil lediglich pauschal „für die Dienstausbübung“ geleistet wird, während früher ein konkreter Bezug zu einer ganz bestimmten Diensthandlung nachgewiesen werden musste (dies gilt heute nur noch für die Straftatbestände der Bestechlichkeit und der Bestechung, §§ 332, 334 StGB; hier muss

festgestellt werden, dass sich der Vorteil auf eine ganz konkrete rechtswidrige Diensthandlung bezieht). Dadurch wurden die Anforderungen an eine Vorteilsannahme bzw. Vorteilsgewährung (§§ 331, 333 StGB) merklich abgesenkt.¹⁴⁶ Auch genügt es seit dieser Reform, dass der „Vorteil“ nach den §§ 331 ff. StGB auch zugunsten eines Dritten vereinbart werden kann.¹⁴⁷ Eine Erweiterung fand auch dahingehend statt, dass § 333 StGB zu § 331 StGB spiegelbildlich ausgestaltet wurde, womit nun auch eine Vorteilsgewährung für eine bereits in der Vergangenheit erfolgte Dienstausbübung erfasst wird.¹⁴⁸

In der Folgezeit erhielten die §§ 331 ff. StGB durch die Umsetzung internationaler Vereinbarungen eine erhebliche Ausweitung der Strafbarkeit. Mit dem „EU-Bestechungsgesetz (EUBestG)“¹⁴⁹ wurden zwei Rechtsakte¹⁵⁰ der Europäischen Union in nationales Recht transformiert. Zeitgleich erfolgte die Umsetzung eines OECD-Übereinkommens¹⁵¹ durch das „Internationale Bestechungsgesetz (IntBestG)“.¹⁵² Beide Gesetze bewirken bei den Taten der Bestechung und der Bestechlichkeit, §§ 332, 334 StGB, eine weitgehende Gleichstellung von Amtsträgern internationaler Organisationen – wie z.B. der Europäischen Union – und ausländischen Amtsträgern mit deutschen Amtsträgern.¹⁵³ Hintergrund ist, dass über § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB an sich nur „Amtsträger nach deutschem Recht“ von §§ 331 ff. StGB erfasst wurden und man daher eine Gleichstellungsregelung brauchte, um auch ausländische Amtsträger erfassen zu können. Darüber hinaus enthielten beide Gesetze eigene strafanwendungsrechtliche Regelungen, die zu einer erheblichen Ausweitung des deutschen Strafrechts in territorialer und persönlicher Hinsicht führten.¹⁵⁴

Es dauerte daraufhin weitere 18 Jahre, bis der Gesetzgeber die Regelungen des EUBestG und des IntBestG durch ein weiteres umfassendes Änderungsgesetz ins StGB überführte (in § 335a StGB).¹⁵⁵ Dadurch stellte er insbesondere im internationalen Umfeld tätige deutsche Unternehmen vor neue Herausforderungen und setzt sie einem weitgehenden Strafbarkeitsrisiko aus.¹⁵⁶ Durch den neuen § 335a StGB erfolgte eine nach Straftatbeständen differenzierende Gleichstellung deutscher und ausländischer

¹⁴¹ „Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch“ v. 2.3.1974, BGBl. 1974 I, S. 469.

¹⁴² Vgl. hierzu *Geppert*, JURA 1981, 42 (45); *Sowada*, in: LK-StGB 12. Aufl. (2006), Vor §§ 331 Rn. 20.

¹⁴³ Vgl. wiederum *Geppert*, JURA 1981, 42 (45); *Sowada*, in: LK-StGB (oben Fn. 142), Vor §§ 331 Rn. 20.

¹⁴⁴ „Gesetz zur Bekämpfung der Korruption“ v. 13.8.1997, BGBl. 1997 I, S. 2038.

¹⁴⁵ *Stein/Rudolphi*, in: SK-StGB, 148. Aktualisierungslieferung Stand 12/2014, Vor § 331 Rn. 2.

¹⁴⁶ *Kuhlen*, in: NK-StGB (oben Fn. 98), § 331 Rn. 4.

¹⁴⁷ *Kuhlen*, in: NK-StGB (oben Fn. 98), § 331 Rn. 4.

¹⁴⁸ *Sowada*, in: LK-StGB (oben Fn. 142), Vor § 331 Rn. 23; *Kuhlen*, in: NK-StGB (oben Fn. 98), § 331 Rn. 4.

¹⁴⁹ „Gesetz zum Protokoll v. 27.9.1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EU-Bestechungsgesetz – EUBestG)“ v. 10.9.1998, BGBl. 1998 II, S. 2340.

¹⁵⁰ Protokoll v. 27.9.1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG, ABl. EG C 313/1 v. 23.10.1996, und das Übereinkommen v. 26.5.1997 über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der EG oder der Mitgliedstaaten der EU beteiligt sind, ABl. EG C 195/1 v. 25.6.1997.

¹⁵¹ Übereinkommen v. 17.12.1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Rechtsverkehr, abgedruckt in BGBl. 1998 II, S. 2329.

¹⁵² „Gesetz zum dem Übereinkommen v. 17.12.1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung – IntBestG)“ v. 10.9.1998, BGBl. 1998 II, S. 2327.

¹⁵³ *Walter*, JURA 2010, 511 (519).

¹⁵⁴ *A.a.O.*

¹⁵⁵ Durch das „Gesetz zur Bekämpfung der Korruption“ v. 20.11.2015, BGBl. 2015 I, S. 2025; vgl. hierzu die Materialien BT-Drs. 18/4350; BT-Drs. 18/6389.

¹⁵⁶ Vgl. hierzu: *Dann*, NJW 2016, 203; *Isfen*, JZ 2015, 228.

Richter, Amtsträger, Soldaten und sonstigen Bediensteten.¹⁵⁷ In der Konsequenz ist nicht mehr von ausländischen „Amtsträgern“, sondern nur noch von „Bediensteten“ die Rede. Auch hat der Gesetzgeber Unterschiede beseitigt, welche bei der Anwendung des EUBestG im Vergleich zum IntBestG bestanden. Während das EUBestG nämlich eine „doppelte Prüfung“ der Amtsträgereigenschaft erforderlich machte (der Täter musste sowohl nach den Grundsätzen des deutschen als auch nach den Grundsätzen des ausländischen Rechts als Amtsträger anzusehen sein), verzichtete das IntBestG auf diese doppelte Prüfung. Nach der nun geltenden Rechtslage ist diese doppelte Prüfung der Amtsträgereigenschaft bzw. der Eigenschaft als „Bediensteter“ nun nicht mehr erforderlich.¹⁵⁸

Gegenstand des „Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption“ vom 26.11.2015 war ebenfalls eine partielle Neuregelung des Tatbestandes der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, § 299 StGB. § 299 StGB a.F. schützte in erster Linie den Wettbewerb und nur nachrangig das Vermögen des Geschäftsherrn. Da mit dem „Wettbewerb“ ein kollektives Rechtsgut geschützt wurde, konnte von keinem der Beteiligten (also auch nicht vom jeweiligen Geschäftsherrn) strafbefreiend in eine Tatbegehung eingewilligt werden.¹⁵⁹ Dies wurde nunmehr mit der Aufnahme des sogenannten „Geschäftsherrenmodells“ in § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB geändert, welcher explizit die Restriktion „ohne Einwilligung des Unternehmers“ enthält. Aus redaktioneller Sicht erfolgte eine Änderung des Begriffs des „geschäftlichen Betriebs“ in den Begriff des „Unternehmens“. Daneben wurde der Begriff „gewerbliche Leistungen“ durch den Begriff der „Dienstleistungen“ ersetzt. Mit der letzteren Änderung sollte ein schon in die Jahre gekommener Meinungsstreit entschieden werden, wonach auch Leistungen freier Berufe von der Strafvorschrift erfasst sein sollen.¹⁶⁰

Schließlich wurden vor wenigen Monaten auch Spezialvorschriften für die Korruption im Gesundheitswesen geschaffen. Da der *Große Senat* des BGH in einer bahnbrechenden Entscheidung aus dem Jahre 2012 entschieden hatte, dass Ärzte weder als Amtsträger i.S. der §§ 331 ff. StGB noch als „Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes“ i.S. des § 299 StGB anzusehen sind,¹⁶¹ war der Gesetzgeber gefordert, die zunehmende Korruption im Gesundheitswesen durch eigenständige Strafvorschriften zu ahnden. Am 29.7.2015 beschloss die Bundesregierung einen Entwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen,¹⁶² welcher am 30.5.2016 vom Parlament verabschiedet wurde.¹⁶³ Nunmehr erfasst § 299a StGB die Bestechlichkeit und § 299b StGB die Bestechung im Gesundheitswesen umfänglich.

Als letzter zentraler Gesetzgebungsakt der vergangenen Jahre ist schließlich noch auf die Erweiterung des Straftatbestandes der „Abgeordnetenbestechung“ bzw. – so die amtliche Überschrift des § 108e StGB – die „Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern“ einzugehen.¹⁶⁴ Nach bisherigem Recht wurden zwar die Vertreter der Exekutive (Amtsträger) und der Judikative (Richter) durch die §§ 331 ff. StGB einer immer strenger werdenden Bestrafung unterworfen, für die Vertreter der Legislative (Abgeordnete bzw. „Mandatsträger“) galt mit § 108e StGB a.F. hingegen eine in der Praxis völlig untaugliche Regelung, durch welche die Abgeordneten von der Korruptionsstrafbarkeit weitgehend freigestellt wurden. Dies war in der kriminalpolitischen Diskussion der Bevölkerung gegenüber kaum noch vermittelbar. Auch forderten internationale Abkommen, wie etwa Art. 5, 9 und 11 des Strafrechtsübereinkommens des Europarates gegen Korruption vom 27.1.1999¹⁶⁵ oder Art. 16 Abs. 2 des UN-Übereinkommens gegen Korruption¹⁶⁶, auch die Bestechung von Mandatsträgern der nationalen Parlamente unter Strafe zu stellen. Der Deutsche Bundestag hatte diesbezüglich jedoch lange Zeit erhebliche Bedenken,¹⁶⁷ nahm dann aber im Jahre 2014 mit nur drei Gegenstimmen eine Änderung des § 108e StGB vor.¹⁶⁸ Inhaltlich geht das Gesetz von dem Grundgedanken aus, dass verfassungsrechtlich eine Ungleichbehandlung von Amtsträgern und Mandatsträgern erforderlich ist. Eine Strafbarkeit von Mandatsträgern soll nur dann vorliegen, wenn eine Beeinflussung im Zusammenhang der Tätigkeit als Mandatsträger erfolgt. Tätigkeiten außerhalb der parlamentarischen Gremienarbeit sollen hiervon nicht erfasst sein, es sei denn, sie wären wiederum „Ausfluss des Mandates“.¹⁶⁹ Inhaltlich liegen die Begriffe des § 108e StGB zwar nahe an den Tatbestandsmerkmalen der Bestechungsdelikte nach §§ 331 ff. StGB. Durch die bewusste Wahl eigenständiger Begriffe wie „ungerechtfertigter Vorteil“ sowie „als Gegenleistung für“ wird eine eigenständige Auslegung jedoch gewährleistet.¹⁷⁰ Es steht allerdings zu befürchten, dass durch die genannten Einschränkungen sich der Tatbestand in der Praxis als weitgehend untauglich erweisen wird. Daher wurde er auch oben¹⁷¹ als Beispiel typischer „symbolischer Gesetzgebung“ eingestuft.

Wie zuvor aufgezeigt, dienten die genannten Gesetzgebungsvorhaben des Bundestages in den vergangenen Jahren primär der Umsetzung internationaler Harmonisierungs- und Erweiterungsbestrebungen. Diese führten regelmäßig zu einer Ausweitung und Verschärfung des deutschen Strafrechts, was gerade im Bereich der Bekämpfung der Korruption deutlich sichtbar wird. Gerade

¹⁵⁷ Hierzu besonders *Dann*, NJW 2016, 203.

¹⁵⁸ *Dann*, NJW 2016, 203 (204); *Isfen*, JZ 2015, 228 (229).

¹⁵⁹ *Heuking/von Coelln*, BB 2016, 323.

¹⁶⁰ *Heuking/von Coelln*, BB 2016, 323 (324).

¹⁶¹ BGHSt 57, 202; vgl. hierzu *Braun*, MedR 2013, 277; *Corsten*, BB 2012, 2059; *Hecker*, JuS 2012, 852; *Hohmann*, wistra 2012, 388; *Ihwas/Lorenz*, ZJS 2012, 712; *Kölbel*, StV 2012, 592; *Kosak*, ZIS 2013, 226; *Kraatz*, NZWiSt 2012, 273; *Krüger*, StraFo 2012, 308; *Leimenstoll*, wistra 2013, 121; *Meseke*, KrV 2012, 211; *Schröder*, NZWiSt 2015, 321; *Wengenroth/Meyer*, JA 2012, 646.

¹⁶² BT-Drs. 18/6446.

¹⁶³ „Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ v.

30.5.2016, BGBl. 2016 I, S. 1254; hierzu *Dann*, KriPoZ 2016, 169.

¹⁶⁴ Vertiefend hierzu *Heinrich*, ZIS 2016, S. 382.

¹⁶⁵ European Treaty Series (ETS) Nummer 173.

¹⁶⁶ Vgl. die am 14.12.2005 in Kraft getretene „United Nations Convention against Corruption“ (UNCAC), Doc. A/58/422.

¹⁶⁷ Vgl. hierzu ausführlich *Heinrich*, ZIS 2016, 382.

¹⁶⁸ Durch Art. 1 Nr. 4 des 48. Strafrechtsänderungsgesetzes v. 23.4.2014, BGBl. 2014 I, S. 410; vgl. hierzu auch die Materialien BT-Drs. 18/476; BT-Drs. 18/607; BR-Drs. 64/14.

¹⁶⁹ *Fritz*, NJW-Spezial 2014, 184.

¹⁷⁰ A.a.O.

¹⁷¹ Vgl. oben II. 5.

in Zeiten schwindenden Vertrauens in die nationale Staatlichkeit und in die Europäische Union werden dabei Fragen um die „Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und [das] Vertrauen der Öffentlichkeit in diese Lauterkeit“¹⁷² auch in Zukunft nicht an Bedeutung verlieren, möchten die verantwortlichen Gesetzgebungsorgane nicht das Vertrauen ihrer Wähler weiter verlieren.

4. Medizinstrafrecht/Sterbehilfe

Im deutschen Recht gilt allgemein der Grundsatz, dass eine Selbsttötung nicht strafbar ist, da die §§ 211 ff. StGB tatbestandlich die Tötung eines anderen Menschen voraussetzen. In der Konsequenz ergibt sich hieraus, dass auch die reine Teilnahme (Anstiftung oder Beihilfe) an einer Selbsttötung oder an einem Selbsttötungsversuch straffrei ist, da es an einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Haupttat nach §§ 11 Abs. 1 Nr. 5, 26, 27 StGB fehlt. Einschränkendes Korrektiv ist hierbei, dass die Entscheidung des Sterbewilligen im Zeitpunkt seiner Suizidhandlung freiverantwortlich war.¹⁷³ Diese Rechtslage hat sich nun durch eine sehr umstrittene Gesetzesänderung im Jahre 2015 in Teilen geändert.¹⁷⁴ Mit § 217 StGB wurde nach langer Diskussion ein Sondertatbestand der „geschäftsmäßig“ geleisteten Suizidbeihilfe ins Strafgesetzbuch eingeführt.¹⁷⁵ Die Verfassungsmäßigkeit des neuen Gesetzes ist allerdings umstritten, es wurden bereits mehrere Verfassungsbeschwerden dagegen beim *BVerfG* anhängig gemacht.¹⁷⁶

Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, mit dem „Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“¹⁷⁷ den ethisch sehr aufgeladenen Problembereich von Suizid und Sterbehilfe in Teilen neu zu regeln. In diesem Zusammenhang ist es interessant, dass bei der Abstimmung im Bundestag die Abgeordneten von der sogenannten „Fraktionsdisziplin“ befreit waren, da diese Fragestellung fraktionsübergreifend als Gewissensfrage verstanden wurde.¹⁷⁸ Der Gesetzgeber wollte angesichts der hochrangigen Rechtsgüter der „Selbstbestimmung“ und des „Grundrechts auf Leben“ durch das Strafrecht verhindern, dass sich die Beihilfe beim Sterben zu einem „normalen Dienstleistungsangebot der gesundheitlichen Versorgung“ entwickelt.¹⁷⁹ Es bestand die Sorge, dass sich private Personen oder Vereine etablieren könnten, welche die Beihilfe zum Suizid regelmäßig anbieten, etwa durch die „Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung eines tödlichen Medikaments“¹⁸⁰. Es galt hierdurch der

Gefahr entgegenzuwirken, dass sich eine „Normalisierung“ oder ein „Gewöhnungseffekt“ in der Gesellschaft einschleicht, wodurch sich ältere und/oder kranke Menschen dazu gedrängt fühlen könnten, von einem solchen Angebot Gebrauch zu machen, um nicht vermeintlich der Gesellschaft oder ihren Angehörigen zur Last zu fallen.¹⁸¹

Die bereits 2009 eingeleitete Diskussion führte in der vorherigen Legislaturperiode zu keiner Einigung, sodass mit dem Ende der Legislaturperiode das Gesetzgebungsvorhaben scheiterte. Ein von der Bundesregierung 2012 vorgelegter Referentenentwurf wollte dann die „gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung“ unter Strafe stellen. Dieses Merkmal wurde im jetzt verabschiedeten Entwurf in „geschäftsmäßig“ geändert. Geschäftsmäßig handelt, wessen Tun auf Wiederholung angelegt ist.¹⁸² Wesentlicher Unterschied zu dem Merkmal „gewerbsmäßig“ ist, dass die Tätigkeit nicht auf die fortlaufende Erzielung eines nicht nur unerheblichen Gewinns gerichtet sein muss.¹⁸³ Es ist vielmehr ausreichend, wenn jemand die Wiederholung gleichartiger Taten zum Gegenstand seiner Beschäftigung machen will. Damit werden auch Sterbehilfevereinigungen erfasst, die nicht gewinnorientiert arbeiten. Grundsätzlich reicht für die Geschäftsmäßigkeit ein einmaliges Angebot nicht aus.¹⁸⁴ Anders verhält es sich aber, wenn das erstmalige Angebot den Beginn einer auf Fortsetzung angelegten Tätigkeit darstellt. Geschäftsmäßig im Sinne der Vorschrift handelt daher, wer die Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung der Gelegenheit zur Selbsttötung zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil seiner Tätigkeit macht, unabhängig von einer Gewinnerzielungsabsicht und unabhängig von einem Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen oder beruflichen Tätigkeit.¹⁸⁵

Aus strafrechtsdogmatischer Sicht handelt es sich bei der Neuregelung des § 217 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.¹⁸⁶ Bei der Neuregelung kann die strafwürdige Tathandlung weit im Vorfeld der hypothetischen Selbsttötung liegen.¹⁸⁷ Wohl aus diesem Grund hat der Gesetzgeber auch auf eine Versuchsstrafbarkeit verzichtet.¹⁸⁸ Ein Strafausschlussgrund befindet sich in § 217 Abs. 2 StGB, wonach „Angehörige“ i.S. des § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder sonst „nahestehende Personen“ von einer Strafbarkeit ausgenommen sind, sofern ihnen selbst kein geschäftsmäßiges Handeln vorgeworfen werden kann.

¹⁷² BT-Drs. 18/4350, S. 24.

¹⁷³ Vgl. hierzu *Fischer* (oben Fn. 22), Vor §§ 211-216 Rn. 19 f.

¹⁷⁴ Durch das „Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Sterbehilfe“ v. 3.12.2015, BGBl. 2015 I, S. 2177; vgl. hierzu die Materialien BT-Drs. 17/11126; BT-Drs. 18/5373.

¹⁷⁵ Vgl. hierzu auch *Brade*, JURA 2016, 923; *Hillenkamp*, KriPoZ 2016, 3.

¹⁷⁶ Allerdings hat das *BVerfG* den Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung gegen das neue Gesetz am 21.12.2015 durch Beschluss zurückgewiesen; vgl. *BVerfG*, NJW 2015, 558.

¹⁷⁷ BGBl. 2015 I, S. 2177; Stellungnahmen zu diesem Gesetz finden sich bei *Duttge*, NJW 2016, 120; *Gaede*, JuS 2016, 385; *Roxin*, NSStZ 2016, 185; *Schliemann*, ZRP 2013, 51.

¹⁷⁸ *Gaede*, JuS 2016, 385 (386).

¹⁷⁹ BT-Drs. 18/5373, S. 2 f.

¹⁸⁰ BT-Drs. 18/5373, S. 2.

¹⁸¹ A.a.O.

¹⁸² BT-Drs. 18/5373, S. 16; zu den hierdurch entstehenden Auslegungsproblemen des Begriffs „geschäftsmäßig“ vgl. *Duttge*, NJW 2016, S. 120 (122); *Gaede*, JuS 2016, S. 385 (389).

¹⁸³ BT-Drs. 18/5373, S. 16.

¹⁸⁴ BT-Drs. 18/5373, S. 17.

¹⁸⁵ A.a.O.

¹⁸⁶ BT-Drs. 18/5373, S. 2; *Gaede*, JuS 2016, 385; vgl. zur Tendenz der Schaffung immer neuer abstrakter Gefährungsdelikte bereits oben II. 3.

¹⁸⁷ Vgl. zur Tendenz der Vorverlagerung der Strafbarkeit bereits oben II. 2.

¹⁸⁸ *Duttge*, NJW 2016, 120 (121).

5. Sonstige aktuelle Entwicklungen

Mit den genannten Bereichen erschöpft sich jedoch die Tätigkeit des Gesetzgebers im strafrechtlichen Bereich noch nicht. Zielrichtung umfangreicher (auch geplanter Änderungen) ist insbesondere die „Bekämpfung“ der organisierten Kriminalität. Hier ist die Tendenz zu beobachten, dass in den letzten Jahren eine Vielzahl „klassischer Tatbestände“ mit Qualifikationen versehen wurde, die insbesondere das gewerbmäßige und das Handeln als Mitglied einer Bande unter einer erhöhten Strafanandrohung stellen. Erst jüngst wurde u.a. ein Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und für Verbraucherschutz für einen „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität“¹⁸⁹ vorgelegt, wonach insbesondere der Begriff der „Vereinigung“ in § 129 StGB modifiziert werden soll.

Seit Jahrzehnten herrscht weiter Einigkeit in Deutschland, dass die Tötungsdelikte dringend reformbedürftig sind. Inzwischen liegt – neben einem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums¹⁹⁰ – ein mehr als 900 Seiten umfassender Abschlussbericht einer 2014 durch die Bundesregierung berufenen Expertengruppe vor, die sich mit genau dieser Reform beschäftigen sollte.¹⁹¹ Klare Ergebnisse indes wurden auch mithilfe dieser jüngsten Kommission kaum erzielt.

Dagegen hat die kriminalpolitische Entwicklung der Strafbarkeit des Dopings mit dem Inkrafttreten des Anti-Doping-Gesetzes (AntiDopG) im Jahre 2015 seinen (vorläufigen) Abschluss gefunden.¹⁹² Die bisherigen Regelungen des Arzneimittelgesetzes wurden gebündelt und zum Teil erweitert. Das geschützte Rechtsgut wird in § 1 AntiDopG vorweggestellt. Durch das Gesetz soll neben dem Schutz der Sportler auch die Fairness und die Chancengleichheit bei Sportwettbewerben sowie die Integrität des Sports geschützt werden. Das Gesetz sieht zudem ein strafbewehrtes Verbot des Selbstdopings vor (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 AntiDopG). Zudem ist der Besitz von Dopingmitteln nun auch bei geringen Mengen strafbar, sofern diese zum Selbstdoping verwendet werden (§ 3 Abs. 4

AntiDopG). Eine wesentliche Neuerung ist die Möglichkeit, dass Gerichte und Staatsanwaltschaften personenbezogene Daten aus Strafverfahren von Amts wegen an die Nationale Anti-Doping Agentur (NADA) übermitteln dürfen (§ 8 AntiDopG). An dem neuen Gesetz wurde aber auch Kritik geübt. So wandte sich beispielsweise die Vorsitzende des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, *Künast*, gegen die Gefahr der Zweckentfremdung des Strafrechts.¹⁹³ Auch wurde die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen in Zweifel gezogen.¹⁹⁴ Die bei der Anhörung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens beteiligten Kreise äußerten sich hingegen unterschiedlich und zum Teil mit deutlicher Kritik am Gesetzesvorhaben. Während sich die Nationale Anti-Doping Agentur bis auf wenige Ausnahmen durchweg positiv äußerte, kritisierte allen voran der Deutsche Richterbund insbesondere die nicht hinreichend erfolgte Bestimmtheit der Rechtsgüter der „Integrität des Sports“ und der „Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben“.¹⁹⁵

Abschließend seien an dieser Stelle nur noch erwähnt: der Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe,¹⁹⁶ welcher die Einführung der Straftatbestände des Sportwettbetrugs und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben vorsieht, §§ 265c, 265d StGB-E und der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen.¹⁹⁷

IV. Schlussbetrachtung

Nach überwiegender Ansicht in Deutschland dient das Strafrecht in erster Linie dem Rechtsgüterschutz.¹⁹⁸ So findet sich schon im Jahre 1969 im Bericht des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform als Ziel strafrechtlicher Gesetzgebung „der wirksame Schutz der Rechtsgüter, die schuldangemessene und gerechte Beurteilung der Tat [und] die moderne Ausgestaltung des Sanktionensystems als taugliches Instrument der Kriminalpolitik mit dem Ziel einer Verhütung künftiger Straftaten“.¹⁹⁹ Gleichzeitig ist die „Ultima-Ratio-Funktion“ des Strafrechts zu beachten, welche sich letztlich aus dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Verhältnismäßigkeitsprinzip ergibt. Da strafrechtliche

¹⁸⁹ Abrufbar unter <http://kripoz.de/2016/07/01/entwurf-eines-gesetzes-zur-aenderung-des-strafgesetzbuches-umsetzung-des-rahmenbeschlusses-2008841ji-des-rates-vom-24-oktober-2008-zur-bekaempfung-der-organisierten-kriminalitaet>; hierzu *Zöller*, KriPoZ 2017, 26.

¹⁹⁰ Referentenentwurf nicht veröffentlicht; auszugweise berichtet in: *Der Spiegel* v. 25.3.2016.

¹⁹¹ *Deckers/Grünwald/König/Safferling*, Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211 – 213, 57a StGB), dem Bundesminister für Justiz und Verbraucherschutz Heiko Maas im Juni 2015 vorgelegt; der Bericht ist abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abchlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf;jsessionid=6C97D33EBCD7C52120138747A5979A58.1_cid324?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 10.1.2017); zum Ganzen *Duttge*, KriPoZ 2016, 92.

¹⁹² „Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport (Anti-Doping-Gesetz – AntiDopG)“ v. 10.12.2015, BGBl. 2015 I, S. 2210; vgl. hierzu die Materialien in BT-Drs. 18/6677; zur Entwicklung: *Bott/Misch*, KriPoZ 2016, 159; *Breucker*, DRiZ 2015, 118; *Lutz*, HRRS 2016, 21; *Heger*, ZRP 2015, 218; *Steiner*, ZRP 2015, 51.

¹⁹³ Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) v. 22.5.2015, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/sport/sportpolitik/renate-kuenast-ueber-das-anti-doping-gesetz-und-strafrecht-13605393.html> (zuletzt abgerufen am 10.1.2017).

¹⁹⁴ Vgl. die Stellungnahme der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag, Plenarprotokoll 18/10254.

¹⁹⁵ Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 7/15 zur Ausschussdrucksache 18 (5) 109; ihm folgend: *Jahn*, Stellungnahme zur Ausschussdrucksache 18 (5) 109, S. 5 f.

¹⁹⁶ Vgl. hierzu den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/8831.

¹⁹⁷ Vgl. hierzu den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9946; hierzu *Kubiciel/Borutta*, KriPoZ 2016, 194.

¹⁹⁸ Hierzu BVerfGE 39, 1 (46); BVerfGE 45, 187 (253); *Heinrich* (Fn. 18), Rn. 3; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), § 1 III 1; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I – Grundlagen: Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 1; eine abweichende Konzeption vertritt allerdings *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1991), 2/16 ff., 22 ff.: Geschützt sei das Normvertrauen und der Rechtsfrieden.

¹⁹⁹ BT-Drs. V/4094, S. 3.

Maßnahmen, angefangen von strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen über ein strafgerichtliches Verfahren bis hin zu einer strafrechtlichen Verurteilung und dem Vollzug von Strafe, in grundrechtlich geschützte Freiheiten des Betroffenen eingreifen, sind sie nur dann zulässig, wenn sie zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sind. Lassen sich die angestrebten Ziele durch andere Maßnahmen, etwa zivilrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Art, erreichen, ist der Erlass strafrechtlicher Normen unzulässig. Von den genannten kriminalpolitischen Zielen und den verfassungsrechtlichen Vorgaben hat sich die heutige Strafgesetzgebung in den letzten Jahren immer weiter entfernt. Die Kriminalpolitik in Deutschland weist dabei zunehmend repressive Züge auf. Unter dem Eindruck des internationalen Terrorismus und der „Organisierten Kriminalität“ dient das Strafrecht zunehmend zur Verhaltenssteuerung und weist damit eine präventive Zielrichtung auf, die zu Überschneidungen mit dem Polizeirecht führt. Dies brachte dem deutschen Strafrecht auch den Vorwurf ein, ein „Feindstrafrecht“ zu etablieren.²⁰⁰ Dabei entzündete sich die Kritik insbesondere an der zunehmenden Vorverlagerung der Strafbarkeit in Bereiche, die von einer konkreten Rechtsgutsgefährdung weit entfernt sind. Im Rahmen dieser Vorfeldtatbestände steht nicht mehr die konkret geplante Tat, sondern vielmehr die Absicht, zu einem späteren Zeitpunkt derartige Taten zu begehen, im Mittelpunkt. Deutlich zeigt sich dies bei der Bestrafung der bloßen Mitgliedschaft in einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung. Hier wird die Tendenz deutlich, das bisher unangefochtene Tatstrafrecht durch ein Täterstrafrecht abzulösen.²⁰¹ Damit aber nähert man sich in bedenklicher Weise einem Gesinnungsstrafrecht an: Der Täter wird bestraft, weil er gefährlich ist und nicht, weil er konkret Rechtsgüter anderer verletzt hat.²⁰² Die Verhängung von Freiheitsstrafe hat in diesen Fällen letztlich dieselbe Funktion wie eine „vorweggenommene Sicherungsverwahrung“.²⁰³ Man wartet nicht mehr ab, bis der Täter die rechtsgutsverletzende Tat

begeht bzw. ins Versuchsstadium eintritt oder auch nur die konkrete Tat verabredet, sondern man greift schon vorher zu, um einer weiteren Entwicklung hin zu einer konkreten Gefährdung von Rechtsgütern vorzubeugen. Insofern steht nicht eine tatsächlich begangene „Tat“ im Mittelpunkt, vielmehr wird das Strafrecht zum eher polizeirechtlich-präventiven Mittel, um einer vermuteten Gefährlichkeit von Personen und Gruppen entgegenzuwirken.²⁰⁴

Will man an der klassischen Funktion des Strafrechts, auf begangene Taten und schuldhaftes Verhalten zu reagieren, festhalten, muss diesem Trend entgegen gewirkt werden. Ein liberales Strafrecht, welches die „Ultima-Ratio-Funktion“ ernst nimmt, ist mit der beschriebenen Zunahme abstrakter Gefährdungsdelikte, der Vorverlagerung der Strafbarkeit und dem zusätzlichen Zweck, „präventive“ Aufgaben übernehmen zu müssen, überfordert. Doch selbst wenn man diesem Trend entgegenwirken und sich als nationaler Gesetzgeber wieder auf die Grundsätze des liberalen Strafrechts zurückbesinnen würde, bleibt unklar, ob eine solche Kehrtwende in den Zeiten zunehmender Internationalisierung und Europäisierung des Rechts überhaupt noch möglich ist. In vielen Bereichen diktiert bereits heute internationale Übereinkommen und Europäische Rechtsakte dem nationalen Gesetzgeber die Schaffung neuer Strafnormen und insoweit eine Ausweitung des Strafrechts. Auch wenn dies aus demokratietheoretischer Sicht bedenklich erscheint, da die Legislative nur noch formal die Entscheidungen zu treffen hat, faktisch aber die zuvor getroffenen Entscheidungen der Regierung „absegnen“ muss, ohne einen eigenen Handlungsspielraum zu bewahren, scheint diese Tendenz unumkehrbar zu sein. Diese Tendenz ist auch deswegen bedenklich, weil noch kein internationales Übereinkommen und kein europäischer Rechtsakt die Abschaffung oder Einschränkung von Strafnormen zum Inhalt hatte – vielleicht mit Ausnahme der Pflicht zur Abschaffung der Todesstrafe.²⁰⁵

²⁰⁰ Der Begriff des „Feindstrafrechts“ wurde in Deutschland geprägt von *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751; *ders.*, HRRS 2004, 88; *ders.*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004; die deutsche Strafrechtswissenschaft steht dem durchgehend kritisch gegenüber; vgl. *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94 mit umfassenden Nachweisen in Fn. 37.

²⁰¹ So auch *Cancio Meliá*, ZStW 117 (2005), 267 (286 f.); *Crespo*, ZIS 2006, 413 (421); *Hefendehl*, StV 2005, 156 (160); *Sinn*, ZIS 2006, 107 (109, 116).

²⁰² *Sinn*, ZIS 2006, 107 (113), weist darauf hin, dass es in der historischen Entwicklung in Deutschland lange gedauert habe, bis man den Straftäter als Bürger im Staat und nicht als Gefahr wahrgenommen habe, die man wegsperren und ausschließen müsse – eine Tendenz, die nun nicht rückgängig gemacht werden sollte; auf die Gefahr des Abgleitens in eine gesinnungsethische Konzeption des Strafrechts weist auch – im Zusammenhang mit den §§ 129a, 129b StGB – das *OLG München*, NJW 2008, 2786 (2788), hin.

²⁰³ *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (92); vgl. hierzu auch *Sinn*, ZIS 2006, 107 (108).

²⁰⁴ Zu diesem Aspekt auch *Dencker*, StV 1988, 262 (265), unter Anführung des strafprozessualen Beispiels der Kronzeugenregelung.

²⁰⁵ Vgl. das „Sechste Fakultativprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe“ v. 28.4.1983, abgedruckt in BGBl. 2002 II, S. 1077, welches die Abschaffung der Todesstrafe jedenfalls in Friedenszeiten vorsieht; vgl. ferner das „Zweite Fakultativprotokoll zu dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zur Abschaffung der Todesstrafe“ v. 15.12.1989, abgedruckt in BGBl. 1992 II, S. 391.

Strafrechtsverschärfung bei Wohnungseinbruchdiebstahl

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Abstract

Die amtierende Bundesregierung versteht ihre Aufgabe, für das Wohl der Bürger zu sorgen, als Aktionsprogramm zur Erweiterung und Verschärfung des Strafrechts. Zur Erfüllung dieses Auftrags kündigen die für innere Sicherheit und Justiz zuständigen Minister des Bundes und der Länder eine Erhöhung des Strafniveaus gegen Wohnungseinbruchdiebstahl an. Da aber zwischen der Höhe der gesetzlichen Strafdrohungen und der Häufigkeit der Übertretung strafbewehrter Normen ein Zusammenhang nicht besteht, wird diese Maßnahme den Schutzeffekt, der den Bürgern im Wahljahr 2017 versprochen wird, nicht erzeugen.

I. Einleitung

Die begründete Kriminalitätsfurcht der Bürger und das dringende Bedürfnis nach wirksamen staatlichen Maßnahmen sollen weder bagatellisiert noch gar lächerlich gemacht werden, wenn hier die jüngsten Ankündigungen deutscher Innen- und Justizminister zur Verschärfung des Strafrechts kritisch kommentiert werden. Dass Hauseigentümer und Bewohner weitgehend schutzlos den Angriffen immer dreister und professioneller vorgehender Einbrecher ausgeliefert sind und von der personell unterbesetzten und daher notorisch überforderten Polizei keine Hilfe erwarten können, ist ein Eindruck, der nicht aus der Luft gegriffen, sondern für viele Betroffene bittere Realität ist.¹ Der Autor wohnt selbst in einem einbruchsgefährdeten Gebiet und kann ermessen, was es bedeutet, Opfer eines Einbruchs geworden zu sein. Nichts wünscht man sich also mehr als wirklich erfolversprechende Gegenmaßnahmen, zu denen der Staat als Inhaber des Gewaltmonopols zweifellos verpflichtet ist. Was aber die Politiker den Bürgern zu dem Thema aktuell präsentieren, ist Symbolpolitik und Wahlkampfrhetorik, die in der Sache selbst nichts bewegen wird.²

Strafrecht scheint gegenwärtig für die Politik eine Stellschraube zu sein, an der man zur Beschwichtigung der

verunsicherten Bürger beliebig drehen kann.³ Selbst Justizminister Maas räumt ein, dass es Politiker gebe, die „zu oft, zu schnell und zu laut nach dem Strafrecht rufen“.⁴ Thomas Fischer weist in seiner Kolumne in ZEIT ONLINE zutreffend darauf hin, dass die Anhebung des Strafniveaus, die das 6. Strafrechtsreformgesetz⁵ dem Wohnungseinbruchdiebstahl 1998 verpasst hat,⁶ an der Misere nichts ändern konnte. Deshalb wird auch jede weitere Strafrechtsverschärfung nichts bewirken. Sie könnte sogar den kontraproduktiven Effekt haben, dass die Bürger im Vertrauen auf den Stärke und Entschlussfreudigkeit signalisierenden Staat sinnvolle Selbstschutzmaßnahmen unterlassen.⁷ An die Verwirklichung des ehrgeizigen und voreilig verkündeten Plans noch vor Weihnachten einen Gesetzesentwurf aus dem BMJV vorzulegen, konnte man nicht ernsthaft glauben.⁸ Nun darf man gespannt sein, welcher Grad gesetzgeberischer Sorgfalt diesen im Laufe des Jahres 2017 erscheinenden Entwurf prägen wird. Hoch sind die diesbezüglichen Erwartungen in Fachkreisen sicher nicht. Mit einer kleinen Korrektur des § 244 – Anhebung der Strafraumuntergrenze, Streichung der minder schweren Fälle – allein ist es nämlich jedenfalls dann nicht getan, wenn die gesetzliche Mindeststrafdrohung von sechs Monaten auf ein Jahr angehoben würde (dazu unten II).⁹ Unklar ist zudem schon, ob die Strafdrohungsverhärfung den kompletten Tatbestand § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB betreffen soll oder nur einen Teil davon. In den öffentlichen Verlautbarungen wird stets vom „Einbruchdiebstahl“ gesprochen und zur Illustration des Phänomens wird üblicherweise der finstere Kapuzenmann gezeigt, der mit der Brechstange Tür oder Fenster aufhebelt.¹⁰ § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB umfasst aber neben der Alternative „einbricht“ auch noch die Varianten „einsteigt“, „mit einem falschen Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug eindringt“ sowie „sich in der Wohnung verborgen hält“.¹¹ Vor allem die letzte Alternative korrespondiert einem anderen Typus von Straftäter, dem insbesondere das furchterregende Moment der brachial gewalttätigen Vorgehensweise fehlt.

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie an der Universität Potsdam.

¹ Schwind, Kriminologie und Kriminalpolitik, 23. Aufl. (2016), § 19 Rn. 23a; Seier, FS Kohlmann, 2003, S. 295.

² Stam, Potsdamer Neueste Nachrichten (PNN) v. 14.1.2016, S. 21.

³ Das Bild ist etwas schief, weil man Schrauben in zwei entgegengesetzte Richtungen („Uhrzeigersinn“, „Gegenuhrzeigersinn“) drehen kann, wovon die Kriminalpolitik aber gegenwärtig nur einseitig Gebrauch macht; zutr. Hillenkamp, KriPoZ 2016, 3 Fn. 7.

⁴ Maas, NSTZ 2015, 305 (309).

⁵ Umfassende Kritik an der durch das 6. Strafrechtsreformgesetz geschaffenen Strafraumgesamt-situation im BT des StGB bei Hettinger, FS Küper, 2007, S. 95 ff., insb. S. 108: „Desaster“.

⁶ Dazu Dencker, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, S. 6 ff.; Mitsch, ZStW 111 (1999), 65 (83). Von „drakonischer“ Sanktionsverschärfung spricht Seier, FS Kohlmann, S. 295.

⁷ Stam, PNN v. 14.12.2016, S. 21.

⁸ Bei Abschluss des Manuskripts am 30.12.2016 lag noch kein Gesetzesentwurf vor.

⁹ Lediglich die Streichung der minder schweren Fälle sah der vom Freistaat Bayern im Januar 2015 in den Bundesrat eingebrachte Gesetzesentwurf vor, der sich deshalb mit der entsprechenden Änderung der Gesetzestexte in § 244 Abs. 3 StGB und in § 244a Abs. 2 StGB begnügen konnte.

¹⁰ So z. B. das Foto in der Online-Ausgabe der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 4. 12. 2016 („Höhere Strafen schrecken Serieneinbrecher nicht“).

¹¹ Seier, FS Kohlmann, S. 295 (306).

Auch die Totalalternative „Einsteigen“ hat das Potential für eine deutlich mildere Bewertung als das Einbrechen, kommt doch beim Einsteigediebstahl häufig strafmaßelevantes Mitverschulden des Opfers zum Tragen (z. B. Einstieg durch eine offene Balkontür).

II. Anhebung auf die Verbrechensstufe

Nach der jüngsten Konferenz der Innenminister und Innensenatoren in Saarbrücken zeigte sich Bundesinnenminister *Thomas de Maizière* nur teilweise zufrieden mit den gefassten Beschlüssen. Er – und mit dieser Forderung steht er nicht allein – möchte gern eine Steigerung der Strafrahenuntergrenze auf ein Jahr, was bei den Ministerkollegen nicht einhellig auf Zustimmung stößt. Vielleicht hat der eine oder andere über die Konsequenzen nachgedacht, die eine solche gravierende Strafmaßeinhebung auslösen würde. Mit der Umsetzung dieser radikalen Forderung ist gegenwärtig wohl nicht zu rechnen. Gleichwohl soll hier ein Blick auf die Auswirkungen im Gesamtbereich der Strafordrohungen des StGB geworfen werden, die diese massive Anhebung des Sanktionsniveaus nach sich zöge. Der Einbruchdiebstahl wäre mit einer gesetzlichen Mindeststrafe von einem Jahr ein Verbrechen, § 12 Abs. 1 StGB. Strafbar würden demzufolge z.B. die Verabredung zur Begehung mittäterschaftlichen Einbruchdiebstahls (§ 30 Abs. 2 StGB) und die Geldwäsche nach einem Wohnungseinbruch (§ 261 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Journalisten hätten nur noch ein eingeschränktes Zeugnisverweigerungsrecht (§ 53 Abs. 2 S. 2 StPO) mit Auswirkungen auch in § 97 Abs. 5 S. 1 StPO und § 160 a Abs. 2 StPO. Das Absehen von Verfolgung und Anklageerhebung gem. §§ 153, 153 a StPO, §§ 45 Abs. 1, 47 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 JGG wäre nicht mehr möglich. Das sind alles Konsequenzen, gegen die zwingende Einwände nicht bestehen. Denn der Unterschied zur geltenden Rechtslage ist gering: ein großer Teil der Wohnungseinbrüche wird bandenmäßig ausgeführt und fällt daher in den Anwendungsbereich des Straftatbestands „Schwerer Bandendiebstahl“, § 244 a StGB, hat also schon jetzt Verbrechensqualität. Die Anhebung der Strafrahenuntergrenze hätte praktische Bedeutung also nur für nicht bandenmäßig organisierte Täter. Ob deren Taten aber den Unrechtsgehalt haben, der dieses höhere Sanktionsniveau rechtfertigt, ist fraglich.

Damit ist das Hauptproblem des *de Maizière'schen* Vorschlags berührt: mit einer Strafuntergrenze von 1 Jahr stünde der Wohnungseinbruchdiebstahl auf gleicher Stufe wie eine Vielzahl von Straftaten, die nach geltendem Recht mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sind.¹² Ein Unterschied zum schweren Bandendiebstahl bestünde nicht mehr, der grundtatbestandliche Raub (§ 249 StGB) höbe sich nur durch die höhere Obergrenze (15 Jahre, § 38 Abs. 2 StGB) ab. Dasselbe träfe auf den räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB) und die räuberische Erpressung (§ 255 StGB) zu. Zugleich würde der Abstand

zum Einbruchdiebstahl in nicht zu Wohnzwecken genutzte Räumlichkeiten größer, § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB. Bei gemischt genutzten Tatobjekten käme der diffizilen Feststellung, ob das Einbrechen einer Wohnung oder einem anderen Zwecken dienenden Teil des Gebäudes galt, eine noch größere Erheblichkeit als bisher zu.¹³ Bricht der Täter in den gewerblich genutzten Teil des Gebäudes ein, um von dort ohne weitere Einbruchshandlung in den Wohnbereich zu gelangen und dort zu stehlen, erfüllt er nach h.M. nicht den Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.¹⁴ Krass wäre die Distanz zwischen den beiden Entscheidungsalternativen bei geringer Tatbeute, denn dann versperrte auf der einen Seite § 243 Abs. 2 StGB den Weg zum besonders schweren Fall des Diebstahls und auf der anderen Seite stünde die Abschaffung des minder schweren Falls (dazu unten III) einer angemessenen Berücksichtigung der Geringwertigkeit entgegen.¹⁵ Der Unterschied zwischen Wohnung und sonstigem Raum erhielte hier eine Strafmaßelevanz, die angesichts der Gleichbewertung dieser Tatobjekte in § 123 StGB nicht einleuchtet.

Aber das Hauptproblem ist die Einebnung der Bewertungsdifferenzen, die bisher zwischen dem Wohnungseinbruchdiebstahl und den mit höherer Strafordrohung bewehrten Tatbeständen bestehen. Fällt diese Differenz weg, entfällt gegebenenfalls für den Täter in einer sich zuspitzenden Diebstahlsituation ein Grund, das schwerere Delikt Raub nicht zu begehen. Wenn der Täter schon mit dem (versuchten) Wohnungseinbruchdiebstahl mindestens ein Jahr Freiheitsstrafe verwirkt hat, kann ihn die gesetzliche Mindeststrafe für einfachen Raub nicht davon abhalten, sich durch Anwendung von Gewalt oder Drohung freie Bahn – insbesondere auf dem Fluchtweg (§ 252 StGB) – zu verschaffen. Erweitert man den Blick auf den Besonderen Teil, fällt auf, dass das Stehlen aus einer Wohnung nach dem Plan *de Maizières* an der Strafrahenuntergrenze dieselbe Schwerereinschätzung erfahren würde wie das komplette Niederbrennen des Wohngebäudes, § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Man kann darüber streiten, welche Tat bei dem Opfer eine stärkere Traumatisierung hinterlässt. Aber bei der schweren Brandstiftung käme immerhin noch eine Milderung in minder schwerem Fall in Betracht (§ 306a Abs. 3 StGB), sofern diese Regelung nicht auch gleich beseitigt würde.

Zwangsläufig müsste die Hebung des Strafniveaus bei § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB Strafsteigerungen bei anderen Tatbeständen nach sich ziehen. Bei § 244a StGB wäre eine Steigerung des gesetzlichen Strafmaßes unumgänglich. Denn ein „reiner“ Wohnungseinbruchdiebstahl und ein um das Unrechtselement der Bandeninvolvierung erweiterter Wohnungseinbruchdiebstahl können nicht denselben Strafrahen haben. Das wäre die Gleichsetzung von Ungleichem.¹⁶ Also die Unter- oder die Obergrenze des § 244a Abs. 1 StGB auf zwei Jahre anheben oder die Obergrenze auf 15 Jahre oder beides? Dann hätte der bandenmäßige

¹² *Hettinger*, FS Küper, S. 95 (103).

¹³ *Seier*, FS Kohlmann, S. 295 (304).

¹⁴ *BGH*, NSStZ 2008, 514 (515); a.A. *Ladiges*, JR 2008, 493 (495), nach dem ein Einbruch in den Geschäftsraum zugleich ein „mittelbarer“ Einbruch in die Wohnung sein kann.

¹⁵ Vgl. das „Wimpel-Beispiel“ bei *Seier*, FS Kohlmann, S. 295 f.

¹⁶ *Hettinger*, FS Maiwald, 2010, S. 293 (300).

Wohnungseinbruchdiebstahl dasselbe Sanktionsniveau wie die besonders schwere Brandstiftung, § 306b Abs. 1 StGB, und wie die Vergewaltigung, § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StGB! Welcher Aufwuchs ist bei §§ 249, 252, 255 StGB erforderlich? Anheben lässt sich bei diesen Tatbeständen nur noch die Untergrenze. In Betracht kommen nur zwei Jahre, da bei drei Jahren schon das Gebiet des § 250 Abs. 1 StGB berührt wäre. Muss also auch das Strafniveau der Qualifikationen geliftet werden? Bei § 250 Abs. 2 StGB ist das Maximum schon jetzt erreicht, zehn Jahre Mindeststrafe (vgl. §§ 239a Abs. 3, 251, 316a Abs. 3 StGB) wären definitiv zu viel, sechs oder sieben Jahre wären im Strafrecht ein Novum.¹⁷ Geringer würde der Abstand zum Mord, dessen überfällige Novellierung im Rechtsfolgenbereich dadurch möglicherweise in noch weitere Ferne rücken würde.¹⁸ Insgesamt müsste also die Hochstufung des Wohnungseinbruchdiebstahls auf die Verbrechensebene im Besonderen Teil des StGB umfangreiche Strafgrößenverschiebungen zur Folge haben, von denen man nur abraten kann. Alles das lässt sich vermeiden, indem beherzigt wird, was schon lange gegenüber dem geltenden Strafrecht moniert wird: dass nämlich die Strafraumen der §§ 242 ff. StGB viel zu hoch sind.¹⁹

III. Wegfall der minder schweren Fälle

Die Innenminister haben sich auf ihrer Konferenz in Saarbrücken darauf geeinigt, die strafmildernde Beachtlichkeit des „minder schweren Falls“ zu beseitigen. Aufgehoben oder eingeschränkt werden soll also Absatz 3 des § 244 StGB, der erst 2011 eingeführt worden war,²⁰ um vor allem bei § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB der intrikatsten Problematik des „Alltagsgegenstands“ als „gefährliches Werkzeug“ gerecht werden zu können.²¹ Da daran wohl nichts geändert werden soll, wird die Neufassung wahrscheinlich allein den § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB aus dem Anwendungsbereich des § 244 Abs. 3 StGB entfernen: „In minder schweren Fällen des Abs. 1 und 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren“.²² Auf Fälle des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist § 244 Abs. 3 StGB dann nicht mehr anwendbar. Damit würde allerdings innerhalb des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht differenziert werden zwischen Einbrechen und den anderen Varianten, wie z.B. dem Sichverborgenhalten. Auf den ersten Blick erscheint der Sanktionsschärfungseffekt der Maßnahme minimal. Denn die meisten – aber nicht alle²³ – minder schweren Fälle eines Einbruchdiebstahls dürften ohnehin einen Schuldgehalt haben, der eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten trägt. Dennoch ist auch in solchen Fällen eine Unterschreitung der 6-Monatsgrenze theoretisch möglich: die Verbindung der Freiheitsstrafe mit einer weiteren ahndenden Sanktion hat auf Grund der

Wechselwirkung zwischen diesen Sanktionen eine Reduzierung des Strafmaßes zur Folge.²⁴ Wird also gem. § 41 StGB neben Freiheitsstrafe eine Geldstrafe verhängt, erkennt das Gericht auf Fahrverbot gem. § 44 StGB²⁵ oder ordnet es die Einziehung eines dem Täter gehörenden Gegenstands gem. § 74 Abs. 2 Nr. 1 StGB an,²⁶ muss die Freiheitsstrafe ermäßigt werden, damit die Gesamtsanktionslast schuldproportional bleibt.²⁷ Daraus kann sich eine Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten ergeben. Diese Möglichkeiten werden durch die Aufhebung des § 244 Abs. 3 StGB in Bezug auf Wohnungseinbruchdiebstähle beseitigt. Der Bereich zwischen einem Monat und sechs Monaten ist dann nur noch über § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB oder § 49 Abs. 2 StGB zugänglich.

Bezweckt ist damit eine Verschärfung der Sanktionspraxis der Strafgerichte. Diese sollen daran gehindert werden, Wohnungseinbruchdiebstähle mit Bewährungsstrafe oder gar Geldstrafe zu ahnden. Denn mit der Anhebung der Mindeststrafe auf sechs Monate wird die Anwendung sowohl des § 47 StGB als auch des § 56 Abs. 3 StGB erschwert.²⁸ Es geht also darum, der „Verteidigung der Rechtsordnung“ ihre milderungshemmende Wirkung auch bei minder schweren Fällen von Wohnungseinbruchdiebstählen umfassende Geltung zu verschaffen. Nach geltendem Strafrecht ist eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten zwar möglich, § 47 Abs. 1 StGB. Ihre Vollstreckung ist aber unter den Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 StGB zwingend zur Bewährung auszusetzen, selbst wenn die Verteidigung der Rechtsordnung Vollstreckung geböte, § 56 Abs. 3 StGB. Die Strategie der Politik ist leicht zu durchschauen: durch mediengestütztes Schüren von Kriminalitätsfurcht soll der Justiz zu der Einsicht verholten werden, dass „zur Verteidigung der Rechtsordnung“ gegen Wohnungseinbrecher ein Zeichen gesetzt werden muss. Einbrecher sollen auf jeden Fall in den Knast geschickt werden. Deswegen müssen die lästigen Hindernisse § 47 und § 56 Abs. 3 StGB weggeräumt werden. Warum nur kommt einem dabei § 2 S. 1 StVollzG in den Sinn: „Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“? Ob das wohl während eines 6-monatigen Strafvollzugs gelingt? Gewiss hält eine pauschale Verdammung der kurzen Freiheitsstrafe als Resozialisierungsuntauglich und mehr Schaden als Nutzen stiftend einer differenzierenden Analyse nicht stand.²⁹ Dennoch ist von einem kurzen Aufenthalt im Strafvollzug ein nachhaltiger Resozialisierungseffekt nicht zu erwarten.

Keinen Einfluss hätte die Beseitigung der Milderungsmöglichkeit für minder schwere Fälle auf alle Verfahren,

¹⁷ Hettinger, FS Küper, S. 95 (102).

¹⁸ Zu der Gefahr eines zu dichten Heranrückens an das Strafniveau von Mord und Totschlag Hettinger, FS Küper, S. 95 (112).

¹⁹ Hettinger, FS Küper, S. 95 (112).

²⁰ Krit. zum Fehlen der Milderungsvorschrift nach dem 6. StrRG Seier, FS Kohlmann, S. 295 (296).

²¹ BT-Drs. 17/4143, S. 7; krit. Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 244 Rn. 52a.

²² So der Gesetzentwurf des Freistaats Bayern vom Januar 2015.

²³ Dencker (Fn. 6), S. 6.

²⁴ BGHSt 32, 60 (66); 41, 20 (27).

²⁵ BGHSt 24, 11 (12); 29, 58 (61); Geppert, in: LK-StGB, Bd. 2, 12. Aufl. (2006), § 44 Rn. 22; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 44 Rn. 14.

²⁶ Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, 1969, S. 357; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 25), § 74 Rn. 40.

²⁷ Kinzig/Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 25), § 46 Rn. 70.

²⁸ Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. (2015), § 14 Rn. 12.

²⁹ Eindrucksvoll Weigend, JZ 1986, 260 ff.

in denen Jugendstrafrecht anzuwenden ist. Der nicht geringe Anteil an Tatverdächtigen, die als Heranwachsende unter den Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 JGG jugendstrafrechtlich zu sanktionieren sind, bliebe von der Strafrechtsverschärfung unberührt. Zwar enthalten die ministerialen Ankündigungen unterschwellig auch die Botschaft an die Gerichte, hart und konsequent „durchzugreifen“, statt Milde walten zu lassen, also nicht Jugendstrafrecht, sondern Erwachsenenstrafrecht anzuwenden. Das ist aber nicht zu verwechseln mit dem verfassungsrechtlichen Gebot, das Strafrecht einschließlich des Jugendstrafrechts richtig anzuwenden. Nur diese Richtschnur ist für die Gerichte verbindlich, und dass diese sich von deren Beachtung nicht durch politische Forderungen abbringen lassen, darf als selbstverständlich unterstellt werden.³⁰ Zu hoffen ist dies auch in Bezug auf die möglicherweise den Gerichten angesonnene Verhängung von hohen Freiheitsstrafen mit der Komponente „Verdachtsstrafe“: Gewiss mit gutem Grund kann man bei vielen Einbrechern davon ausgehen, dass es sich um Mehrfachtäter handelt. Oftmals wird der für eine Verurteilung erforderliche Tatnachweis jedoch allein hinsichtlich der Einzeltat möglich sein, anlässlich derer der Beschuldigte von der Polizei ergriffen worden ist. Der Versuchung, bei der Strafzumessung einen Zuschlag für nicht aufgeklärte, aber vermutete weitere Einbruchdelikte aufzusatteln, sollten die Gerichte widerstehen.

IV. Alternativen

Weniger der materielle Verlust durch Entwendung von Wertgegenständen – für dessen Ausgleich oftmals Versicherungen sorgen – sondern vielmehr das beängstigende Gefühl, in dem Rückzugsraum der „eigenen vier Wände“ nicht mehr vor kriminellen Übergriffen geschützt zu sein,³¹ prägt den Wohnungseinbruchdiebstahl als hochgradig individualgutverletzende Straftat.³² Damit erweist sich dieses Delikt auch als ein Indikator der relativen Vernachlässigung einer Gruppe immaterieller Rechtsgüter im geltenden Strafrecht, die man als „Privatsphäre“ oder „privater Frieden“ bezeichnen kann.³³ Psyche, Seele, Gefühle sind Begriffe, die mit Blick auf das geltende Strafrecht herangezogen werden, um die Nichtstrafbarkeit oder mangelnde Strafbarkeit von Verhalten zu begründen: Weil „nur“ die Psyche betroffen ist, ist eine Tat keine Körperverletzung,³⁴ weil er „nur“ religiöse Gefühle schütze, gehöre der Tatbestand der Bekenntnisbeschimpfung (§ 166 StGB) abgeschafft³⁵ usw.³⁶ Auf der anderen Seite belegt

die aktuelle Strafbarkeitsausdehnung beim Nachstelungs-Tatbestand, § 238 StGB, dass das Bewusstsein der Strafbarkeit angsterzeugender, das individuelle Sicherheitsgefühl erschütternder und damit auch das gesellschaftliche Klima belastender Angriffe durchaus vorhanden ist. Allgemein „lässt es sich ernsthaft nicht bestreiten, dass gerade seelische Wunden den Menschen häufig noch schwerer und nachhaltiger treffen als körperliche“ schrieb 1990 der Würzburger Zivilrechtler *Hans Forkel* in der Festschrift für den Kriminalwissenschaftler *Friedrich-Wilhelm Krause*.³⁷ Die Debatte um den Wohnungseinbruchdiebstahl widmet sich daher einem wichtigen Thema und ist im Grunde sehr zu begrüßen. Allerdings wird das Thema wie so oft zu eng und kleinteilig behandelt und deswegen auch im Tatbestandssystem des StGB an der falschen Stelle platziert. Das Eindringen in die Privatsphäre löst die traumatisierende Wirkung beim Opfer ja nicht nur dann aus, wenn der oder die Täter Sachen stehlen wollen.³⁸ Wie der berühmte „Spanner-Fall“ zeigte, ist die unbefugte Anwesenheit des Eindringlings als solche bereits geeignet, das Leben der betroffenen Bewohner nachhaltig zu beeinträchtigen.³⁹ Zu Recht fragt *Seier*: „Ist es für das Opfer nicht psychisch weitaus belastender, wenn der Täter in die Wohnung eindringt, um dort gemütlich zu übernachten oder um – etwa in der Ferienzeit – für mehrere Tage Unterschlupf zu suchen?“⁴⁰ Neben dem Diebstahl sind z.B. auch mutwillige Zerstörung (Vandalismus), Schaffung von Chaos und Unordnung, Besudlung mit Kot und Urin und dergleichen Beispiele für Störungen, die dem Betroffenen unmissverständlich signalisieren, dass diese Wohnung für ihn kein sicherer Ort mehr ist.⁴¹ Oftmals ist ein Wohnungs- oder gar Wohnortwechsel der einzige Ausweg.

Wenn also die Bürger vor derartigen Beeinträchtigungen ihrer Lebenssituation durch das Strafrecht besser geschützt werden sollen, müsste großflächiger und an anderer Stelle angesetzt und vor allem das immaterielle Rechtsgut in den Mittelpunkt gerückt werden. Dieses Rechtsgut ist im Kontext des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht deutlich genug sichtbar, weil dort der Schutz des Eigentums der dominante Aspekt ist.⁴² Der richtige Rahmen ist der Hausfriedensbruchtatbestand § 123 StGB,⁴³ dessen positivgesetzliches Erscheinungsbild das geschützte Rechtsgut als minder schutzwürdig, die rechtsgutsverletzende Kriminalität dementsprechend als geringfügig aussehen lässt.⁴⁴ Schon die undifferenzierte Aufreihung hete-

³⁰ *Stam*, PNN v. 14.12.2016, S. 21.

³¹ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 28), § 14 Rn. 7 Fn. 11.

³² *Bloy*, FS Eser, S. 233 (245); *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 25), § 244 Rn. 30; *Schwind* (Fn. 1), § 19 Rn. 23b; *Stam*, PNN v. 14.12.2016, S. 21.

³³ *Bloy* leitet seinen Beitrag zur Festschrift für Albin Eser (2005), S. 233 mit der Bemerkung ein, die Frage nach einem strafrechtlichen Schutzgut „psychische Integrität“ erscheine ‚eher ungewöhnlich‘.

³⁴ *Bloy*, FS Eser, S. 233 (234); *Knauer*, Der Schutz der Psyche im Strafrecht, 2013, S. 199 ff.; *Ruppert*, JR 2016, 686 ff.; *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 25), § 223 Rn. 4.

³⁵ *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 354.

³⁶ Dagegen entschieden für zumindest die Beibehaltung des bestehenden strafrechtlichen Schutzes emotionaler, seelischer Bereiche *Forkel*, FS Krause, 1990, S. 297 (309).

³⁷ *Forkel*, FS Krause, S. 297 (298).

³⁸ *Bloy*, FS Eser, S. 233 (255); *Dencker* (Fn. 6), S. 6; *Seier*, FS Kohlmann, S. 295 (299).

³⁹ *BGH*, NJW 1979, 2053.

⁴⁰ *Seier*, FS Kohlmann, S. 295 (299).

⁴¹ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 10. Aufl. (2009), § 33 Rn. 124: „... das Gravamen des Wohnungseinbruchdiebstahls liegt in dem Durchsuchen und Durchwühlen der Wohnung ...“.

⁴² *Bloy*, FS Eser, S. 233 (250).

⁴³ *Seier*, FS Kohlmann, S. 295 (299); zutreffend kritisierte schon *Dencker* (Fn. 6), S. 6 die Inkonsequenz, dass nach der Sanktionsverschärfung gegen Wohnungseinbruchdiebstahl in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB der Hausfriedensbruch weiterhin mit einer Strafe von 5 Tagessätzen bis zu einem Jahr bedroht ist.

⁴⁴ *Ostendorf*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 123 Rn. 16; *Steinberg*, Die Bestrafung wegen des Versetzens in Todesangst, 2014, S. 73.

rogener Tatobjekte mit unterschiedlich ausgeprägtem Privatsphärenbezug ist eine Schwäche des Tatbestandes. Die „Wohnung“ sollte als besonders schutzwürdig nicht allein dadurch hervorgehoben werden, dass sie im Gesetzestext entgegen dem Alphabet als erstes Objekt erwähnt wird. Auch der Strafraum könnte eine Staffelung vertragen, indem bestimmte besonders sensible Tatobjekte – in erster Linie die Wohnung – auf ein höheres Strafniveau gestellt werden.⁴⁵ Gesetzestechisch kann dies mittels der Rechtsfigur des Qualifikationstatbestandes oder durch Schaffung eines mit Regelbeispielen angereicherten „besonders schweren Falles“⁴⁶ umgesetzt werden. Des Weiteren sollte das Modell des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB in die Struktur des § 123 StGB eingearbeitet werden und zwar in inhaltlich erweiterter und um 180 Grad gedrehter Form: Nicht nur der Diebstahl, sondern jegliche beabsichtigte Straftat, die der Täter mittels Eindringen in die Wohnung zu begehen beabsichtigt, soll die Tat qualifizieren (vgl. §§ 211 Abs. 2, 315 Abs. 3 Nr. 1 lit. b, §§ 306b Abs. 2 Nr. 2 StGB). „Um 180 Grad gedreht“ meint, dass Tatelemente, die in § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB den Grundtatbestand bilden, bei § 123 StGB die Funktion der Qualifikation übernehmen.⁴⁷ Bei § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist es umgekehrt: Die Verwirklichung des § 123 StGB qualifiziert den Diebstahl. Generell sind Grundtatbestand und Qualifikation austauschbare Elemente der gesetzgeberischen Straftatarchitektur: Auch § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB kann umgeformt werden in ein Waffendelikt (§§ 51 ff. WaffG), das qualifiziert wird, wenn der Täter eine Straftat begeht, bei der er die Waffe bei sich führt oder verwendet. § 239a StGB und § 316a StGB könnten als Raubqualifikationen in § 250 StGB, §§ 315b, 315c StGB könnten als Körperverletzungsqualifikationen in § 224 StGB einbezogen werden. Die hier zur Diskussion gestellte Erweiterung des § 123 StGB hätte eine Überschneidung mit § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht zur Folge, wenn die Begehung des Diebstahls und der sonstigen Straftat wie z.B. bei § 316a StGB als überschneidende In- nentendenz in den subjektiven Tatbestand eingebaut

würde. Auf diese Weise erlangte die von §§ 242 ff. StGB noch nicht erfasste diebstahlsvorbereitende Anwesenheit des Täters in der Wohnung strafrechtliche Relevanz. Sobald der Diebstahl ins Versuchsstadium eingetreten ist, träte der qualifizierte Hausfriedensbruch hinter dem qualifizierten Diebstahl zurück.

V. Schluss

Strafrecht soll straftatverhindernd wirken und man darf annehmen, dass es das bis zu einem gewissen Grade auch tatsächlich leistet. Wie viele potentielle Straftaten gerade deswegen nicht begangen worden sind, weil der potentielle Täter sich durch die gesetzliche Strafdrohung oder das Erleben tatsächlicher Strafverfolgung hat abschrecken lassen, ist nicht bekannt.⁴⁸ Sicher ist, dass ein auf Strafrechtsverschärfung beruhender Rückgang von Kriminalität das Resultat eines komplexen und langwierigen kommunikativen Prozesses „strafrechtlicher Sozialkontrolle“ ist.⁴⁹ Wenn also Politikerankündigungen suggerieren, auf eine Anhebung des Strafniveaus bei Wohnungseinbruchdiebstählen werde rasch ein spürbares Sinken der Kriminalitätsbelastung folgen, ist das eine falsche Botschaft. Es mag sein, dass das Versprechen „es wird etwas getan“ zu ein wenig Beruhigung der Bevölkerung beiträgt, was zweifellos ein begrüßenswerter Effekt politischer Aktivität wäre. Gleichwohl wird durch Gesetzgebung allein die Kriminalität nicht unmittelbar und sofort „bekämpft“⁵⁰ werden. Dazu bedarf es echter physischer Straftatvorbeugung, wie z.B. verstärkter Polizeipräsenz, erhöhter Wachsamkeit im nachbarschaftlichen Bereich und sicherheitstechnischen Selbstschutzes potentieller Tatopfer.⁵¹ Alles das kann und muss durch nichtstrafrechtliche staatliche Maßnahmen gefördert werden. Strafrecht ist subsidiär, ultima ratio.⁵² Was die Strafgerichte an Stärkung des Sicherheits- und Gerechtigkeitsgefühls beitragen können, ist auf der Basis des geltenden § 244 StGB ohne weiteres möglich.⁵³ Verschärfungen des Strafrechts sind dafür nicht notwendig.

⁴⁵ Zur Differenzierung nach dem Grad der Schutzwürdigkeit bei der Strafzumessung nach geltendem Recht *Ostendorf*, in: NK-StGB (Fn. 44), § 123 Rn. 53; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 25), § 123 Rn. 37.

⁴⁶ Zu deren Problematik *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich* (Fn. 28), § 14 Rn. 14 ff.

⁴⁷ *Seier*, FS Kohlmann, S. 295 (300).

⁴⁸ *Meier*, Kriminologie, 5. Aufl. (2016), § 9 Rn. 82 ff.

⁴⁹ *Meier* (Fn. 48), § 9 Rn. 5.

⁵⁰ Zutr. ablehnend gegen diese militaristische Ausdrucksweise in der Kriminalpolitik *Hettinger*, NJW 1996, 2263 (2264); *ders.*, FS Küper, S. 95 (101) Fn. 42.

⁵¹ *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich* (Fn. 28), § 14 Rn. 8; *Stam*, PNN v. 14.12. 2016, S. 21.

⁵² *Maas*, NSStZ 2015, 305 (307).

⁵³ *Hettinger*, FS Küper, S. 95 (115); *ders.*, FS Maiwald, S. 293 (317).

Europäisierte Vereinigungsdelikte? – Der Regierungsentwurf zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität

von Prof. Dr. Mark A. Zöller*

Abstract

Am 30.12.2016 hat die Bundesregierung dem Bundesrat ihren Entwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ vom 14.12.2016 zugeleitet. Dieser Regierungsentwurf führt die inhaltlichen Überlegungen des gleichnamigen Referentenentwurfs vom 28.6.2016 weitgehend unverändert fort. Er schlägt die Übernahme des im Vergleich zur bisherigen, richterrechtlich geprägten Definition des Vereinigungsbegriffs deutlich weiteren, unionsrechtlichen Begriffsverständnisses für die §§ 129 ff. StGB vor und erkennt damit erstmals an, dass die Bundesrepublik Deutschland ihre Loyalitätspflichten aus Art. 4 Abs. 3 EUV bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses bislang nicht vollständig erfüllt hat. Allerdings greift der Entwurf zu kurz, da er die Folgewirkungen der – sachlich zwingenden – Übernahme des unionsrechtlichen Vereinigungsbegriffs für das Gesamtsystem des Zusammenwirkens mehrerer Personen zur Straftatbegehung nicht ausreichend in den Blick nimmt.

I. Die Vorgeschichte: Der Fall „Kameradschaft Sturm 34“

1. Sachverhalt

Inhalt und Bedeutung des Regierungsentwurfs (RegE) lassen sich nur dann richtig einschätzen, wenn man seine justizielle Vorgeschichte kennt. Diese Vorgeschichte beginnt auf einem Bauhof in der sächsischen Stadt Mittweida.¹ Dort hatte sich ab dem Jahr 2005 regelmäßig eine Gruppe politisch rechtsorientierter Jugendlicher getroffen, die vor allem durch gewalttätige Auseinandersetzungen mit anderen Personen in der näheren Umgebung aufgefallen war. Anfang 2006 kam innerhalb der Gruppe die Idee auf, eine Kameradschaft zu gründen, die auch einen Namen und ein Abzeichen bekommen sollte. Man dachte zunächst auch über eine einheitliche Kleidung nach, um nach außen Geschlossenheit zu demonstrieren. Im Bauhof sollte Ordnung geschaffen und die Teilnahme an rechtsorientierten Veranstaltungen organisiert werden. Hauptziel der Kameradschaft war jedoch, die Stadt Mittweida durch die

Schaffung einer sog. nationalbefreiten Zone „zeckenfrei“ und „braun“ zu machen. Dies bedeutete, dass gegen alle Personen, die keine rechtsorientierte Gesinnung hatten, mit Gewalt vorgegangen werden sollte. Auf diese Weise sollte ein „Sammelbecken von Nationalisten“ geschaffen werden, in dem man Hooligans und Skinheads zusammenführen wollte. Außerdem sollten sog. Skinheadkontrollrunden durchgeführt werden, bei denen die Teilnehmer nach missliebigen Personen, insbesondere Punkern, „Linken“ und „Kiffern“, Ausschau hielten. Wurden solche angetroffen, formierte man eine größere Einheit und ging gewalttätig gegen sie vor. Im März 2006 wurde auf dem Bauhof eine Gründungsversammlung mit 30 bis 50 anwesenden Personen durchgeführt, in deren Rahmen man sich auf den Namen „Kameradschaft Sturm 34“ einigte. Der Vorschlag, eine förmliche Mitgliederliste anzulegen, wurde nicht umgesetzt, weil man eine solche Liste im Falle polizeilicher Ermittlungen für nachteilig hielt. Bei einer späteren Veranstaltung im Juni 2006 wurde aber ein vierköpfiger Vorstand gewählt. Eine schriftliche Satzung oder offizielle Entscheidungsregeln wurden nicht niedergelegt. Auch schaffte man keine einheitliche Kleidung an. Die Teilnahme an Aktionen gegen „Zecken“ und andere war den im Bauhof Anwesenden freigestellt. Auch der Austritt aus der Kameradschaft war ohne weiteres möglich. Nach Gründung der „Kameradschaft Sturm 34“ kam es bei mehreren Gelegenheiten zu von Kameradschaftsmitgliedern initiierten Schlägereien und Tötlichkeiten, bei denen teilweise auch mit Quarzsand gefüllte Handschuhe und Springerstiefel zum Einsatz kamen und zahlreiche Personen – teilweise erheblich – verletzt wurden.

2. Die Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH

Im Revisionsverfahren gegen das erstinstanzliche Urteil des LG Dresden hatte sich der 3. Strafsenat des BGH insbesondere mit der Frage zu beschäftigen, ob die „Kameradschaft Sturm 34“ als kriminelle² Vereinigung i.S. des § 129 StGB³ einzustufen und die Angeklagten wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung hieran zu verurteilen waren. In der Tatsacheninstanz hatte das LG Dresden das Vorliegen der Voraussetzungen einer „Vereinigung“ verneint.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht und Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht (ISP) an der Universität Trier

¹ Zu den Sachverhaltsfeststellungen s. BGHSt 54, 216 ff.

² Eine Einstufung als terroristische Vereinigung i.S.d. § 129a StGB kam mangels hinreichender Schwere der Bezugstaten der „Kameradschaft Sturm 34“ von vornherein nicht in Betracht.

³ Sofern im nachfolgenden Text auf die §§ 129 und 129a StGB Bezug genommen wird, ist damit stets auch die Möglichkeit der strafbaren Beteiligung an einer ausländischen kriminellen oder terroristischen Vereinigung über § 129b StGB mit einzubeziehen. Der besseren Lesbarkeit halber wird jedoch auf eine ausdrückliche Zitierung des § 129b StGB in diesen Fällen verzichtet.

Dabei wählte es sich im Einklang mit der klassischen richterrechtlichen Definition des Vereinigungsbegriffs, über deren Inhalte jahrzehntelang weitgehend Einigkeit in Rechtsprechung und Schrifttum bestanden hatte. Als Vereinigung i.S. der §§ 129 ff. StGB ist danach der auf gewisse Dauer angelegte, freiwillige organisatorische Zusammenschluss von mindestens drei Personen zu verstehen, die bei Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen.⁴ Ausgehend von dieser stark komprimierten Begriffsbestimmung wird das Wesen einer (kriminellen oder terroristischen) Vereinigung traditionell durch vier *Teilelemente* beschrieben⁵:

Das *personelle Element* verlangt einen Zusammenschluss von mindestens drei Personen. Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass bei bloßen Zweierverbindungen die vom Gesetzeszweck vorausgesetzte, typische Gefahr gruppenspezifischer Entwicklungen nicht gegeben ist.⁶ Durch das *organisatorische Element* wird ein Mindestmaß an fester Organisation mit einer gegenseitigen Verpflichtung der Mitglieder sichergestellt.⁷ Die innere Organisation einer Vereinigung muss danach so stark sein, dass sich die Durchsetzung ihrer Ziele nach bestimmten Gruppenregeln vollzieht und der individuelle Gestaltungswille des Einzelnen dahinter zurücktritt.⁸ Diese vergleichsweise hohen organisatorischen Anforderungen haben dazu geführt, dass jedenfalls streng hierarchisch strukturierte Organisationen, die – wie häufig im Bereich der Organisierten Kriminalität anzutreffen – über einseitige Befehlswege und strikt getrennte Informationsbereiche verfügen, nicht unter den Vereinigungsbegriff subsumiert wurden, weil man davon ausgeht, dass sie von vornherein keine Gruppenidentität aufbauen können.⁹ Das *zeitliche Element* setzt demgegenüber voraus, dass der Zusammenschluss auf einige Dauer angelegt ist, ohne dass sich die Rechtsprechung diesbezüglich auf eine erforderliche Mindestdauer festgelegt hat. Mit Hilfe dieser Einschränkung sollen insbesondere kurzfristige Zusammenschlüsse zur Erreichung eines einmaligen Zwecks aus dem Anwendungsbereich der §§ 129 ff. StGB ausgeschieden werden.¹⁰ Mit dem *voluntativen Element* wird schließlich das Vorliegen eines übergeordneten, verbindlichen Gruppenwillens verlangt. Erforderlich ist dabei die subjektive Einbindung der Beteiligten in die kriminellen Ziele der Organisation und in deren entsprechende Wil-

lensbildung unter Zurückstellung individueller Einzelmeinungen.¹¹ Dies ist deutlich mehr als nur der Wille mehrerer Personen, gemeinsam Straftaten zu begehen.¹² Vor dem Hintergrund eines so verstandenen, traditionellen, national und richterrechtlich geprägten Vereinigungsbegriffs lag es im Fall der „Kameradschaft Sturm 34“ durchaus nicht fern, mit dem erstinstanzlich entscheidenden *LG Dresden*¹³ das Vorliegen einer Vereinigung zu verneinen. Zwar waren hier die Anforderungen an das personelle und das zeitliche Vereinigungselement zweifellos erfüllt.¹⁴ Schließlich handelte es sich um einen Zusammenschluss von jedenfalls 30 bis 50 Personen, die nicht nur einmalig, sondern über Monate hinweg regelmäßig zusammengekommen waren, um Gewalttaten gegenüber politisch Andersdenkenden im Raum Mittweida zu planen, vorzubereiten und durchzuführen. Der *3. Strafsenat des BGH* bejahte darüber hinaus auch die Voraussetzungen des organisatorischen Vereinigungselements. Seiner Ansicht nach war innerhalb der „Kameradschaft Sturm 34“ eine ausreichende organisatorische Struktur vorhanden, um das gemeinsame Ziel – Schaffung einer „national-befreiten Zone“ in der Gegend um Mittweida – zu verwirklichen.¹⁵ So seien die Mittel, derer sich die Mitglieder hierfür bedienen wollten, von Beginn an festgelegt worden. Insbesondere die Durchführung der sog. Skinheadkontrollrunden und gegebenenfalls die sich unmittelbar an diese anschließenden Aktionen gegen missliebige Personen erforderten ein beachtliches Maß an Koordination zwischen den Beteiligten. Auch die mit einem nicht unerheblichen, logistischen Aufwand verbundene Art und Weise, in der die konkreten Straftaten begangen wurden, belege eine intensive vorherige Abstimmung zwischen den Mitgliedern der Organisation.¹⁶ Und schließlich habe die Mitglieder eine politisch im extrem rechten Bereich zu verortende Überzeugung geieint, welche Grundlage der Straftaten war, auf deren Begehung die Gruppierung gerichtet war.¹⁷

Allerdings bleibt der Einwand, dass das Vorhandensein von für alle Mitglieder verbindlichen Regeln der Willensbildung, hinter die der individuelle Gestaltungseinfluss des Einzelnen zurücktreten muss, bei genauer Betrachtung weniger eindeutig war, als es die Bewertung der erstinstanzlichen Feststellungen durch den *3. Strafsenat* suggeriert. Schließlich gab es weder eine offizielle Mitgliederliste noch eine schriftliche Satzung oder offizielle Entscheidungsregeln. Die Anweisungen einzelner Wortführer wurden nicht allgemein akzeptiert. Zudem war den Mitgliedern der Kameradschaft die Mitwirkung an den

⁴ BGHSt 28, 147; 31, 202 (204 f.); 31, 239 f.; 45, 26 (35); 54, 69 (107 f.); 54, 216 (221); BGH, NSiZ 1999, 503 (504); BGH, NJW 2005, 1668 ff.; 2006, 1603 f.; BGHR StGB § 129 Vereinigung 3; Krauß, in: LK, 12. Aufl. (2009), § 129 Rn. 18; Schäfer, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 129 Rn. 14; Gazeas, in: AnwK-StGB, 2. Aufl. (2015), § 129; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 129 Rn. 4; Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 129 Rn. 6; Zöller, Terrorismusstrafrecht – Ein Handbuch, 2009, S. 518.

⁵ Ausführlich hierzu etwa Schäfer, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 14 ff.; Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 11 ff.; v. Heintschel-Heinegg, in: FS Schroeder, 2006, S. 799 (800 ff.); Zöller, S. 518 ff.

⁶ BGHSt 28, 147 (149); Krauß, in: LK, § 129 Rn. 34; Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 12.

⁷ BGHSt 31, 202 (206); 31, 239 (242); 54, 216 (225).

⁸ BGHSt 54, 216 (225); zu den Indizien hierfür etwa Krauß, in: LK, § 129 Rn. 25 m.w.N.

⁹ Schäfer, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 26; Fischer, § 129 Rn. 8; krit. dazu Steber/Bögel, Logistik der Organisierten Kriminalität, 358; Krefß, JA 2005, 220 (224 f.).

¹⁰ Zöller, S. 520.

¹¹ Krauß, in: LK, § 129 Rn. 27; Schäfer, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 22; Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 17.

¹² BGH, NSiZ 2007, 31; Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 17; Zöller, S. 520.

¹³ LG Dresden, Urt. v. 6.8.2008, Az: 14 KLs 201 Js 29405/06 (Juris).

¹⁴ So auch BGHSt 54, 216 (225).

¹⁵ BGHSt 54, 216 (225).

¹⁶ BGHSt 54, 216 (225 f.).

¹⁷ BGHSt 54, 216 (226).

Gewalttaten freigestellt und ein Austritt offenbar ohne weiteres möglich. Dass der *BGH* sich trotzdem nicht von der Bejahung der organisatorischen Mindestvoraussetzungen einer Vereinigung abhalten ließ, wirkt sich dann zwangsläufig auch auf die Bewertung des voluntativen Elements aus, das letztlich nichts anderes als die subjektive Entsprechung des organisatorischen Elements darstellt. Dazu hat er die Anforderungen an den im Einzelfall zu erbringenden Nachweis der subjektiven Einbindung der Beteiligten in die Ziele der Organisation und deren Willensbildung unter Zurückstellung ihrer individuellen Meinungen entscheidend gelockert. Zwar will er auf ein voluntatives Vereinigungselement auch in Zukunft nicht verzichten. Allerdings will er dabei den Schwerpunkt der Betrachtung weniger auf die Regeln legen, nach denen sich die Willensbildung vollzieht und stattdessen vor allem die Zielsetzung der Vereinigung und den Gemeinschaftswillen selbst in den Blick nehmen.¹⁸ Verfolgen die Mitglieder einer Gruppierung durch koordiniertes Handeln nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel, das über die Begehung von konkreten Straftaten hinausgeht, auf welche die Zwecke oder Tätigkeit der Gruppe gerichtet sind, so belegt dies nach Ansicht des 3. *Strafsenats* regelmäßig den für eine Vereinigung i.S. der §§ 129 ff. StGB notwendigen, übergeordneten Gemeinschaftswillen. Dies sei zwar regelmäßig nicht im Bereich der Wirtschaftskriminalität anzunehmen, wo typischerweise das Gewinnstreben des Einzelnen im Vordergrund stehe. Ein derartiges übergeordnetes Ziel verfolgten die Mitglieder einer Gruppierung aber typischerweise in Fällen politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierter Kriminalität.¹⁹ Infolgedessen bejahte der 3. *Strafsenat* im Ergebnis auch das Vorliegen des voluntativen Vereinigungselements für die Mitglieder der rechtsextremen „Kameradschaft Sturm 34“.

3. Unionsrechtskonforme Auslegung

Das eigentlich Spektakuläre an der Sturm 34-Entscheidung des *BGH* ist aber mit Blick auf den hier zu betrachtenden Gesetzentwurf nicht die dadurch bewirkte Lockerung der Anforderungen an den Nachweis des voluntativen Vereinigungselements.²⁰ Entscheidend ist vielmehr, dass der 3. *Strafsenat* es aus grundsätzlichen Erwägungen heraus abgelehnt hat, zumindest im Rahmen von § 129 StGB den Vereinigungsbegriff „europarechtsfreundlich“ und damit weiter als bisher zu interpretieren,²¹ obwohl er dies in vorangegangenen Entscheidungen durchaus erwogen hatte.²² Die deutschen Vereinigungsdelikte sind aber

unübersehbar durch geltendes EU-Recht unter Reformdruck geraten. So existieren schon seit geraumer Zeit Definitionsansätze in Rahmenbeschlüssen, die im Vergleich zum nationalen Begriffsverständnis des Tatbestandsmerkmals „Vereinigung“ in den §§ 129 ff. StGB deutlich weiter gefasst sind, also geringere Anforderungen an das Vorliegen einer solchen Vereinigung stellen²³ und damit auch Organisationen mit gelockerter Organisationsstruktur wie die „Kameradschaft Sturm 34“ ohne weiteres erfassen. Im thematischen Anwendungsbereich der Strafbarkeit wegen Beteiligung an kriminellen Vereinigungen i.S. des § 129 StGB ist zunächst Art. 1 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität aus dem Jahr 2008 (RB-OK)²⁴ zu berücksichtigen. Dort wird die „kriminelle Vereinigung“ definiert als „ein auf längere Dauer angelegter organisatorischer 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“. In struktureller Entsprechung dazu definiert Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung von 2002 (RB-TE)²⁵ mit Blick auch auf den deutschen § 129a StGB die „terroristische Vereinigung“ als einen „auf längere Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die zusammenwirken, um terroristische Straftaten zu begehen“. Beide Rahmenbeschlussdefinitionen werden zudem durch den fast identischen Hinweis darauf ergänzt, dass mit der Formulierung „organisierter Zusammenschluss“ ein Zusammenschluss gemeint ist, der nicht nur zufällig zur unmittelbaren Begehung einer strafbaren Handlung gebildet wird und der nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Zusammensetzung oder eine ausgeprägte Struktur hat.²⁶

Vergleicht man diese Definitionen auf der Ebene des EU-Rechts mit dem klassischen deutschen Vereinigungsbegriff, so fallen sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede ins Auge²⁷: Auch die beiden Rahmenbeschlüsse setzen nach ihrem Begriffsverständnis eine Mindestanzahl von drei Personen und einen längerfristigen Zusammenschluss voraus und entsprechen damit dem deutschen personellen und zeitlichen Begriffselement. Erkennbar ist demgegenüber eine Lockerung der organisatorischen und voluntativen Anforderungen an eine Vereinigung. In or-

¹⁸ BGHSt 54, 216 (228).

¹⁹ BGHSt 54, 216 (230).

²⁰ Hierzu beruft sich der *Senat* selbst auf seine vorausgehende Rechtsprechung und spricht daher auch lediglich von einer „Präzisierung“ seines Ansatzes; vgl. BGHSt 54, 216 (228).

²¹ BGHSt 54, 216 (222).

²² Vgl. *BGH*, NJW 2006, 1603; 2009, 3448 (3460); *BGH*, NSTZ 2008, 146 (148).

²³ *Zöller*, ZIS 2014, 402 (409).

²⁴ ABl. EU 2008 Nr. L 300, S. 42 v. 11.11.2008.

²⁵ ABl. EU 2002 Nr. L 164, S. 3 v. 22.6.2002, geändert durch Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates v. 28.11.2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung (ABl. EU 2008 Nr. L 330, S. 21 v. 8.12.2008).

²⁶ Formulierung gem. Art. 2 Abs. 1 S. 2 RB-TE; Art. 1 Nr. 2 RB-OK spricht in der deutschen Fassung von „Verbrechen“ statt „strafbarer Handlung“ sowie „Mitgliedschaft“ statt „Zusammensetzung“, doch dürfe es sich dabei nicht um inhaltliche Unterschiede, sondern Folgen unterschiedlicher Übersetzung ins Deutsche handeln, wie etwa der an diesen Stellen identische Wortlaut der englischsprachigen Textfassungen zeigt.

²⁷ Dazu *Kreß*, JA 2005, 220 (223); *Kreß/Gazeas*, in: FS Puppe, 2011, S. 1487 (1492); *Zöller*, JZ 2010, 908 (909 f.); *ders.*, ZIS 2014, 402 (410); *Lang*, in: FS v. Heintschel-Heinegg, 2015, S. 291 (293 f.).

ganisatorischer Hinsicht genügt bereits ein nicht nur zufälliger Zusammenschluss von Personen zur unmittelbaren Begehung einer Straftat ohne förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Zusammensetzung oder einer ausgeprägten Struktur. Und mit Blick auf das voluntative Element soll schon der Wille genügen, gemeinsam bestimmte Straftaten zu begehen. Eine subjektive Einbindung in die Ziele der Organisation und deren Willensbildung ist danach nicht erforderlich. Faktisch würde eine Übertragung der Begrifflichkeiten von der EU-Ebene auf die Ebene des nationalen (deutschen) Strafrechts zu einer nicht unerheblichen Ausweitung der Strafbarkeit führen. Insbesondere streng hierarchisch geführte Organisationen, wie sie häufig im Bereich der organisierten Kriminalität anzutreffen sind, fallen unter einen solchen „europäisierten Vereinigungsbegriff“.

Das strafrechtliche Schrifttum²⁸ geht bereits seit mehr als zehn Jahren ganz überwiegend davon aus, dass der Vereinigungsbegriff der §§ 129 ff. StGB im Lichte der genannten Rahmenbeschlüsse und vor dem Hintergrund von Art. 4 Abs. 3 EUV (ex Art. 10 EGV) unionsrechtskonform auszulegen ist. Art. 4 Abs. 3 EUV enthält den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit. Er formuliert die allgemeine Regel, dass den Mitgliedstaaten und den Unionsorganen bei der Erfüllung ihrer vertraglichen Aufgaben gegenseitige Pflichten zur loyalen Zusammenarbeit und Unterstützung obliegen.²⁹ Zu den mitgliedstaatlichen Pflichten zählt insbesondere die Verpflichtung, das nationale Recht so weit wie möglich in Übereinstimmung mit dem Unionsrecht auszulegen.³⁰ Aus der allgemeinen Loyalitätspflicht lässt sich zudem ableiten, dass nicht nur den Mitgliedstaaten als solchen, sondern allen Trägern der öffentlichen Gewalt in den Mitgliedstaaten die Pflicht obliegt, alle zur Erfüllung der Unionsverpflichtungen geeigneten Maßnahmen zu treffen.³¹ Daher haben auch die nationalen Strafgerichte die Aufgabe, für eine einheitliche Anwendung des EU-Rechts im innerstaatlichen Bereich zu sorgen.

Diese Verpflichtung, deren Grundsätze zunächst vor allem mit Blick auf Richtlinien herausgearbeitet worden waren, hat der *EuGH* in seiner wegweisenden Entscheidung in der „Rechtssache Pupino“³² bereits im Jahr 2005 weitgehend auch auf das Rechtsinstrument des Rahmen-

beschlusses übertragen. Sie ist auch nicht dadurch entfallen, dass mit Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages die in der früheren dritten Säule der EU verankerte Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit (PJZS) vergemeinschaftet und das Instrument des Rahmenbeschlusses auch mit Blick auf die Harmonisierung des Strafrechts in den Mitgliedstaaten zugunsten der Richtlinie aufgegeben wurde. Nach Art. 9 S. 1 des Protokolls (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen zum Lissaboner Vertrag³³ behalten Unionsrechtsakte, die vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auf der Grundlage des EUV a.F. angenommen wurden, so lange Rechtswirkung, bis sie in Anwendung der Verträge aufgehoben, für nichtig erklärt oder geändert wurden. Dies ist bislang weder in Bezug auf den Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität noch den Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung geschehen. Zwar hat die Kommission am 3.12.2015 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI des Rates zur Terrorismusbekämpfung vorgelegt. Allerdings ist diese Terrorismusbekämpfungsrichtlinie bislang noch nicht angenommen worden.³⁴ Außerdem soll nach dem derzeitigen Beratungsstand in Art. 2 lit. c des Richtlinien textes eine Begriffsbestimmung für „terroristische Vereinigungen“ enthalten sein, die dem Wortlaut des bisherigen Art. 2 Abs. 1 RB-TE entspricht. Durch das Inkrafttreten der Richtlinie würde sich somit am Erfordernis einer unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs nichts ändern. Sprachlich würde es sich dann lediglich um eine „richtlinienkonforme Auslegung“ handeln, die ebenso wie die „rahmenbeschlusskonforme Auslegung“ einen Unterfall der unionsrechtskonformen Auslegung darstellt.³⁵

Der 3. Strafsenat des BGH hat in seiner Sturm 34-Entscheidung dennoch keine Notwendigkeit für eine unionsrechtskonforme Auslegung des Vereinigungsbegriffs in § 129 StGB gesehen. Seiner Ansicht nach würde dies zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Gesamtgefüges des deutschen Strafrechts für die Behandlung mehrerer zusammenwirkender Personen führen, wie es insbesondere durch die strafbare Mitwirkung an Vereinigungen, Gruppen, Banden oder die Beteiligungsform der Mittäterschaft gebildet wird.³⁶ Zur Begründung beruft sich der Senat auf die Rechtsprechung des *EuGH* zu den Ausnahmen von der Verpflichtung zur

²⁸ Krauß, in: LK, § 129a Rn. 26; Gazeas, in: AnwK-StGB, § 129 Rn. 25; Hecker, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. (2015), § 10 Rn. 82; Krefß, JA 2005, v. Heintschel-Heinegg, in: FS Schroeder, S. 799 (808); Zöller, S. 523 f.; ders., JZ 2010, 908 (912); ders., StV 2012, 364 (369); ders., ZIS 2014, 402 (410); Lang, in: FS v. Heintschel-Heinegg, S. 291 (300); ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2007 – III-VI 10/05; a.A. Schäfer, in: MüKo-StGB, § 129 Rn. 36; Ostendorf, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), §§ 129a, 129b Rn. 6a; Hoffmann-Holland, in: FS Geppert, S. 245 (257).

²⁹ Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEU, 6. Aufl. (2017), Art. 4 Rn. 5.

³⁰ Geiger, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEU, Art. 4 Rn. 9.

³¹ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. (2016), § 9 Rn. 91.

³² *EuGH*, NJW 2005, 2839; dazu Adam, EuZW 2005, 558; Egger, EuZW 2005, 652; Fetzner/Groß, EuZW 2005, 550; Herrmann, EuZW 2005, 436; Hillgruber, JZ 2005, 841; Streinz, JuS 2005, 1023; Gärditz/Gusy, GA 2006, 225; Tinkl, StV 2006, 36; v. Unger, NVwZ 2006, 46; Weißer, ZIS 2006, 562; Zöller, ZIS 2014, 402 (408).

³³ ABl. EU 2008 Nr. C 115, S. 322 v. 9.5.2008.

³⁴ Allerdings haben am 30.11.2016 der Ausschuss der Ständigen Vertreter und am 5.12.2015 auch der Ausschuss des Europäischen Parlaments für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres die vom slowakischen Ratsvorsitz erzielte Einigung mit dem Europäischen Parlament über die Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung bestätigt und damit den Weg für eine endgültige förmliche Annahme der Richtlinie in den kommenden Monaten geebnet; vgl. Rat der EU, Pressemitteilung 716/16 v. 5.12.2016. Zum aktuellen Stand der Verhandlungen s. Interinstitutionelles Dossier 2015/0281 (COD) v. 11.11.2016.

³⁵ Vgl. Hecker, Europäisches Strafrecht, § 10 Rn. 2.

³⁶ Vgl. BGHSt 54, 216 (223 f.).

unionsrechtskonformen Auslegung,³⁷ unterliegt dabei aber einem dogmatischen Missverständnis. Zwar hat der *EuGH* auch in seiner Pupino-Entscheidung betont, dass die Verpflichtung der nationalen Gerichte zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung, abgesehen vom Grundsatz der Rechtssicherheit und von Rückwirkungsgebot, insbesondere durch sog. „allgemeine Rechtsgrundsätze“ beschränkt wird.³⁸ Mit dieser Formulierung hat sich der Luxemburger Gerichtshof aber auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze *des Unionsrechts* und nicht auf diejenigen des nationalen Rechts bezogen.³⁹ Eine Durchbrechung des bestehenden Gesamtgefüges für das strafbare Zusammenwirken mehrerer Personen im *deutschen* Strafrechtssystem kann damit kein Grund für eine Befreiung von den Verpflichtungen des Art. 4 Abs. 3 EUV sein. Da eine unionsrechtskonforme Auslegung des Vereinigungsbegriffes angesichts des offenen Gesetzeswortlauts im Übrigen weder die Wortlautgrenze überschreitet noch dadurch dem deutschen Strafgesetzgeber ein von ihm erkennbar nicht gewollter Gesetzeszweck aufgedrängt würde, bleibt es de lege lata bei der Verpflichtung der deutschen Strafgerichte, zur Auslegung den Inhalt der Rahmenbeschlüsse heranzuziehen.⁴⁰

II. Der Regierungsentwurf vom Dezember 2016

Auch die deutschen Strafgerichte wären allerdings der aus Art. 4 Abs. 3 EUV stammenden Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs im Rahmen der §§ 129 ff. StGB von vornherein entzogen, wenn die Begriffsbestimmungen der beiden Rahmenbeschlüsse formal als Legaldefinition in das deutsche Strafrecht überführt würden. Dann würde es sich schlicht um die Anwendung harmonisierter Strafrechtvorschriften handeln. Vor diesem Hintergrund ist der am 14.12.2016 durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegte Regierungsentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ (RegE) zu sehen.⁴¹

1. Zeitpunkt

Dabei ist schon der Zeitpunkt, zu dem dieser Regierungsentwurf – zunächst in Gestalt des Referentenentwurfs vom 28.6.2016⁴² – das Licht der (Fach-)Öffentlichkeit erblickt hat, geeignet, Stirnrunzeln hervorzurufen. Dieser liegt

rund vierzehn Jahre nach Erlass der Ursprungsfassung des EU-Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung, rund acht Jahre nach Erlass des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und rund sieben Jahre nach dem „Ruf nach dem Gesetzgeber“⁴³ in der Sturm 34-Entscheidung des *BGH*. Er kommt zudem zu einem vergleichsweise späten Zeitpunkt der laufenden Legislaturperiode, zu dem mit Blick auf die Bundestagswahl im September 2017 bereits das Damoklesschwert der Diskontinuität über allem schwebt. Und schließlich kann es auch nicht darum gehen, noch unerledigte Punkte des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD aus dem Jahr 2013⁴⁴ „abzuarbeiten“, weil eine unionsrechtsbezogene Reform der §§ 129 ff. StGB dort gerade nicht auf die Agenda genommen wurde. Noch in ihrer Antwort vom 16.12.2013 auf eine kleine Anfrage der Bundestagsfraktion DIE LINKE⁴⁵ hatte die Bundesregierung geantwortet, dass die Frage des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Hinblick auf neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs „geprüft“ werde.⁴⁶ Danach geschah erst einmal nichts. Die Gründe für die erst jetzt erfolgte gesetzgeberische Initiative dürften daher anderweitig zu suchen sein: Zum einen wird damit einer langjährigen Forderung der Strafverfolgungspraxis entsprochen, die es – nicht zu Unrecht – als unbefriedigend empfunden hatte, dass durch den engen, letztlich noch am Vereinsgesetz orientierten Vereinigungsbegriff viele Strukturen organisierter Kriminalität nicht von § 129 StGB erfasst werden konnten.⁴⁷ Vor allem aber hatte Art. 10 des Protokolls (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen zum Vertrag von Lissabon eine „Schonfrist“ von fünf Jahren gewährt, in der die Europäische Kommission wegen Nichtumsetzung von im Rahmen der früheren dritten Säule der EU erlassenen Rahmenbeschlüssen kein Vertragsverletzungsverfahren nach den Art. 258 ff. AEUV einleiten konnte. Diese Übergangfrist ist am 1.12.2014 abgelaufen, so dass die Bundesrepublik Deutschland seitdem mit der latenten Gefahr eines solchen Verfahrens leben muss.⁴⁸ Nach alledem möchte man meinen, dass eine Prüfung der Sach- und Rechtslage durch die Bundesregierung, die immerhin Jahre in Anspruch genommen hat, besonders sorgfältig ausfallen muss. Leider beweist der nun vorgelegte Regierungsentwurf das Gegenteil.

2. Wesentliche Inhalte

Immerhin wird im Zuge des RegE erstmals anerkannt,

³⁷ Allg. zu den Grenzen des Gebots unionsrechtskonformer Auslegung im Strafrecht *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, § 10 Rn. 35 ff.; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, § 9 Rn. 92.

³⁸ *EuGH*, NJW 2005, 2839 (2841).

³⁹ *Zöller*, JZ 2010, 908 (912); *ders.*, ZIS 2014, 402 (410); *Kreß/Ga-zeas*, in: FS Puppe, S. 1487 (1496).

⁴⁰ *Zöller*, ZIS 2014, 402 (410).

⁴¹ BR-Drs. 795/16 v. 30.12.2016; der Text ist abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Rahmenbeschluss_Bekaempfung_organisierter_Kriminalitaet.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 15.1.2017).

⁴² Abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Rahmenbeschluss_Bekaempfung_organisierte_Kriminalitaet.pdf;jsessionid=A45B01CCF20A3BC527B3727AFB521026.1_cid289?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 15.1.2017).

⁴³ *So Lang*, in: FS v. Heintschel-Heinegg, S. 291 (299).

⁴⁴ Vgl. „Deutschlands Zukunft gestalten“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf?__blob=publication-File (zuletzt abgerufen am 5.1.2017).

⁴⁵ Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Jan Korte, Andrej Hunko, Kersten Steinke und der Fraktion DIE LINKE, Erweiterung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 und 129a des Strafgesetzbuchs aufgrund des Rahmenbeschlusses der Europäischen Union zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität v. 28.11.2013, BT-Drs. 18/114.

⁴⁶ BT-Drs. 18/175, S. 2.

⁴⁷ Vgl. BR-Drs. 795/16, S. 4.

⁴⁸ A.a.O.

dass der Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität aus dem Jahr 2008, dessen Umsetzungsfrist bereits am 11.5.2010 abgelaufen ist, durch das geltende deutsche Recht nicht vollständig umgesetzt worden ist, da der Begriff der Vereinigung in § 129 StGB in der Auslegung durch die Rechtsprechung des *BGH* enger ist als die Definition in Art. 1 des Rahmenbeschlusses.⁴⁹ Damit gibt der Entwurf der Sache nach denjenigen Stimmen Recht, die sich mangels Tätigkeit des Gesetzgebers *de lege lata* für eine unionsrechtskonforme Auslegung des Vereinigungsbegriffs ausgesprochen haben.⁵⁰ Deutlich erkennbar ist zudem das Bestreben, der am nationalen Vereinigungsbegriff festhaltenden Rechtsprechung des *BGH* den Boden zu entziehen.⁵¹ Zur Lösung des Problems ist vorgesehen, in einem neuen § 129 Abs. 2 StGB erstmals eine Legaldefinition der Vereinigung in Anlehnung an Art. 1 RB-OK aufzunehmen.⁵² Diese Definition soll wie folgt lauten:

„Eine Vereinigung ist ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“.

Durch die Aufnahme einer Verweisung auf den Vereinigungsbegriff des § 129 Abs. 2 StGB-E in § 129a Abs. 1 StGB-E soll dieser erweiterte Vereinigungsbegriff – in Anknüpfung an Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung – auch auf terroristische Vereinigungen übertragen werden.⁵³ Zum Ausgleich für die damit zu erwartende Ausweitung der Vorfeldstrafbarkeit wird für die Beteiligung an *kriminellen Vereinigungen* i.S. des § 129 StGB eine *Beschränkung der Bezugstaten* vorgeschlagen. Strafbar soll danach nur die Gründung, Mitgliedschaft, Werbung und Unterstützung einer Vereinigung sein, die auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist, die im Höchstmaß mit mindestens zwei Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind. Insoweit wähnt sich der Entwurf im Einklang mit Art. 1 Nr. 1 RB-OK, der als Mindestvoraussetzung verlangt, Handlungen in Bezug auf Vereinigungen unter Strafe zu stellen, die nach dem jeweiligen nationalen Strafrecht im Höchstmaß mit mindestens vier Jahren Freiheitsstrafe bedroht werden.⁵⁴ Demgegenüber wird für *terroristische Vereinigungen* i.S. des § 129a StGB von einer Einschränkung des Anwendungsbereichs mit dem Hinweis darauf abgesehen, dass terroristische Vereinigungen ohnehin stets auf die Begehung bestimmter besonders schwerer Straftaten gerichtet seien.⁵⁵ Allerdings wird eine stärkere Differenzierung bezüglich der Strafdrohungen vorgeschlagen. So sollen Personen, die für eine kriminelle Vereinigung um Mitglieder oder Unterstützer werben oder sie unterstützen mit geringerer Strafe (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) bedroht werden als Gründer oder Mitglieder (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) einer solchen

Vereinigung. Dies stellt für die erstgenannten Personen insofern eine Herabsetzung des Strafrahmens und damit eine gewisse Kompensation für die Ausweitung des Vereinigungsbegriffs dar, als nach dem geltenden § 129 Abs. 1 StGB sämtliche Akteure einheitlich mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bedroht werden, unabhängig davon, ob sie eine kriminelle Vereinigung gründen, sich als Mitglied beteiligen, für sie um Mitglieder oder Unterstützer werben oder die Vereinigung unterstützen. Die vorgeschlagene Differenzierung soll sich in § 129 Abs. 5 StGB-E auch auf besonders schwere Fälle auswirken, der im Übrigen und im Vergleich zum geltenden § 129 Abs. 4 StGB vor allem sprachlich stärker an die Regelbeispielstechnik angepasst ist. Sie soll aber wiederum nur die Sanktionierung der Beteiligung an kriminellen, nicht auch terroristischen Vereinigungen betreffen.

3. Bewertung und Kritik

Positiv hervorzuheben ist, dass das BMJV – wenn auch spät – mit Hilfe des RegE endlich die primärrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Art. 4 Abs. 3 EUV erfüllen will, ausdrücklich den bislang defizitären Umsetzungsstand der EU-Rahmenbeschlüsse zur Terrorismusbekämpfung und zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität anerkennt und damit auch die Streitfrage hinsichtlich der Verpflichtung der Strafgerichte zu einer unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs in den §§ 129 ff. StGB *de facto* entscheidet. Allerdings vermag das zu diesen Zwecken entwickelte Regelungskonzept des RegE gleich in mehrfacher Hinsicht nicht zu überzeugen.

Zur Erfüllung der aus Art. 4 Abs. 3 EUV abzuleitenden Loyalitätspflicht ist die ausdrückliche Aufnahme einer unionsrechtlich geprägten Definition des Vereinigungsbegriffs ohne Zweifel ein probates Mittel. Die damit verbundene Ausweitung der Strafbarkeit für Straftatbestände, die ohnehin schon im Vorfeld tatsächlich ausgeführter Straftaten anzusiedeln sind, ist zwar rechtspolitisch und rechtsstaatlich bedenklich. Aber diesbezüglich ist bereits vor Jahren die entscheidende europarechtliche Vorentscheidung und damit das „Kind in den Brunnen“ gefallen. Offenbar hat die Bundesregierung bei der Aushandlung der einschlägigen Rahmenbeschlüsse die Konsequenzen für das deutsche Vereinigungsstrafrecht zu wenig bedacht. Nach dem Inkrafttreten dieser Unionsrechtsakte ist mit Blick auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts eine Verweigerung ihrer Umsetzung schlicht nicht mehr möglich. Es kann somit nur noch darum gehen, die praktischen Konsequenzen zwingenden Unionsrechts bestmöglich abzufedern. Zu diesem Zweck erscheint die im RegE vorgeschlagene Ausgleichswirkung für die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 129 StGB durch eine Beschränkung der von der Vereinigung in Aussicht genommenen Straftaten kaum als geeignetes Mittel. Sie dürfte in der Strafverfolgungspraxis schon deshalb weitgehend ins

⁴⁹ BR-Drs. 795/16, S. 1.

⁵⁰ S. die Nachweise in Fn. 28.

⁵¹ Insofern heißt es in BR-Drs. 795/16, S. 4: „Mit einer Änderung dieser Rechtsprechung ist in absehbarer Zeit nicht zu rechnen, so dass es zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses gesetzgeberischer Maßnahmen bedarf.“

⁵² BR-Drs. 795/16, S. 1.

⁵³ BR-Drs. 795/16, S. 9.

⁵⁴ Vgl. BR-Drs. 795/16, S. 7.

⁵⁵ BR-Drs. 795/16, S. 4.

Leere laufen, weil damit allenfalls Erscheinungsformen der Bagatellkriminalität ausgeklammert werden, zu deren Begehung sich kriminelle Vereinigungen regelmäßig ohnehin nicht zusammenfinden werden. Straftatbestände, deren Sanktionshöchstmaß unter zwei Jahren Freiheitsstrafe liegt, sind jedenfalls im Strafgesetzbuch „Mangelware“.⁵⁶ Selbst Alltagsstraftaten der leichten und mittleren Kriminalität wie z.B. einfache Diebstähle (§ 242 Abs. 1 StGB) oder Betrugstaten (§ 263 Abs. 1 StGB) sind nach geltendem Recht bereits im Höchstmaß mit fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht. Bezeichnenderweise enthielt noch der Referentenentwurf vom Juni 2016 den Vorschlag, Handlungen lediglich in Bezug auf Vereinigungen unter Strafe zu stellen, deren Zweck die Begehung von Straftaten ist, die im Höchstmaß mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind.⁵⁷ Dass der nun vorgelegte RegE selbst diese mehr als moderate Filterwirkung noch einmal *entschärft* (und damit den Anwendungsbereich des § 129 StGB-E wieder *verschärft*), dürfte nicht zuletzt auf zwischenzeitlich erfolgte Stellungnahmen aus Justizkreisen zurückzuführen sein. So hatte etwa der Deutsche Richterbund darauf hingewiesen, dass Vereinigungen im Bereich des politischen Extremismus ansonsten nicht mehr dem § 129 StGB unterfallen, die auf die Begehung von szenetypischen Straftaten mit geringerer Strafdrohung gerichtet sind, etwa ein rechtsextremistischer Zusammenschluss, der auf die Begehung von Volksverhetzungstaten nach § 130 Abs. 2 StGB abzielt.⁵⁸ Das im RegE verfolgte Konzept einer Orientierung am Strafraumen für die von der Vereinigung in Aussicht genommenen Straftaten ist aber sicher nicht der Weisheit letzter Schluss. Er würde faktisch das rechtspolitisch zweifelhafte Ergebnis festschreiben, dass die bloße organisatorische Verbindung zur Begehung bestimmter Straftaten in vielen Fällen härter bestraft wird, als die tatsächliche Ausführung solcher Taten. Eine ernsthafte Eingrenzung strafbaren Verhaltens ist mit der Einbeziehung von Straftaten, die im Höchstmaß nur mit Freiheitsstrafe von zwei Jahren bedroht sind, nicht verbunden. Und mit dem ursprünglichen Streben der Unionsrechtsakte nach einer koordinierten und harmonisierten Vorgehensweise bei der Bekämpfung schwerwiegender Formen der Kriminalität wie Terrorismus und organisierter Kriminalität hat dies alles nur noch wenig zu tun. Stattdessen kann ein gangbarer Weg zur Vermeidung einer uferlosen Ausdehnung der Strafbarkeit nach den §§ 129 ff. StGB nur über einen wohl überlegten Katalog tauglicher Bezugstaten führen.

Zwar stellt Art. 2 i.V.m. Art. 1 Nr. 1 RB-OK, der die Kriminalisierung von Vereinigungen mit Bezugstaten fordert, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung im Höchstmaß von mindestens vier Jahren sanktioniert wer-

den, nur eine *Mindestschwelle* auf, über die die EU-Mitgliedstaaten bei der Pönalisierung der Mitwirkung an solchen Vereinigungen auch hinausgehen können. Dies muss aber oberhalb dieser Mindestschwelle gerade nicht durch eine pauschale Inbezugnahme von Strafraumen geschehen. Hinzu kommt, dass im Anwendungsbereich terroristischer Vereinigungen überhaupt keine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 129a StGB für erforderlich gehalten wird. Zwar trifft es zu, dass sich terroristische von kriminellen Vereinigungen nach geltendem Recht im Wesentlichen dadurch unterscheiden, dass Erstere auf die Begehung besonders schwerer Straftaten gerichtet sind, während Zweitere auf sämtliche denkbaren Straftaten abzielen können. Dieses Abgrenzungsmerkmal ist jedoch sachlich verfehlt, weil sich Terroristen nach dem insoweit nahezu einhelligen Stand der Forschung von sonstigen Straftätern nicht durch die Schwere der objektiv verwirklichten Straftaten, sondern durch ihre besondere Motivation, also ein *subjektives Kriterium* unterscheiden.⁵⁹ Der RegE basiert daher auf der überholten Vorstellung, dass sich eine kriminelle Vereinigung – quasi durch „Zauberhand“ – in eine terroristische Vereinigung verwandeln kann, wenn sie nur auf die Begehung besonders schwerer, in § 129a StGB näher bezeichneter Straftaten abzielt.⁶⁰ Problematisch erscheint daher die Tatsache, dass im RegE die Unterschiede zwischen Terrorismus und organisierter Kriminalität mit leichter Hand überspielt werden. Zwar ist ein unterschiedlicher Vereinigungsbegriff für § 129 StGB auf der einen und § 129a StGB auf der anderen Seite zweifellos kein wünschenswertes Ergebnis. Aber für beide nationalen Strafvorschriften existieren nun einmal unzweifelhaft unionsrechtliche Vorgaben aus unterschiedlichen Rahmenbeschlüssen, die man jedenfalls nicht ohne nähere Begründung egalisieren kann. Und auch der 3. *Strafsenat des BGH* hat in seiner Entscheidung in Sachen „Kameradschaft Sturm 34“ eine europarechtsfreundliche Interpretation des Vereinigungsbegriffs explizit nur für § 129 StGB abgelehnt, diese Problematik aber für terroristische Vereinigungen i.S. des § 129a StGB bislang (noch) nicht entschieden. Außerdem verlangt auch die Definition der „kriminellen Vereinigung“ in Art. 1 Nr. 1 RB-OK, anders als Art. 2 Abs. 1 RB-TE die Absicht, „sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen“. Ein solches Absichtserfordernis soll der vorgeschlagene § 129 Abs. 2 StGB gerade nicht enthalten. Dass dies europarechtlich auch nicht zwingend erforderlich ist, ergibt sich allerdings erst aus dem – im RegE nicht erwähnten – Erwägungsgrund 4 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, wonach das Recht der Mitgliedstaaten unberührt bleiben soll, „andere Gruppen von Personen, beispielsweise Gruppen, deren Ziel nicht in der Erlangung eines finanziellen oder sonstigen materiellen Ge-

⁵⁶ Beispiele hierfür bieten der Hausfriedensbruch in § 123 Abs. 1 StGB oder die einfache, d.h. nicht mittels einer Tötlichkeit begangene Beleidigung in § 185 Alt. 1 StGB (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe).

⁵⁷ RefE v. 28.06.2016, S. 9.

⁵⁸ S. Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 14/16 vom Juli 2016, S. 1 f. mit dem ebenfalls problematischen Gegenvorschlag, Straftaten mit einer Höchststrafe von drei Jahren jedenfalls dann nicht auszuschließen, wenn diese den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.

⁵⁹ Näher hierzu Zöller, GA 2010, 607 (611 ff.); ders., GA 2016, 90 (92 ff.) m.w.N.

⁶⁰ Krit. hierzu Zöller, S. 134 f.; ders., GA 2010, 607 (611).

wins besteht, als kriminelle Vereinigungen einzustufen“.⁶¹ Stattdessen wird der Verzicht auf die Aufnahme einer solchen Gewinnerzielungsabsicht in die Legaldefinition der Vereinigung damit begründet, dass ansonsten Einschränkungen der Möglichkeiten zur Wohnraumüberwachung nach § 100c StPO zu befürchten wären. Diese Begründung kann von vornherein nicht überzeugen. Schließlich ist die strafprozessuale akustische Wohnraumüberwachung wegen ihrer hohen rechtlichen Hürden sowie des erheblichen personellen und technischen Aufwands in der Praxis nahezu bedeutungslos. So gab es in den Jahren 2009 bis 2015 insgesamt nur 37 Maßnahmen (durchschnittlich rund sieben pro Jahr), von denen nur 40 % einen Bezug zur organisierten Kriminalität aufwiesen.⁶² Infolgedessen kann die durch die §§ 129 ff. StGB bewirkte Vorverlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld der Begehung gruppentypischer Straftaten schon mit Blick auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kaum ernsthaft mit zwingenden Bedürfnissen der Ermittlungspraxis bei der Wohnraumüberwachung legitimiert werden.

Das größte Manko des RegE besteht jedoch darin, dass er sich nicht vertieft mit den Gründen auseinandersetzt, die den *BGH* in seiner „Sturm 34“-Entscheidung von 2009 dazu veranlasst hatten, von einer unionsrechtskonformen Auslegung des Vereinigungsbegriffs abzusehen und stattdessen nach dem Gesetzgeber zu rufen. Der 3. *Strafsenat* hat in dieser Entscheidung vollkommen zutreffend darauf hingewiesen, dass die inhaltliche Übernahme der weiten Definitionen aus den beiden Rahmenbeschlüssen dazu führt, dass das Gesamtsystem des deutschen Strafrechts im Hinblick auf das Zusammenwirken mehrerer Personen neu geordnet werden muss.⁶³ Schließlich führt ein unionsrechtskonform erweiterter Vereinigungsbegriff zu erheblichen inhaltlichen Überschneidungen mit bisher ebenfalls im StGB verwendeten Begriffen und Rechtsinstituten für das strafbare Zusammenwirken mehrerer Personen wie der „Gruppe“ (§ 127 StGB), der Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) oder der Verbrechensverabredung (§ 30 Abs. 2 StGB). Besonders deutlich zeigt sich aber ein Spannungsverhältnis zum Begriff der „Bande“, der an zahlreichen Stellen und nahezu über den gesamten Besonderen Teil des StGB und das Nebenstrafrecht verteilt Verwendung findet. Hierunter ist nach mittlerweile weitgehend konsentierter Definition der Zusammenschluss von mindestens drei Personen zu verstehen, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen.⁶⁴ Ein „gefestigter Bandenwille“ oder ein „Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse“ ist nicht erforderlich. Der RegE geht davon aus, dass sich die unionsrechtlich geprägte Vereinigung von der Bande auch in

Zukunft noch durch „eine – möglicherweise nur rudimentäre – Organisationsstruktur und die Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses“ unterscheiden lässt.⁶⁵ Das aber dürfte allenfalls Wunschdenken sein. Eine rudimentäre Organisationsstruktur besitzen typischerweise auch Banden. Entsprechendes gilt auch für die Verfolgung eines gemeinsamen Interesses, da durch die Aufweichung des voluntativen Elements schon der Wille genügt, gemeinsam Straftaten zu begehen. Mit Blick auf das personelle (mindestens drei Personen) und das zeitliche Vereinigungselement (auf gewisse Dauer angelegt) besteht ohnehin sachliche Kongruenz zwischen Vereinigung und Bande. Insofern zwingen die Vorgaben des EU-Rechts dazu, danach zu fragen, ob ein solcher, europäisierter Vereinigungsbegriff neben den überkommenden Begrifflichkeiten des deutschen Strafrechtssystems in Zukunft überhaupt noch beibehalten werden kann, welche Alternativen es zum bisherigen System des strafbaren Zusammenwirkens mehrerer Personen gibt und wie dies alles möglichst schonend in das nationale Strafrecht überführt und abgegrenzt werden kann. Insbesondere wird zu klären sein, ob Begriffe wie „Vereinigung“ und „Bande“ im StGB zukünftig noch nebeneinander aufrechterhalten werden können.⁶⁶ Insofern ist an diejenigen Stimmen im Schrifttum zu erinnern, die schon de lege lata davon ausgehen, dass die Bande eine kriminelle Vereinigung i.S. von § 129 StGB darstellt⁶⁷ oder doch zumindest eine „Keimzelle“ für eine zur kriminellen Vereinigung verfestigte Personenmehrheit ist⁶⁸ und infolgedessen die Begriffe „Vereinigung“ und „Bande“ weitgehend kongruent bestimmen wollen.⁶⁹

III. Fazit

Der Regierungsentwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ springt somit als Tiger und landet als Bettvorleger. Sollte er Gesetzeswirklichkeit erlangen, würden zentrale Rechtsfragen ungelöst bleiben. Zwar erscheint die mit der Übernahme der unionsrechtlich geprägten Vereinigungsdefinition in das deutsche Strafrecht verbundene, prinzipielle Ausweitung der Strafbarkeit wegen der Beteiligung an kriminellen und terroristischen Vereinigungen vor dem Hintergrund von Art. 4 Abs. 3 EUV unausweichlich. Allerdings geraten die im Entwurf vorgeschlagenen Ausgleichsmaßnahmen zur Einschränkung des Anwendungsbereichs sachlich nicht überzeugend. Vor allem aber werden die mit einer solchen Neuregelung bewirkten Folgewirkungen nicht ausreichend bedacht. Unabhängig davon, ob man den weiten Vereinigungsbegriff der EU-Rahmenbeschlüsse zur Terrorismusbekämpfung und zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität im Wege einer unionsrechtskonformen

⁶¹ Mit dieser Klausel wollten sich EU-Mitgliedstaaten, die wie die Bundesrepublik Deutschland in § 129 StGB auf das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht verzichten, ihren status quo bewahren.

⁶² Vgl. nur *Wolter*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 100c Rn. 10a m.w.N.

⁶³ Vgl. BGHSt 54, 216 (223).

⁶⁴ BGHSt 46, 321; *BGH*, NSTz 2009, 35.

⁶⁵ Vgl. BR-Drs. 795/16, S. 8.

⁶⁶ Zu Recht krit. angesichts des fehlenden theoretischen Überbaus *Eidam*, StV 2012, 373 (374).

⁶⁷ *Altenhain*, ZStW 113 (2001), 112 (145).

⁶⁸ *Toepel*, ZStW 115 (2003), 60 (90).

⁶⁹ *Kreß*, JA 2005, 220 (226); für eine Abänderung der aktuellen Auslegung des Bandenbegriffes *Lang*, in: FS v. Heintschel-Heinegg, S. 291 (300).

Auslegung oder in Gestalt einer harmonisierten Legaldefinition in die §§ 129 ff. StGB überführt, kommt es zu erheblichen inhaltlichen Überschneidungen mit bisher ebenfalls im StGB verwendeten Begriffen und Rechtsinstituten für das strafbare Zusammenwirken mehrerer Per-

sonen. Ohne insbesondere das Verhältnis zwischen Vereinigungen und Banden neu zu bestimmen bzw. diese Begrifflichkeiten zusammenzuführen, sollte der Entwurf keinesfalls in Kraft treten, um den Rechtsanwender nicht vor unlösbare Schwierigkeiten zu stellen.

Strafrechtliche Grenzziehung für Kraftfahrzeugrennen

von Felix Dahlke und

Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland*

Abstract

Vor dem Hintergrund massenmedial vielbeachteter Fälle hat der Bundesrat einen Gesetzentwurf zur strafrechtlichen Erfassung illegaler Kraftfahrzeugrennen beschlossen. Ins StGB sollen neben einem abstrakten Gefährdungsdelikt auch zwei neue konkrete Gefährdungsdelikte eingeführt werden. Während die Regelungen „Lücke“ für die konkreten Gefährdungsdelikte recht klein ist, irritiert beim abstrakten Gefährdungsdelikt der (zu weitgehende) Strafrahmen. Zentraler Kritikpunkt ist indes ein Mangel in der Bestimmtheit der Norm. Es genügt nicht, einfach den Begriff des Kraftfahrzeugrennens aus § 29 Abs. 1 StVO in einen Straftatbestand zu überführen. Damit werden zum einen nur dessen Unklarheiten ins Strafrecht importiert. Zum anderen wird dabei auch nicht hinreichend beachtet, dass die Bestimmtheitsanforderungen im Strafrecht höher sind als im Ordnungswidrigkeitenrecht. Der komplexe Begriff des Kraftfahrzeugrennens bedarf eines geeigneten sprachlichen Kontextes, um die Norm bestimmt und systematisch stimmig zu formulieren.

I. Ausgangslage

Eine „etablierte Raserszene“, deren Mitglieder öffentliche Straßen entweder geplant oder auch spontan für illegale Rennen nutzen, was dann nur unzureichend als Ordnungswidrigkeit geahndet werden könne:¹ Mit diesem Bild vor Augen hat der Bundesrat am 23.9.2016 einen Gesetzentwurf zur Kriminalisierung nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen beschlossen. „Zunehmend“ seien Fälle illegaler Kraftfahrzeugrennen zu beobachten.² Zumindest in den Massenmedien waren in jüngerer Zeit Fälle sehr präsent, allen voran der Fall zweier inzwischen wegen Mordes angeklagter Männer, denen vorgeworfen wird, sich mit ihren Fahrzeugen auf dem Kurfürstendamm ein Rennen geliefert zu haben, bei dem durch eine Kollision ein Unbeteiligter getötet wurde. Schon vor dem Hintergrund der medialen Beachtung wird die Gesetzesinitiative wohl – jedenfalls im Wesentlichen – Erfolg haben. Denn während die Bundesregierung dem Gesetzgebungsvorhaben zunächst ablehnend gegenüberstand und keinen Handlungsbedarf sah, da „die Belange der Allgemeinheit [...]“

sowohl bußgeldrechtlich als auch strafrechtlich hinreichend geschützt“ seien,³ wird in der offiziellen Stellungnahme zum Gesetzentwurf nunmehr „Verständnis für das Anliegen des Bundesrats“ geäußert und die Kritik lediglich auf redaktionelle Aspekte beschränkt.⁴ Auch aus der Wissenschaft war bislang kaum breitere Kritik zu vernehmen. Zwar äußerte sich Zieschang dem Vorhaben gegenüber kritisch, doch beruht die grundlegende Kritik hauptsächlich auf der generellen Ablehnung abstrakter Gefährdungsdelikte.⁵ Zustimmung steht dagegen Kubiciel der Gesetzesinitiative gegenüber und befürwortet sogar eine noch weitergehende Strafbarkeit durch einen offeneren Rennbegriff bzw. die Loslösung von diesem zentralen Begriff.⁶

II. Überblick über den Gesetzentwurf

Der Gesetzentwurf in seiner aktuellen Fassung sieht vor, den bisherigen Bußgeldtatbestand in §§ 29 Abs. 1, 49 Abs. 2 Nr. 5 StVO durch Straftatbestände zu ersetzen. Geschaffen werden soll zunächst ein abstraktes Gefährdungsdelikt, das im Hinblick auf nicht genehmigte Kraftfahrzeugrennen die Veranstaltung oder Teilnahme unter Strafe stellt (§ 315d Abs. 1 StGB-E). Dieser Tatbestand bildet den Kern des Gesetzentwurfs, an den die übrigen Vorschriften begrifflich anknüpfen. Folgender Wortlaut ist vorgesehen:

„§ 315d

Verbotene Kraftfahrzeugrennen

(1) *Wer im Straßenverkehr*

1. *ein nicht genehmigtes Kraftfahrzeugrennen veranstaltet oder*
2. *als Kraftfahrzeugführer an einem nicht genehmigten Kraftfahrzeugrennen teilnimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“⁷*

Hinzu kommen zwei konkrete Gefährdungsdelikte, in Gestalt einer Vorsatz-Vorsatz- (§ 315d Abs. 2 StGB-E) und einer Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination (§ 315d

* Felix Dahlke ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Klaus Hoffmann-Holland Professor im Arbeitsbereich Kriminologie und Strafrecht an der Freien Universität Berlin.

¹ Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 1.

² A.a.O.

³ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 18/8993 S. 3.

⁴ Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/10145, Anlage 2, S. 12. Die Kritik bezieht sich auf bislang nicht im Entwurf enthaltene notwendig werdende Folgeänderungen bei der beabsichtigten Streichung der bisherigen Regelung als Ordnungswidrigkeit.

⁵ Zieschang, JA 2016, 721 (722, 726).

⁶ Kubiciel, jurisPR-StrafR 16/2016 Anm. 1. Sowohl Kubiciels als auch Zieschangs Betrachtung beziehen sich noch auf den Wortlaut des Gesetzesantrags. Beschlossen hat der Bundesrat letztlich einen modifizierten Gesetzentwurf (vgl. unten II. und III. 1.). Für die Beurteilung durch die beiden Autoren dürften die Abänderungen aber unerheblich sein.

⁷ Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 1.

Abs. 3 StGB-E) in Anlehnung an § 315c StGB. Von der im ursprünglichen Gesetzesantrag geplanten Eingliederung als achte „Todsünde“ in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB, der Verstöße gegen grundlegende straßenverkehrliche Pflichten strafbewehrt,⁸ wurde in der Beschlussfassung des Gesetzentwurfs zugunsten dieser eigenständigen Regelung abgesehen.⁹ Weiterhin ist die Schaffung eines erfolgsqualifizierten Delikts vorgesehen, das an § 315 Abs. 3 Nr. 2 StGB angelehnt ist, aber neben den dort vorgesehenen schweren Folgen auch die Herbeiführung des Todes umfasst (§ 315d Abs. 4 StGB-E). Schließlich soll flankierend die Möglichkeit der Einziehung der bei illegalen Rennen benutzten Kraftfahrzeuge geschaffen werden (§ 315f StGB-E)¹⁰ und durch die Aufnahme von § 315d Abs. 1 StGB-E in den Katalog des § 69 Abs. 2 StGB die Entziehung der Fahrerlaubnis regelmäßige Folge der Tat sein.

III. Kritische Analyse

1. Regelungsbedarf und Systematik

Unterzieht man den Gesetzentwurf einer kritischen Betrachtung aus systematischer Sicht, stellt sich im Hinblick auf die konkreten Gefährdungsdelikte in § 315d Abs. 2 und 3 StGB-E zunächst die Frage, ob der Gesetzgeber überhaupt eine praktisch relevante Regelung trifft. Während das abstrakte Gefährdungsdelikt in § 315d Abs. 1 StGB-E zweifellos bislang nicht kriminalisiertes Verhalten unter Strafe stellt, gilt das für § 315d Abs. 2 und 3 StGB-E nur in praktisch sehr geringem Umfang. Wie von *Zieschang* zutreffend bemerkt¹¹ und auch in der Entwurfsbegründung selbst angedeutet,¹² dürften sich Teilnehmer an einem Rennen, bei dem es zu einer konkreten Gefährdung (oder einer Schädigung) kommt, meist ohnehin nach § 315c Abs. 1 Nr. 2 bzw. Abs. 3 StGB strafbar machen, da bei Rennen die Verwirklichung zumindest einer der ersten fünf „Todsünden“ im Straßenverkehr (§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a-e StGB) eher die Regel als die Ausnahme sein wird. Die Entwurfsbegründung verweist darauf, dass jedoch eine „Lücke“ bestehe, wenn „ein beteiligtes Fahrzeug auf einer breiten, übersichtlichen Straße außer Kontrolle“ gerate und „auf dem Gehweg nur zufällig einen Fußgänger“ verfehlt.¹³ Da in diesem Fall keine der „Todsünden“ einschlägig wäre, kann man dem Gesetzentwurf im Hinblick auf die konkreten Gefährdungsdelikte nicht entgegenhalten, er hätte keinen Regelungsgehalt. Zuzustimmen ist aber auch *Zieschangs* Einschätzung, dass der Gesetzentwurf insoweit „keine besonderen Umwälzungen“ mit sich bringt.¹⁴

Das abstrakte Gefährdungsdelikt in § 315d Abs. 1 StGB-E wiederum bedarf einer kritischen Betrachtung im Hinblick auf den vorgesehenen Strafraumen.

In der ursprünglichen Fassung des § 315d Abs. 1 StGB-E war eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren vorgesehen. Ein solcher Strafraumen wäre in keiner Weise mit dem Strafraumgefüge der übrigen Verkehrsdelikte in Einklang zu bringen, bei denen das abstrakte Gefährdungsdelikt der Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist und selbst die konkrete (!) Gefährdung des Straßenverkehrs bei vorsätzlichem Handeln und fahrlässiger Gefährverursachung (§ 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB) lediglich mit einer Strafandrohung von bis zu zwei Jahren belegt ist. Der Gesetzentwurf in der Beschlussfassung sieht nunmehr eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren vor. Durch diese Reduktion wird die Diskrepanz zu den anderen Verkehrsdelikten zwar gemildert, dennoch ist der Strafraumen im Vergleich weiterhin zu hoch angesetzt. In der Entwurfsbegründung der Beschlussfassung wird der gegenüber der Trunkenheitsfahrt erhöhte Strafraumen damit begründet, dass die „abstrakte Gefährlichkeit und der Unrechtsgehalt von illegalen Rennen größeren Ausmaßes mit zahlreichen Teilnehmern [...] bedeutend höher sein“ können als einer „durch einen Einzelnen begangenen Trunkenheitsfahrt“.¹⁵ Diese Wertung ist sicherlich nicht unplausibel. Vor dem Hintergrund, dass bei Eintritt einer konkreten Gefährdung die Strafe ohnehin aus den höheren Strafraumen in § 315d Abs. 2 und 3 StGB-E, nämlich bis zu fünf bzw. bis zu drei Jahren, zu entnehmen ist, der Strafraumen von § 315d Abs. 1 StGB-E von vornherein also nur dann zur Anwendung kommt, wenn im Ergebnis nicht nur keinerlei Rechtsgutschädigung eingetreten ist, sondern nicht einmal konkret drohte,¹⁶ muss man dennoch Zweifel an der Angemessenheit einer Strafandrohung von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe haben. Vor allem aber bleibt es unabhängig von dem Verhältnis zum Strafraumen der Trunkenheitsfahrt dabei, dass sich der Strafraumen des § 315d Abs. 1 StGB-E nicht mit § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB in Einklang bringen lässt. Hier wie dort wird vorsätzliches, zunächst nur abstrakt gefährliches, Verhalten verlangt. Während es bei § 315d Abs. 1 StGB-E damit seine Bewandnis hat, verlangt § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB darüber hinaus die fahrlässige Verursachung einer konkreten Gefahr. Diese konkrete Gefahr, die nach herkömmlicher Ansicht zumindest die Qualität eines „Beinahe-Unfalls“¹⁷ haben muss, ist ein so deutliches Mehr an Unrecht, dass nicht beide Tatbestände den gleichen Strafraumen haben können. Dies gilt umso mehr, als der Strafraumen des § 315c Abs. 3 StGB – anders als § 315d Abs. 1 StGB-E – auch in den Fällen

⁸ *Pegel*, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2014), § 315c Rn. 44.

⁹ Dadurch wurde auch eine kleine Unschönheit des ursprünglichen Gesetzesantrags vermieden: Folge der ursprünglich angedachten Ergänzung des § 315c StGB um eine achte „Todsünde“ wäre gewesen, dass es beim Kraftfahrzeugrennen mit konkreter Gefährdung eine hier denklogisch ausgeschlossene Fahrlässigkeit-Fahrlässigkeits-Kombination gegeben hätte, vgl. auch Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 10.

¹⁰ Zu ähnlichen Ansätzen in den USA vgl. *Peak/Glensor*, Street Racing, Problem-Specific Guides Series Guide No. 28, 2004, S. 22 f.; zur Wirksamkeit vgl. *Worrall/Tibbetts*, Explaining San Diego's Decline in Illegal Street-Racing Casualties, Justice Quarterly (Vol. 23) 2006, S. 530 ff.

¹¹ *Zieschang*, JA 2016, 721 (722).

¹² Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 9.

¹³ A.a.O.

¹⁴ *Zieschang*, JA 2016, 721 (722).

¹⁵ Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 8 f.

¹⁶ Dies ist auch der Anknüpfungspunkt für grundsätzliche Kritik an diesem Deliktstyp, vgl. *Zieschang*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 316 Rn. 4.

¹⁷ *BGH*, NJW 1995, 3131 (3132); *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 315c Rn. 33 m.w.N.

maßgebend ist, in denen der Schaden eintritt, solange es sich nicht um einen Schaden an Leib oder Leben handelt.

Von § 315d Abs. 1 StGB-E abgesehen sind die Strafraumen aus systematischer Sicht sinnvoll gewählt. Der Strafraumen des § 315d Abs. 2 StGB-E (bis zu fünf Jahre) entspricht dem des § 315c Abs. 1 StGB. Der Strafraumen von § 315d Abs. 3 StGB-E (bis zu drei Jahre) geht zwar über den bereits angesprochenen Strafraumen des § 315c Abs. 3 StGB (bis zu zwei Jahre) hinaus, doch enthält § 315d Abs. 3 StGB-E anders als § 315c Abs. 3 StGB keine Fahrlässigkeit-Fahrlässigkeits-Kombination, da ein fahrlässiges Handeln „denklogisch nicht möglich“¹⁸ ist, so dass gegen den höheren Strafraumen keine Bedenken bestehen.

2. Bestimmtheit des Gesetz(entwurfs)

Zentraler Begriff des Gesetzentwurfs ist der des „Kraftfahrzeugrennens“ in § 315d Abs. 1 StGB-E. Sämtliche Neuregelungen knüpfen über Verweise auf § 315d Abs. 1 StGB-E an diesen Begriff an. Gesetzlich näher umschrieben werden soll dieser Begriff nach dem Entwurf aber nicht. Damit lässt der Bundesrat eine zentrale gesetzgeberische Aufgabe ungelöst. Sollte der Entwurf in dieser Fassung Gesetz werden, wird es der Rechtsprechung obliegen, den vagen Begriff des Kraftfahrzeugrennens zu präzisieren.

Dabei übergeht der Bundesrat das Problem der Begriffsbestimmung nicht nur im Gesetzestext, sondern auch in der Entwurfsbegründung weitgehend. Die Ausführungen zur Bedeutung des Rennbegriffs bestehen im Wesentlichen aus der quasi wortlautgleichen Wiedergabe einer Definition des *OLG Hamm*¹⁹ zum Rennbegriff im bisherigen § 29 Abs. 1 StVO.²⁰ Dass diese schon als abschließende Definition für § 29 Abs. 1 StVO nicht tragfähig ist – und vom *OLG Hamm* so auch nicht gemeint sein dürfte – und noch weniger als Definition für den Rennbegriff in § 315d Abs. 1 StGB-E, wird noch zu zeigen sein. Ohnehin bliebe es auch bei den denkbar ausführlichsten und detailliertesten Ausführungen dabei, dass der Gesetzentwurf selbst keinerlei Präzisierung enthält.

a) Bestimmtheit durch Anknüpfung an „bereits eingeführte Gesetzesmerkmale“?

Geradezu zwangsläufig stellt sich bei einem Strafgesetzentwurf, nach welchem sich das gesamte Unrecht des neu zu schaffenden Tatbestands in einem einzigen, gesetzlich nicht näher definierten Begriff konzentriert, die Frage, ob insoweit den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG an die Normbestimmtheit Genüge getan ist.

In der Rechtsprechung des *BVerfG* ist durchaus anerkannt, dass die Bestimmtheit einer Norm, die unbestimmte

Rechtsbegriffe verwendet, sich auch daraus ergeben kann, dass sie durch die Rechtsprechung eine hinreichende Präzisierung erfahren hat.²¹ Dieser Grundsatz ist es wohl, auf den der Bundesrat in seiner Begründung anspielt, wenn er – quasi als Rechtfertigung für die knappen inhaltlichen Ausführungen zum Rennbegriff – darauf verweist, dass mit dem Begriff des Kraftfahrzeugrennens auf „bereits eingeführte Gesetzesmerkmale“ zurückgegriffen werde.²² Allerdings scheidet die Annahme, der Gesetzentwurf sei schon deswegen hinreichend bestimmt, weil die bisherige Ordnungswidrigkeit nach §§ 29 Abs. 1, 49 Abs. 2 Nr. 5 StVO ebenfalls nur an ein „Rennen mit Kraftfahrzeugen“ anknüpft, aus drei Gründen:

aa) Erstens wachsen die Anforderungen an die Präzision von Tatbeständen nach der Rechtsprechung des *BVerfG* mit der Intensität der Auswirkungen.²³ Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass „die Beurteilung einer Handlung als ordnungswidrig nicht zugleich einen sozial-ethischen Vorwurf enthält, wie er das Wesen der Kriminalstrafe charakterisiert“.²⁴ Daraus, dass der Begriff des Kraftfahrzeugrennens für die Ordnungswidrigkeit nach §§ 29 Abs. 1, 49 Abs. 2 Nr. 5 StVO (noch) bestimmt genug gewesen sein mag, ließe sich also nicht ableiten, dass dies auch für die Straftatbestände des Gesetzentwurfs gelten soll, zumal für die Erfolgsqualifikation (§ 315d Abs. 4 StGB-E) sogar Verbrechensstrafe angedroht ist.

bb) Zweitens ist es eine Fehlannahme, dass mit dem Gesetzentwurf auf etablierte Tatbestandsmerkmale zurückgegriffen werde. Dem Wortlaut nach trifft dies zwar zu. Doch kann der Rennbegriff in § 29 Abs. 1 StVO aus systematischen und teleologischen Gründen nicht dem Begriff in § 315d Abs. 1 StGB-E entsprechen, sondern geht über diesen hinaus. § 315d Abs. 1 StGB-E ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Der Entwurfsbegründung zufolge, die das „Gefährdungspotential für höchstwertige Rechtsgüter wie Leib und Leben“²⁵ und die „Risiken für Leib und Leben anderer Verkehrsteilnehmer“²⁶ betont, scheint es vor allem dem Schutz von Individualrechtsgütern anderer Verkehrsteilnehmer zu dienen. Nach der offensichtlichen – und in der Entwurfsbegründung auch mehrfach angesprochenen²⁷ – Parallele zum anderen abstrakten Gefährdungsdelikt im Bereich des Straßenverkehrs, der Trunkenheit im Verkehr nach § 316 StGB, dürfte der Schutzzweck wohl eher im Schutz des Kollektivrechtsguts „Sicherheit des Straßenverkehrs“ zu sehen sein. Denn auch § 316 StGB dient nach Wortlaut und Systematik dem Schutz der Sicherheit des Verkehrs und entfaltet nur reflexhaft individualschützende Wirkung.²⁸ In jedem Fall geht der Schutzzweck der bisherigen Renn-Verbotnorm in § 29 Abs. 1 StVO über die Sicherheit des Straßenverkehrs und einen etwaigen Individualrechtsschutz hinaus. Zwar wird in der Verordnungsbegründung der Bundesregierung im Hinblick auf das Rennverbot in § 5 StVO a.F.

¹⁸ Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 10.

¹⁹ Zitiert wird *OLG Hamm*, Beschl. v. 5.3.2013 – III-1 RBs 24/13.

²⁰ Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 8.

²¹ *BVerfGE* 26, 41 (Rn. 14); vgl. *BVerfGE* 45, 363 (Rn. 37).

²² Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 8.

²³ *BVerfGE* 14, 245 (Rn. 23); *BVerfGE* 26, 41 (Rn. 12).

²⁴ *BVerfG*, NJW 2016, 3648 (3652).

²⁵ Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 1, 4.

²⁶ A.a.O., S. 7.

²⁷ A.a.O., S. 7, 9.

²⁸ Pegel, in: *MüKo-StGB*, 2. Aufl. (2014), § 316 Rn. 1; vgl. auch Heger, in: *Lackner/Kühl, StGB*, 28. Aufl. (2014), § 316 Rn. 1; Zieschang, in: *NK-StGB*, 4. Aufl. (2013), § 316 Rn. 11.

ausschließlich auf den Aspekt der Sicherheit des Straßenverkehrs eingegangen,²⁹ doch schon aus der Überschrift – in § 5 StVO a.F. „Übermäßige Benutzung öffentlicher Straßen“ und in § 29 StVO n.F. „Übermäßige Straßenbenutzung“ – ergibt sich, dass das bisherige Rennverbot in einem völlig anderen Kontext steht. So geht auch das *BVerwG* in einer Entscheidung zur Frage des Verbots motorsportlich organisierter Kraftfahrzeugrennen mit Blick auf diese Überschrift davon aus, dass es der Zweck des § 29 StVO ist, Straßenbenutzungen zu verhindern, „für die die Straßen nicht gebaut sind“.³⁰ Nicht als alleiniger, sondern lediglich als weiterer Zweck, tritt der Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs sowie der Schutz anderer Fahrer und etwaiger Zuschauer hinzu.³¹ Zudem dient die Norm auch der Abwehr von Gefahren für die Umwelt, etwa aufgrund von zusätzlicher Lärm- und Abgasbelastung.³² Dass die Regelungszwecke von § 29 Abs. 1 StVO und § 315d Abs. 1 StGB-E nicht übereinstimmen, hat im Grunde auch der Bundesrat erkannt. In der Entwurfsbegründung ist angeführt, dass das geltende Recht Kraftfahrzeugrennen – lediglich – „als eine verbotene Form der übermäßigen Straßenbenutzung“ behandle.³³ Die sich aufdrängende Schlussfolgerung, dass bei dem so viel weiteren Regelungszweck des § 29 Abs. 1 StVO die einzig wirklich bedeutungsvollen Tatbestandsmerkmale, das „Rennen mit Kraftfahrzeugen“ in § 29 Abs. 1 StVO und das „Kraftfahrzeugrennen“ in § 315d Abs. 1 StGB-E, bei ansonsten im Wesentlichen unverändertem Tatbestand kaum die gleiche Bedeutung haben kann und demnach insoweit gerade nicht auf ein bereits eingeführtes Gesetzesmerkmal zurückgegriffen wird, zieht der Bundesrat aber nicht.

cc) Drittens kommt hinzu, dass auch der Rennbegriff in § 29 Abs. 1 StVO keineswegs hinreichend geklärt ist. Es zeigen sich bei näherer Betrachtung Unschärfen auch in Grundelementen des § 29 Abs. 1 StVO:

(1) Im Ausgangspunkt setzt ein Rennen nach der Definition in der Entwurfsbegründung einen Wettbewerb, d.h. in erster Linie auch eine Form der Wertung bzw. Siegermittlung, voraus³⁴:

„Ein Rennen ist demnach ein Wettbewerb oder Wettbewerbsteil zur Erzielung von Höchstgeschwindigkeiten mit Kraftfahrzeugen, bei denen zwischen mindestens zwei Teilnehmern ein Sieger durch Erzielung einer möglichst hohen Geschwindigkeit ermittelt wird, wobei es einer vorherigen Absprache aller Beteiligten nicht bedarf.“³⁵

Diese Formulierung stammt aus der Rechtsprechung des *OLG Hamm*.³⁶ In zwei veröffentlichten Entscheidungen

aus 2013 hatte sich das Gericht mit Rennen zu befassen. Eine der Entscheidungen wird im Gesetzentwurf auch als Beleg für die Definition angeführt.

Ausgerechnet die zitierte Entscheidung des *OLG Hamm* erweist sich aber im Hinblick auf die Anforderungen an den Wettbewerbsaspekt als unklar. Das *OLG* schließt sich in dieser Entscheidung den Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft ausdrücklich an, dass es für die Annahme eines Rennens nicht der Feststellung bedürfe, dass es den Beteiligten um eine Siegermittlung gegangen sei, da auch „Geschicklichkeits-, Zuverlässigkeits-, Leistungsprüfungs- und Orientierungsfahrten“ dem Rennbegriff unterfielen. So vollkommen, wie er formuliert wurde, scheint dieser Anschluss aber nicht gemeint zu sein, denn das *OLG* merkt zum Schluss der Entscheidung an, dass sich die Umstände, aus denen sich auf eine Siegermittlung schließen lasse, noch hinreichend aus dem amtsgerichtlichen Urteil ergäben, da ersichtlich ausgeschlossen sei, dass die Beteiligten nur „aus Vergnügen“ handelten.³⁷ Womöglich ist es diese missverständliche Entscheidung des *OLG Hamm*, die das *OLG Oldenburg* dazu bewogen hat, in einer aktuellen Entscheidung, zu der bislang lediglich eine Pressemitteilung veröffentlicht wurde, Feststellungen zum Wettbewerb tatsächlich nicht für erforderlich zu halten. In dieser Entscheidung hält das Gericht die amtsgerichtliche Verurteilung trotz des Einwands des Fahrers aufrecht, es fehle am wettbewerblichen Charakter der Fahrt, da ein illegales Rennen auch vorläge, wenn es den Fahrern nicht um die Ermittlung eines Siegers, sondern nur um möglichst schnelles Fahren ginge.³⁸

(2) Sieht man hiervon ab und geht nach dem herkömmlichen Verständnis davon aus, dass ein Rennen grundsätzlich einen Wettbewerb voraussetzt, stellt sich die Frage, nach welchem Kriterium der Sieger zu ermitteln ist. Nach der Definition des Bundesrats geht es ausschließlich um die Erzielung einer hohen Geschwindigkeit. Bei § 29 Abs. 1 StVO ist aber – insoweit treffen die obigen Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft beim *OLG Hamm* zu – anerkannt, dass auch Geschicklichkeits-, Zuverlässigkeits-, oder Leistungsprüfungsfahrten dem Rennbegriff unterfallen, solange der Geschwindigkeitsaspekt zumindest mitbestimmend ist.³⁹ Der *BGH* etwa sah die Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 StVO auch bei einer „Gleichmäßigkeitsprüfung“, bei der die Geschwindigkeit nur von nachgeordneter Bedeutung war, als gegeben an. Hintergrund dieser Entscheidung war zwar nicht unmittelbar § 29 Abs. 1 StVO, sondern die Frage nach bestehendem Versicherungsschutz. Doch wird der Begriff der „Fahrveranstaltung, bei der es auf Erzielung einer Höchst-

²⁹ BR-Drs. 391/55, S. 21.

³⁰ BVerwGE 104, 154 (Rn. 32); vgl. auch Janker/Hühnermann, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, 24. Aufl. (2016), § 29 StVO Rn. 1: „§ 29 regelt die über den Gemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung“.

³¹ Vgl. BVerwGE 104, 154 (Rn. 31 ff.); *OVG Lüneburg*, Urte. v. 12.8.1996 – 12 L 7814/95 Rn. 41.

³² *OVG Lüneburg*, *OVG Lüneburg*, Urte. v. 12.8.1996 – 12 L 7814/95 Rn. 42.

³³ Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 1, 4.

³⁴ *OLG Hamm*, Beschl. v. 13.6.2013 – III-1 RBs 72/13 Rn. 8; *OVG Lüneburg*, Urte. v. 12.8.1996 – 12 L 7814/95 Rn. 32.

³⁵ Gesetzentwurf, BR-Drs. 362/16(B), S. 8.

³⁶ Zitiert wird *OLG Hamm*, Beschl. v. 5.3.2013 – III-1 RBs 24/13; die Passage findet sich dort quasi wortlautgleich in Rn. 9.

³⁷ *OLG Hamm*, NZV 2013, 403 (404).

³⁸ *OLG Oldenburg*, Pressemitteilung v. 4.11.2016 – 2 Ss (OWi) 292/16.

³⁹ Ausdrücklich: Janker/Hühnermann, in: Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, § 29 StVO Rn. 2; wohl auch König, in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 42. Aufl. (2015), § 29 StVO Rn. 2.

geschwindigkeit ankommt“ aus den Allgemeinen Bedingungen für die KfZ-Versicherung (AKB) üblicherweise als gleichbedeutend mit dem Rennbegriff in § 29 Abs. 1 StVO verstanden.⁴⁰ Bei der Gleichmäßigkeitsprüfung ging es primär darum, dieselbe Strecke zweimal in identischer Zeit zu fahren. Die höchste Durchschnittsgeschwindigkeit war nur als sekundäres Kriterium im Falle eines Gleichstandes heranzuziehen.⁴¹ Hierin liegt der erste Unterschied zu § 315d Abs. 1 StGB-E, jedenfalls dann, wenn man obige Definition des Bundesrates zugrunde legt und damit einen primär auf Geschwindigkeit ausgerichteten Wettbewerb verlangt. Dass man aber auch im Hinblick auf § 315d Abs. 1 StGB-E den Begriff des Rennens wie in § 29 Abs. 1 StVO deutlich weiter verstehen könnte, zeigt sich darin, dass nach Ziffer 2 der Ausschussempfehlungen des Rechts- und Innenausschusses des Bundesrats in die Entwurfsbegründung folgende Textpassage eingefügt werden sollte:

„Als Kraftfahrzeugrennen werden dabei nicht nur Geschwindigkeitsrennen erfasst, sondern auch Geschicklichkeits-, Zuverlässigkeits-, Leistungsprüfungs- und Orientierungsfahrten. Hervorzuheben ist, dass das erhöhte Gefahrenpotential bei der Vornahme eines illegalen Straßenrennens nicht nur durch die erzielte Höchstgeschwindigkeit geprägt ist, sondern - insbesondere im innerstädtischen Bereich - auch durch eine möglichst rücksichtslose, riskante und risikoreiche Fahrweise (zum Beispiel sogenannte "Burnout", "Wheelies", "Stoppies" oder "Donuts") dieser weiteren Arten von Kraftfahrzeugrennen.“⁴²

Die Länder Berlin und Sachsen sprachen sich für die Annahme dieser Ziffer aus.⁴³ Letztlich votierte das Plenum aber für die alternative Ziffer 1 der Ausschussempfehlungen, die die oben bereits genannte Definition enthielt.⁴⁴

(3) Die in der Begründung des Gesetzentwurfs angeführte Definition setzt – auch insoweit dem *OLG Hamm*⁴⁵ folgend – mindestens zwei Teilnehmer am Rennen voraus. Nach Rn. 1 der Verwaltungsvorschrift zu § 29 StVO werden neben Wettbewerben – die naturgemäß mindestens zwei Teilnehmer voraussetzen – aber auch „Veranstaltungen zur Erzielung von Höchstgeschwindigkeiten oder höchsten Durchschnittsgeschwindigkeiten mit Kraftfahrzeugen (z.B. Rekordversuch)“ umfasst. Eine Verwaltungsvorschrift ist zwar für Gerichte nicht bindend, faktisch aber bedient sich die Rechtsprechung ihrer gerne⁴⁶ und auch *König* begreift „Rekordversuche einzelner Kfz“ im Anschluss an die Verwaltungsvorschrift als Kraftfahrzeugrennen⁴⁷.

(4) Ein weiterer zentraler Aspekt betrifft die Frage, inwieweit durch das als Rennen einzustufende Ereignis allgemeine Verkehrsregeln verletzt werden müssen. Der vierte

Zivilsenat des BGH hat eine Etappe der Rallye Monte Carlo (die sog. „gemeinsame Strecke“), bei der für die Zulassung zu einer späteren Zusatzprüfung (unstreitig ein Rennen) eine „sehr schwierige Bergstrecke“ auf öffentlichen Straßen bei normalem Straßenverkehr unter Einhaltung einer vorgegebenen „recht hohen“ Durchschnittsgeschwindigkeit zurückzulegen war, nicht als Rennen eingestuft.⁴⁸ Auch in dieser Entscheidung ging es nicht unmittelbar um § 29 Abs. 1 StVO, sondern um den Versicherungsschutz.

Die Besonderheit bestand darin, dass in der konkreten Etappe die Verkehrsvorschriften einzuhalten waren, insbesondere durfte die zulässige Höchstgeschwindigkeit nicht überschritten werden. Der erstmalige Verstoß wurde mit einer Zeitstrafe, ein wiederholter Verstoß mit dem Ausschluss vom Wettbewerb geahndet. Maßgebendes Argument war die schwierige Abgrenzung von „Zuverlässigkeitsfahrten“ von „Prüfungsfahrten“. Zwar sei die Gefährdung auch bei ersteren – jedenfalls unter solchen Bedingungen – erheblich größer als bei normalen Fahrten, doch gelte es eine praktikable und einheitliche Rechtsanwendung zu sichern, so dass nicht in jedem Einzelfall – insbesondere auch jeweils für unterschiedliche Abschnitte einer längeren Veranstaltung – geprüft werden könne, ob – etwa aufgrund der Höhe der angesetzten Durchschnittsgeschwindigkeit – die Erreichung einer sehr hohen Geschwindigkeit die dominierende Rolle für die Fahrweise spiele.⁴⁹ Die Ausrichtung auf Erzielung einer hohen Durchschnittsgeschwindigkeit reiche daher nicht, wenn die Veranstaltung mit polizeilicher Genehmigung und Überwachung unter Beachtung der Sicherheitserfordernisse erfolge.⁵⁰

Demgegenüber hat das *OLG Karlsruhe* die „Europa-Canonball-Rallye“ (auf einer Strecke von Norddänemark nach Spanien) als Rennen i.S. des § 29 Abs. 1 StVO eingestuft. Obgleich dabei kein gleichzeitiger Start gewährleistet ist, wird als Sieger angesehen, wer die Strecke in kürzester Zeit zurücklegt. Der Hinweis des Veranstalters, dass die Teilnehmer sich an die Verkehrsvorschriften zu halten haben, ändere daran nichts.⁵¹ Die Bemerkung, dass es auf die Einhaltung der geltenden Verkehrsregeln nicht ankomme, findet sich auch in Rn. 1 der Verwaltungsvorschrift zu § 29 StVO.

dd) Wegen der grundsätzlich anderen Bestimmtheitsanforderungen an Strafnormen, der Abweichung im Schutzzweck und der Unschärfen des Rennbegriffs in § 29 Abs. 1 StVO ergibt sich die hinreichende Bestimmtheit der neuen Tatbestände also nicht durch das Anknüpfen an ein etabliertes Tatbestandsmerkmal. Noch keine Aussage ist damit getroffen über die Frage der Bestimmtheit nach

⁴⁰ *OLG Hamm*, NZV 1989, 312; *OLG Köln*, NZV 2007, 75 (76) m.w.N.; vgl. auch BGHZ 154, 316 (Rn. 11); *OLG Hamm*, r+s 1990, 43.

⁴¹ BGHZ 154, 316 (Rn. 1).

⁴² Ausschussempfehlungen, BR-Drs. 362/1/16, S. 12.

⁴³ BR-Plenarprotokoll 948. Sitzung, Anlage 13 (S. 387).

⁴⁴ A.a.O., S. 352.

⁴⁵ *OLG Hamm*, Beschl. v. 13.6.2013 – III-1 RBs 72/13 Rn. 8.

⁴⁶ Der Rekordversuch findet sich als Teil der Renndefinition – allerdings jeweils ohne, dass es in dem konkreten Fall darauf ankäme – etwa bei *OLG Jena*, Beschl. v. 6.9.2004 – 1 Ss 139/04 Rn. 9; *OLG Hamm*, MDR 1997, 735; *OLG Braunschweig*, NZV 1995, 38.

⁴⁷ *König*, in: Hentschel/König/Dauer, § 29 StVO Rn. 2.

⁴⁸ *BGH*, Urt. v. 26.11.1975 – IV ZR 122/74 Rn. 5 f.

⁴⁹ A.a.O., Rn. 6.

⁵⁰ A.a.O., Rn. 7.

⁵¹ *OLG Karlsruhe*, VRS 66 (1984), 56 f.

allgemeinen Maßstäben, wenn auch die gerade aufgezeigten Unschärfen des Rennbegriffs in § 29 Abs. 1 StVO die bereits geäußerten Bedenken verstärken.

b) Bestimmtheit nach allgemeinen Maßstäben

In der Literatur ist die Formulierung verbreitet, dass Strafnormen so präzise wie möglich sein müssen, um dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu genügen.⁵² Legt man diese Forderung zugrunde, so scheint der Gesetzentwurf schon deswegen zu unbestimmt zu sein, weil der Bundesrat in der Entwurfsbegründung eine Definition anführt, es im Entwurf selbst aber bei dem bloßen Begriff des Kraftfahrzeugrennens belässt. Denn es wäre ohne Weiteres – ohne übermäßige sprachliche Verrenkungen – möglich, den Begriff des „Kraftfahrzeugrennens“ auch im Gesetz mit den Worten der Definition zu umschreiben. Allerdings kann der Maßstab der „größtmöglichen Präzision“ nicht in einem lediglich sprachtechnischen Sinne verstanden werden. Denn alles kann stets in eine noch präzisere sprachliche Form gegossen werden, so dass jede Strafnorm unbestimmt wäre. Für die Frage, ob es „möglich“ ist, eine Strafnorm präziser zu fassen, also eine unbestimmte Strafnorm vorliegt, müssen demnach zwangsläufig auch andere Aspekte zu berücksichtigen sein. Welche dies sein sollen, bleibt allerdings unklar. *Eser* und *Hecker* verlangen insoweit, dass die Norm durch die präzisere Fassung gleichermaßen funktionsfähig bleiben muss.⁵³ Damit wird die Wertungsfrage der Bestimmtheit lediglich durch die Frage danach ersetzt, ob eine präzisere Formulierung „möglich“ bzw. gleichermaßen funktionsfähig ist, ohne dass damit eine konkrete Klärung verbunden wäre. Das Erfordernis der „größtmöglichen“ Präzision liefert daher insgesamt kein brauchbares Kriterium für die Abgrenzung von hinreichend bestimmten und zu unbestimmten Strafnormen.⁵⁴ Zuzugeben ist diesem Maßstab aber, dass er einen zentralen Aspekt des Bestimmtheitsgebots besonders hervorhebt: Der Gesetzgeber darf die ihm obliegende abstrakte Wertentscheidung nicht auf den Richter abschieben.⁵⁵

Auf diesen Aspekt verweist auch das *BVerfG*. So enthält Art. 103 Abs. 2 GG nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ein „striktes Bestimmtheitsgebot“, welches den Gesetzgeber verpflichtet, selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit zu entscheiden.⁵⁶ Den Gesetzgeber trifft demnach die Verpflichtung, „wesentliche Fragen, der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.“⁵⁷ Aufgrund der „Vielgestaltigkeit des Lebens“ sei

der Gesetzgeber aber nicht zur ausschließlichen Verwendung von deskriptiven Tatbestandsmerkmalen gezwungen, sondern dürfe auch auf wertungsausfüllungsbedürftige Merkmale zurückgreifen.⁵⁸

Somit legt das *BVerfG* durch das maßgeblich herangezogene Kriterium der bloßen Auslegbarkeit letztlich einen recht großzügigen Maßstab an.

Insbesondere wenn man es mit *Roxin* genügen lässt, dass „der Wortlaut einer beliebigen Interpretation immerhin noch Grenzen setzt“ und eine Strafvorschrift erst dann für zu unbestimmt hält „wenn es nicht möglich ist, sie auf einen bestimmmbaren Kern zu reduzieren“⁵⁹, wird die Frage, ob der Gesetzgeber seiner Verpflichtung nachgekommen ist, die abstrakt-generelle Entscheidung über die Strafbarkeit zu treffen, indem er deren Voraussetzungen konkret umschreibt, quasi gleichgesetzt mit der Frage, ob ein Gericht mit der gegebenen Norm überhaupt noch in irgendeiner Form *lege artis* arbeiten kann. Ob dieser großzügige Maßstab der Bedeutung des Bestimmtheitsgebots gerecht wird, ist zweifelhaft.

Während der Wortlaut – d.h. der Begriff des Kraftfahrzeugrennens – angesichts der Unschärfen des Rennbegriffs nicht zur Bestimmtheit des Gesetzentwurfs beiträgt, könnte man darauf verweisen, dass im Gesetzentwurf doch eine präzisere Definition eines Rennens angeführt ist. Allerdings ist der Maßstab für die Auslegung nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* grundsätzlich ein objektiver. Entscheidend sei der „objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Norm hineingestellt ist.“⁶⁰ Demnach wäre es jedenfalls fraglich, ob alleine die knappen Ausführungen im Gesetzentwurf zum Rennbegriff, mit denen der Bundesrat zumindest einige unklare Punkte klärt – wenn auch möglicherweise ohne sich dieser Unklarheiten überhaupt bewusst zu sein –, zur Bestimmtheit des Entwurfs führen. Sie geben dem Gericht immerhin einige Anknüpfungspunkte für die Auslegung an die Hand. Doch sieht Art. 103 Abs. 2 GG vor, dass das Strafgesetz bestimmt ist und nicht nur die Gesetzesbegründung. Unabhängig von der Frage, inwieweit gesetzgeberische Vorstellungen bei der Auslegung zu berücksichtigen sind,⁶¹ hat eine Gesetzesbegründung jedenfalls nicht die Bindungswirkung für Gerichte, wie sie einem Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG zukommt.

IV. Lösungsvorschlag

Auch wenn man den Gesetzentwurf mit Blick auf die Definition des Rennbegriffs in der Entwurfsbegründung für hinreichend bestimmt hielte, bliebe noch ein weiteres

⁵² *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 20; *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB, § 1 Rn. 41; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 41; s. insb. auch *Gropp*, Strafrecht AT, 4. Aufl. (2015), § 3 Rn. 61: „Verstößt der Gesetzgeber gegen jene Verpflichtung, formuliert er also außerhalb der Bandbreite optimaler Bestimmtheit, so ist die betreffende Strafbestimmung“ wegen Unbestimmtheit verfassungswidrig.“

⁵³ *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 20.

⁵⁴ Kritisch gegenüber dem Maßstab größtmöglicher Bestimmtheit auch *Roxin*, AT I, 4. Aufl. (2006), § 5 Rn. 71.

⁵⁵ *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, § 1 Rn. 20.

⁵⁶ *BVerfGE* 126, 170, Rn. 68 f.

⁵⁷ A.a.O., Rn. 71.

⁵⁸ A.a.O., Rn. 72 f.

⁵⁹ *Roxin*, AT I, § 5 Rn. 75, 77.

⁶⁰ *BVerfG*, NJW 2004, 1305, 1306 m.w.N.; vgl. auch *Lackner/Kühl*, StGB, § 1 Rn. 6 m.w.N.

⁶¹ Vgl. hierzu *Lackner/Kühl*, StGB, § 1 Rn. 6 m.w.N.

Problem. § 315d Abs. 1 StGB-E, die zentrale Strafvorschrift des Entwurfs, soll dem Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs dienen, indem bestimmtes Verhalten, das für die Rechtsgüter der am Straßenverkehr Beteiligten abstrakt gefährlich ist, unter Strafe gestellt wird.⁶² Doch das Verhalten, die Teilnahme an einem bzw. die Veranstaltung von Kraftfahrzeugrennen – so wie sie in der Entwurfsbegründung definiert sind – stellen nicht stets eine (auf das Niveau der Strafwürdigkeit) erhöhte abstrakte Gefahr dar. Dabei geht es nicht darum, dass in einzelnen Fällen eine konkrete Gefahr extrem unwahrscheinlich ist. Dass auch solche Fälle erfasst werden liegt in der Natur eines abstrakten Gefährdungsdelikts.⁶³ Doch auch unter Zugrundelegung der Definition des Bundesrats sind Fälle denkbar, in denen das Verhalten von vornherein keine Gefährlichkeit aufweist, die über das allgemeine Betriebsrisiko eines Kraftfahrzeugs hinausgeht.

Zu denken wäre etwa an einen Wettbewerb zwischen Freunden oder Familienangehörigen, die getrennt voneinander, d.h. in getrennten Fahrzeugen und auch nicht zur selben Zeit, in einen gemeinsamen Urlaub fahren, und darum wetten, wer durch die Wahl des besseren Abfahrtszeitpunktes und dadurch der besseren Verkehrsbedingungen (weniger Staus) die Strecke zum Urlaubsort am schnellsten zurücklegt. Oder an den Autofahrer, der an der roten Ampel merkt, dass er für das Abbiegen an der nächsten Kreuzung in der falschen Spur steht, weswegen er, sobald die Ampel grün zeigt, besonders schnell beschleunigt, um vor den anderen Fahrzeugen in die richtige Spur zu ziehen, was ein hierdurch provoziertes anderer Autofahrer nicht zulassen möchte und seinerseits zügig anfährt, woraufhin der erste Fahrer, nachdem er zunächst weiter beschleunigt, innerhalb weniger Sekunden „aufgibt“, da er im Falle weiterer Beschleunigung die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschreite. Oder an das Geschehen auf einem – für den allgemeinen Verkehr geöffneten – Parkplatz, wenn zwei Fahrer sich bemühen, als jeweils erste einen freien Parkplatz zu erreichen, ohne dass dabei gefährliche Geschwindigkeiten erreicht würden. Solcherlei Vorgänge, bei denen zwar ein zumindest konkludenter Geschwindigkeitswettbewerb im weiteren Sinne zwischen mindestens zwei Teilnehmern und damit ein Rennen nach der Bundesratsdefinition vorliegt, bei dem aber der Wettbewerb von den Beteiligten nicht ernsthaft betrieben wird oder in einem allenfalls wenige Sekunden langen Zeitraum wieder beendet ist, kommen im alltäglichen Verkehr unzählige Male vor. Strafwürdiges Unrecht kann darin nicht liegen, wenn die effektive Selbstbeschränkung der Teilnehmer im Hinblick auf Geschwindigkeit und Fahrweise oder die sehr kurze Dauer des Geschehens dazu führen, dass keine über die allgemeine Betriebsgefahr hinausgehende Gefahr geschaffen wird.

Derartiges Geschehen tatbestandlich durch eine Präzisierung des Rennbegriffs auszuschließen, dürfte allerdings nicht ohne eine zu weitgehende Einengung des Begriffs

möglich sein. So ist etwa die Verletzung allgemeiner Verkehrsregeln, insbesondere die Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, für ein Rennen i.S. des § 29 Abs. 1 StVO grundsätzlich nicht erforderlich.⁶⁴ Dies muss erst recht für ein Rennen i.S. des § 315d Abs. 1 StGB-E gelten. Auch ergäben sich andernfalls Probleme bei Rennen auf Autobahnabschnitten ohne Geschwindigkeitsbegrenzung. Andere denkbare Einschränkungen weisen ebenfalls das Problem auf, dass hierdurch auch Sachverhalte, die nach dem Willen des Bundesrates umfasst sein sollen, ausgeschlossen würden. Eine gesetzestechische Lösung könnte darin liegen, neben einem – auch im Gesetzestext präziser zu umschreibenden – Rennen das Erfordernis der abstrakten Gefährdung als Tatbestandsmerkmal einzufügen.

Hierfür bietet es sich an, auf den Begriff der „Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs“ aus § 315b Abs. 1 StGB zurückzugreifen. Nach der Rechtsprechung des *BGH* ist eine solche Beeinträchtigung gegeben, wenn eine „Steigerung der normalen Betriebsgefahr“ vorliegt.⁶⁵ Ersetzt man zudem den Begriff des Kraftfahrzeugrennens mit der vom Bundesrat nur in der Begründung angeführten Definition, könnte § 315d StGB-E dann wie folgt gefasst werden:

§ 315d

Verbotene Kraftfahrzeugrennen

(1) Wer

1. *die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt, indem er als Kraftfahrzeugführer im Straßenverkehr an einem nicht genehmigten Wettbewerb mit Kraftfahrzeugen teilnimmt, bei dem zwischen mindestens zwei Teilnehmern ein Sieger durch Erzielung einer möglichst hohen Höchst- oder Durchschnittsgeschwindigkeit ermittelt wird oder*
2. *einen nicht genehmigten Wettbewerb nach Nr. 1 veranstaltet, wird [...] bestraft.*⁶⁶

(2) Wer unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Nummer 1 handelt [...]

Mit der simplen Überführung der Definition aus der Entwurfsbegründung in die Strafnorm selbst werden zumindest die ohne Weiteres behebbaren Mängel in der Bestimmtheit behoben. Mit der Einfügung des Tatbestandsmerkmals der Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs wird zwar andererseits ein wertungsbedürftiges Merkmal ergänzt, doch lässt sich dies nicht vermeiden, um die aufgezeigte notwendige Einschränkung im Tatbestand zu verankern.

⁶² S.o. III. 2. a) bb).

⁶³ Vgl. nur *Zieschang*, in: NK-StGB, § 316 Rn. 4.

⁶⁴ S.o. III. 2. a) cc) (4).

⁶⁵ BGHSt 13, 66 (69).

⁶⁶ Die Umkehrung von Nr. 1 und Nr. 2 von § 315d Abs. 1 StGB-E beruht rein auf sprachlichen Gründen. Nimmt man die Wettbewerbsvereinbarung unter den Teilnehmern in den Tatbestand auf, wird die Formulierung unnötig kompliziert, wenn man nicht mit den Teilnehmern, sondern dem Veranstalter beginnt.

V. Resümee

Wenn der Gesetzgeber sich entscheidet, Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr unter Strafe zu stellen, muss er den neuen Straftatbestand systematisch sinnvoll einbetten, mit einem stimmigen Strafraum ausstatten und hinreichend bestimmt formulieren. Letzteres ist mit dem schlichten Verbot von „Kraftfahrzeugrennen“ nicht geleistet. Obgleich der Bundesrat eine präzisere Vorstellung von dem aus seiner Sicht strafwürdigen Verhalten hat, übersetzt er diese Präzision nicht in den entworfenen Straftatbestand. Dazu müsste nur die Definition aus der Entwurfsbegründung in die vorgeschlagene Strafnorm

selbst aufgenommen werden.

Strafwürdig kann das Verhalten auch im Sinne eines abstrakten Gefährdungsdelikts zudem nur sein, wenn es die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt. Zwar wird die Formulierung länger und wirkt weniger einfach, wenn die Einschränkung in den Tatbestand aufgenommen wird. Aber die tatbestandliche Einschränkung ist notwendig, um die strafrechtlichen Grenzen hinreichend klar zu ziehen. Ansonsten könnten nicht strafwürdige Fallgestaltungen miterfasst werden. Die zentrale gesetzgeberische Aufgabe, Tragweite und Anwendungsbereich des Straftatbestandes erkennbar zu gestalten, wäre nicht erfüllt.

Reform des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung und internationale Datenkooperation

von Dr. Kurt Graulich*

Abstract

Das BNDG ist im Jahr 2016 grundlegend reformiert worden. Thematische Schwerpunkte lagen auf der Normierung der sog. Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung sowie der internationalen Kooperation mit dem Ziel des Informations- und Datenaustauschs. Die Arbeit des deutschen Auslandsnachrichtendienstes wird sich dadurch im Wesentlichen nicht verändern. Der Gesetzgeber ist vielmehr der Erwartung gerecht geworden, der für notwendig erachteten Tätigkeit tragfähige gesetzliche Grundlagen zu verschaffen. Damit sind Defizite ausgeräumt worden, die der deutschen Nachkriegssituation noch über die Vereinigung hinaus geschuldet waren.

Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung wird scharf abgegrenzt von den Maßnahmen nach dem G 10. Dadurch wird die verfassungsrechtlich vorgegebene Privilegierung deutscher Rechtsträger bei Aufklärungsmaßnahmen sichtbar. Der Gesetzgeber drückt damit seine Haltung dazu aus, was er an Eingriffen in die Telekommunikationsfreiheit für möglich hält. Nicht klären konnte er den in den letzten Jahren intensiv geführten Streit über die sog. Auslandsgeltung von Art. 10 GG. Er ist selbst an die Verfassung gebunden, und welchen Umfang diese Bindung hat, wird am Ende das Bundesverfassungsgericht entscheiden. Die Regelungen über den Austausch von Informationen und Daten mit Partnerdiensten weisen nunmehr auch gesetzlich den dafür gebrauchten Rahmen aus. Nachgezeichnet wird eine bestehende Praxis transnationaler Verwaltungsabkommen. Allerdings wird auch der Boden bereitet für notwendige Kooperationen in Zeiten von globalem Terrorismus, auf den mit den nationalen Mitteln selbst eines Auslandsnachrichtendienstes nicht mehr ausreichend reagiert werden kann.

I. Verfassungspolitische Einordnung der Reformgesetze

Die Nachrichtendienste in Deutschland haben nach Personalausstattung und Sachaufwand einen geringen Anteil an der Sicherheitsarchitektur.¹ Diese Tatsache steht in einem

umgekehrten Verhältnis zu ihrer öffentlichen Wahrnehmung. Das ist keine günstige Position, denn auf dem als mächtig Angesehenen werden gerne Lasten abgeladen, die von anderen zu tragen wären. So wurde jahrzehntelang der Bundesnachrichtendienst gesetzlich in signifikanter Weise schlecht ausgestattet: Einer breiten Aufgabenbeschreibung² standen kaum benennbare Befugnisnormen gegenüber, und die auf einer solchen Folie unternommenen Handlungen waren ständigen Legitimitätszweifeln ausgesetzt. Es bestand nicht nur ein Dienst mit geringen gesetzlichen Bindungen, sondern auch eine politische Ebene, die sich oft genug nicht in einer Verantwortungsbeziehung zu den von ihr beauftragten Behörde sah. Gesetzesbindung besteht nicht einseitig, sondern muss im gewaltenteiligen Staat als ein rechtspolitisches Geschäft auf Gegenseitigkeit praktiziert werden. Nach Jahrzehnten der defizitären Normausstattung hat der Deutsche Bundestag mit der parlamentarischen Mehrheit der großen Koalition am Jahresende 2016 die gesetzliche Grundlage des Bundesnachrichtendienstes erstmals grundlegend gestaltet und die Arbeitsebene der parlamentarischen Kontrolle verbessert. Gesetzgebungstechnisch wird damit der Anschluss an die jahrzehntelange Entwicklung im Polizeirecht gefunden, hinter der das Gesetz bislang zurückgeblieben war.³ Regelungsorte sind das Gesetz zur Ausland-Ausland-Aufklärung des Bundesnachrichtendienstes vom 23.12.2016⁴ und das Gesetz zur weiteren Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes vom 30.11.2016.⁵ Was in der Vergangenheit zu Legitimitätsfragen geführt hat, wird in Zukunft – wie bei jeder anderen Sicherheitsbehörde – als Legalitätsfragen zu traktieren sein, und diese werden fallweise an den Nachrichtendienst, die Aufsichtsbehörden oder den Gesetzgeber gerichtet werden.

II. Auslandsaufklärung und Grundrechtsschutz

Nachrichtendienstliche Aufklärung mit Personenbezug ist fast unvermeidlich grundrechtsintensiv. Die Neuregelung des BNDG stellt sich diesem Umstand durch die Schaffung einer Reihe von Befugnisnormen. Die Vorgaben des grundgesetzlichen Eingriffsvorbehaltes gelten zweifelsfrei für die inländische Tätigkeit des BND. Insoweit diente

* Der Verfasser ist Richter am BVerwG a.D.

¹ Graulich, in: FG Will, 2016, S. 738 ff., 748 ff.

² § 1 Abs. 2 S. 1 BNDG: „Der Bundesnachrichtendienst sammelt zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die erforderlichen Informationen und wertet sie aus.“

³ Graulich, Gutachtliche Stellungnahme zum Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des Bundesnachrichtendienstes (BT-Drs.18/9041), Deutscher Bundestag, Innenausschuss, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 3.

⁴ BGBl. I 2016, S. 3346.

⁵ BGBl. I 2016, S. 2746.

schon bislang die Regelung des § 1 Abs. 2 S. 2 BND⁶ allein der Klarstellung.⁷ Weniger klar ist die Grundrechtsgeltung für ausländische Maßnahmen des BND. Dies betrifft nicht die Rechtslage nach dem einfachen Recht, sondern Unklarheiten auf der Ebene des Verfassungsrechts. Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit der territorialen Reichweite von Art. 10 GG befasst, aber den geheimdienstlichen Bereich außerhalb des G 10 ausdrücklich von seinem Diktum ausgespart. Ansatzpunkt für die Beantwortung der Frage nach der räumlichen Geltung von Art. 10 GG ist danach Art. 1 Abs. 3 GG, der den Geltungsumfang der Grundrechte im Allgemeinen bestimmt.⁸ Es hat in der auf das Ausland gerichteten Fernmeldeaufklärung durch den BND viele Anhaltspunkte für eine Grundrechtsbindung gefunden, sich aber – in der G 10-Entscheidung aus dem Jahr 1999 – letztlich einer Bewertung enthalten. Über geheimdienstliche Tätigkeiten, die nicht dem G 10 unterliegen, sei hier ebenso wenig zu entscheiden wie über die Frage, was für ausländische Kommunikationsteilnehmer im Ausland gelte. Auf ausländische juristische Personen finde Art. 10 GG gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ohnehin keine Anwendung.⁹ Die seinerzeit offen gebliebene Frage ist vom Gesetzgeber nicht zu beantworten, da er an die Verfassung gebunden ist und sie betreffende Streitfragen nicht eigenmächtig entscheiden kann.

Die Neuregelung des BNDG folgt bei der Beachtung von Grundrechten der schon seither geübten Praxis in der Fernmeldeaufklärung, wonach maßgeblich zwischen dem umfassenden Schutz deutscher Rechtsträger (sog. „G 10-Schutz“) und dem eingeschränkten Schutz ausländischer Rechtsträger bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zu unterscheiden ist.¹⁰ Im Sinne dieser bereits in der Vergangenheit vom BND gepflegten Rechtspraxis bezieht die Neuregelung in dieser Frage in der Weise – in der Gesetzesbegründung zu § 6 Abs. 4 BNDG – Stellung, als dort eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen für unzulässig erklärt wird. Somit wird die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung – wie schon bislang – explizit abgegrenzt vom sonst gem. Art. 10 GG zu gewährenden Schutz nach dem G 10. Daraus ist wohl im Rückschluss zu folgern, dass der Schutz des Fernmeldegeheimnisses im Fall der Ausland-Ausland-Aufklärung nicht aus Art. 10 GG kommt, sondern einfachgesetzlich durch das neugefasste BNDG gewährleistet

wird. In § 6 Abs. 4 BNDG wird nämlich an der bereits bislang vom BND praktizierten Differenzierung festgehalten: „Eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen ist unzulässig.“¹¹ Demnach wird der Schutz des Fernmeldegeheimnisses bei der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung sämtlichen deutschen Staatsangehörigen garantiert, und zwar ungeachtet ihres Aufenthaltes im In- oder Ausland; hinzu kommt der standortunabhängige Schutz von deutschen juristischen Personen. Oder umgekehrt ausgedrückt: Die Erhebung von Inhalts- und Verkehrsdaten von deutschen Staatsangehörigen, inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen richtet sich demgegenüber nach dem G 10.¹²

Die Begründung zum Gesetzesentwurf enthält sich zwar einer ausdrücklichen Positionierung zu der Zweifelsfrage, ob überhaupt und ggfs. in welches Grundrecht der BND mit den neuen Normierungen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung eingreift.¹³ Dass es sich um einen Grundrechtseingriff handelt, wird sachlogisch aber vorausgesetzt, weil es sonst keiner Befugnisnorm bedürfte.¹⁴ Die Beantwortung der Frage ist allerdings mit den Aussagen des Entwurfs im Übrigen recht einfach: Ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 10 GG kommt nicht in Betracht, weil dieser ausschließlich dem Verfahren nach dem G 10 unterliegt. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) wird – und auch das ist unstreitig – spätestens betroffen, wenn die im Ausland erhobenen personenbezogenen Daten in Deutschland verarbeitet werden, und das wiederum ist Ziel der gesamten Aufklärungsoperation. Und für einen gerechtfertigten Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG reichen die neu geschaffenen Regelungen aus.¹⁵ Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, dass der Einsatz nachrichtendienstlicher Überwachung im Ausland gegenüber Ausländern an Art. 10 GG zu messen sei und daher über eine Aufgabenzuweisung (§ 1 Abs. 2 BNDG) hinaus auch eine Befugnis voraussetze, schafft der vorliegende Gesetzesentwurf jedenfalls eine tragfähige Ermächtigungsgrundlage. Insoweit wird der juristische Bewertungsstreit, der maßgeblich durch sachverständige Stellungnahmen im NSA-Untersuchungsausschuss angestoßen wurde¹⁶, elegant auf die demokratisch vor-

⁶ § 1 Abs. 2 BNDG: „Der Bundesnachrichtendienst sammelt zur Gewinnung von Erkenntnissen über das Ausland, die von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland sind, die erforderlichen Informationen und wertet sie aus. Werden dafür im Geltungsbereich dieses Gesetzes Informationen einschließlich personenbezogener Daten erhoben, so richtet sich ihre Erhebung, Verarbeitung und Nutzung nach den §§ 2 bis 6 und 8 bis 11.“

⁷ Gusy, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, BNDG, § 1 Rn. 49.

⁸ Graulich, Gutachtliche Stellungnahme (a.a.O.), S. 6.

⁹ BVerfG, Urt. v. 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420/95, 1 BvR 2437/95, BVerfGE 100, 313-403, Rn. 178.

¹⁰ Die Praxis wird beschrieben bei: Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses, BND-26, S. 40 ff.

¹¹ BT-Drs. 18/9041, S. 8.

¹² Graulich, Gutachtliche Stellungnahme (a.a.O.), S. 9.

¹³ BT-Drs. 18/9041, S. 27.

¹⁴ Löffelmann weist daher zutreffend darauf hin, wenn man der verbreiteten These von einer allgemeinen Auslandsgeltung des durch Art. 10 GG geschützten Fernmeldegeheimnisses folge, müsse man das mit dem Gesetzesentwurf verfolgte Regelungskonzept als verfassungswidrig ansehen (Löffelmann, RuP 2016, 1 [4]).

¹⁵ Graulich, Gutachtliche Stellungnahme (a.a.O.), S. 9 ff. m.w.N.

¹⁶ Bäcker, Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes - Stellungnahme v. 16.5.2014 zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses, S. 22; Papier, Gutachtliche Stellungnahme v. 16.5.2014: Beweisbeschluss SV-2 des ersten Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode, S. 7; ferner andeutungsweise Hoffmann-Riem, Stellungnahme v. 22.5.2014 zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses, S. 11 f.

zugswürdige Weise erledigt: durch politische Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers, welche Befugnisse dem BND im Ausland zustehen sollen.¹⁷

III. Wesentliche Neuregelungen von Auslandsaufklärung des BND und dem Recht zur internationalen Kooperation

Die Novellierung des BNDG betrifft zwei Großbereiche, die seither ungeregelt waren oder nach allgemeinen Grundsätzen behandelt wurden. Namensgebend für den ganzen Gesetzgebungsakt ist die Ausland-Ausland-Aufklärung, deren erstmalige Normierung den neu eingefügten Abschnitt 2. (§§ 6 bis 18 BNDG) ausfüllt (1.). Der ebenfalls neu eingefügte „Abschnitt 4 Übermittlungen und gemeinsame Dateien“ (§§ 23 bis 31 BNDG) enthält Regelungen für die Einrichtung und den Betrieb gemeinsamer internationaler nachrichtendienstlicher Dateien (2.).

1. Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung (§§ 6 bis 18 BNDG)

Die Regelungen über die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung in „Abschnitt 2“ des BNDG sind sehr verschiedenartig und können vorliegend nur ausgewählt angesprochen werden. Der Schwerpunkt liegt zweifellos in der umfangreichen Vorschrift des § 6 BNDG über Datenerhebung vom Inland aus (a)) sowie des § 7 BNDG über die Datenerhebung vom Ausland aus (b)).

a) Datenerhebung vom Inland aus (§ 6 BNDG)

Die Ausland-Ausland-Aufklärung gehört zum Kerngeschäft der Fernmeldeaufklärung eines Auslandsnachrichtendienstes. Eine gesetzliche Fassung dieser Aktivitäten ist einem demokratischen Rechtsstaat nicht nur angemessen, sondern macht diesen wichtigen Teil nationaler Sicherheitspolitik überhaupt erst greifbar und somit auch parlamentarisch und allgemein öffentlich behandelbar. Die Fundamentalnormen für die Ausland-Ausland-Aufklärung finden sich in den sieben Absätzen des § 6 BNDG mit seinen sehr verschiedenen Themen (aa) bis (gg)).

aa) Erhebung von Daten aus Telekommunikationsnetzen (§ 6 Abs. 1 BNDG)

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BNDG darf der Bundesnachrichtendienst zur Erfüllung seiner Aufgaben vom Inland aus mit technischen Mitteln Informationen einschließlich personenbezogener Daten aus Telekommunikationsnetzen, über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt (Telekommunikationsnetze), erheben und verarbeiten; dies versteht das Gesetz als Legaldefinition unter Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Zu unterscheiden ist die nunmehr ausdrücklich in § 6 Abs. 1 BNDG geregelte Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, die reine Ausland-Ausland-Kontakte betrifft, von der nach § 5 Abs. 1 G 10 möglichen Überwachung internationaler Telekom-

munikationsbeziehungen, die nach herkömmlichen Verständnis nur solche Verbindungen erfasst, bei denen ein Endpunkt im Bundesgebiet liegt.¹⁸

Als Medien für die Übertragung von Signalen – auf die sich die Überwachungsmaßnahmen richten – kommen Kabel, Funk, optische und andere elektromagnetische Einrichtungen in Betracht. Schließlich zählen zu den Telekommunikationsnetzen aber auch Satellitennetze, feste und mobile terrestrische Netze sowie Netze für Hör- und Fernsehfunk, auch das Internet und Stromleitungssysteme, sofern sie zur Signalübertragung genutzt werden.¹⁹ Andererseits grenzt § 6 Abs. 1 BNDG selbst mit der Maßgabe „über die Telekommunikation von Ausländern im Ausland erfolgt“ die Reichweite des Netz-Begriffs ein. Für die Anordnung einer Maßnahme im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung kommen daher nur solche Telekommunikationsnetze in Betracht, die auch ausländische Telekommunikation – also Telekommunikation von Ausländern im Ausland – führen, unabhängig davon, ob sie über deutsches Territorium geleitet werden.²⁰

Voraussetzungen dafür sind (Nr. 1) die Erkennung von Gefahren für die innere oder äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, (Nr. 2.) die Wahrung der Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland oder (Nr. 3.) die Gewinnung sonstiger Erkenntnisse über Vorgänge von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung. Die Regelungen des G 10, die ebenfalls den BND zur strategischen Fernmeldeüberwachung ermächtigen, bleiben hierbei unberührt.²¹ Im Unterschied zum G 10 ist keine Darlegung der Subsidiarität erforderlich. Dies scheint angesichts der unterschiedlichen Grundschutzintensitäten sachlich nahe liegend.²²

bb) Datenerhebung anhand von Suchbegriffen (§ 6 Abs. 2 BNDG)

Der Bundesnachrichtendienst darf nach § 6 Abs. 2 BNDG die Erhebung von Inhaltsdaten im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nur anhand von Suchbegriffen durchführen. Die damit verbundenen Rechtseingriffe sind einerseits von Gewicht, weil es um eine flächendeckende und -bezogen auf den einzelnen Betroffenen - anlasslose Überwachung von Auslandsverbindungen innerhalb eines TK-Netzes geht. Andererseits wird die Intensität dadurch relativiert, dass sich die Eingriffe auf eine strategische Aufklärung beschränken, die sich nicht gegen Individuen richtet.²³

cc) Aufklärungsziele in der Europäischen Union (§ 6 Abs. 3 BNDG)

In § 6 Abs. 3 BNDG wird in besonderer Weise das Verdikt der Kanzlerin positiviert – „Ausforschen unter Freunden geht gar nicht.“ –, indem Suchbegriffe, die zur gezielten Erfassung von Einrichtungen der Europäischen Union, von öffentlichen Stellen ihrer Mitgliedstaaten oder von Unionsbürgerinnen oder Unionsbürgern führen, nur unter besonders eingeschränkten Voraussetzungen verwendet

¹⁷ Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 3 ff.

¹⁸ Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 3.

¹⁹ Fetzer, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, § 3 Nr. 108.

²⁰ Graulich, Ausschussdrucksache 18(4) 653 B, S. 11 ff.

²¹ Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 3.

²² Wolff, Ausschussdrucksache 18(4)653 F, S. 6.

²³ Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 5.

werden dürfen. Damit erhält der Bundesnachrichtendienst klare – politische – und auch für ausländische öffentliche Stellen transparente Vorgaben. Dies kann sich für zukünftige europäische Kooperationen im Sinne eines Vertrauensvorschlusses als förderlich erweisen.²⁴

dd) Rechtsträger mit G 10-Schutz (§ 6 Abs. 4 BNDG)

Eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen ist nach § 6 Abs. 4 BNDG unzulässig. Außerdem wird sowohl die interne Kontrolle – durch das Bundeskanzleramt als anordnende Stelle und die externe Kontrolle – durch das neu einzuführende Unabhängige Gremium als zusätzliche Kontrollinstanz – verstärkt.²⁵ Denn nach § 6 Abs. 4 BNDG ist eine Erhebung von Daten aus Telekommunikationsverkehren von deutschen Staatsangehörigen, von inländischen juristischen Personen oder von sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen unzulässig. Das Zusammenspiel von § 6 Abs. 1 und Abs. 4 BNDG führt zu einer klaren Trennung der Fernmeldeaufklärung nach dem BNDG von der Fernmeldeaufklärung nach dem G 10. Dem systematischen Zusammenspiel von BNDG und G 10 zufolge richtet sich die Erhebung von Inhalts- und Verkehrsdaten von deutschen Staatsangehörigen, inländischen juristischen Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltenden Personen stattdessen nach dem G 10.²⁶ Zur Trennung des entsprechenden Datenaufkommens setzt der BND ein mehrstufiges automatisiertes Filtersystem ein.²⁷ Die Funktionsweise dieses Filterungssystems ist im Wesentlichen öffentlich bekannt.²⁸

ee) Verbot der Wirtschaftsspionage (§ 6 Abs. 5 BNDG)

Eine Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zum Zwecke der Erzielung von Wettbewerbsvorteilen (Wirtschaftsspionage) ist nach § 6 Abs. 5 BNDG unzulässig. Diese Regelung wird man als nicht besonders gelungen bezeichnen müssen. Der Begriff „Wirtschaftsspionage“ ist im Wesentlichen unklar. Es ist nicht einmal eindeutig, ob er etwa aus der Sicht eines deutschen oder eines ausländischen Gesetzes verstanden werden soll, denn die Tätigkeit des BND würde sich ja vorrangig gegen ein anderes Land richten. Die deutsche Rechtslage hilft hier nicht viel weiter. Es fehlt an einer einschlägigen Definition im BNDG, aber auch in anderen Gesetzen.²⁹ Mit einer einseitigen gesetzlichen Normierung nimmt man sich darüber hinaus die Möglichkeit, im Wege von bilateralen Verhandlungen mit ausländischen öffentlichen Stellen das Prinzip der Gegenseitigkeit in diesen Punkten zu vereinbaren.³⁰

ff) Speicherungshöchstdauer von Verkehrsdaten (§ 6 Abs. 6 BNDG)

Nach § 6 Abs. 6 S. 1 BNDG werden Verkehrsdaten höchstens sechs Monate gespeichert. Diese Regelung hat zum

Teil reflexartige Ablehnung von Kritikern der Vorratsdatenspeicherung hervorgerufen. Dies ist sachlich nicht gerechtfertigt, weil unterschiedliche Sachverhalte miteinander verglichen werden. Die Speicherung von Verkehrsdaten aus der Ausland-Ausland-Aufklärung betrifft einen wesentlich schmaleren Ansatz als die anlasslose zeitlich befristete Totalspeicherung des Verkehrsdatenaufkommens in Deutschland nach § 113b TKG. Der gesetzliche Anlass für die Speicherung in § 6 Abs. 6 BNDG findet sich nämlich in § 6 Abs. 1 S. 1 BNDG und die zugrundeliegende Datenerhebung darf nach § 6 Abs. 1 S. 2 BNDG nur aus denjenigen Telekommunikationsnetzen erfolgen, die das Bundeskanzleramt zuvor durch Anordnung bestimmt hat. Vielmehr ist umgekehrt zu fragen, warum die Speicherfrist bei Verkehrsdaten nur 6 Monate beträgt, während sie bei den eingriffsintensiveren Inhaltsdaten nach den allgemeinen Vorschriften des § 5 Abs. 1 BNDG (§ 20 Abs. 1 BNDGE) i.V.m. § 12 BVerfSchG 10 Jahre ermöglicht.³¹

gg) Formelle Genehmigungsanforderungen (§ 6 Abs. 7 BNDG)

Und schließlich legt § 6 Abs. 7 S. 1 BNDG die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung an eine verfahrenstechnische Kette. Die technische und organisatorische Umsetzung von Maßnahmen nach § 6 Abs. 1 BNDG sowie die Kontrollzuständigkeiten innerhalb des BND sind danach in einer Dienstvorschrift festzulegen, die auch das Nähere zu dem Anordnungsverfahren regelt, und diese bedarf der Zustimmung des Bundeskanzleramts (Satz 2), das wiederum das Parlamentarische Kontrollgremium davon unterrichtet (Satz 3).

b) Datenerhebung vom Ausland aus (§ 7 BNDG)

Es kann außen- oder sicherheitspolitisch notwendig sein, dass der BND als Auslandsnachrichtendienst zur Informationsbeschaffung auch im Ausland tätig wird, also etwa Telekommunikationsknoten auf fremden Territorium anzapft. Da es auch kardinal sicherheitsrelevante Informationen von strategischer Bedeutung gibt, die nicht über deutsche Telekommunikationsnetze zu erlangen sind, bleibt die Zulassung einer reinen Auslandsaufklärung – auch im Vergleich mit den Aktionsräumen ausländischer Nachrichtendienste – unverzichtbar.³² Für die Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung vom Ausland aus greift neuerdings die Regelung des § 7 BNDG. § 7 Abs. 1 BNDG erklärt insoweit die Bestimmung des § 6 BNDG im Wesentlichen für entsprechend anwendbar, überträgt also die dortigen Restriktionen auch auf Einsätze im Ausland. Zwar bezieht sich § 7 BNDG nur auf die Verarbeitung und die Nutzung der Daten, nicht explizit auf die Erhebung. Aus der Systematik ergibt sich aber – ungeachtet der undeutlichen Terminologie –, dass Nutzung die inländische Verwertung betrifft. Die Verarbeitung schließt dann – soll ein selbstständiger Anwendungsbereich verbleiben – alle

²⁴ Schindler, Ausschussdrucksache 18(4)653 D, S. 4.

²⁵ BT-Drs. 18/9041, S. 36.

²⁶ Graulich, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 12.

²⁷ BT-Drs. 18/9041, S. 38.

²⁸ Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses, BND-26, S. 27 ff.

²⁹ Graulich, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 13.

³⁰ Schindler, Ausschussdrucksache 18(4)653 D, S. 4.

³¹ Im Ergebnis ebenso weist Löffelmann darauf hin, da mit Maßnahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung kein Eingriff in Art. 10 GG verbunden sei, gehe die § 6 Abs. 6 BNDG zugrundeliegende Analogie zu § 113b TKG (vgl. BVerfGE 125, 260 ff.) fehl (RuP 2016, 5).

³² Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 9.

vorgelagerten Vorgänge einschließlich der Erhebung implizit ein, weil eine Erhebung, die nicht zur Gewinnung von Daten führen soll, die danach wenigstens verarbeitet (ausgewertet) werden, von vornherein nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig wäre. Daher ist § 7 Abs. 1 BNDG richtigerweise so zu lesen, dass auch eine Datenerhebung im Ausland nur zulässig ist, wenn die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 bis 6 BNDG hinsichtlich der späteren Verwertung von Anfang an vorliegen.³³

c) Zur Abgrenzung: Individuelle Fernmeldeüberwachung im Ausland

Die reine Auslandsaufklärung des BND, das heißt die individuelle – gezielte – Fernmeldeüberwachung im Ausland, die auch nicht der begrenzenden Suchbegriffbindung von § 6 Abs. 2 S. 1 BNDG unterliegt, also das Tätigwerden in diesem Fall und mit diesem Mittel gegen Ausländer auf ausländischem Boden bleibt im Übrigen – was in der öffentlichen Diskussion meistens übersehen wird – weiterhin gesetzlich unregelt.³⁴ § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 G 10 kommt nicht zur Anwendung, weil sich aus § 3 Abs. 1a G 10 im Umkehrschluss ergibt, dass sich die Fernmeldeüberwachung durch den BND demnach auf inländische Maßnahmen beschränkt. Erachtet man heimliche Auslandsüberwachungen mangels grundrechtlicher Abwehrlage nicht als Eingriff in Art. 10 GG, bleibt es dabei, dass solche Maßnahmen weiterhin auf der Grundlage der Aufgabenorm des § 1 Abs. 2 BNDG zulässig bleiben.³⁵

d) Kernbereichsschutz (§ 11 BNDG)

In § 11 BNDG wird für die Erhebung und Verwertung von Daten aus der Fernmeldeaufklärung nach § 6 BNDG ein Kernbereichsschutz eingeführt. Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch eine Maßnahme nach § 6 BNDG allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig. Sofern durch eine Maßnahme nach § 6 BNDG Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt wurden, dürfen diese nicht verwertet werden. Die Regelung überrascht, denn sie ist typisch für Eingriffsbefugnisse in Art. 10 Abs. 1 GG, und setzt somit eine Positionierung in der Frage von Grundrechtseingriffen bei der Auslandsaufklärung voraus, die dem Gesetz so nicht zu entnehmen ist. In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt,³⁶ die Vorschrift sehe ebenso wie andere Regelungen zum Kernbereichsschutz im Bereich der Telekommunikationsüberwachung³⁷ ein zweistufiges Schutz-

konzept vor, um den Betroffenen vor Eingriffen in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu bewahren. Auf Ebene der Datenerhebung bestimmt § 11 S. 1 BNDG, dass eine zielgerichtete Erhebung kernbereichsrelevanter Daten zu unterbleiben hat. Kommt es dennoch zur Erhebung kernbereichsrelevanter Daten, schreibt § 11 S. 2 BNDG ein umfassendes Verwertungsverbot, ein unverzügliches Lösungsgebot sowie eine entsprechende Pflicht zur Protokollierung der Löschung vor. Man wird also davon auszugehen haben, dass der Gesetzgeber sich mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf kraft eigener Entscheidung – nach Art einer selbstgewählten Bindung – für eine bestimmte Anzahl von Fallgruppen – nämlich bei Aufklärung gegenüber Einrichtungen der Europäischen Union oder öffentlicher Stellen ihrer Mitgliedstaaten – so verhalten will, wie wenn Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG unternommen würden.³⁸

e) Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung (§§ 13 bis 15 BNDG)

Die §§ 13 bis 15 BNDG enthalten erstmals spezialgesetzliche Regelungen für internationale nachrichtendienstliche Kooperationen, die seither von deutscher Seite auf allgemeine Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts gestützt worden waren. Solche Kooperationen sind politisch sinnvoll und technisch sowie ökonomisch notwendig angesichts der geringen Größe des deutschen Auslandsnachrichtendienstes.³⁹

aa) Die „Absichtserklärung“ als rechtliche Form der internationalen Fernmelde-Kooperation (§ 13 BNDG)

Bislang folgten die Kooperationen allgemeinen Regeln des öffentlichen und internationalen Vertragsrechts.⁴⁰ Beispiele dafür finden sich in MoA und MoU⁴¹ wie sie Gegenstand öffentlicher Erörterungen im NSA-Untersuchungsausschuss des Bundestages gewesen sind. Die fehlende Bereichsspezifität der Rechtsgrundlagen hat in der Vergangenheit weder die Praxis beim Abschluss der Vereinbarungen noch der eingegangenen Kooperationen selbst gestört, weil eine Judizierung im Falle von Auffassungsunterschieden typischerweise nicht angestrebt wurde. Es hat allerdings im parlamentarischen Raum in der Bundesrepublik eine eindringliche Auseinandersetzung über Voraussetzungen und Inhalt solcher Kooperationen gegeben. Daher dient es auf alle Fälle der rechtsstaatlichen Selbstvergewisserung, die dazu für nötig gehaltenen Regeln in eine spezielle Gesetzesform zu fassen. Die gefundenen gesetzlichen Regelungen beruhen auf der seither schon geübten Praxis der Fernmeldeaufklärung durch den

³³ So Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 9. Wohl im Ergebnis ebenso Löffelmann: Die Regelung macht deutlich, dass die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, sofern sie nicht mit auf deutschem Staatsgebiet installierter Überwachungstechnologie erfolgt, nach Auffassung der Bundesregierung keiner besonderen Ermächtigungsgrundlage bedarf, sondern nur der anschließende Umgang mit den so erhobenen Daten (RuP 2016, 4).

³⁴ Darauf weist zu Recht Wolff, Ausschussdrucksache 18(4)653 F, S. 4 hin; ebenso Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 9.

³⁵ Hierfür Gärditz, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (472 ff., 486 ff.).

³⁶ BT-Drs. 18/9041, S. 46.

³⁷ Vgl. etwa § 100a Abs. 4 StPO sowie § 5a G 10.

³⁸ Graulich, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 20 ff.

³⁹ Zu den verschiedenen Aspekten multilateraler nachrichtendienstlicher Zusammenarbeit in der Fernmeldeaufklärung vgl. Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses, BND-26, S. 200 ff.

⁴⁰ Vgl. am Beispiel einer deutsch-amerikanischen Kooperation Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses, BND-26, S. 67 ff.

⁴¹ MoA ist die Abkürzung für Memorandum of Agreement und MoU diejenige für Memorandum of Understanding; die Verwendung der Bezeichnungen ist wechselnd und gleichgewichtig. In § 13 Abs. 3 S. 1 BNDG wird dafür der Begriff „Absichtserklärung“ gebraucht.

BND. Sie sind ein Beitrag zur Normbindung beim Abschluss solcher Vereinbarungen.⁴²

§ 13 BNDG schafft die normative Grundlage für die Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung. Die durch „Absichtserklärungen“ (sprich: verbindliche Verwaltungsvereinbarung) zu fixierenden Anforderungen des § 13 Abs. 3 BNDG versuchen erstmals – und insoweit auch mit rechtsvergleichender Leitbildfunktion für Reformoptionen in anderen Staaten – eine gesetzliche Konturierung dauerhafter Kooperationsbeziehungen zu erreichen.⁴³ In den Begründungserwägungen bekennt sich der Gesetzgeber zur internationalen nachrichtendienstlichen Kooperation: „Der BND ist zur Erfüllung seines Auftrags nach § 1 Absatz 2 S. 1 BNDG auf die Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten angewiesen. Insbesondere auch infolge der deutschen Mitgliedschaft in der EU und der NATO hat die Bundesrepublik Deutschland eine Verantwortung, sicherheitspolitisch relevante Informationen insbesondere mit anderen EU-Partnern oder NATO-Mitgliedsstaaten zeitnah zu teilen. Nicht zuletzt aufgrund von beschränkten personellen und finanziellen Ressourcen ist ein Datenaustausch zur gemeinsamen Erkennung von Gefahren für die Bundesrepublik Deutschland von großer Bedeutung. Dies gilt insbesondere auch im Bereich der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung.“⁴⁴ Diese Kooperationen sind nur unter den normierten Voraussetzungen statthaft. Eine Umgehung dieser Vorschriften – sowie der entsprechenden nationalen Gesetze der Partnerdienste – durch sog. Ringtausch ist unzulässig.⁴⁵

Die geregelte Form der Kooperation bezieht sich nach § 13 Abs. 1 BNDG nicht auf beliebige ausländische Stellen, sondern auf ausländische öffentliche Stellen, die nachrichtendienstliche Aufgaben wahrnehmen; das dem deutschen Nachrichtendienstrecht vertraute Trennungsgebot wird also internationalisiert. Dem Inhalt nach bindet § 13 Abs. 2 Nr. 1 BNDG die Kooperation an die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNDG sowie an die Subsidiaritätsklausel der andernfalls nicht möglichen Aufgabenerfüllung (Nr. 2). Die Einzelheiten der Kooperation sind vor deren Beginn nach § 13 Abs. 3 BNDG in einer Absichtserklärung niederzulegen, deren Mindestanforderungen – „insbesondere“ – in 6 Punkten aufgezählt sind; damit wird dem Bestimmtheitsgrundsatz bei Rechtseingriffen Rechnung getragen.

Der Funktion nach stellt § 13 Abs. 4 BNDG – über Abs. 2 hinaus – sieben weitere Voraussetzungen für den Abschluss einer internationalen Kooperation auf, indem dort verlangt wird, dass die Kooperationsziele und -inhalte auf die Inhalt der dort genannten Auflistung gerichtet sein müssen. Schließlich stellt § 13 Abs. 5 BNDG – in derselben Weise wie weiter unten § 26 Abs. 3 BNDG bei trans-

nationalen Datenbanken – noch eine hohe formale Abschlusschürde auf. Die Absichtserklärung bedarf nämlich der Zustimmung des Bundeskanzleramtes, wenn die Kooperation mit ausländischen öffentlichen Stellen von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, des Europäischen Wirtschaftsraumes oder des Nordatlantikvertrages erfolgt; im Übrigen bedarf sie der Zustimmung der Chefin oder des Chefs des Bundeskanzleramtes (Satz 1). Außerdem ist das Parlamentarische Kontrollgremium über die Absichtserklärung zu unterrichten (Satz 2). Die Einschaltung des Kanzleramtes (nach Partnerdienst und Verantwortlichkeit gestuft) als Abschlusschürde ist Ausdruck eines prozeduralen Schutzes⁴⁶ und die vertragsartige Absichtserklärung eine geeignete rechtliche Form, die dem Umstand Rechnung trägt, dass die Modalitäten der Zusammenarbeit flexibel gehalten, primär durch die beteiligten Dienste ausgehandelt und geheim gehalten werden müssen, sich also formal publizierte Verwaltungsabkommen zwischen Regierungen (vgl. auch Art. 59 Abs. 2 S. 2 GG) hierfür nicht eignen.⁴⁷

bb) Voraussetzungen der Datenerhebung in internationalen Fernmelde-Kooperationen (§ 14 BNDG)

Während § 13 BNDG die Voraussetzungen der Kooperation im Rahmen der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung als solche regelt, werden in § 14 BNDG die Voraussetzungen der Erhebung von Informationen im Rahmen einer Kooperation festgelegt.⁴⁸ Die Informationen sind zur Erreichung der schriftlich niedergelegten Kooperationsziele zu erheben. Weiterhin dürfen bei der Erhebung von Inhaltsdaten nur solche Suchbegriffe verwendet werden, die zur Erreichung der schriftlich niedergelegten Kooperationsziele und -inhalte geeignet sind. Zudem muss die Erhebung der jeweiligen Information in Einklang mit den außen- und sicherheitspolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland stehen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Geeignetheit eines Suchbegriffs im Rahmen der Kooperation auch dann gegeben sein kann, wenn nur einer der Kooperationspartner den Suchbegriff benennt.⁴⁹

Mit der Regelung in § 14 Abs. 1 BNDG wird eine Kernfrage berührt, die im NSA-Untersuchungsausschuss bei den sog. NSA-Selektoren in der Kooperation in Bad Aibling eine Rolle spielte; dort waren aufgrund eines MoA in einer Anlage des BND zur Fernmeldeaufklärung Selektoren der NSA gesteuert worden. Eine solche Kooperation wäre auch nach § 14 Abs. 1 BNDG möglich, denn Gegenstand der Kooperation dürfen auch Suchbegriffe sein, die nur von einem der Partner benannt werden. Genauso wie in dem dort einschlägig gewesenen MoA geregelt, dürfen auch nach § 14 Abs. 1 BNDG bei der Erhebung von Inhaltsdaten in einer Kooperation nur solche Suchbegriffe verwendet werden, die zur Erreichung der schriftlich niedergelegten Kooperationsziele und -inhalte geeignet sind.⁵⁰ Dies verlangt zugleich, dass der BND auch in der Lage ist, die ihm angetragenen ausländischen Suchbegriffe

⁴² Graulich, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 14.

⁴³ Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 15.

⁴⁴ BT-Drs. 18/9041, S. 49.

⁴⁵ A.a.O.

⁴⁶ Vgl. Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 16 Fn. 68 unter Hinweis auf Gnüchtel, NVwZ 2016, 1113 (1114).

⁴⁷ Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 16.

⁴⁸ BT-Drs. 18/9041, S. 51.

⁴⁹ A.a.O.

⁵⁰ Graulich, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses, BND-26, S. 32 ff.

jederzeit verstehen und auf Einhaltung der vertraglich vereinbarten Regeln prüfen zu können.⁵¹ Das Gesetz normiert also auch in diesem Punkt die seither geübte nachrichtendienstliche Praxis.

§ 14 Abs. 2 BNDG verweist auf die entsprechend geltenden Vorschriften in § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 bis 7 sowie die §§ 8 bis 12 BNDG. Die für die Kooperation zu nutzenden Telekommunikationsnetze müssen demnach durch das Bundeskanzleramt angeordnet werden. Die Vorgaben für das Anordnungsverfahren gelten entsprechend. Darüber hinaus gilt auch der besondere Schutz von Einrichtungen der Europäischen Union, öffentliche Stellen ihrer Mitgliedsstaaten und Unionsbürgerinnen und Unionsbürger. Deutsche Staatsangehörige, inländische juristische Personen oder sich im Bundesgebiet aufhaltende Personen werden umfassend geschützt. U.a. müssen technische Vorkehrungen getroffen werden, dass es bei Kooperationen zu keinen Eingriffen in Artikel 10 GG kommt. Wirtschaftsspionage ist auch im Rahmen von Kooperationen unzulässig.⁵²

§ 14 Abs. 3 BNDG stellt klar, dass die Datenerfassung nur durch den BND und nicht durch den jeweiligen Kooperationspartner erfolgt. Damit wird ausgeschlossen, dass der Kooperationspartner vom deutschen Territorium aus Fernmeldeaufklärung durchführt.⁵³ Dem BND wird somit in Bezug auf die Suchbegriffe ausländischer Kooperationspartner – wenn nämlich i.S. von § 14 Abs. 1 BNDG die Geeignetheit eines Suchbegriffs aufgrund der Benennung von nur einem Kooperationspartner gegeben ist – ausschließlich die Rolle des Datentransporteurs zugewiesen und nicht die Verantwortlichkeit für die mit den Suchbegriffen verbundenen Inhalte; er hat lediglich die Einhaltung der in der Kooperationsvereinbarung getroffenen Grundsätze zu gewährleisten. Diese Regelung schichtet auch die rechtlichen Kontrollkompetenzen im internationalen Rechtsregime ab. Für die Steuerung der Suchbegriffe ausländischer Kooperationspartner ist der BND zwar technisch zuständig; für deren Inhalte besitzt er aber keine eigene Kompetenz. Dies folgt aus der Rechtsnatur derartiger Kooperationen: Es handelt sich nach Art eines Durchleitungsvertrages um die Differenzierung von Transportdiensten im Bereich elektronischer Kommunikationsleistungen einerseits und dem transportierten Inhalt, nämlich SIGINT-Informationen andererseits.⁵⁴

Von dieser Unterscheidung ist auch das *BVerfG* in seinem Beschluss über die Ablehnung eines parlamentarischen Vorlagebegehrens von NSA-Selektoren ausgegangen. Es hat ausgeführt, im Rahmen der Abwägung der kollidierenden Interessen sei zu berücksichtigen, dass das Vorla-

geersuchen bezüglich der NSA-Selektorenlisten ein mehrpoliges Rechtsverhältnis betreffe. Denn das Verlangen des Untersuchungsausschusses berühre auch originäre Belange und Geheimhaltungsinteressen der Vereinigten Staaten von Amerika. Das Grundgesetz, das durch den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit⁵⁵ und internationalen Offenheit⁵⁶ geprägt sei, begnüge sich nicht damit, die innere Ordnung des deutschen Staates festzulegen, sondern bestimme auch in Grundzügen sein Verhältnis zur Staatengemeinschaft. Insofern gehe es von der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen aus.⁵⁷ Die Beurteilungs- und Handlungsfreiheit der Bundesregierung sei angesichts der zwischenstaatlichen Beziehungen eingeschränkt; eine ausschließliche Verfügungsbefugnis über die NSA-Selektorenlisten fehle ihr aufgrund der völkerrechtlichen Vereinbarungen und Absprachen. Insoweit unterscheide sich das Handeln der auswärtigen Gewalt von rein innerstaatlichen Sachverhalten (*BVerfG*, Beschl. v. 13.10.2016 – 2 BvE 2/15, Rn. 177, juris). Die berücksichtigten „originären Belange und Geheimhaltungsinteressen der Vereinigten Staaten von Amerika“ sind Inhalt und technische Beschaffenheit der NSA-Selektoren, deren Rechtsverantwortlichkeit in keiner Richtung dem BND obliegt.

Deshalb ist auch nicht – weil zu weitgehend – dem kritischen Einwand der BfDI gegen die einschlägige Regelung im BNDG zu folgen. Die dafür gegebene Begründung, nach den Vorgaben des *BVerfG* sei als unabdingbare Folge des Rechtsstaats- und Verhältnismäßigkeitsprinzips im Einzelfall zu gewährleisten, dass alle vom BND verwendeten Suchbegriffe für dessen Aufgabenerfüllung nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich und angemessen seien, geht nach Inhalt und Rechtsprechungszeit am Sachverhalt vorbei.⁵⁸ Deutsches Verfassungsrecht ist nach dem voranstehend Ausgeführten nicht auf einen ausländischen Suchbegriff anzuwenden, solange der BND nur die Aufgabe der technischen Steuerung unternimmt. Die Rechtsprechung des *BVerfG* zum Prinzip der sog. Doppeltür – die von der BfDI hier in Anspruch genommen wird – ist am Fall der ausschließlich nationalrechtlichen Situation der Bestandsdatenauskunft entwickelt worden und daher auf die nach technischer Beförderung und inhaltlicher Rechtsverantwortlichkeit differenzierte Situation in der transnationalen Fernmeldeaufklärung nicht anwendbar. Dort gilt rechtliche Differenzierung und nicht Akkumulierung wie bei der notwendigen Öffnung von zwei Türen im Falle der Bestandsdatenauskunft.

f) Unabhängiges Gremium nach §16 BND

Nach § 16 BNDG soll ein „Unabhängiges Gremium“ aus richterlichem Personal des BGH und bundesanwaltlichem

⁵¹ Diese Überprüfungsmöglichkeit bestand in der JSA-Kooperation in Bad Aibling nicht im erforderlichen Maße (vgl. *Graulich*, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses, BND-26, S. 206 ff.).

⁵² BT-Drs. 18/9041, S. 52.

⁵³ A.a.O.

⁵⁴ *Graulich*, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses, BND-26, S. 79.

⁵⁵ BVerfGE 111, 307 (317 f.); 112, 1 (26); 123, 267 (344, 347).

⁵⁶ BVerfGE 92, 26 (48).

⁵⁷ BVerfGE 100, 313 (362).

⁵⁸ BfDI, Ausschussdrucksache 18(4)660, S. 8 unter Hinweis auf die sog. Doppeltür-Theorie des *BVerfG*, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 123.

des GBA geschaffen werden. Das Unabhängige Gremium besteht nach § 16 Abs. 1 BNDG aus (Nr. 1.) einer Vorsitzenden oder einem Vorsitzenden, (Nr. 2.) zwei Beisitzerinnen oder Beisitzern sowie (Nr. 3.) drei stellvertretenden Mitgliedern. Die Mitglieder des Unabhängigen Gremiums sowie die stellvertretenden Mitglieder des Unabhängigen Gremiums sind in ihrer Amtsführung unabhängig und Weisungen nicht unterworfen. Vorsitzende oder Vorsitzender und eine Beisitzerin oder ein Beisitzer sind Richterinnen am BGH oder Richter am BGH, die weitere Beisitzerin oder der weitere Beisitzer ist eine Bundesanwältin beim BGH oder ein Bundesanwalt beim BGH. Zwei stellvertretende Mitglieder sind Richterinnen am BGH oder Richter am BGH, ein stellvertretendes Mitglied ist eine Bundesanwältin beim BGH oder ein Bundesanwalt beim BGH.

Für die Notwendigkeit eines solchen Gremiums sprechen gewichtige verfassungsrechtliche Gründe.⁵⁹ Die Einrichtung einer unabhängigen Kontrolle von wichtigen Aspekten der Ausland-Ausland-Fernmeldeüberwachung fügt sich in die jüngere Rechtsprechung des BVerfG zum Ausbau des Schutzregimes bei heimlichen Rechtseingriffen⁶⁰ ein und sollte daher ungeachtet rechtlicher Zweifel im konstruktiven Detail als interessanter Beitrag zur Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei heimlichen Dateneingriffen betrachtet werden.⁶¹ Dem Gremium obliegende Aufgaben finden sich verstreut über das gesamte BNDG. Dazu gehören die Mitwirkung an der Anordnung von Telekommunikationsnetzen durch das Bundeskanzleramt (§ 6 Abs. 1 BNDG), die eingeschränkte Mitwirkung an der Anordnung von Suchbegriffen durch den BND-Präsidenten (§ 6 Abs. 2 BNDG), die Kontrolle der Vorgaben des § 6 Abs. 3 BNDG, die Unterrichtung über die Löschung nach § 10 Abs. 3 S. 2 BNDG sowie die Unterrichtung über automatisierte Übermittlung (§ 15 Abs. 3 S. 7 BNDG). Das Ständige Gremium ist mit bestimmten Vorbehaltsbefugnissen gegenüber der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND ausgestattet. Sie betreffen nur einen Ausschnitt der gesamten Tätigkeit des Dienstes auf diesem Feld. Insbesondere erstreckt der Vorbehalt sich nicht etwa auf die Bestimmung sämtlicher Suchbegriffe nach § 6 Abs. 2 BNDG. Feuilletonistisch ließe sich das Thema des beschränkten Mitwirkungsvorbehalts mit Bezug auf ein Diktum der Bundeskanzlerin als das „Ausforschen unter Freunden“ charakterisieren.⁶²

Die Begründung des Gesetzesentwurfs äußert sich nicht ausdrücklich zu der Frage, ob es sich bei diesem Gremium um ein judikatives, exekutives oder gar parlamentarisches Organ handeln soll. Je nach dem ergeben sich verfassungs-

rechtlich oder einfachgesetzlich unterschiedliche Anschlussfragen. Es muss wohl davon ausgegangen werden, dass es sich – trotz des richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Personals – um ein administratives Organ handelt.⁶³ Darin gleicht sie der G 10-Kommission, die nach der Beurteilung des BVerfG – ebenfalls – im Funktionsbereich der Exekutive,⁶⁴ mithin im "operativen" Bereich tätig wird, indem sie über die Zulässigkeit und Notwendigkeit von konkreten Beschränkungsmaßnahmen entscheidet.⁶⁵ Ein weiteres Problem ergibt sich aus dem Richterdienstrecht. Eine Ungereimtheit produziert die Konstruktion des Ständigen Gremiums im Richterdienstrecht. Nach § 4 Abs. 1 DRiG darf ein Richter Aufgaben der rechtssprechenden Gewalt und Aufgaben der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt nicht zugleich wahrnehmen. Ausnahmen von dieser Unvereinbarkeitsregelung sind in § 4 Abs. 2 DRiG aufgeführt, unter denen sich das Unabhängige Gremium nicht befindet. Insgesamt erscheint das differenzierte und zurückhaltende, gleichwohl aber prozedurale rechtsstaatliche Sicherung gewährleistende Regelungsmodell des Unabhängigen Gremiums im Kontext der §§ 6 bis 18 BNDG sachgerecht.⁶⁶

g) Entschädigung (§ 18 BNDG)

Zu begrüßen ist die Regelung § 18 BNDG über die Entschädigung von TK-Dienstleistern. Der BND vereinbart demzufolge mit den nach § 8 Abs. 1 S. 1 oder § 12 Abs. 2 S. 4 BNDG verpflichteten Unternehmen für die dort genannten Leistungen eine Entschädigung, deren Höhe sich an den nachgewiesenen tatsächlichen Kosten orientiert. Dabei werden die Kosten nicht pauschal erstattet, sondern die tatsächlich entstandenen Kosten müssen durch die Verpflichteten nachgewiesen werden und werden sodann ersetzt.⁶⁷ Eine vergleichbare Regelung in § 110 Abs. 1 Nr. 1 TKG geht von einer Kostentragung durch die Verpflichteten selbst aus. Diese Bestimmung ist aus verfassungsrechtlichen Gründen in der Literatur und Rechtsprechung umstritten⁶⁸. Das BVerfG hat eine einschlägige Richtervorlage zur Überprüfung nicht angenommen⁶⁹. Fachgerichtlich ist der Streit nicht über die Berufungsinanz hinausgekommen⁷⁰. Die Streitfrage muss somit in Betreff § 110 Abs. 1 Nr. 1 TKG weiterhin als unentschieden gelten⁷¹. Umso erfreulicher ist die sachgerechte Regelung in § 18 TKG, die das Streitpotential aus dem TKG gar nicht erst aufkommen lässt.

⁵⁹ *Graulich*, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 15 und 19 ff.

⁶⁰ *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 – zum BKAG.

⁶¹ Zweifel werden u.a. wegen der sich dadurch vergrößernden Zahl von Gremien mit Kontrollbefugnissen gegenüber dem BND begründet (z.B. *Schindler*, Ausschussdrucksache 18(4)653 D, S. 5; *Gärditz*, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 19).

⁶² *Graulich*, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 15 ff.

⁶³ Einzelheiten bei *Graulich*, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 25 ff.

⁶⁴ BVerfGE 30, 1 (28).

⁶⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 20.9.2016 – 2 BvE 5/15, juris Rn. 54 – fehlende Organstreitbefugnis der G 10-Kommission.

⁶⁶ *Gärditz*, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 21.

⁶⁷ BT-Drs. 18/9041, S. 55.

⁶⁸ Nachweise bei *Graulich*, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, § 110 Rn. 9.

⁶⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 13.5.2009 – 1 BvL 7/08, juris.

⁷⁰ *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 2.12.2009 – OVG 11 S 9.09, Rn. 1, juris.

⁷¹ *Graulich*, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 36.

2. Gemeinsame Dateien mit ausländischen öffentlichen Stellen (§§ 26 bis 30 BNDG)

Der BND ist für die Erfüllung seiner Aufgaben nach § 1 Abs. 2 BNDG in besonderem Maße auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Nachrichtendiensten und öffentlichen Stellen, die nachrichtendienstliche Aufgaben wahrnehmen, angewiesen.⁷² Nicht nur mit Partnerdiensten in EU und NATO, sondern auch mit regional weiter entfernten Partnern besteht angesichts zunehmend überregionaler Bedrohungen und des globalen Auftrags des BND ein besonderes Bedürfnis für eine Zusammenarbeit und hieraus folgend die Notwendigkeit, Fähigkeiten zu bündeln und relevante Informationen zeitnah mit einzelnen oder einer Gruppe ausgewählter Nachrichtendienste zu teilen.⁷³ Zu diesem Zweck schafft das BNDG die Grundlagen für transnationale Kooperationen bei der Datenerhebung, insbesondere durch Fernmeldeaufklärung in §§ 13 bis 15 BNDG, aber auch nach den §§ 26 ff. BNDG ganz allgemein für die fallübergreifende – institutionelle – internationale Kooperation durch den BND beim Austausch von Daten und Informationen mit ausländischen Nachrichtendiensten.⁷⁴ Mit den Regelungen schließt das BNDG eine im Vergleich zum *BVerfG* bislang bestehende Lücke. Das Gesetz zum besseren Informationsaustausch bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus vom 26.7.2016⁷⁵ hatte nämlich mit den §§ 22b, 22c *BVerfSchG* eine institutionelle Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten bislang allein dem BfV vorbehalten.⁷⁶

Der BND kann gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BNDG zum Zwecke des Austausches und der gemeinsamen Auswertung von nachrichtendienstlichen Informationen und Erkenntnissen mit ausländischen öffentlichen Stellen gemeinsame Dateien führen (§ 27 BNDG) oder sich an diesen beteiligen (§ 30 BNDG). Gemeinsame Datenhaltung umfasst zum einen die Errichtung einer gemeinsamen Datei unter Federführung des BND. Zum anderen ist aber auch eine Beteiligung des BND an gemeinsamen Dateien einer oder mehrerer ausländischer öffentlicher Stellen zulässig.⁷⁷

a) Gemeinsame Dateien unter Federführung des BND (§§ 26, 27 BNDG)

Die gemeinsamen Dateien, die der BND federführend errichtet oder an denen er sich beteiligt, müssen sich nach § 26 Abs. 1 S. 2 BNDG auf bestimmte Gefahrenlagen (zum Beispiel Proliferationszusammenhänge, bestimmte Bedrohungslagen) oder bestimmte Personengruppen (zum Beispiel Mitglieder einzelner Terrororganisationen, terroristischer Gefährder) beziehen.⁷⁸

Voraussetzung einer Zusammenarbeit nach § 26 Abs. 1 BNDG ist – außer dem Vorliegen erheblichem außen- und sicherheitspolitischem Interesse für die Bundesrepublik Deutschland (Nr. 1) und der Einhaltung der Gegenseitigkeit (Nr. 3) – gem. § 26 Abs. 2 Nr. 2 BNDG – dass in den teilnehmenden Staaten die Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien gewährleistet ist. Dies deckt sich mit den vergleichbaren Anforderungen aus dem Urteil des *BVerfG* zu den heimlichen Überwachungsvorschriften im *BKAG*.⁷⁹ Denn die Übermittlung von personenbezogenen Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten ist, wie die Übermittlung an innerstaatliche Stellen auch, eine Zweckänderung. Sie ist insoweit nach den allgemeinen Grundsätzen jeweils an den Grundrechten zu messen, in die bei der Datenerhebung eingegriffen wurde. Für die Übermittlung ins Ausland gelten aber auch mit Blick auf die Achtung fremder Rechtsordnungen und -anschauungen eigene verfassungsrechtliche Bedingungen.⁸⁰ Das Problem des territorialen Geltungsumfangs deutscher Grundrechte wird in diesem Fall abgelöst durch die Frage nach einem vergleichbaren Schutz in der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung. Eine Übermittlung von Daten ins Ausland führt nämlich dazu, dass die Gewährleistungen des Grundgesetzes nach der Übermittlung nicht mehr als solche zur Anwendung gebracht werden können und stattdessen die im Ausland geltenden Standards Anwendung finden.⁸¹

Grenzen einer Übermittlung ergeben sich zum einen mit Blick auf die Wahrung datenschutzrechtlicher Garantien. Die Grenzen der inländischen Datenerhebung und -verarbeitung durch das Grundgesetz dürfen durch einen Austausch zwischen den Sicherheitsbehörden nicht in ihrer Substanz unterlaufen werden. Der Gesetzgeber hat daher dafür Sorge zu tragen, dass dieser Grundrechtsschutz durch eine Übermittlung der von deutschen Behörden erhobenen Daten ins Ausland und an internationale Organisationen ebenso wenig ausgehöhlt wird, wie durch eine Entgegennahme und Verwertung von durch ausländische Behörden menschenrechtswidrig erlangten Daten.⁸² Zum anderen ergeben sich Grenzen in Blick auf die Nutzung der Daten durch den Empfängerstaat, wenn dort Menschenrechtsverletzungen zu besorgen sind.⁸³ Zwingend auszuschließen ist danach jedenfalls die Datenübermittlung an Staaten, wenn zu befürchten ist, dass elementare rechtsstaatliche Grundsätze verletzt werden.⁸⁴ Keinesfalls darf der Staat seine Hand zu Verletzungen der Menschenwürde⁸⁵ reichen.⁸⁶ Die somit etablierte hohe Kooperationschwelle ist schon deshalb plausibel, weil es nicht um einen – schon bislang möglichen (§ 9 Abs. 2 BNDG i.V.m.

⁷² Zum politischen Konzept transnationaler nachrichtendienstlicher Kooperation vgl. *Graulich*, Nachrichtendienstliche Fernmeldeaufklärung mit Selektoren in einer transnationalen Kooperation. Prüfung und Bewertung von NSA-Selektoren nach Maßgabe des Beweisbeschlusses, BND-26, S. 200 ff.

⁷³ BT-Drs. 18/9041, S. 57.

⁷⁴ *Gärditz*, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 14.

⁷⁵ BGBl. I 2016, S. 1818.

⁷⁶ Dies zu Recht kritisierend *Gnüchtel*, NVwZ 2016, 1113 (1114) und *Gärditz*, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 16.

⁷⁷ BT-Drs. 18/9041, S. 58.

⁷⁸ A.a.O.

⁷⁹ *Graulich*, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 37.

⁸⁰ *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 324, juris.

⁸¹ *Graulich*, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 37.

⁸² *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 327, juris.

⁸³ *Graulich*, Ausschussdrucksache 18(4)653 B, S. 38.

⁸⁴ *BVerfGE* 108, 129 (136 f.).

⁸⁵ *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 328, juris.

⁸⁶ *BVerfG*, Beschl. des Zweiten Senats v. 15.12.2015 - 2 BvR 2735/14, Rn. 62 m.w.N.

§ 19 Abs. 3 BVerfSchG)⁸⁷ – einzelfallbezogenen Austausch, sondern um eine institutionelle Kooperation geht, bei der ausländische Nachrichtendienste fließend und dauerhaft in Informationsaustausch eingebunden werden.⁸⁸

Die Begründung der Zusammenarbeit bedarf zudem qualifizierter Zustimmungen durch das Bundeskanzleramt oder sogar dessen Chef (§ 26 Abs. 3 S. 1) sowie der Unterrichtung des Parlamentarischen Kontrollgremiums (§ 26 Abs. 3 S. 2 BNDG). Die Ziele der Zusammenarbeit sowie die Einzelheiten der gemeinsamen Datennutzung sind vor Beginn der Zusammenarbeit zwischen dem Bundesnachrichtendienst und den teilnehmenden ausländischen öffentlichen Stellen in einer Absichtserklärung schriftlich niederzulegen (§ 26 Abs. 4 S. 1 BNDG).

b) Gemeinsame Dateien unter Beteiligung des BND (§§ 26, 30 BNDG)

In § 30 BNDG werden die Voraussetzungen für die Beteiligung des BND an gemeinsamen Dateien ausländischer öffentlicher Stellen geregelt, die mit nachrichtendienstlichen Aufgaben betraut sind. Nach der Gesetzesbegründung erscheint es angemessen, die allgemeinen Voraussetzungen für die gemeinsame Datenhaltung in § 26 BNDG auch anzuwenden, wenn der BND sich im Ausland an einer gemeinsamen Datenhaltung beteiligt, selbst wenn es nicht darum geht, dass der BND anderen Stellen die Möglichkeit eines automatisierten Abrufs aus einer durch ihn geführten Datei einräumt.⁸⁹

IV. Ausblick

Über die zukünftige Entwicklung der gesetzlichen Grundlagen des BND sei vage spekuliert. Es bleibt bei zwei bestehenden legislatorischen Abhängigkeiten des BNDG: zum einen vom G 10 und zum anderen vom BVerfSchG. Dabei ist allerdings einzuräumen, dass die Regelungen des G 10 nicht wirklich befriedigend in das BNDG zu integrieren wären, weil sie auch andere Dienste betreffen. Und die inhaltlichen Bezugnahmen des BNDG auf die Befugnisse für besondere Auskunftsverlangen,⁹⁰ weitere Auskunftsverlangen⁹¹ sowie besondere Formen der Datenerhebung⁹² im BVerfSchG indizieren auch zukünftige Parallelentwicklungen von nachrichtendienstrechtlichen Institutionen wie sie vergleichsweise auch im Polizeirecht vorhanden sind und dort typischerweise durch koordinierte Gesetzgebungsakte bewältigt werden.⁹³ Es wäre gesondert zu untersuchen, inwiefern Unterschiede in der Aufgabenstellung der Dienste dennoch jeweils spezielle gesetzliche Regelungen nahelegen. Der zeitliche Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens zur BNDG-Novelle vom 23.12.2016 hat verhindert, die notwendigen Konsequenzen aus dem Urteil des BVerfG zu den heimlichen Überwachungsmaßnahmen im BKAG⁹⁴ zu ziehen. Im Falle einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung werden die Regelungen in §§ 8 Abs. 2, 8a ff., 8d, 9a und 9b BVerfSchG den dort aufgestellten Anforderungen nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur eingeschränkt standhalten, und dies wird dann – vermittelt durch §§ 2a, 2b und 3 BNDG – auch die Rechtsgrundlagen des Bundesnachrichtendienstes betreffen. Damit sind wir dann aber schon in der Normalität des demokratischen Rechtsstaats angekommen.

⁸⁷ Gärditz (Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 15 Fn. 65) weist noch ergänzend auf die daneben bestehende truppenstatutrechtliche Ergänzungsklausel nach § 19 Abs. 2 BVerfSchG hin, die auch einen Austausch mit ausländischen Nachrichtendiensten erfasst, jedenfalls soweit diese zum Schutz stationierter Truppen eingesetzt werden (vgl. auch Wolf, JZ 2013, 1039 [1045]).

⁸⁸ Gärditz, Ausschussdrucksache 18(4)653 A, S. 15.

⁸⁹ BT-Drs. 18/9041, S. 63.

⁹⁰ § 2a BNDG i.V.m. § 8a ff. BVerfSchG.

⁹¹ § 2b BNDG i.V.m. § 8d BVerfSchG.

⁹² § 3 BNDG i.V.m. §§ 8 Abs. 2, 9, 9a und 9b BVerfSchG.

⁹³ Graulich, Gutachtliche Stellungnahme (a.a.O.), S. 3.

⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

ENTSCHEIDUNGEN

Vorratsdatenspeicherung ohne Anlass unzulässig

EuGH, Urt. v. 21.12.2016

in den verbundenen Rechtssachen C-203/15 und C-698/15*

1. **Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung steht einer nationalen Regelung entgegen, die für Zwecke der Bekämpfung von Straftaten eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten aller Teilnehmer und registrierten Nutzer in Bezug auf alle elektronischen Kommunikationsmittel vorsieht. Nationale Regelungen, die den Schutz und die Sicherheit der Verkehrs- und Standortdaten sowie insbesondere auch den Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu diesen Daten zum Gegenstand haben, sind darauf zu beschränken, dass Zugang ausschließlich zur Bekämpfung schwerer Straftaten erfolgt, dieser einer vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsbehörde unterliegt und die betreffenden Daten im Gebiet der Union auf Vorrat zu speichern sind.**
 2. **Bei der Begrenzung der Eingriffsmaßnahme im Hinblick auf die potenziell betroffenen Personenkreise und Situationen muss sich die nationale Regelung auf objektive Anknüpfungspunkte stützen, die es ermöglichen, Personenkreise zu erfassen, deren Daten geeignet sind, einen zumindest mittelbaren Zusammenhang mit schweren Straftaten sichtbar zu machen, auf irgendeine Weise zur Bekämpfung schwerer Kriminalität beizutragen oder eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu verhindern. Eine solche Begrenzung lässt sich durch ein geografisches Kriterium gewährleisten, wenn die zuständigen nationalen Behörden aufgrund objektiver Anhaltspunkte annehmen, dass in einem oder mehreren geografischen Gebieten ein erhöhtes Risiko besteht, dass solche Taten vorbereitet oder begangen werden. (Leitsätze der Schriftleitung)**
- 1 Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) (ABl. 2002, L 201, S. 37) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.12.2009 (ABl. 2009, L 337, S. 11) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 2002/58) im Licht der Art. 7 und 8 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta).
- 2 Diese Ersuchen ergehen im Rahmen von zwei Rechtsstreitigkeiten; in der ersten streiten die Tele2 Sverige AB mit Post- und telestyrelsen (schwedische Überwachungsbehörde für Post und Telekommunikation, im Folgenden: PTS) über eine Anordnung der PTS gegenüber Tele2 Sverige zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten und von Standortdaten ihrer Teilnehmer und registrierten Nutzer (Rechtssache C-203/15), in der zweiten W., B. und L. mit dem Secretary of State for the Home Department (Innenminister, Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland) über die Vereinbarkeit des Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (Gesetz von 2014 zur Vorratsdatenspeicherung und zu den Ermittlungsbefugnissen, im Folgenden: DRIPA) mit dem Unionsrecht (Rechtssache C-698/15).
- Rechtlicher Rahmen**
- (wird ausgeführt...)*
- Ausgangsverfahren und Vorlagefragen**
- Rechtssache C-203/15*
- 44 Am 9.4.2014 teilte Tele2 Sverige, ein in Schweden ansässiger Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste, der PTS mit, dass sie infolge der Ungültigerklärung der Richtlinie 2006/24 durch das Urteil vom 8.4.2014, Digital Rights Ireland u. a. (C-293/12 und C-594/12, im Folgenden: Urteil Digital Rights, EU:C:2014:238) ab dem 14.4.2014 die vom LEK erfassten elektronischen Kommunikationsdaten nicht mehr auf Vorrat speichern und die bis dahin gespeicherten Daten löschen werde.
- 45 Am 15.4.2014 beschwerte sich die Rikspolisstyrelsen (Reichspolizeidirektion, Schweden) bei der PTS darüber, dass Tele2 Sverige ihr die betreffenden Daten nicht mehr mitteile.

* Das Urteil ist vollständig abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186492&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=601733> (zuletzt abgerufen am 16.1.2017).

- 46 Am 29.4.2014 beauftragte der Justitieminister (Minister der Justiz, Schweden) einen Sondergutachter damit, die einschlägige schwedische Regelung im Hinblick auf das Urteil Digital Rights zu prüfen. In einem Bericht Ds 2014:23 vom 13.6.2014 („Datalagring, EU-rätten och svensk rätt“ [Vorratsdatenspeicherung, Unionsrecht und schwedisches Recht], im Folgenden: Bericht von 2014) gelangte der Sondergutachter zu dem Schluss, dass die nationale Regelung über die Vorratsdatenspeicherung in den §§ 16 bis 16f des LEK weder gegen das Unionsrecht noch gegen die am 4.12.1950 in Rom unterzeichnete Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) verstoße (*wird ausgeführt*).
- 47 Aufgrund dessen teilte die PTS am 19.6.2014 Tele2 Sverige mit, dass sie gegen ihre Pflichten aus der nationalen Regelung verstoße, indem sie die unter das LEK fallenden Daten nicht für Zwecke der Kriminalitätsbekämpfung für sechs Monate auf Vorrat speichere. Mit Verfügung vom 27.6.2014 gab die PTS ihr auf, diese Daten spätestens ab dem 25.7.2014 auf Vorrat zu speichern.
- 48 Da Tele2 Sverige der Ansicht war, dass dem Bericht von 2014 eine unzutreffende Lesart des Urteils Digital Rights zugrunde liege und die Pflicht zur Vorratsspeicherung der Daten gegen die durch die Charta gewährleisteten Grundrechte verstoße, erhob sie gegen die Verfügung vom 27. 6.2014 Klage beim *Förvaltningsrätt i Stockholm* (Verwaltungsgericht Stockholm, Schweden). Nachdem die Klage mit Urteil vom 13.10.2014 abgewiesen worden war, legte Tele2 Sverige Berufung beim vorlegenden Gericht ein.
- 49 Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts ist die Vereinbarkeit der schwedischen Regelung mit dem Unionsrecht anhand von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 zu beurteilen. Denn diese Richtlinie stelle zwar den Grundsatz auf, dass Verkehrs- und Standortdaten zu löschen oder zu anonymisieren seien, sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt würden. Ihr Art. 15 Abs. 1 schaffe aber eine Ausnahme von diesem Grundsatz, da er die Mitgliedstaaten ermächtige, die Pflicht zur Löschung oder Anonymisierung zu beschränken oder sogar eine Vorratsdatenspeicherung vorzusehen, wenn dies aus den in dieser Bestimmung genannten Gründen gerechtfertigt sei. Nach dem Unionsrecht sei somit in bestimmten Fällen die Vorratsspeicherung elektronischer Kommunikationsdaten zulässig.
- 50 Dem vorlegenden Gericht stellt sich jedoch die Frage, ob eine allgemeine und unterschiedslose Pflicht zur Vorratsspeicherung elektronischer Kommunikationsdaten, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht, mit Rücksicht auf das Urteil Digital Rights mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58, im Licht der Art. 7 und 8 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta betrachtet, vereinbar ist. Im Hinblick auf die insoweit divergierenden Ansichten der Parteien wäre es angebracht, dass der Gerichtshof in eindeutiger Weise darüber befinde, ob – wie Tele2 Sverige meine – die allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung elektronischer Kommunikationsdaten als solche mit den Art. 7 und 8 sowie Art. 52 Abs. 1 der Charta unvereinbar sei oder aber ob, wie sich aus dem Bericht von 2014 ergebe, die Vereinbarkeit einer solchen Vorratsdatenspeicherung nach den Bestimmungen über den Zugang zu den Daten, über ihren Schutz, über ihre Sicherheit sowie über die Dauer ihrer Speicherung beurteilt werden müsse.
- 51 Unter diesen Umständen hat das vorlegende Gericht beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Ist eine generelle Verpflichtung zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten, die sich auf alle Personen und alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie auf sämtliche Verkehrsdaten erstreckt, ohne irgendeine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme anhand des Ziels der Bekämpfung von Straftaten vorzusehen, mit Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 unter Berücksichtigung der Art. 7, 8 und 52 Abs. 1 der Charta vereinbar?
 2. Falls die erste Frage zu verneinen ist, kann die Vorratsspeicherung dennoch zulässig sein, wenn
 - a) der Zugang der nationalen Behörden zu den gespeicherten Daten wie in den Nrn. 19 bis 36 der Vorlageentscheidung beschrieben festgelegt ist und
 - b) die Sicherheitsanforderungen wie in den Nrn. 38 bis 43 der Vorlageentscheidung beschrieben geregelt sind und
 - c) sämtliche relevanten Daten wie in Nr. 37 der Vorlageentscheidung beschrieben für einen Zeitraum von sechs Monaten ab dem Tag, an dem die Kommunikation beendet wird, gespeichert und anschließend gelöscht werden müssen?
- Rechtssache C-698/15*
- 52 W., B. und L. erhoben beim *High Court of Justice* (England & Wales), Queens’ Bench Division (Divisional Court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Abteilung Queen’s Bench, Vereinigtes Königreich) jeweils Klage auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Section 1 des DRIPA und machten insbesondere geltend, dass diese Section mit den Art. 7 und 8 der Charta sowie mit Art. 8 EMRK unvereinbar sei.
- 53 Mit Urteil vom 17.7.2015 stellte der *High Court of Justice* (England & Wales), Queens’ Bench Division (Divisional Court) (Hoher Gerichtshof [England und Wales], Abteilung Queen’s Bench) fest, dass das Urteil Digital Rights „verbindliche unionsrechtliche Voraussetzungen“ für die Regelungen der Mitgliedstaaten über die Vorratsspeicherung von Kommunikationsdaten und den Zugang zu solchen Daten festlege. Da der Gerichtshof in diesem Urteil angenommen habe, dass die Richtlinie 2006/24 mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar sei, lasse sich eine nationale Regelung gleichen Inhalts wie diese Richtlinie ebenfalls nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbaren. Aus der dem Urteil Digital Rights zugrunde liegenden Logik ergebe sich, dass Rechtsvorschriften, mit denen eine allgemeine Regelung für die

Vorratsspeicherung von Kommunikationsdaten geschaffen werde, gegen die in den Art. 7 und 8 der Charta gewährleisteten Rechte verstoße, sofern diese Rechtsvorschriften nicht durch eine im nationalen Recht festgelegte Regelung über den Zugang zu den Daten ergänzt werde, die ausreichende Garantien für die Wahrung dieser Rechte vorsehe. Section 1 des DRIPA sei folglich nicht mit den Art. 7 und 8 der Charta vereinbar, da sie keine klaren und präzisen Regeln für den Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten und über deren Nutzung aufstelle und den Zugang zu diesen Daten nicht von einer vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle abhängig mache.

54 Der Minister des Innern legte gegen dieses Urteil Rechtsmittel beim Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Berufungsgericht [England und Wales] [Abteilung für Zivilsachen], Vereinigtes Königreich) ein.

55 Dieses Gericht weist darauf hin, dass Section 1(1) des DRIPA den Minister des Innern ermächtige, ohne jede vorherige Genehmigung durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle eine allgemeine Regelung zu erlassen, die den Betreibern öffentlicher Kommunikationsdienste vorschreibe, alle Daten in Bezug auf sämtliche Post- oder Telekommunikationsdienste für längstens zwölf Monate auf Vorrat zu speichern, sofern er dies zur Verfolgung der in der Regelung des Vereinigten Königreichs genannten Ziele für erforderlich und verhältnismäßig halte. Auch wenn diese Daten nicht den Inhalt einer Kommunikation einschließen, könnten sie doch einen erheblichen Eingriff in die Privatsphäre der Nutzer von Kommunikationsdienstleistungen darstellen.

56 Das vorliegende Gericht ging in der Vorlageentscheidung und in seinem im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens erlassenen Urteil vom 20.11.2015, mit dem es beschlossen hat, das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof zu richten, davon aus, dass die nationalen Vorschriften über die Vorratsdatenspeicherung zwangsläufig unter Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 fielen und daher die sich aus der Charta ergebenden Erfordernisse beachten müssten. Allerdings habe nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie der Unionsgesetzgeber die Regeln für den Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten nicht harmonisiert.

57 Hinsichtlich der Auswirkungen des Urteils Digital Rights auf die im Ausgangsverfahren aufgeworfenen Fragen weist das vorliegende Gericht darauf hin, dass der Gerichtshof in der Rechtssache, die zu diesem Urteil geführt habe, mit der Gültigkeit der Richtlinie 2006/24 und nicht mit der Gültigkeit einer nationalen Regelung befasst gewesen sei. In Anbetracht u. a. des engen Zusammenhangs zwischen der Vorratsspeicherung von Daten und dem Zugang zu diesen Daten wäre es unbedingt erforderlich gewesen, dass die Richtlinie mit einer Reihe von Garantien einhergegangen wäre und das Urteil Digital Rights bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der mit der Richtlinie geschaffenen Regelung zur Vorratsdatenspeicherung auf die Regeln für den Zugang zu diesen Daten eingegangen wäre. Der Gerichtshof habe daher nicht beabsichtigt, in

diesem Urteil zwingende Erfordernisse für nationale Regelungen über den Zugang zu Daten aufzustellen, mit denen nicht Unionsrecht umgesetzt werde. Außerdem hätten die Erwägungen des Gerichtshofs in engem Zusammenhang mit dem Ziel gestanden, das mit der Richtlinie selbst verfolgt worden sei. Eine nationale Regelung müsse jedoch im Hinblick auf die mit ihr verfolgten Ziele und ihren Kontext beurteilt werden.

58 Hinsichtlich der Erforderlichkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof hebt das vorliegende Gericht hervor, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Vorlageentscheidung sechs Gerichte anderer Mitgliedstaaten, darunter fünf letztinstanzliche Gerichte, nationale Rechtsvorschriften gestützt auf das Urteil Digital Rights für nichtig erklärt hätten. Die Antwort auf die aufgeworfenen Fragen sei daher nicht offensichtlich, während sie für die Entscheidung der bei diesem Gericht anhängigen Rechtssachen erforderlich sei.

59 Daher hat der *Court of Appeal* (England & Wales) (Civil Division) (Berufungsgericht [England und Wales] [Abteilung für Zivilsachen], Vereinigtes Königreich) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Legt das Urteil Digital Rights (einschließlich insbesondere seiner Rn. 60 bis 62) verbindliche, für die nationale Regelung eines Mitgliedstaats über den Zugang zu gemäß den nationalen Rechtsvorschriften auf Vorrat gespeicherten Daten geltende Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit den Art. 7 und 8 der Charta fest?

2. Erweitert das Urteil Digital Rights die Reichweite von Art. 7 und/oder Art. 8 der Charta über die von Art. 8 EMRK, wie sie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte festgestellt ist, hinaus?

Zum Verfahren vor dem Gerichtshof

60 Mit Beschluss vom 1.2.2016, D. u. a. (C-698/15, nicht veröffentlicht, EU:C:2016:70), hat der Präsident des Gerichtshofs dem Antrag des *Court of Appeal* (England & Wales) (Civil Division) (Berufungsgericht [England und Wales] [Abteilung für Zivilsachen]) stattgegeben, die Rechtssache C-698/15 dem beschleunigten Verfahren des Art. 105 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs zu unterwerfen.

61 Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 10. 3.2016 sind die Rechtssachen C-203/15 und C-698/15 zu gemeinsamem mündlichen Verfahren und zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.

Zu den Vorlagefragen

Zur ersten Frage in der Rechtssache C-203/15

62 Mit der ersten Frage in der Rechtssache C-203/15 möchte der *Kammarrätt i Stockholm* (Oberverwaltungsgericht Stockholm) wissen, ob Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie

2002/58 im Licht der Art. 7 und 8 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen entgegensteht, die für Zwecke der Bekämpfung von Straftaten eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten aller Teilnehmer und registrierten Nutzer in Bezug auf alle elektronischen Kommunikationsmittel vorsieht.

63 Diese Frage geht u. a. darauf zurück, dass die Richtlinie 2006/24, die mit der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelung umgesetzt werden sollte, mit dem Urteil *Digital Rights* für ungültig erklärt wurde, die Parteien aber uneins sind über die Tragweite dieses Urteils und seine Auswirkungen auf die nationale Regelung, die für die Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten sowie für den Zugang der nationalen Behörden zu diesen Daten gilt.

64 Zunächst ist zu prüfen, ob eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.

Zum Geltungsbereich der Richtlinie 2002/58

65 Die Mitgliedstaaten, die beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen eingereicht haben, vertreten unterschiedliche Standpunkte zu der Frage, ob und inwieweit nationale Regelungen über die Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten sowie den Zugang der nationalen Behörden zu diesen Daten für Zwecke der Kriminalitätsbekämpfung in den Geltungsbereich der Richtlinie 2002/58 fallen. Während namentlich die belgische, die dänische, die deutsche und die estnische Regierung, Irland und die niederländische Regierung sich dafür ausgesprochen haben, diese Frage zu bejahen, hat die tschechische Regierung vorgeschlagen, sie zu verneinen, weil alleiniger Zweck dieser Regelungen die Kriminalitätsbekämpfung sei. Die Regierung des Vereinigten Königreichs macht geltend, dass in den Geltungsbereich dieser Richtlinie nur Regelungen über die Vorratsdatenspeicherung fielen, nicht aber Regelungen über den Zugang zu den gespeicherten Daten durch die nationalen Strafverfolgungsbehörden.

66 Die Kommission schließlich hat zwar in ihren schriftlichen Erklärungen, die sie beim Gerichtshof in der Rechtsache C-203/15 eingereicht hat, die Ansicht vertreten, dass die im Ausgangsverfahren streitige nationale Regelung in den Geltungsbereich der Richtlinie 2002/58 falle. In ihren schriftlichen Erklärungen in der Rechtssache C-698/15 hingegen hat sie vorgetragen, dass nur nationale Vorschriften über die Vorratsspeicherung von Daten, nicht aber solche über den Zugang der nationalen Behörden zu diesen Daten in den Geltungsbereich der Richtlinie fielen. Diese letztgenannten Vorschriften müssten gleichwohl berücksichtigt werden, um zu beurteilen, ob eine nationale Regelung über die Vorratsdatenspeicherung durch Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste einen unverhältnismäßigen Eingriff in die durch die Art. 7 und 8 der Charta gewährleisteten Grundrechte darstelle.

67 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass für die Bestimmung der Reichweite des Geltungsbereichs der Richtlinie 2002/58 insbesondere deren Systematik zu berücksichtigen ist.

68 Die Richtlinie 2002/58 sieht nach ihrem Art. 1 Abs. 1 u. a. die Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten vor, die erforderlich sind, um einen gleichwertigen Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre und Vertraulichkeit, in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation zu gewährleisten.

69 Art. 1 Abs. 3 dieser Richtlinie schließt von ihrem Geltungsbereich die „Tätigkeiten des Staates“ in den dort genannten Bereichen aus, d. h. namentlich die Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich sowie Tätigkeiten betreffend die öffentliche Sicherheit, die Landesverteidigung und die Sicherheit des Staates, einschließlich seines wirtschaftlichen Wohls, wenn die Tätigkeit die Sicherheit des Staates berührt (vgl. entsprechend, zu Art. 3 Abs. 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie 95/46, Urteile vom 6.11.2003, *Lindqvist*, C-101/01, EU:C:2003:596, Rn. 43, sowie vom 16.12.2008, *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, Rn. 41).

70 Nach Art. 3 der Richtlinie 2002/58 gilt diese für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union, einschließlich öffentlicher Kommunikationsnetze, die Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräte unterstützen (im Folgenden: elektronische Kommunikationsdienste). Folglich ist davon auszugehen, dass diese Richtlinie die Tätigkeiten der Betreiber solcher Dienste regelt.

71 Nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 können die Mitgliedstaaten unter den angegebenen Voraussetzungen „Rechtsvorschriften erlassen, die die Rechte und Pflichten gemäß Art. 5, Art. 6, Art. 8 Abs. 1, 2, 3 und 4 sowie Art. 9 dieser Richtlinie beschränken“. Art. 15 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie nennt als Beispiel für Vorschriften, die so von den Mitgliedstaaten erlassen werden können, Vorschriften, die „vorsehen, dass Daten ... aufbewahrt werden“.

72 Zwar beziehen sich die Rechtsvorschriften, um die es in Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 geht, auf spezifische Tätigkeiten der Staaten oder der staatlichen Stellen, die mit den Tätigkeitsbereichen von Einzelpersonen nichts zu tun haben (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, Rn. 51). Zudem decken sich die Zweckbestimmungen, denen die Rechtsvorschriften nach dieser Bestimmung entsprechen müssen – Schutz der nationalen Sicherheit, der Landesverteidigung und der öffentlichen Sicherheit sowie Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen –, im Wesentlichen mit den

Zielen, die mit den in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie genannten Tätigkeiten verfolgt werden.

- 73 In Anbetracht der Systematik der Richtlinie 2002/58 erlauben jedoch die in der vorstehenden Randnummer dieses Urteils genannten Gesichtspunkte nicht den Schluss, dass die Rechtsvorschriften i.S.d. Art. 15 Abs. 1 dieser Richtlinie von deren Geltungsbereich ausgeschlossen sind, da dieser Bestimmung damit jede praktische Wirksamkeit genommen würde. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 setzt nämlich zwangsläufig voraus, dass die dort genannten nationalen Vorschriften, wie Vorschriften über die Aufbewahrung von Daten für Zwecke der Kriminalitätsbekämpfung, in den Geltungsbereich der Richtlinie fallen, da diese Richtlinie die Mitgliedstaaten zum Erlass solcher Vorschriften ausdrücklich nur dann ermächtigt, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen eingehalten werden.
- 74 Außerdem regeln die in Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 genannten Rechtsvorschriften – zu den in dieser Bestimmung genannten Zwecken – die Tätigkeit der Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste. Demnach ist Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 der Richtlinie 2002/58 dahin auszulegen, dass diese Rechtsvorschriften in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen.
- 75 In ihren Geltungsbereich fällt insbesondere eine Rechtsvorschrift wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste vorschreibt, die Verkehrs- und Standortdaten auf Vorrat zu speichern, da damit zwangsläufig eine Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Betreiber verbunden ist.
- 76 Ebenfalls in ihren Geltungsbereich fällt eine Rechtsvorschrift, die, wie im Ausgangsverfahren, den Zugang der nationalen Behörden zu den von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf Vorrat gespeicherten Daten betrifft.
- 77 Der in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 garantierte Schutz der Vertraulichkeit elektronischer Kommunikationen und der damit verbundenen Verkehrsdaten gilt nämlich für Maßnahmen sämtlicher anderer Personen als der Nutzer, unabhängig davon, ob es sich um private Personen oder Einrichtungen oder um staatliche Einrichtungen handelt. Wie ihr 21. Erwägungsgrund bestätigt, soll die Richtlinie 2002/58 jeden unerlaubten Zugang zu Nachrichten einschließlich zu „mit ihnen verbundenen Daten“ verhindern, um die Vertraulichkeit elektronischer Kommunikationen zu schützen.
- 78 Daher betrifft eine Rechtsvorschrift, mit der ein Mitgliedstaat den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf der Grundlage von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 zu den in dieser Bestimmung genannten Zwecken vorschreibt, den nationalen Behörden unter in der betreffenden Rechtsvorschrift vorgesehenen Voraussetzungen den Zugang zu den von ihnen gespeicherten Daten zu gewähren, die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Betreiber, und eine solche Verarbeitung fällt in den Geltungsbereich dieser Richtlinie.
- 79 Grundsätzlich setzt eine nationale Regelung über die Vorratsdatenspeicherung, da diese allein zu dem Zweck erfolgt, die Daten gegebenenfalls den zuständigen nationalen Behörden zugänglich zu machen, zwangsläufig voraus, dass es Bestimmungen über den Zugang dieser Behörden zu den von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf Vorrat gespeicherten Daten gibt.
- 80 Diese Auslegung wird durch Art. 15 Abs. 1b der Richtlinie 2002/58 gestützt, wonach die Betreiber nach den gemäß Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie eingeführten nationalen Vorschriften interne Verfahren zur Beantwortung von Anfragen über den Zugang zu den personenbezogenen Daten der Nutzer einrichten.
- 81 Nach alledem fällt eine nationale Regelung, wie sie in den Ausgangsverfahren der Rechtssachen C-203/15 und C-698/15 in Rede steht, in den Geltungsbereich der Richtlinie 2002/58.
- Zur Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Hinblick auf die Art. 7, 8 und 11 sowie Art. 52 Abs. 1 der Charta
- 82 Nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2002/58 stellen ihre Bestimmungen eine „Detaillierung und Ergänzung“ der Richtlinie 95/46 dar. Wie in ihrem zweiten Erwägungsgrund zum Ausdruck gebracht wird, soll mit der Richtlinie 2002/58 gewährleistet werden, dass die in den Art. 7 und 8 der Charta niedergelegten Rechte uneingeschränkt geschützt werden. Insoweit ergibt sich aus der Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (KOM[2000] 385 endgültig), aus dem die Richtlinie 2002/58 hervorgegangen ist, dass der Unionsgesetzgeber beabsichtigte, „sicher[zu]stellen, dass für alle elektronischen Kommunikationsdienste unabhängig von der zugrunde liegenden Technologie weiterhin ein hochgradiger Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre gewährleistet bleibt“.
- 83 Zu diesem Zweck enthält die Richtlinie 2002/58 spezielle Vorschriften, die – wie sich u. a. aus ihren Erwägungsgründen 6 und 7 ergibt – die Nutzer elektronischer Kommunikationsdienste vor den sich aus den neuen Technologien und den zunehmenden Fähigkeiten zur automatischen Speicherung und Verarbeitung von Daten ergebenden Risiken für personenbezogene Daten und die Privatsphäre schützen sollen.
- 84 Insbesondere sieht Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 vor, dass die Mitgliedstaaten die Vertraulichkeit der mit öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten übertragenen Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch ihre innerstaatlichen Vorschriften sicherzustellen haben.

- 85 Der mit der Richtlinie 2002/58 eingeführte Grundsatz der Vertraulichkeit von Kommunikationen bedeutet u. a., dass – wie aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie hervorgeht – es jeder anderen Person als dem Nutzer grundsätzlich untersagt ist, ohne dessen Einwilligung mit elektronischen Kommunikationen verbundene Verkehrsdaten zu speichern. Ausgenommen sind lediglich die gem. Art. 15 Abs. 1 dieser Richtlinie gesetzlich dazu ermächtigten Personen sowie die für die Weiterleitung einer Nachricht erforderliche technische Speicherung (vgl. in diesem Sinne Urt. vom 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, Rn. 47).
- 86 Wie die Erwägungsgründe 22 und 26 der Richtlinie 2002/58 bestätigen, dürfen Verkehrsdaten nach Art. 6 der Richtlinie nur zur Gebührenabrechnung für die Dienste, zu deren Vermarktung und zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen im dazu erforderlichen Maß und innerhalb des dazu erforderlichen Zeitraums verarbeitet und gespeichert werden (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, Rn. 47 und 48). Was speziell die Gebührenabrechnung für die Dienste betrifft, ist diese Verarbeitung nur bis zum Ende des Zeitraums zulässig, in dem die Rechnung rechtlich angefochten oder der Anspruch auf Zahlung geltend gemacht werden kann. Danach sind die verarbeiteten und gespeicherten Daten zu löschen oder zu anonymisieren. Andere Standortdaten als Verkehrsdaten dürfen nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur dann verarbeitet werden, wenn sie anonymisiert wurden oder wenn die Nutzer oder Teilnehmer ihre Einwilligung gegeben haben.
- 87 Die Tragweite der Bestimmungen der Art. 5, 6 und 9 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58, die die Vertraulichkeit von Kommunikationen und der damit verbundenen Daten gewährleisten und Missbrauchsrisiken verringern sollen, beurteilt sich außerdem unter Berücksichtigung des 30. Erwägungsgrundes der Richtlinie, wonach „[d]ie Systeme für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste ... so konzipiert werden [sollten], dass so wenig personenbezogene Daten wie möglich benötigt werden“.
- 88 Zwar erlaubt Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 den Mitgliedstaaten, Ausnahmen von der in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie aufgestellten grundsätzlichen Pflicht zur Sicherstellung der Vertraulichkeit personenbezogener Daten und den entsprechenden, u. a. in den Art. 6 und 9 der Richtlinie genannten Pflichten vorzusehen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, Rn. 50).
- 89 Gleichwohl ist Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58, da er den Mitgliedstaaten erlaubt, die Tragweite der grundsätzlichen Verpflichtung, die Vertraulichkeit elektronischer Kommunikationen und der damit verbundenen Verkehrsdaten zu gewährleisten, einzuschränken, nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs eng auszulegen (vgl. entsprechend Urt. v. 22.11.2012, *Probst*, C-119/12, EU:C:2012:748, Rn. 23). Eine solche Bestimmung vermag es daher nicht zu rechtfertigen, dass die Ausnahme von dieser grundsätzlichen Verpflichtung und insbesondere von dem in Art. 5 der Richtlinie 2002/58 vorgesehenen Verbot, diese Daten zu speichern, zur Regel wird, soll die letztgenannte Vorschrift nicht weitgehend ausgehöhlt werden.
- 90 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2002/58 vorsieht, dass die in dieser Bestimmung genannten Rechtsvorschriften, die vom Grundsatz der Vertraulichkeit von Kommunikationen und der damit verbundenen Verkehrsdaten abweichen, „die nationale Sicherheit (d. h. die Sicherheit des Staates), die Landesverteidigung, die öffentliche Sicherheit sowie die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder des unzulässigen Gebrauchs von elektronischen Kommunikationssystemen“ zum Ziel haben müssen oder einen der anderen Zwecke verfolgen müssen, die in Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 95/46, auf den Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2002/58 verweist, genannt sind (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 29.1.2008, *Promusicae*, C-275/06, EU:C:2008:54, Rn. 53). Hierbei handelt es sich um eine abschließende Aufzählung der Zwecke, wie aus Art. 15 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 2002/58 hervorgeht, wonach die Rechtsvorschriften aus den in Art. 15 Abs. 1 S. 1 dieser Richtlinie „aufgeführten Gründen“ gerechtfertigt sein müssen. Die Mitgliedstaaten dürfen demnach solche Vorschriften nicht zu anderen als den in Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2002/58 aufgezählten Zwecken erlassen.
- 91 Außerdem müssen nach Art. 15 Abs. 1 S. 3 der Richtlinie 2002/58 „[a]lle in [Art. 15 Abs. 1 dieser Richtlinie] genannten Maßnahmen ... den allgemeinen Grundsätzen des [Unions]rechts einschließlich den in Art. 6 Abs. 1 und 2 [EU] niedergelegten Grundsätzen entsprechen“, zu denen die allgemeinen Grundsätze und die Grundrechte gehören, die nunmehr durch die Charta gewährleistet werden. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 muss somit im Licht der von der Charta garantierten Grundrechte ausgelegt werden (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 95/46, Urt. v. 20.5.2003, *Österreichischer Rundfunk u. a.*, C-465/00, C-138/01 und C-139/01, EU:C:2003:294, Rn. 68, v. 13.5.2014, *Google Spain und Google*, C-131/12, EU:C:2014:317, Rn. 68, sowie v. 6.10.2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, Rn. 38).
- 92 In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste durch eine nationale Regelung, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht, auferlegte Pflicht, Verkehrsdaten auf Vorrat zu speichern, um diese gegebenenfalls den zuständigen nationalen Behörden zugänglich zu machen, Fragen aufwirft, die nicht nur die Einhaltung der in den Vorlagefragen ausdrücklich erwähnten Art. 7 und 8 der Charta, sondern auch die Einhaltung der in Art. 11 der Charta gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung betreffen (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil *Digital Rights*, Rn. 25 und 70).
- 93 Folglich muss die Bedeutung sowohl des in Art. 7 der Charta gewährleisteten Grundrechts auf Achtung des Privatlebens als auch des in Art. 8 der Charta gewährleisteten Grundrechts auf Schutz personenbezogener Daten, wie sie

sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 6.10.2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung), bei der Auslegung von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 berücksichtigt werden. Das Gleiche gilt in Anbetracht der besonderen Bedeutung, die der Freiheit der Meinungsäußerung in jeder demokratischen Gesellschaft zukommt, für das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses in Art. 11 der Charta gewährleistete Grundrecht stellt eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft dar, die zu den Werten gehört, auf die sich die Union nach Art. 2 EUV gründet (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 12.6.2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, Rn. 79, und vom 6.9.2011, Patriciello, C-163/10, EU:C:2011:543, Rn. 31).

94 Insofern ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 52 Abs. 1 der Charta jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten muss. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte und Freiheiten nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen (Urt. v. 15.2.2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, Rn. 50).

95 Was den letztgenannten Gesichtspunkt betrifft, sieht Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2002/58 vor, dass die Mitgliedstaaten eine Vorschrift erlassen können, die von dem Grundsatz der Vertraulichkeit von Kommunikationen und der damit verbundenen Verkehrsdaten abweicht, sofern dies in Anbetracht der dort genannten Zwecke „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, angemessen und verhältnismäßig“ ist. Im elften Erwägungsgrund dieser Richtlinie wird klargestellt, dass eine derartige Maßnahme in einem „strikt“ angemessenen Verhältnis zum intendierten Zweck stehen muss. Was speziell die Vorratsspeicherung von Daten betrifft, verlangt Art. 15 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 2002/58, dass diese nur „während einer begrenzten Zeit“ und „aus den“ in Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie aufgeführten Gründen erfolgen darf.

96 Dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist, ergibt sich ebenfalls aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, wonach der Schutz des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens auf Unionsebene verlangt, dass sich die Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten und dessen Einschränkungen auf das absolut Notwendige beschränken (Urt. v. 16.12.2008, Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, Rn. 56, v. 9.11.2010, Volker und Markus Schecke und Eifert, C-92/09 und C-93/09, EU:C:2010:662, Rn. 77, Digital Rights, Rn. 52, sowie vom 6.10.2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, Rn. 92).

97 Hinsichtlich der Frage, ob eine nationale Regelung wie die in der Rechtssache C-203/15 in Rede stehende diesen

Voraussetzungen genügt, ist festzustellen, dass sie eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten aller Teilnehmer und registrierten Nutzer in Bezug auf alle elektronischen Kommunikationsmittel vorsieht und die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste verpflichtet, diese Daten systematisch und kontinuierlich auf Vorrat zu speichern, und zwar ausnahmslos. Wie aus der Vorlageentscheidung hervorgeht, entsprechen die von dieser Regelung erfassten Datenkategorien im Wesentlichen denen, deren Vorratsspeicherung nach der Richtlinie 2006/24 vorgesehen war.

98 Die Daten, die somit von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf Vorrat zu speichern sind, ermöglichen die Rückverfolgung und Identifizierung der Quelle und des Adressaten einer Nachricht sowie die Bestimmung von Datum, Uhrzeit, Dauer und Art einer Nachrichtenübermittlung, der Eindeinrichtung von Benutzern und des Standorts mobiler Geräte. Zu diesen Daten gehören Name und Anschrift des Teilnehmers oder registrierten Benutzers, die Rufnummer des anrufenden und des angerufenen Anschlusses sowie bei Internetdiensten eine IP-Adresse. Aus diesen Daten geht insbesondere hervor, mit welcher Person ein Teilnehmer oder registrierter Benutzer auf welchem Weg kommuniziert hat, wie lange die Kommunikation gedauert hat und von welchem Ort aus sie stattfand. Ferner ist ihnen zu entnehmen, wie häufig der Teilnehmer oder registrierte Benutzer in einem bestimmten Zeitraum mit bestimmten Personen kommuniziert hat (vgl. entsprechend, in Bezug auf die Richtlinie 2006/24, Urteil Digital Rights, Rn. 26).

99 Aus der Gesamtheit dieser Daten können sehr genaue Schlüsse auf das Privatleben der Personen, deren Daten auf Vorrat gespeichert wurden, gezogen werden, etwa auf Gewohnheiten des täglichen Lebens, ständige oder vorübergehende Aufenthaltsorte, tägliche oder in anderem Rhythmus erfolgende Ortsveränderungen, ausgeübte Tätigkeiten, soziale Beziehungen dieser Personen und das soziale Umfeld, in dem sie verkehren (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil Digital Rights, Rn. 27). Diese Daten ermöglichen insbesondere – wie der Generalanwalt in den Nrn. 253, 254 und 257 bis 259 seiner Schlussanträge ausgeführt hat – die Erstellung des Profils der betroffenen Personen, das im Hinblick auf das Recht auf Achtung der Privatsphäre eine genauso sensible Information darstellt wie der Inhalt der Kommunikationen selbst.

100 Der mit einer solchen Regelung verbundene Eingriff in die in den Art. 7 und 8 der Charta verankerten Grundrechte ist von großem Ausmaß und als besonders schwerwiegend anzusehen. Der Umstand, dass die Vorratsspeicherung der Daten vorgenommen wird, ohne dass die Nutzer der elektronischen Kommunikationsdienste darüber informiert werden, ist geeignet, bei den Betroffenen das Gefühl zu erzeugen, dass ihr Privatleben Gegenstand einer ständigen Überwachung ist (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil Digital Rights, Rn. 37).

- 101 Auch wenn eine solche Regelung nicht die Vorratsspeicherung des Inhalts einer Kommunikation erlaubt und folglich nicht den Wesensgehalt der vorgenannten Grundrechte antastet (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil Digital Rights, Rn. 39), könnte die Vorratsspeicherung der Verkehrs- und Standortdaten jedoch Auswirkungen auf die Nutzung der elektronischen Kommunikationsmittel und infolgedessen auf die Ausübung der in Art. 11 der Charta gewährleisteten Freiheit der Meinungsäußerung durch die Nutzer dieser Mittel haben (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil Digital Rights, Rn. 28).
- 102 In Anbetracht der Schwere des Eingriffs in die betreffenden Grundrechte durch eine nationale Regelung, die für Zwecke der Kriminalitätsbekämpfung die Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsieht, vermag allein die Bekämpfung der schweren Kriminalität eine solche Maßnahme zu rechtfertigen (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil Digital Rights, Rn. 60).
- 103 Zudem kann zwar die Wirksamkeit der Bekämpfung schwerer Kriminalität, insbesondere der organisierten Kriminalität und des Terrorismus, in hohem Maß von der Nutzung moderner Ermittlungstechniken abhängen; eine solche dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung kann jedoch, so grundlegend sie auch sein mag, für sich genommen die Erforderlichkeit einer nationalen Regelung, die die allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten vorsieht, für die Kriminalitätsbekämpfung nicht rechtfertigen (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil Digital Rights, Rn. 51).
- 104 Eine solche Regelung hat zum einen in Anbetracht ihrer in Rn. 97 des vorliegenden Urteils beschriebenen charakteristischen Merkmale zur Folge, dass die Vorratsspeicherung der Verkehrs- und Standortdaten die Regel ist, obwohl nach dem mit der Richtlinie 2002/58 geschaffenen System die Vorratsspeicherung von Daten die Ausnahme zu sein hat.
- 105 Zum anderen sieht eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren, die sich allgemein auf alle Teilnehmer und registrierten Nutzer erstreckt und alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie sämtliche Verkehrsdaten erfasst, keine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme in Abhängigkeit von dem verfolgten Ziel vor. Sie betrifft pauschal sämtliche Personen, die elektronische Kommunikationsdienste nutzen, ohne dass sich diese Personen auch nur mittelbar in einer Lage befinden, die Anlass zur Strafverfolgung geben könnte. Sie gilt also auch für Personen, bei denen keinerlei Anhaltspunkt dafür besteht, dass ihr Verhalten in einem auch nur mittelbaren oder entfernten Zusammenhang mit schweren Straftaten stehen könnte. Zudem sieht sie keine Ausnahme vor, so dass sie auch für Personen gilt, deren Kommunikationsvorgänge nach den nationalen Rechtsvorschriften dem Berufsgeheimnis unterliegen (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil Digital Rights, Rn. 57 und 58).
- 106 Eine solche Regelung verlangt keinen Zusammenhang zwischen den Daten, deren Vorratsspeicherung vorgesehen ist, und einer Bedrohung der öffentlichen Sicherheit. Insbesondere beschränkt sie die Vorratsspeicherung weder auf die Daten eines Zeitraums und/oder eines geografischen Gebiets und/oder eines Personenkreises, der in irgendeiner Weise in eine schwere Straftat verwickelt sein könnte, noch auf Personen, deren auf Vorrat gespeicherte Daten aus anderen Gründen zur Bekämpfung von Straftaten beitragen könnten (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil Digital Rights, Rn. 59).
- 107 Eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende überschreitet somit die Grenzen des absolut Notwendigen und kann nicht als in einer demokratischen Gesellschaft gerechtfertigt angesehen werden, wie es Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta verlangt.
- 108 Hingegen untersagt Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta einem Mitgliedstaat nicht, eine Regelung zu erlassen, die zur Bekämpfung schwerer Straftaten vorbeugend die gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten ermöglicht, sofern die Vorratsdatenspeicherung hinsichtlich Kategorien der zu speichernden Daten, der erfassten elektronischen Kommunikationsmittel, der betroffenen Personen und der vorgesehenen Dauer der Vorratsspeicherung auf das absolut Notwendige beschränkt ist.
- 109 Um den in der vorstehenden Randnummer des vorliegenden Urteils genannten Erfordernissen zu genügen, muss die betreffende nationale Regelung erstens klare und präzise Regeln über die Tragweite und die Anwendung einer solchen Maßnahme der Vorratsdatenspeicherung vorsehen und Mindestanforderungen aufstellen, so dass die Personen, deren Daten auf Vorrat gespeichert wurden, über ausreichende Garantien verfügen, die einen wirksamen Schutz ihrer personenbezogenen Daten vor Missbrauchsrisiken ermöglichen. Sie muss insbesondere angeben, unter welchen Umständen und unter welchen Voraussetzungen eine Maßnahme der Vorratsdatenspeicherung vorbeugend getroffen werden darf, um so zu gewährleisten, dass eine derartige Maßnahme auf das absolut Notwendige beschränkt wird (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil Digital Rights, Rn. 54 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 110 Zweitens können sich die materiellen Voraussetzungen, die eine nationale Regelung, die im Rahmen der Bekämpfung von Straftaten vorbeugend die Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten ermöglicht, erfüllen muss, um zu gewährleisten, dass sie auf das absolut Notwendige beschränkt wird, zwar je nach den zur Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung schwerer Straftaten getroffenen Maßnahmen unterscheiden, doch muss die Vorratsspeicherung der Daten stets objektiven Kriterien genügen, die einen Zusammenhang zwischen den zu speichernden Daten und dem verfolgten Ziel herstellen. Diese Voraussetzungen müssen insbesondere in

der Praxis geeignet sein, den Umfang der Maßnahme und infolgedessen die betroffenen Personenkreise wirksam zu begrenzen.

- 111 Bei der Begrenzung einer solchen Maßnahme im Hinblick auf die potenziell betroffenen Personenkreise und Situationen muss sich die nationale Regelung auf objektive Anknüpfungspunkte stützen, die es ermöglichen, Personenkreise zu erfassen, deren Daten geeignet sind, einen zumindest mittelbaren Zusammenhang mit schweren Straftaten sichtbar zu machen, auf irgendeine Weise zur Bekämpfung schwerer Kriminalität beizutragen oder eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu verhindern. Eine solche Begrenzung lässt sich durch ein geografisches Kriterium gewährleisten, wenn die zuständigen nationalen Behörden aufgrund objektiver Anhaltspunkte annehmen, dass in einem oder mehreren geografischen Gebieten ein erhöhtes Risiko besteht, dass solche Taten vorbereitet oder begangen werden.
- 112 In Anbetracht all dessen ist auf die erste Frage in der Rechtssache C-203/15 zu antworten, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die für Zwecke der Bekämpfung von Straftaten eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten aller Teilnehmer und registrierten Nutzer in Bezug auf alle elektronischen Kommunikationsmittel vorsieht.
- Zur zweiten Frage in der Rechtssache C-203/15 und zur ersten Frage in der Rechtssache C-698/15*
- 113 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der *Kammarrätt i Stockholm* (Oberverwaltungsgericht Stockholm) die zweite Frage in der Rechtssache C-203/15 nur für den Fall gestellt hat, dass die erste Frage in dieser Rechtssache verneint wird. Diese zweite Frage ist jedoch unabhängig davon, ob eine Vorratsspeicherung von Daten in dem in den Rn. 108 bis 111 des vorliegenden Urteils in Betracht gezogenen Sinne allgemein oder gezielt erfolgt. Daher sind die zweite Frage in der Rechtssache C-203/15 und die erste Frage in der Rechtssache C-698/15, die unabhängig vom Umfang der den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auferlegten Pflicht zur Vorratsspeicherung von Daten gestellt ist, gemeinsam zu beantworten.
- 114 Mit der zweiten Frage in der Rechtssache C-203/15 und der ersten Frage in der Rechtssache C-698/15 möchten die vorlegenden Gerichte wissen, ob Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7 und 8 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Schutz und die Sicherheit der Verkehrs- und Standortdaten, insbesondere den Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu den auf Vorrat gespeicherten Daten, zum Gegenstand hat, ohne diesen Zugang ausschließlich auf die Zwecke einer Bekämpfung schwerer Straftaten zu beschränken, ohne ihn einer vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsbehörde zu unterwerfen und

ohne das Erfordernis vorzusehen, dass die betreffenden Daten im Gebiet der Union auf Vorrat zu speichern sind.

- 115 Hinsichtlich der Zwecke, die eine vom Grundsatz der Vertraulichkeit elektronischer Kommunikationen abweichende nationale Regelung rechtfertigen können, ist darauf hinzuweisen, dass, da die Aufzählung der in Art. 15 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2002/58 genannten Zwecke – wie in den Rn. 90 und 102 des vorliegenden Urteils festgestellt – abschließend ist, der Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten tatsächlich strikt einem dieser Zwecke dienen muss. Da außerdem der mit der Regelung verfolgte Zweck im Verhältnis zur Schwere des mit dem Zugang einhergehenden Eingriffs in die Grundrechte stehen muss, vermag folglich im Bereich der Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten nur die Bekämpfung schwerer Straftaten einen solchen Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten zu rechtfertigen.
- 116 Was die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit anbelangt, muss eine nationale Regelung über die Voraussetzungen, unter denen die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste den zuständigen nationalen Behörden Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten zu gewähren haben, nach den in den Rn. 95 und 96 des vorliegenden Urteils getroffenen Feststellungen sicherstellen, dass ein solcher Zugang nur innerhalb der Schranken des absolut Notwendigen stattfindet.
- 117 Da zudem die in Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 genannten Rechtsvorschriften nach dem elften Erwägungsgrund der Richtlinie „angemessenen Garantien ... entsprechen“ müssen, muss eine solche Rechtsvorschrift – wie sich aus der in Rn. 109 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung ergibt – klare und präzise Regeln aufstellen, in denen angegeben ist, unter welchen Umständen und unter welchen Voraussetzungen die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste den zuständigen nationalen Behörden Zugang zu den Daten zu gewähren haben. Außerdem muss eine derartige Vorschrift im innerstaatlichen Recht verbindlich sein.
- 118 Es ist zwar Sache des nationalen Rechts, die Voraussetzungen festzulegen, unter denen die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste den zuständigen nationalen Behörden den Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten gewähren müssen, damit gewährleistet ist, dass dieser Zugang auf das absolut Notwendige beschränkt ist. Die betreffende nationale Regelung darf sich jedoch nicht darauf beschränken, dass der Zugang einem der in Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 genannten Zwecke zu entsprechen hat, auch wenn es sich dabei um die Bekämpfung schwerer Straftaten handelt. Denn eine solche nationale Regelung muss auch die materiell- und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für den Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu den auf Vorrat gespeicherten Daten festlegen (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil *Digital Rights*, Rn. 61).

- 119 Infolgedessen, und weil ein allgemeiner Zugang zu allen auf Vorrat gespeicherten Daten unabhängig davon, ob irgendein – zumindest mittelbarer – Zusammenhang mit dem verfolgten Ziel besteht, nicht als auf das absolut Notwendige beschränkt angesehen werden kann, muss sich die betreffende nationale Regelung bei der Festlegung der Umstände und Voraussetzungen, unter denen den zuständigen nationalen Behörden Zugang zu den Daten von Teilnehmern oder registrierten Nutzern zu gewähren ist, auf objektive Kriterien stützen. Insoweit darf im Zusammenhang mit dem Zweck der Bekämpfung von Straftaten Zugang grundsätzlich nur zu den Daten von Personen gewährt werden, die im Verdacht stehen, eine schwere Straftat zu planen, zu begehen oder begangen zu haben oder auf irgendeine Weise in eine solche Straftat verwickelt zu sein (vgl. entsprechend Urteil des *EGMR* v. 4.12.2015, *Zakharov/Russland*, CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, Rn. 260). Allerdings könnte in besonderen Situationen wie etwa solchen, in denen vitale Interessen der nationalen Sicherheit, der Landesverteidigung oder der öffentlichen Sicherheit durch terroristische Aktivitäten bedroht sind, der Zugang zu Daten anderer Personen ebenfalls gewährt werden, wenn es objektive Anhaltspunkte dafür gibt, dass diese Daten in einem konkreten Fall einen wirksamen Beitrag zur Bekämpfung solcher Aktivitäten leisten könnten.
- 120 Damit in der Praxis die vollständige Einhaltung dieser Voraussetzungen gewährleistet ist, ist es unabdingbar, dass der Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu den auf Vorrat gespeicherten Daten grundsätzlich – außer in hinreichend begründeten Eilfällen – einer vorherigen Kontrolle entweder durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle unterworfen wird und deren Entscheidung auf einen mit Gründen versehenen Antrag ergeht, der von den zuständigen nationalen Behörden u. a. im Rahmen von Verfahren zur Verhütung, Feststellung oder Verfolgung von Straftaten gestellt wird (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil *Digital Rights*, Rn. 62; vgl. auch entsprechend, zu Art. 8 EMRK, Urteil des *EGMR* v. 12.1.2016, *Szabó und Vissy/Ungarn* CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, Rn. 77 und 80).
- 121 Außerdem ist es wichtig, dass die zuständigen nationalen Behörden, denen Zugang zu den auf Vorrat gespeicherten Daten gewährt worden ist, die betroffenen Personen im Rahmen der einschlägigen nationalen Verfahren davon in Kenntnis setzen, sobald die Mitteilung die behördlichen Ermittlungen nicht mehr beeinträchtigen kann. Diese Information ist nämlich der Sache nach erforderlich, damit die betroffenen Personen u. a. das Recht auf Einlegung eines Rechtsbehelfs ausüben können, das in Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 2002/58 i.V.m. Art. 22 der Richtlinie 95/46 für den Fall einer Verletzung ihrer Rechte ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. entsprechend Urteile v. 7.5.2009, *Rijkeboer*, C-553/07, EU:C:2009:293, Rn. 52, sowie v. 6.10.2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, Rn. 95).
- 122 Bezüglich der Vorschriften zur Sicherheit und zum Schutz der von den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste auf Vorrat gespeicherten Daten ist festzustellen, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 den Mitgliedstaaten nicht erlaubt, von Art. 4 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1a der Richtlinie abzuweichen. Nach diesen Bestimmungen haben die Betreiber geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, um zu gewährleisten, dass die auf Vorrat gespeicherten Daten wirksam vor Missbrauchsrisiken sowie vor jedem unberechtigten Zugang geschützt sind. Unter Berücksichtigung der Menge an gespeicherten Daten, ihres sensiblen Charakters und der Gefahr eines unberechtigten Zugangs zu ihnen müssen die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste, um die Unversehrtheit und Vertraulichkeit der Daten in vollem Umfang zu sichern, durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ein besonders hohes Schutz- und Sicherheitsniveau gewährleisten. Die nationale Regelung muss insbesondere vorsehen, dass die Daten im Unionsgebiet zu speichern und nach Ablauf ihrer Speicherungsfrist unwiderruflich zu vernichten sind (vgl. entsprechend, zur Richtlinie 2006/24, Urteil *Digital Rights*, Rn. 66 bis 68).
- 123 Jedenfalls müssen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die Einhaltung des Schutzniveaus, das das Unionsrecht im Rahmen des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten garantiert, durch eine unabhängige Stelle überwacht wird, da eine solche Überwachung in Art. 8 Abs. 3 der Charta ausdrücklich gefordert wird und nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ein wesentlicher Bestandteil der Wahrung des Schutzes der Betroffenen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ist. Anderenfalls würde den Personen, deren personenbezogene Daten gespeichert wurden, das durch Art. 8 Abs. 1 und 3 der Charta garantierte Recht vorenthalten, sich zum Schutz ihrer Daten mit einer Eingabe an die nationalen Kontrollstellen zu wenden (vgl. in diesem Sinne Urteile *Digital Rights*, Rn. 68, und v. 6.10.2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, Rn. 41 und 58).
- 124 Es ist Sache der vorlegenden Gerichte, zu prüfen, ob und inwieweit die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden nationalen Regelungen die sich aus Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta ergebenden Erfordernisse beachten, wie sie in den Rn. 115 bis 123 des vorliegenden Urteils ausdrücklich benannt sind, sowohl was den Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu den auf Vorrat gespeicherten Daten als auch was den Schutz dieser Daten und das Sicherheitsniveau betrifft.
- 125 Aufgrund all dessen ist auf die zweite Frage in der Rechtsache C-203/15 und die erste Frage in der Rechtsache C-698/15 zu antworten, dass Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Schutz und die Sicherheit der Verkehrs- und Standortdaten, insbesondere den Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu den auf Vorrat gespeicherten Daten zum Gegenstand hat, ohne im Rahmen der Bekämpfung von Straftaten diesen Zugang ausschließlich auf die Zwecke einer Bekämpfung

schwerer Straftaten zu beschränken, ohne den Zugang einer vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsbehörde zu unterwerfen und ohne vorzusehen, dass die betreffenden Daten im Gebiet der Union auf Vorrat zu speichern sind.

Zur zweiten Frage in der Rechtssache C-698/15

- 126 Mit der zweiten Frage in der Rechtssache C-698/15 möchte der *Court of Appeal* (England & Wales) (Civil Division) (Berufungsgericht [England und Wales] [Abteilung für Zivilsachen]) wissen, ob der Gerichtshof im Urteil Digital Rights die Art. 7 und 8 der Charta in einem Sinne ausgelegt hat, der über den hinausgeht, der Art. 8 EMRK vom *EGMR* gegeben wurde.
- 127 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die in der EMRK anerkannten Grundrechte zwar, wie Art. 6 Abs. 3 EUV bestätigt, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind, die EMRK jedoch, solange die Union ihr nicht beigetreten ist, kein Rechtsinstrument darstellt, das förmlich in die Unionsrechtsordnung übernommen wurde (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 15.2.2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, Rn. 45 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 128 Daher ist die Richtlinie 2002/58, um die es vorliegend geht, einzig und allein anhand der durch die Charta garantierten Grundrechte auszulegen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 15.2.2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, Rn. 46 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 129 Außerdem heißt es in den Erläuterungen zu Art. 52 der Charta, dass mit ihrem Art. 52 Abs. 3 die notwendige Kohärenz zwischen der Charta und der EMRK geschaffen werden soll, „ohne dass dadurch die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des Gerichtshofs der Europäischen Union berührt wird“ (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 15.2.2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, Rn. 47). Insbesondere steht, wie aus Art. 52 Abs. 3 S. 2 der Charta hervorgeht, Art. 52 Abs. 3 S. 1 der Charta dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt als die EMRK. Zudem betrifft Art. 8 der Charta ein anderes als das in ihrem Art. 7 verankerte Grundrecht, für das es in der EMRK keine Entsprechung gibt.
- 130 Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt die Rechtfertigung für ein Vorabentscheidungsersuchen jedoch nicht in der Abgabe von Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen, sondern darin, dass das Ersuchen für die tatsächliche Entscheidung eines Rechtsstreits über das Unionsrecht erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteile v. 24.4.2012, Kamberaj, C-571/10, EU:C:2012:233, Rn. 41, v. 26.2.2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, Rn. 42, sowie v. 27.2. 2014, Pohotovost', C-470/12, EU:C:2014:101, Rn. 29).
- 131 Im vorliegenden Fall ist in Anbetracht der insbesondere in den Rn. 128 und 129 des vorliegenden Urteils enthaltenen Erwägungen die Frage, ob der in den Art. 7 und 8 der

Charta verliehene Schutz über den in Art. 8 EMRK garantierten hinausgeht, nicht geeignet, die Auslegung der Richtlinie 2002/58 im Licht der Charta, um die es in der Rechtssache C-698/15 im Ausgangsverfahren geht, zu beeinflussen.

- 132 Es ist somit nicht ersichtlich, dass die Antwort auf die zweite Frage in der Rechtssache C-698/15 Hinweise zur Auslegung des Unionsrechts liefern könnte, die für die Entscheidung des betreffenden Rechtsstreits im Hinblick auf das Unionsrecht erforderlich sind.

- 133 Folglich ist die zweite Frage in der Rechtssache C-698/15 unzulässig.

Kosten (*wird ausgeführt*). ...

- 134 Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt:

Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 geänderten Fassung ist im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die für Zwecke der Bekämpfung von Straftaten eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung sämtlicher Verkehrs- und Standortdaten aller Teilnehmer und registrierten Nutzer in Bezug auf alle elektronischen Kommunikationsmittel vorsieht. Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/58 in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung ist im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie des Art. 52 Abs. 1 der Charta der Grundrechte dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die den Schutz und die Sicherheit der Verkehrs- und Standortdaten, insbesondere den Zugang der zuständigen nationalen Behörden zu den auf Vorrat gespeicherten Daten zum Gegenstand hat, ohne im Rahmen der Bekämpfung von Straftaten diesen Zugang ausschließlich auf die Zwecke einer Bekämpfung schwerer Straftaten zu beschränken, ohne den Zugang einer vorherigen Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsbehörde zu unterwerfen und ohne vorzusehen, dass die betreffenden Daten im Gebiet der Union auf Vorrat zu speichern sind. Die zweite Vorlagefrage des Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Berufungsgericht [England und Wales] [Abteilung für Zivilsachen], Vereinigtes Königreich) ist unzulässig.

Identitätsfeststellung und Freiheitsentziehung durch „Kesselbildung“ im Rahmen einer Versammlung

BVerfG, Beschl. v. 2.11.2016 – 1 BvR 298/15

Die Notwendigkeit eines auf den konkreten Versammlungsteilnehmer bezogenen Verdachts schließt es nicht aus, auch gegen eine ganze Gruppe von Versammlungsteilnehmern nach § 163b Abs. 1 S. 1 und 2 StPO vorzugehen, wenn sich aus deren Gesamtaufreten ein Verdacht auch gegenüber den einzelnen Mitgliedern der Gruppe ergibt und das Vorgehen die übrigen Versammlungsteilnehmer so weit wie möglich ausspart (Leitsatz der Schriftleitung).

In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde (...)

am 2. November 2016 einstimmig beschlossen:

1. Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

G r ü n d e :

I.

1. Der Beschwerdeführer nahm im Juni 2013 an einer Demonstration zum Thema „Europäische Solidarität gegen das Krisenregime von EZB und Troika“ in Frankfurt am Main teil. Nach den Feststellungen der Fachgerichte legten einige Versammlungsteilnehmer bereits vor Beginn des Aufzugs Vermummung an und führten verbotene Gegenstände mit. Gegen 12:30 Uhr setzte sich der Aufzug in Bewegung. Die Sicht in zwei Teile des Aufzugs wurde durch zusammengeknottete Transparente sowie immer wieder aufgespannte Regenschirme verhindert. Seitlich führten die Teilnehmer dort mit Kunststoffplatten verstärkte und mit Halteschlaufen versehene Styroporschilde mit. Nicht zugelassene Pyrotechnik wurde gezündet und Teilnehmer begannen, schwarze Oberbekleidung anzulegen. Einige Personen zogen selbstgefertigte Plastikvisiere vor ihr Gesicht. Holzstangen und Seile wurden als Seitenschutz zum Einsatz gebracht und umschlossen einen Teil des Aufzugs in Verbindung mit den Schildern und den Transparenten U-förmig. Im weiteren Verlauf wurden Pyrotechnik und mit Farbe gefüllte Flaschen und Beutel auf Einsatzkräfte geworfen. Um 12:49 Uhr wurde dieser Teil der Versammlung gestoppt und von dem übrigen Aufzug abgetrennt, indem 943 Personen durch Polizeiketten eingeschlossen wurden. Unter ihnen befand sich auch der Beschwerdeführer. Nachdem eine Einigung zwischen der Polizei und den Versammlungsteilnehmern über das weitere Vorgehen nicht zustande kam, ordnete die Polizei im Einvernehmen mit der Versammlungsbehörde um 14:40

Uhr an, die eingeschlossenen Personen von der Versammlung auszuschließen. Die Polizei errichtete 15 Video-Durchlassstellen, durch die die Eingeschlossenen die Umschließung verlassen konnten, wo zunächst ihre Identität festgestellt, ihre mitgeführten Sachen durchsucht und sie erkennungsdienstlich behandelt (Videografierung) wurden und ihnen sodann ein Aufenthaltsverbot für den Innenstadtbereich Frankfurt am Main erteilt wurde. Bei Durchführung der polizeilichen Maßnahmen kam es wiederholt zu teilweise erheblichem Widerstand gegen die eingesetzten Polizeikräfte, die mit Regenschirmen und Holzlatten attackiert wurden. Pro Minute konnte die Identität von drei Personen festgestellt werden. Der Beschwerdeführer konnte den Polizeikessel gegen 17:30 Uhr verlassen.

2. In der Folge wurde ein gegen den Beschwerdeführer eingeleitetes Ermittlungsverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Der Beschwerdeführer beantragte die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung, der Identitätsfeststellung und der Durchsuchung. Zugleich beantragte er wiederholt Akteneinsicht insbesondere auch in das Videomaterial zum Polizeieinsatz.
3. Nach Verweisung durch den *VGH* stellte das *AG* mit angegriffenem Beschluss vom 24.9.2014 analog § 98 Abs. 2 StPO fest, dass die erfolgte Freiheitsentziehung gem. §§ 163b, 163c StPO rechtmäßig gewesen sei (*wird ausgeführt*). ...
4. Mit angegriffenem Beschluss vom 30.12.2014 verwarf das *LG* die Beschwerde gegen die Entscheidung des *AG* als unbegründet (*wird ausgeführt*). ...
5. Das *LG* schloss zudem aus, dass sich durch die Inaugenscheinnahme des 1-Terabyte (ca. 300 DVD) bemessenden Videomaterials ein für die relevante Rechtsfrage abweichender Sachverhalt ergeben könnte, weswegen dem Beschwerdeführer keine weitere Akteneinsicht zu gewähren sei. Aufgrund des vorhandenen Aktenmaterials sowie der Tatsache, dass der Beschwerdeführer die Videostelle passiert habe, stehe fest, dass er Teil der Personengruppe gewesen sei, aus der Straftaten hervorgingen. Deswegen habe ihm gegenüber ein konkreter Anfangsverdacht bestanden. Dies werde von dem Beschwerdeführer nicht in Abrede gestellt. Für die zu entscheidende Rechtsfrage stehe der Sachverhalt damit vollständig fest, weshalb keine Notwendigkeit bestehe, weitergehende Akteneinsicht in das von der Polizei gefertigte Videomaterial zu gewähren, zumal dies kein Aktenbestandteil sei.

- 6 5. Mit angegriffenem Beschluss vom 27.1.2015 wies das *LG* die Anhörungsrüge des Beschwerdeführers als unbegründet zurück.
- 7 6. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 103 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V. mit Art. 104 Abs. 2 GG (*wird ausgeführt*).

II.

- 11 Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen, weil ein Annahmegrund gem. § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht vorliegt. Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer nicht in seinen Grundrechten.
- 12 1. Die Entscheidungen des *AG* und des *LG*, wonach die polizeiliche Abspaltung eines Teils der Versammlung und das kollektive Festhalten der hiervon betroffenen Versammlungsteilnehmer zum Zwecke der Strafverfolgung ihre Grundlage in §§ 163b, 163c StPO finden, weshalb eine rechtswidrige Freiheitsentziehung des Beschwerdeführers nicht festzustellen sei, sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 13 a) Die Verfassung gewährleistet lediglich das Recht, sich „friedlich und ohne Waffen zu versammeln“. Das ist Vorbedingung für die Gewährleistung der Versammlungsfreiheit als Mittel zur aktiven Teilnahme am politischen Prozess und für eine freiheitliche Demokratie unverzichtbar (vgl. BVerfGE 69, 315 [359 f.]). Steht kollektive Unfriedlichkeit nicht zu befürchten, ist also nicht damit zu rechnen, dass eine Demonstration im Ganzen einen gewalttätigen oder aufrührerischen Verlauf nimmt oder dass der Veranstalter oder sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben oder zumindest billigen, dann muss für die friedlichen Teilnehmer der von der Verfassung jedem Staatsbürger garantierte Schutz der Versammlungsfreiheit auch dann erhalten bleiben, wenn einzelne andere Demonstranten oder eine Minderheit Ausschreitungen begehen (BVerfGE 69, 315 [361]).
- 14 Besteht danach für eine Versammlung trotz Ausschreitungen nur einer Minderheit der Teilnehmer der Schutz des Art. 8 GG fort, muss sich dies auf die Anwendung grundrechtsbeschränkender Rechtsnormen auswirken. Dies gilt insbesondere auch für die Anwendung des § 163b StPO und des § 163c StPO, wenn es zu Abspaltungen eines Teils der Versammlung vom restlichen Demonstrationszug kommt, um eine spätere Strafverfolgung zu ermöglichen. Zwar schließt es die unter Gesetzesvorbehalt stehende Versammlungsfreiheit nicht aus, gegen Teile der Versammlung repressive Maßnahmen der Strafverfolgung zu ergreifen. Bei solchen Grundrechtseingriffen haben die staatlichen Organe aber die grundrechtsbeschränkenden Normen der StPO im Lichte der grundlegenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit im freiheitlich demokratischen Staat auszulegen und sich bei ihren Maßnahmen auf das zu beschränken, was zum Schutz gleichwertiger Rechtsgüter notwendig ist (vgl. BVerfGE 69, 315 [349]).
- 15 Konkret bedeutet dies für § 163b Abs. 1 S. 1 und 2 StPO, wonach die Beamten des Polizeidienstes die zur Feststellung der Identität erforderlichen Maßnahmen treffen dürfen, wenn jemand einer Straftat verdächtig ist, und der Verdächtige festgehalten werden darf, wenn die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann, dass der Verdacht auf einer hinreichenden objektiven Tatsachengrundlage beruhen sowie individuell bezogen auf den konkreten Versammlungsteilnehmer bestehen muss. Nicht genügend für den Verdacht ist die bloße Teilnahme an einer Versammlung, aus der heraus durch einzelne andere oder eine Minderheit Gewalttaten begangen werden (vgl. auch *BGH*, Urt. v. 24.1.1984 - VI ZR 37/82, juris, Rn. 33). Da sich Gewalttätigkeiten bei Großdemonstrationen kaum jemals ganz ausschließen lassen, trafe andernfalls nahezu jeden Versammlungsteilnehmer das Risiko, allein wegen des Gebrauchmachens von der Versammlungsfreiheit - schon während der Versammlung - Strafverfolgungsmaßnahmen ausgesetzt zu werden (vgl. BVerfGE 69, 315 [361]). Die Notwendigkeit eines auf den konkreten Versammlungsteilnehmer bezogenen Verdachts schließt es allerdings nicht aus, auch gegen eine ganze Gruppe von Versammlungsteilnehmern nach § 163b Abs. 1 S. 1 und 2 StPO vorzugehen, wenn sich aus deren Gesamtaufreten ein Verdacht auch gegenüber den einzelnen Mitgliedern der Gruppe ergibt und das Vorgehen die übrigen Versammlungsteilnehmer so weit wie möglich ausspart.
- 16 b) Diesen Maßgaben werden die fachgerichtlichen Entscheidungen vorliegend gerecht. Zwar konnten weder das *AG* noch das *LG* feststellen, dass sich der Beschwerdeführer unfriedlich verhalten hätte; der Entscheidung des *LG* ist auch nicht zu entnehmen, dass die Versammlung im Ganzen unfriedlich verlaufen wäre. Gleichwohl begegnet die Annahme der Fachgerichte, das Abspalten des Beschwerdeführers als Teil einer Gruppe vom übrigen Versammlungsaufzug und sein Festhalten zur Identitätsfeststellung seien nach § 163b Abs. 1 S. 1 und 2 StPO gerechtfertigt gewesen, da er als Teil der Gruppe einer Straftat verdächtig gewesen sei, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.
- 17 Dies gilt zunächst für die grundsätzliche Einstufung der Freiheitsentziehung als repressive Maßnahme zur Verfolgung von Straftaten. Angesichts des - mit der Verfassungsbeschwerde nicht angegriffenen - Verweisungsbeschlusses des *VGH* ist nicht ersichtlich, dass der fachgerichtliche Wertungsrahmen bei der Beurteilung der Maßnahmen der Polizei überschritten worden wäre.
- 18 Hinsichtlich der Wahrnehmung des Beschwerdeführers als Verdächtigem i.S. des § 163b Abs. 1 S. 1 und 2 StPO begründen die Fachgerichte diese mit der Feststellung, der Beschwerdeführer sei Teil einer Personengruppe gewesen, aus der heraus Straftaten begangen worden seien. Wie

dabei aus den fachgerichtlichen Ausführungen und aus den Unterlagen folgt, die dem BVerfG vorliegen, bildeten sich unmittelbar nach Aufzugsbeginn vor und hinter dem Lautsprecherwagen zwei Blöcke. Der Block vor dem Lautsprecherwagen führte seitlich Transparente mit, die in U-Form um den Block verliefen und mit Seilen und Fahnenstangen miteinander verbunden waren. Unter den Transparenten führte der Block Schutzschilder mit und baute einen Seitenschutz auf. Angehörige dieses Blocks trugen Schutzbrillen und selbstgefertigte Plastikvisiere. Aus dem Block wurden Regenschirme verteilt und geöffnet, so dass sich auch ein Sichtschutz nach oben ergab. Der Block hinter dem Lautsprecherwagen führte ebenfalls an beiden Seiten verbundene Transparente mit; diese so verbundenen Transparente wurden seitlich hochgehalten. Die Teilnehmer dieses Blocks waren komplett schwarz gekleidet, wobei der Umfang der Vermummung zunahm und ebenfalls Plastikvisiere getragen wurden. Beide Blöcke liefen dicht gestaffelt. Aus beiden Blöcken wurden Flaschen und Pyrotechnik auf die Einsatzkräfte geworfen. Im vorderen Block wurden Farbbeutel verteilt.

- 19 Geht die Polizei gegen eine sich dergestalt mittels dichtgedrängter Staffeln, Sichtschutz und Vermummung vom übrigen Versammlungsgeschehen abhebende Gruppe, aus der heraus eine Vielzahl von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten begangen werden, auf Grundlage des § 163b Abs. 1 S. 1 und 2 StPO vor, da sie einen Anfangsverdacht gegen alle Mitglieder dieser Gruppe als begründet ansieht und bestätigen die Fachgerichte dieses Vorgehen, verstößt dies nicht gegen verfassungsrechtliche Vorgaben. Die zu diesem Teil des Aufzugs gehörenden Personen zeigen ein planvoll-systematisches Zusammenwirken mit einer Vielzahl von Gewalttätern und erwecken den Eindruck der Geschlossenheit, so dass die Einsatzkräfte davon ausgehen durften, dass Gewalttäter in ihren Entschlüssen und Taten gefordert und bestärkt würden und nur eine sehr geringe Zahl friedlicher Versammlungsteilnehmer durch die Einkesselung vom Rest der Versammlung ausgeschlossen und festgehalten werde. Dies ist verfassungsrechtlich hinnehmbar, wenn die Polizei - wie vorliegend - ohne Aufschub nach der Kesselbildung in Verhandlungen mit der Versammlungsleitung eintritt, um eine Fortsetzung des Aufzugs sowohl für den vom Polizeikessel betroffenen friedlichen Versammlungsteil als auch für einzelne friedliche Versammlungsteilnehmer innerhalb der eingeschlossenen Demonstrationsgruppe zu ermöglichen.
- 20 Vor dem Hintergrund des Art. 8 GG begegnet auch die fachgerichtliche Feststellung, ein Festhalten des Beschwerdeführers sei allein bis zum Passieren einer der zum Zwecke der Identitätsfeststellung eingerichteten Video-Durchlassstellen und damit nicht länger als zur Feststellung der Identität unerlässlich erfolgt (§ 163c Abs. 1 S. 1 StPO), angesichts der großen Zahl von Verdächtigen, der unverzüglichen Aufnahme von Verhandlungen mit der Versammlungsleitung zur Fortsetzung des Aufzugs, der sich daran unmittelbar anschließenden Einrichtung von 15 Video-Durchlassstellen, die die Feststellung der Identität von drei Personen pro Minute und noch vor Ort ermöglichten, sowie der Tatsache, dass Teile der von der

polizeilichen Maßnahme betroffenen Gruppe durch erhebliche körperliche Widerstandshandlungen gegen die eingesetzten Polizeikräfte selbst zu einer Verlängerung der Gesamtdauer der durchgeführten Maßnahmen beigetragen haben, keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

- 21 2. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen auch nicht Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V. mit Art. 104 GG, indem sie gem. § 163c Abs. 1 S. 2 StPO davon ausgegangen sind, dass eine unverzügliche Vorführung vor den Richter zum Zwecke der Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung unterbleiben konnte, da die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung voraussichtlich längere Zeit in Anspruch nehmen würde als zur Feststellung der Identität notwendig wäre.
- 22 Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG gebietet für jede nicht auf richterlicher Anordnung beruhende Freiheitsentziehung, die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen, wobei „unverzüglich“ dahin auszulegen ist, dass die richterliche Entscheidung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, nachgeholt werden muss (vgl. BVerfGE 105, 239 [249]). Die Ausnahme von der Vorführpflicht nach § 163c Abs. 1 S. 2 StPO für den Fall, dass bis zur Erlangung der richterlichen Entscheidung voraussichtlich längere Zeit vergeht als bis zur Feststellung der Identität, ist danach verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 23 So lagen die Dinge hier, da die Identitätsfeststellung noch vor Ort, unmittelbar im Anschluss an die gescheiterten Verhandlungen über eine Fortsetzung des Aufzugs und mittels 15 Durchlassstellen für 943 Personen erfolgte, das Verlassen des Kessels sich also unmittelbar an die Identitätsfeststellung anschloss. Unter diesen Umständen durfte von der Zulässigkeit einer Identitätsfeststellung vor Ergehen einer richterlichen Entscheidung ausgegangen werden.
- 24 3. Die Fachgerichte haben auch nicht dadurch gegen Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V. mit Art. 104 GG verstoßen, dass sie es unterlassen haben, das polizeiliche Videomaterial beizuziehen.
- 25 a) Die Bedeutung und Tragweite des Grundrechts auf Freiheit der Person, gebieten es, im fachgerichtlichen Verfahren den entscheidungserheblichen Sachverhalt hinreichend aufzuklären (vgl. BVerfGE 83, 24 [33 f.]). Das gilt angesichts des hohen Ranges des Freiheitsgrundrechts in gleichem Maße, wenn die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer freiheitsentziehenden Maßnahme in Rede steht (vgl. BVerfGE 7, 87 [100]).
- 26 Hier bewegt sich die Art und Weise sowie die Reichweite der Amtsermittlung in den Ausgangsverfahren innerhalb dieses fachgerichtlichen Wertungsrahmens. Sie war auch ausreichend, weil das Vorbringen des Beschwerdeführers in den Ausgangsverfahren das Ergebnis der Amtsermittlung nicht in Zweifel gezogen hat. Nach der nicht zu beanstandenden Rechtsauffassung der Fachgerichte musste

ein Verdacht i.S. des § 163b Abs. 1 StPO gegen den Beschwerdeführer nicht daran scheitern, dass dieser tatsächlich keine Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begangen hat. Ausreichend war insoweit bereits seine Zugehörigkeit zu einer sich vom übrigen Demonstrationsgeschehen deutlich abhebenden Gruppe, aus der heraus eine Vielzahl von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten begangen wurden.

27 b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nicht dadurch verletzt, dass die Gerichte das - für sie nicht entscheidungserhebliche - Videomaterial nicht beigezogen haben und dem Beschwerdeführer insoweit auch keine Akteneinsicht gewähren konnten. Aus dem Verfahrensgrundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG lässt sich kein Anspruch auf Erweiterung des Akteninhalts herleiten (vgl. BVerfGE 63, 45 [59 f.]).

28 Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

BUCHBESPRECHUNGEN

Anette Grünewald: Reform der Tötungsdelikte. Plädoyer für ein Privilegierungskonzept

von Prof. Dr. Gunnar Duttge

2016, Mohr Siebeck, Tübingen, ISBN: 978-3-16-154443-9, S. 80, Euro 14,00.

Dass die Tötungsdelikte dringend reformbedürftig sind, zählt unter den Kennern der Materie mittlerweile zum selbstverständlichen Gemeingut. In einem nahezu 1.000 Seiten umfassenden Abschlussbericht hat eine eigens hierfür eingesetzte „Expertenkommission“ zuletzt im Wege einer ungemeinen Fleißarbeit nochmals die vielfältigen Facetten und Lösungsoptionen zusammengetragen und zum Teil mit eigenen, neuen Detailvorschlägen angereichert. Der vorherrschende Eindruck dieses Berichts ist freilich: Es gibt je nach Betonung rechtspraktischer Bedürfnisse oder strafrechtsdogmatischer Kohärenzen und je nach zugrunde gelegten Prämissen insgesamt ein vielstimmiges, dissonantes Orchester schon zur Reichweite des Reformbedarfs, nicht minder aber zu den dabei begegnenden Grundfragen: zur legitimierenden Berechtigung für die Annahme einer den Grundtypus der vorsätzlichen Fremdtötung überschreitenden Unrechtssteigerung („Qualifikationsmodell“), zu den (strengeren oder milderen) Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips hinsichtlich der Unrechtsvoraussetzungen („Regelbeispielsmodell“) wie der Rechtsfolgen sowie zu letzterem insbesondere hinsichtlich der Angemessenheit der (scheinbar, vgl. § 57a StGB) absoluten Strafdrohung. Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, wenn ein gar nicht ex officio veröffentlichter Referentenentwurf des Bundesjustiz- und Verbraucherschutzministeriums wesentliche Reformanliegen – leider – von vornherein nicht aufgreift (dazu näher *Duttge*, KriPoZ 2/2016, S. 92 ff.). Und selbst der Erfolg dieses bescheidenen „Reform“-versuchs steht inzwischen in den Sternen.

Wie sehr jedoch eine echte Reform längst überfällig ist und wie weit ein konkretes Konzept für Klarheit sorgen kann, zeigt das von der Berliner Strafrechtsprofessorin *Grünewald* vorgelegte Büchlein – eine erweiterte Fassung ihres Referates, das sie als (einschlägig ausgewiesenes) Mitglied jener Expertenkommission zunächst ihren Mitstreitern/Innen zur Diskussion gestellt hatte. Im Kern handelt es sich um ein engagiertes Plädoyer für das sog. „Privilegierungsmodell“, das in den – noch dazu rechtsgutsfremden – Mordmerkmalen eine Abwertung des Rechtsguts (geborenes menschliches) „Leben“ sieht: „Dass es nach gegenwärtiger Rechtslage nicht genügt, eine andere Person absichtlich zu töten, ohne dass Entlastungsmomente gegeben sind, um eine lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen, lässt sich angesichts der Bedeutung des Guts Leben nicht mehr als angemessen bezeichnen“

(S. 60). Ergänzend führt die *Verfasserin* – mit Recht – an, dass die von den bestehenden Mordmerkmalen gezogenen Grenzlinien zum Teil „subtile und normativ nicht mehr nachvollziehbare Differenzierungen“ aufweisen (S. 10), als „absolute Merkmale“ (S. 12) gleichzeitig vorkommende entlastende Momente sachwidrig abschneiden (wie bspw. im „Haustyrannen“-Szenario) und in toto ein „überzeugendes normatives Prinzip“ vermissen lassen (S. 11, konkret zum Problem der „Mehrfachtötungen“).

Aus dem Umstand, dass § 213 Var. 1 StGB den besonderen Fall einer „Tötung mit Grund“ eigens als minder schwere Straftat kennzeichnet, folgert *Grünewald* bestechend, dass die anlass- und grundlose Tötung daher denklologisch als „Normalfall“ betrachtet werden müsse: Wenn die („normativ“ im Sinne des Fehlens rechtlich relevanter „Entlastungsfaktoren“ verstandene) „Grundlosigkeit“ (unter Einschluss sämtlicher Motiv- und Absichtsmerkmale des § 211 Abs. 2 StGB, S. 37 f.) hingegen als „Belastungsfaktor“ verstanden würde, so „verkehrte [dies] das Verhältnis von Grund- und Qualifikationstatbestand“ (S. 34).

Dieses dem Grunde nach mE überzeugende Konzept weist dennoch im Detail die eine oder andere Unschärfe auf: Das gilt schon mit Blick auf das zentrale Moment der „Grundlosigkeit“, dessen Gleichsetzung mit dem Vorhandensein von „Mutwilligkeit“ (als hinreichende Grundlage für die Kennzeichnung der Tat als „Mord“) sich jedenfalls nicht von selbst versteht. Denn aus dem Fehlen von Etwas ergibt sich nach den Gesetzen der Logik nur dann per se ein anderes Etwas, wenn jede dritte Denkmöglichkeit von vornherein ausscheidet – was aber gerade erst zu begründen wäre. Im Übrigen fällt ins Auge, dass der eigene Gesetzesvorschlag auf eine explizite dahingehende Begrenzung des Mordtatbestands verzichtet (S. 64) – mit der Folge, dass also jede Tötung jenseits von § 216 und des in Anlehnung an § 213 Var. 1 StGB neu gefassten („affektbefreiten“, S. 52 ff.) „Provokationsfalles“ per se als „grundlose Tötung“ gilt. Es fällt nicht allzu schwer vorauszusagen, dass mit dieser Festlegung ein nicht ganz unerhebliches Risiko einhergehen dürfte, künftig auftretende (weniger schwerwiegende) Fallkonstellationen womöglich nicht adäquat zu erfassen. Die Beschränkung des Tatbeitrages auf eine (nicht von Handlungsherrschaft geprägten) bloße Förderleistung wie im neuen § 217 StGB mag dabei ein weiterer Anknüpfungspunkt für die Annahme nicht „grundlosen“ bzw. „mutwilligen“ Handelns sein – in der überschaubaren Klassifizierung der von der *Verfasserin* einbezogenen „Unrechtsminderungen“ findet dieser

Aspekt jedenfalls keinen Platz (und spielt daher in den konzeptionellen Überlegungen auch keine Rolle, S. 51 f. Fn 28).

In einer auf den vorfindlichen normativen Ist-Bestand an strafrechtlichen Wertungen zurückgreifenden Neukonzeption muss freilich der gesamte Normenbestand in seiner Sachsubstanz eingebettet werden. Dies drängt sich um so mehr auf, als die *Verfasserin* dem (nach h.M.: „Privilegierungs-)Tatbestand“ des § 216 StGB gerade eine wesentliche Bedeutung im Rahmen des postulierten „zweistufigen Modells“ zuweist: Allerdings bleiben die Überlegungen eine Antwort schuldig auf die Frage, wie es denn begründbar sein soll, dass hier die – noch dazu qualifizierte – Einwilligung nicht wie sonst (vgl. § 228 StGB) eine unrechtausschließende („volenti non fit iniuria“), sondern lediglich unrechtmindernde Wirkung haben soll. Hierauf bedürfte es einer überzeugenden konzeptionellen Antwort, wenn eine umfassende „Reform der Tötungsdelikte“ in den Blick genommen werden soll; eine solche kann also den „komplexen und hoch umstrittenen Bereich der Sterbehilfe“ nicht einfach ausklammern (S. 51).

Überzeugend ist hingegen die Annahme, dass Differenzierungen innerhalb Tötungsdelikte von vornherein nur – allenfalls – auf Unrechts- und nicht auf Schuld Ebene vorstellbar sind. In Bezug auf evtl. Schuldsteigerungen stellt *Grünwald* erfreulich klar fest, dass es „Schuld“ im strafrechtlichen Sinne stets nur als „Rechtsschuld“ geben kann, die also „streng unrechtsbezogen ist“: „Folge hiervon ist, dass sich (im Recht) der Schuld- und der Unrechtsgehalt einer Tat decken“ (S. 24) bzw. – mE noch etwas treffender – sich in vollkommener „Kongruenz“ zueinander (*Arthur Kaufmann*, JZ 1963, 425, 426) verhalten (überzogen ist freilich die Annahme, „dass die Schuld dem Unrecht nichts hinzufügt“ und damit de facto ganz verzichtbar sei, so tendenziell S. 25 Fn. 66 aE). Hieraus ergibt sich allerdings keineswegs notwendig die Unmöglichkeit einer schuldspezifischen Abstufung „nach unten“ (siehe aber S. 55): So bleiben doch etwa §§ 17 S. 2, 21, 35 Abs. 2 StGB auch im Kontext der §§ 211 ff. StGB anwendbar. Das kategorische Veto der *Verfasserin* gegenüber deliktsspezifischen Schuld minderungsgründen steht zudem in eigenartigem Kontrast zur vorgeschlagenen Flexibilität auf Seiten der Rechtsfolge, die neben der lebenslangen auch eine Reduktion der Strafsanktion auf eine zeitige Freiheitsstrafe (nicht unter acht Jahren) vorsehen soll: Da Grundlage der Strafzumessung aber die jeweils verwirkte Schuld ist (§ 46 Abs. 1 StGB), lässt sich das Bestreben nach Ermöglichung einer „adäquaten und gerechten Strafe“ (S. 61 Fn 6 aE) gar nicht anders als durch Annahme potentiell schuldmindernder Aspekte erklären. Offen bleibt von hier aus aber des Weiteren die Frage, ob die Eröffnung eines den Unrechts- und Schuldgehalt graduierenden Strafrahmens nicht am Ende doch die von der *Verfasserin* – mit Recht – bekämpfte „Abwertung des Rechtsguts Leben“ ein Stück weit herbeiführt: weil die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen danach eben nicht mehr per se als exceptionelles Unrecht gelten kann. Un-

klar ist schließlich in diesem Zusammenhang auch, was sich daraus künftig für § 57a StGB ergeben soll: *Grünwald* hält die Schuldschwereklausele offenbar für entbehrlich (vgl. S. 35: „...liegt die Annahme einer besonderen Schwere der Schuld ... fern“), ohne sich dezidiert für deren Beseitigung stark zu machen; der Abschlussbericht der Expertenkommission hat sich demgegenüber mehrheitlich für deren Beibehaltung ausgesprochen.

Letzte Zweifel an der Überzeugungskraft des Privilegierungsmodells sind davon abhängig, ob es gelingt, die – unrechtsspezifischen – Steigerungsmöglichkeiten auf der Ebene des Handlungsunrechts zu widerlegen: Die *Verfasserin* spricht die beiden bedeutsamen Aspekte selbst an: das Bestehen einer besonderen Pflichtenstellung (bei Garanten iSd § 13 StGB, S. 17 ff.) wie das Verüben von Tötungshandlungen mittels besonderer Diskriminierung des Tatopfers (iSd Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, S. 35 ff.): Zu ersterem wird ohne Weiteres eingeräumt, dass eine lebensschutzbezogene Einstandspflicht „bedenkenlos als Anknüpfungspunkt für eine Unrechtssteigerung in Betracht gezogen werden“ könne (S. 18). Gleichwohl will *Grünwald* dies nicht als Basis für ein dreistufiges Modell gelten lassen, weil in den hier praxisrelevanten (häufig: intrafamiliären) Fällen „die Schuld oftmals gemindert ist“ (S. 22). Abgesehen davon, dass dies im Lichte der Insistenz zugunsten von ausschließlich unrechtmindernden Aspekten nicht ganz widerspruchsfrei erscheint, ist damit ein Konzept von „relativen Mordmerkmalen“ noch keineswegs widerlegt. Zu letzterem meint die *Verfasserin*, dass eine „Hierarchie der Schlechtigkeit von Tatmotiven“ aus Gründen des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes nicht anerkannt werden könne (S. 37) – und übersieht dabei mE, dass eine solche doch von Verfassungen wegen gerade vorgegeben ist. Im Übrigen dürfte vielleicht nicht jeder die beschriebene Intuition teilen, dass es in der Bewertung der Unrechtsschwere einerlei sei, ob der Täter sein Opfer aus „Rassenhass“ oder aus einem „völlig banalen Anlass“ getötet habe (so S. 36).

Vorstehendes belegt nachdrücklich, wie sehr *Grünwalds* Konzept zu weiterem konstruktiven Nachdenken inspiriert. Die Ausführungen bestechen durch eine durchweg differenzierte, analytisch klare und immer wieder betont anschauliche Darstellungsweise. Verdienstlich ist nicht zuletzt auch das den gesamten Text durchdringende Bekenntnis zu einem von sittlich-moralischen Kontaminationen gereinigten Deliktsverständnis, was sich u.a. auch auf den Anwendungsbereich einer künftigen „Provokationsvorschrift“ (heute: § 213 Var. 1 StGB) und auf die Beurteilung von sich anbahnenden Konflikten zwischen Ehe- oder Lebenspartnern (Trennung oder Treuebruch als „Eingriff in die rechtlich geschützte Tätersphäre“) auswirkt (S. 43 ff.). Selbst wenn man einzelne Prämissen wie Schlussfolgerungen *Grünwalds* nicht vollständig teilen mag, kann ein ernsthaftes Reformprojekt zur (materiellen) Neugestaltung der Tötungsdelikte nicht ohne gebührende Einbeziehung dieser fundierten Problemanalyse auskommen.

Anja Schmidt (Hrsg.): Pornographie – Im Blickwinkel der feministischen Bewegungen, der Porn Studies, der Medienforschung und des Rechts

von Prof. Dr. Tatjana Hörnle

2016, Nomos Verlag, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-3199-2, S. 176, Euro 46,00.

Pornographie ist erstens ein Thema für das Recht (in den §§ 184 ff. StGB; in rechtspolitischen Debatten wurde außerdem der Einsatz von Schadensersatzregelungen zur Bekämpfung von Pornographie gefordert). Zweitens beschäftigen sich empirische Medienforschung sowie kulturwissenschaftlich inspirierte Ansätze mit pornographischen Inhalten. Drittens ist, wenn Kinder und Jugendliche pornographische Medien nutzen, Medienpädagogik gefragt. Diese Diskurse miteinander zu vernetzen, ist, so das Vorwort der Herausgeberin *Anja Schmidt*, das Anliegen, dem der Sammelband dient.

Der erste Beitrag von *Michael Bader* beschäftigt sich mit radikalfeministischen Positionen, die eine Bekämpfung von Pornographie anstreben. *Baders* Aufsatz ist zunächst weitgehend deskriptiv, im Grunde schon rechtshistorisch. Er beschreibt die vor allem in den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts von Feministinnen vorgestellten Gesetzentwürfe, die bis auf eine kleine, schnell wieder aufgehobene Ausnahme Entwürfe blieben. Der Kern dieser, von *Catharine MacKinnon* in den USA und von *Susanne Baer* in Deutschland vorgeschlagenen Änderungen lag in einem zivilrechtlichen Klagerecht, das auf der Idee basiert, dass alle Frauen irgendwie negativ von Pornographie betroffen seien und deshalb dagegen gerichtlich klagen können sollten. Inhaltlich charakteristisch war bei den dazu erstellten Begründungen eine Verschleifung von Bewertungsunterschieden: Sprache wurde kurzerhand Handlungen gleichgesetzt, Bilder als Gewalt eingeordnet. Diese Neigung zu dramatisierender Sprache ist nicht nur als unpräzise Beschreibung zu kritisieren. Eine Strategie des „Alles-in-einen-Topf-Werfen“ trivialisiert zwangsläufig auch das beträchtliche Unrecht von tatsächlichen unerwünschten sexuellen Handlungen und echter Gewalt. Fraglich ist auch, ob die Einstufung von Bildern als Sprache (und damit die Bezugnahme auf *Austins* Analysen zum performativen Gebrauch von Sprache) der beste analytische Zugang ist. In den Schlusspassagen kommt dann auch *Michael Bader* zu einem kritisch getönten Blick auf die radikalfeministischen Positionen.

Ekaterina Nazarova schildert den Gegenpol zur PorNO!-Bewegung, nämlich die PorYES!-Strömungen. Im ersten zeitgeschichtlichen Abschnitt ihres Aufsatzes gibt sie einen Rückblick auf die Aktivitäten in den 1980er Jahren, die sich gegen die extrem pornographiekritischen Aktivitäten von *MacKinnon* u.a. richteten und die zu „Feminist Sex Wars“ innerhalb der Frauenbewegung führten. Der zweite Teil schildert die aktuelle Szene der heutigen sex-

positiven Bewegung, die sich für einen positiven Umgang mit vielfältigen Formen der Sexualität und für die Integration von Pornographie einsetzt. Dazu gehört die Förderung und Prämierung von Pornographie, die faire Arbeitsbedingungen für die Darstellerinnen vorsieht, die bei der Darstellung von Frauen Geschlechterstereotype vermeidet und selbstbestimmte, lustvolle Formen der weiblichen Sexualität zeigt. Ein wichtiger Schritt zu einem hinreichend differenzierten Blick auf das Phänomen Pornographie war dabei die von *Ekaterina Nazarova* betonte Einsicht, dass dieses Genre neutral definitorisch erfasst werden muss, um ohne moralische Wertungen das sehr breite Spektrum der Darstellungen zu erfassen.

Der dritte Aufsatz von *Nina Schumacher* befasst sich aus einer kulturwissenschaftlichen Perspektive mit Porn Studies. Sie beschreibt das Zusammenwirken von Pro-Sex-Feministinnen und politischen Aktivistinnen, die z.B. zur Herausgabe der Fachzeitschrift „Porn Studies“ und verschiedenen queer-feministischen Aktivitäten führte. Sie kommt zu der Diagnose, dass die „Sex Wars“ bis in die Gegenwart reichen. *Schumacher* schildert außerdem, wie der Begriff „Porn“ auf extreme Darstellungen nicht-sexueller Inhalte (etwa: Food Porn) angewendet wird. Sie kommt zur Schlussfolgerung, dass ein „Überhang im Terminus Pornographie gegeben“ sei, der „Sex als Gegenstand gar nicht (mehr) benötigt“.

Richard Lemke und *Mathias Weber* steuern einen sehr informativen Beitrag aus der Perspektive der empirischen Sozialforschung zur Wirkung von Pornographie bei. Sie betonen eingangs, dass nicht nur Medienwirkung (mit Fokus auf negative Nebenwirkungen von Pornographiekonsum), sondern auch Mediennutzung (einschließlich der positiven Effekte) zu erforschen sei, konzentrieren sich dann aber auf die umstrittene Frage der negativ besetzten Wirkweisen. Sie weisen dabei auf die methodischen Schwierigkeiten empirischer Forschung hin, die u.a. deshalb bestehen, weil weder Experimente mit Pornographie noch das Abfragen von Selbsteinschätzungen ohne weiteres zu validen Ergebnissen führen. *Lemke* und *Weber* stellen in methodisch reflektierter Weise den Stand der Forschung dar. Sie berichten zunächst kurz über Studien, die sich auf gewalthaltige Pornographie beziehen. Für solche Formen pornographischer Inhalte gibt es Hinweise, dass häufiger Konsum bei den Mediennutzern sexuell aggressives Verhalten begünstigt. Im Hauptteil werten sie eine Reihe von Wirkungsstudien aus, die seit dem Jahr 2000 erschienen sind. Erstens kann sich Pornographiekonsum auf sexuelle Meinungen und Einstellungen auswirken. Die Befunde deuten auf eine Stärkung instrumenteller und

freizügiger Einstellungen zu Sexualität hin. Nicht eindeutig sind Feststellungen zu Effekten im Hinblick auf Geschlechterrollen. Schließlich scheint es einen Zusammenhang von Pornographiekonsum mit höherer sexueller Unsicherheit und niedriger sexueller Zufriedenheit zu geben, wobei aber der Kausalzusammenhang nicht gesichert ist. Zweitens kann es Zusammenhänge mit dem eigenen Verhalten der Mediennutzer geben. Die freizügigeren Einstellungen scheinen sich auch im eigenen Sexualverhalten niederzuschlagen. Die Autoren weisen allerdings auch darauf hin, dass die messbaren Effekte in der Regel gering seien, und dass die positiven Effekte von Pornographie „noch immer chronisch unterforscht“ seien.

Aus medienpädagogischer Sicht beschäftigt sich *Ralf Vollbrecht* mit Pornographienutzung im Jugendalter. Der Autor setzt sich kritisch mit traditionellen bewahrpädagogischen Ansätzen auseinander, die sexuelle Darstellungen von Kindern und Jugendlichen fernhalten wollen. Er spricht sich dafür aus, vor allem Selbstvertrauen und ein positives Selbstbild zu stärken. *Vollbrecht* konstatiert, dass es „wegen des großen Angebots an sexualisierten Bildern zu Überverbildlichung und Overscription“ komme und sexuelle Erfahrung durch mediale Erfahrungen präfiguriert werde – wobei eine solche Vorprägung durch Medien aber für viele andere Lebensbereiche auch gelte. Aus pädagogischer Sicht sei es erforderlich, Medienkompetenz zu fördern. In seinem Fazit konstatiert er einen gelasseneren Umgang von Jugendlichen mit pornographischen Medieninhalten. *Vollbrecht* weist außerdem auf Forschungsbedarf hin: Zu wenig ist bekannt über die jugendliche Eigenproduktion von Pornographie sowie die Folgen der ungewollten Verbreitung solcher Bilder.

Den Band beschließt der Beitrag von *Anja Schmidt* zur

strafrechtlichen Bewertung von Pornographie. Sie beschäftigt sich ausführlich mit den Problemen, die Versuche der Definition von Pornographie bereiten, auch im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz in Art. 103 Abs. 2 GG. Sie plädiert *de lege ferenda* dafür, auf den Begriff der Pornographie in Strafgesetzen zu verzichten und einschlägige gesetzliche Vorschriften präziser auf Missachtungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung zuzuschneiden. Sie kritisiert die Vorstellungen der feministischen PorNO!-Bewegung, deren Idee war, dass Pornographie Gewalt sei – zu Recht weist *Schmidt* darauf hin, dass Pornographiekonsum nicht unmittelbar Rechtsverletzungen verursacht. Sie beschäftigt sich dann mit der Frage, ob strafrechtlicher Kinder- und Jugendschutz legitim sei. An dieser Stelle schlägt sie den Bogen zu der Kritik, die *Vollbrecht* an einer reinen Bewahrpädagogik übt. Mit Blick auf die Medienwirkungsforschung, die von *Lemke* und *Weber* ausführlich dargelegt wurde, kommt sie ebenfalls zum Ergebnis, dass sich daraus nicht ableiten lasse, dass Jugendliche von Pornographie fernzuhalten seien (an dieser Stelle steckt Stoff für Diskussion: Ich würde selbst eine Reihe von Befunden, die *Lemke* und *Weber* mitteilen, als hinreichend zur Untermauerung jugendschützenden Pornographiestrafrechts ansehen). Im Ergebnis plädiert sie dafür, dass die Verbote eingeeengt werden sollen. Für legitim erachtet *Schmidt*: Zugangsverbote für Kinder; Schutz von Jugendlichen vor ungewollter Konfrontation; das Verbot von Pornographie, die Verletzungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung zeigt, insbesondere auch Kinderpornographie.

Fazit: Es handelt sich um einen sehr lesenswerten Band mit gut ausgewählten Beiträgen. Der Leser gewinnt im interdisziplinären Querschnitt einen umfassenden Überblick zum Thema Pornographie.

Ben Koslowski: Harmonisierung der Geldwäschestrafbarekeit in der Europäischen Union

von Rechtsanwalt Jürgen Kraus

2016, Nomos Verlag, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-2540-3, S. 464, Euro 119,00.

Die als Band 5 der Reihe *Studien zum Wirtschaftsstrafrecht – Neue Folge* veröffentlichte Dissertation untersucht und bewertet die Möglichkeit, im Wege einer europäischen Richtlinie die Strafbarkeit wegen Geldwäsche in den Mitgliedsstaaten zu harmonisieren.

Dazu wird zunächst anhand der beispielhaften Darstellung der Geldwäsche-Strafbarkeit in vier europäischen Ländern (Deutschland, Österreich, Frankreich, Belgien) die Notwendigkeit einer solchen Harmonisierung herausgearbeitet (Erstes Kapitel). Der Autor widmet darin der begrifflichen und funktionellen Erläuterung der Geldwäsche Raum (Stichwort: Drei-Phasen-Modell). Greifbar wird die Erkenntnis, dass Stand heute ein und dasselbe (grenzüberschreitende) Verhalten in dem einen Mitgliedsstaat strafbar und in einem anderen straffrei sein kann, mithin gerade im Fall der Geldwäsche Strafbarkeitslücken bestehen. Privatrechtliche Ansprüche z.B. auf Schadenersatz („private enforcement“) bieten hierfür keine ausreichend effektive Lösung. Gerade bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ließe sich aber im Wege der europäischen Harmonisierung der Strafbarkeit der Geldwäsche viel an Effektivität der Strafverfolgung gewinnen.

Im Anschluss hieran (Zweites Kapitel) wird daher untersucht, welchen Spielraum für eine Harmonisierung diverse internationale Konventionen und die Vorgaben z.B. der FATF bei der Ausgestaltung der Strafbarkeit der Geldwäsche noch lassen. Tatsächlich weist das Werk nach, dass durchaus Räume für die EU bestünden, um eine entsprechende europäische Vorgabe zu entwickeln. Blicke daher noch die Frage nach der Rechtssetzungskompetenz der EU im Bereich des Strafrechts bzw. der Geldwäsche-Strafbarkeit. Insofern gelingt dem Autor gut herauszuarbeiten, dass es im Fall einer europaweit harmonisierten Vorgabe für die Geldwäsche-Strafbarkeit gerade nicht um die vielfach abgelehnte Europäisierung des Strafrechts geht. Ausgehend von den praktisch relevanten Fällen grenzüberschreitender Geldwäsche, die auch den Anlass für den Erlass der entsprechenden EU-Geldwäsche-Richtlinien bot, kommt er zu dem Schluss, dass die üblicherweise gegen die Rechtssetzungskompetenz der EU im Bereich des Strafrechts vorgebrachten Argumente jedenfalls im Fall der Geldwäsche nicht durchdringen. Vielmehr sieht der Autor eine Rechtsgrundlage zur Rechtssetzung der EU ohne den Mitgliedsstaaten dadurch die Möglichkeit zu nehmen, selbst tätig zu werden. Auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität wäre demnach eine europäisch harmonisierte Vorgabe für

die Strafbarkeit der Geldwäsche jedenfalls bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zulässig.

Im folgenden Kapitel (Drittes Kapitel) wird die Umsetzung der bestehenden internationalen Vorgaben anhand bestimmter Tatbestandsmerkmale der Geldwäsche in vier Beispielländern (Deutschland, Österreich, Frankreich und Belgien) dargestellt und verglichen. Dabei zeigt sich plastisch die ganze Bandbreite und europäische Vielfalt der Ansätze, Auslegung und Handhabung – trotz oder gerade wegen der vielfältigen internationalen Vorgaben. Während zum Beispiel einige Staaten einen abschließenden Vortatenkatalog der Geldwäsche kennen - und konsequenterweise auch Kenntnis oder zumindest leichtfertige Unkenntnis der Herkunft eines Vermögensgegenstands aus einer dieser Vortaten zur Strafbarkeit der Geldwäsche fordern – setzen andere darauf, dass der Nachweis der illegalen Herkunft eines Vermögensgegenstands ausreicht, egal aus welcher Straftat der Vermögensgegenstand konkret stammt. Unterschiede finden sich des Weiteren auf der Ebene der Ausgestaltung der Tathandlungen, der Tatobjekte, des subjektiven Tatbestands und der Frage, ob der Täter oder Teilnehmer einer Vortat als Täter der Geldwäsche in Frage kommt (Eigengeldwäsche). Die Strafbarkeit juristischer Personen bei Geldwäsche wird ebenfalls unterschiedlich beantwortet. Spätestens damit liegt die Sinnhaftigkeit einer europäischen Harmonisierung auf der Hand!

Im folgenden Kapitel (Viertes Kapitel) werden die Vor- und Nachteile der jeweiligen nationalen Ansätze in den Beispielländern für eine europäische Harmonisierung analysiert. Dies beginnt mit der Frage, ob im Ausland begangene Straftaten ein taugliches Tatobjekt für strafbare Geldwäsche in einem anderen Land hervorbringen, geht weiter mit der Erörterung, ob Vermögen aus einer Straftat unbelastetes Vermögen „teilweise“ oder „vollständig“ inkriminiert, wenn es vermischt wird, ob auf subjektiver Seite schon bestimmte Formen der Leichtfertigkeit mit Blick auf die Herkunft des Tatobjekts aus einer Straftat zur Strafbarkeit der Geldwäsche genügen sollen.

Die Analyse gipfelt in einem Vorschlag für Tatbestandsmerkmale, die im Wege einer europäischen Harmonisierungsrichtlinie – unter Berücksichtigung der bestehenden internationalen Vorgaben - eingeführt werden könnten (Fünftes Kapitel). Der Autor wägt Vor- und Nachteile einer solchen Regelung gegeneinander ab, indem er die im vorherigen Kapitel dargelegten Erfahrungen der Mitgliedsstaaten mit den unterschiedlichen Regelungen zu jedem Tatbestandsmerkmal aufgreift.

Vorgeschlagen wird nach eingehender Diskussion eine Regelung auf Europäischer Ebene die unter anderem die Abschaffung des in Deutschland und Österreich üblichen Vortatenkatalogs zur Geldwäsche vorsieht. Die Tathandlungen sollten nach Ansicht des Autors von der EU nicht umfassend vorgegeben werden, ein Erwerbs- und Besitztatbestand sollte der Straftatbestand dagegen umfassen. Von einer Vermutungsregelung, dass Tatobjekte der Geldwäsche aus einer Straftat stammen, sofern nicht das Gegenteil bewiesen werden kann, wird mit Blick auf die Unschuldsvermutung abgeraten.

Die Strafbarkeit der Selbst- oder Eigengeldwäsche wird dagegen befürwortet, soweit eine räumliche und zeitliche Zäsur zwischen Vortat und Geldwäsche liegt, wenn die Eigengeldwäsche also einen neuen Tatentschlusses aufweist und daher gesondert strafwürdiges Unrecht, nicht einfach mitbestrafte Nachtat ist. Des Weiteren plädiert der Autor dafür, dass Einsparungen aus Steuerhinterziehungen nicht für geldwäschefähig erklärt werden. Teilinkriminierte Vermögenswerte sollen nach der Lehre von der Totalkontamination behandelt werden, wobei Bagatellfälle durch die Definition eines Schwellenwerts ausgeschlossen werden. Die Verhältnismäßigkeit der Ausdehnung der Strafbarkeit auf Fälle der leichtfertigen oder fahrlässigen Unkenntnis von der illegalen Herkunft des Tatobjekts wird in Frage gestellt. Dass Vorgaben zur Strafbarkeit juristischer Personen wegen Geldwäsche grundsätzlich auch auf EU-Ebene möglich und rechtlich zulässig wären, wird von dem Autor zutreffend herausgearbeitet.

Insgesamt nimmt das Werk eine durchgehend europafreundliche, aber nicht unkritische Perspektive ein und hat erkennbar zum Ziel vorhandene Rechtsräume zugunsten einer Harmonisierung und besseren praktischen Anwendung der Geldwäsche-Strafbarkeit auf Ebene der EU-Mitgliedsstaaten aufzuzeigen. Der Autor hält dabei eine gute Balance zwischen Argumenten für eine effektive Strafverfolgung auf der einen und Rechtsstaatlichkeit auf der an-

deren Seite. Mit den Ausführungen zur Strafbarkeit juristischer Personen wegen Geldwäsche führt die Diskussion genau genommen etwas über den Tellerrand der Geldwäsche-Strafbarkeit hinaus. Die Frage der Verbandsstrafbarkeit bei Rechtsverletzungen ist hochaktuell und höchst umstrittenen. Sie kann nicht allein aus geldwäscherechtlichen Gesichtspunkten heraus beantwortet werden. Denn selbst wenn es zutrifft, dass bei Geldwäsche-Aktivitäten oft juristische Personen zwischengeschaltet werden, sind diese erfahrungsgemäß aus rechtlichen (Sitz in einem Drittland) oder tatsächlichen (Briefkastenfirma ohne Substanz) Gründen mit der eher abstrakten Strafbarkeitsandrohung nicht zu abzuhalten. Ähnlich schwierige Diskussionen kann es um die Frage der Teilkontamination von Vermögensgegenständen oder der Frage geben, ob das Ergebnis einer Steuerhinterziehung Tatobjekt der Geldwäsche sein kann. Das Werk begibt sich dabei aber nicht auf das politische Glatteis, das mit jeder dieser Fragen verbunden sein kann. Letztlich geht es konkret um die Analyse der allgemeineren Frage, ob eine europäische Harmonisierung notwendig bzw. zulässig wäre und wie diese ggf. aussehen könnte.

Gerade wegen der umfangreichen Darstellung der wesentlichen Tatbestandsmerkmale der Strafbarkeit in den vier Beispielländern eignet sich das Werk letztlich nicht nur als anregende Lektüre für die Diskussion um eine effektivere Ausgestaltung der Geldwäsche-Strafbarkeit im europäischen Rahmen, sondern auch als Orientierung über die bestehenden Ansätze bei der Strafbarkeit auf nationaler Ebene. Ausblicke auf die Geldwäsche-Präventionsvorschriften der Länder sind streng genommen nicht Teil der Abhandlung über mögliche Vorgaben zur Strafbarkeit der Geldwäsche auf europäischer Ebene. Trotzdem bieten auch sie einen hilfreichen Ausblick auf die Regelungen in den vier Beispielländern. Insgesamt bietet das Werk hierdurch einen wichtigen Denkanstoß für die Verbesserung der Effektivität der Geldwäsche-Bekämpfung insgesamt, nicht nur begrenzt auf die Frage der europaweiten Harmonisierung der Geldwäsche-Strafbarkeit.

TAGUNGSBERICHT

Symposium Cybercrime – Herausforderungen der Ermittlungspraxis Bericht zum Symposium am 25.10.2016 an der Hochschule der Polizei Rheinland-Pfalz

von Polizeirat Christian Kirchner *

Auf die steigende Bedeutung des Kriminalitätsbereiches Cybercrime muss innerhalb der Strafverfolgungsbehörden nicht weiter hingewiesen werden. In fast allen Ermittlungsbereichen hat das Thema Einzug gehalten. Nachdem die Hochschule der Polizei Rheinland-Pfalz (HdP) bereits 2015 ein Symposium Cybercrime mit dem Schwerpunkt Kinderpornografie durchgeführt hat, fand am 25. Oktober 2016 nun erneut eine Veranstaltung statt – dieses Mal zu den Herausforderungen für die Ermittlungspraxis. Über 220 Teilnehmer aus Polizei und Justiz von Bund und Ländern folgten der Einladung auf den Campus Hahn der HdP in den Hunsrück. In diesem Tagungsbericht werden die wesentlichen Erkenntnisse zusammengefasst.

I. Einführung

Begrüßt wurden die Teilnehmer der Veranstaltung von *Dr. Axel Henrichs*, dem Leiter der Abteilung Ausbildung an der HdP. Anhand verschiedener aktueller Vorkommnisse wie der zeitweisen Lahmlegung des Lukaskrankenhauses in Neuss mit Hilfe einer Krypto-Schadsoftware, dem Verkauf der Tatwaffe für den Amoklauf in München über das Darknet oder einer großen Anzahl von Betrugsfällen an Unternehmen mittels Social-Hacking (CEO-Fraud) wurden die steigende Bedeutung, die hohe Dynamik und die Schwierigkeit der Anpassung an das Phänomen für die Strafverfolgungsbehörden dargestellt. Zwar seien erste Schritte getan, aber sowohl das Recht als auch die Organisation würden der Entwicklung hinterherhinken.

Auch der Schirmherr der Veranstaltung, Staatssekretär im Ministerium des Innern, Herr *Günter Kern*, stellte heraus, dass zwar erste Schritte zur Anpassung der Organisation erfolgt seien, trotzdem aber weitere Anpassungen für eine wirksame Kriminalitätsbekämpfung folgen müssten.

II. Vorträge

1. Aktuelle Rechtsfragen zu IT-Ermittlungen

Im ersten Vortrag gab *Dr. Wolfgang Bär* (Richter am BGH) einen Überblick über aktuelle rechtliche Problemstellungen im materiellen und formellen Strafrecht. Anhand eines Strafverfahrens der StA Kempten zur Schad-

software Skynet und dem Beschluss des BGH vom 21.7.2015 (BGH 1 StR 16/15 – *LG Kempten*) wurden Lücken in den aktuellen gesetzlichen Vorschriften erörtert. Hierbei hatte ein Täter Schadsoftware, welche zum Beispiel als zum Download bereitgestellte Video-Dateien getarnt war, auf mindestens 327.000 Rechnern verbreitet. Diese Schadsoftware konnte Daten mittels Keylogger abgreifen und nutzte weiterhin die Rechenleistung des Computers, um Bitcoins zu generieren (Bitcoin-mining). Die Befassung des BGHs mit dem Sachverhalt machte deutlich, dass bei Fällen des Ausspähens von Daten nach § 202a StGB dem Nachweis einer bestehenden Zugangssicherung auf den betroffenen Geräten der Geschädigten eine erhöhte Bedeutung zukommt. Dies stellt jedoch bei retrograden Ermittlungen eine besondere Herausforderung für die Strafverfolgungsbehörden dar, da oftmals gerade bei festgestelltem Befall mit Schadsoftware betroffene Systeme neu aufgesetzt werden. Ebenso seien der Verfall nach § 73 StGB hier für die durch Bitcoin-mining erlangten Werte zwar angeordnet worden, allerdings bleibe fraglich, ob diese Bitcoins unmittelbar aus der Tat heraus erlangt wurden.

Neben diesem Fall gab *Dr. Bär* auch cursorisch einen Überblick über die Strafnormen der Cybercrime im engeren Sinne. Im Ergebnis würden diese Normen zwar eine Strafbarkeit für viele Phänomene eröffnen, allerdings seien einer angemessenen Bestrafung durch fehlende Qualifikationstatbestände, beispielsweise bei bandenmäßiger oder gewerbsmäßiger Begehung, Grenzen gesetzt. Ebenso fehlten Versuchsstrafbarkeiten.

Für den Bereich des Strafverfahrensrechts stellte der Referent zunächst die Schwierigkeiten in der Abgrenzung zwischen Telemedien und Telekommunikation dar. Diese sei letztlich bedeutsam, denn sowohl für die Anbieter der Dienste als auch für die Verfolgungsbehörden greifen je nach Einordnung sehr unterschiedliche Vorschriften bei Anfragen und Datenübermittlungen. Neben verschiedenen Datenabfragen in diesen Bereichen wurde insbesondere die Neuregelung der Verkehrsdatenabfrage dargestellt. Ob diese Vorschrift, welche auf Grund von Übergangsvorschriften erst ab 1.7.2017 wirksam in Kraft tritt, tatsächlich so Bestand haben wird, hänge allerdings auch vom Ausgang verschiedener Verfahren ab, die beim BVerfG wie auch beim EuGH anhängig sind.

Zuletzt wurden kurz die Fragestellungen zur Beschlagnahme von E-Mails, zur Rechtsgrundlage der Quellen-TKÜ sowie Ermittlungen im Cloud Computing erörtert.

* Der Verfasser ist Dozent an der Hochschule der Polizei Rheinland-Pfalz.

2. Strategie – Erwartungen und Realität

Der zweite Vortrag des Tages widmete sich den Herausforderungen an die Ermittlungsbehörden in komplexen Strafverfahren. Dr. Eric Samel (Landeszentralstelle Cybercrime, GenStA Koblenz) und Thorsten Runkel (Kriminalinspektion Mayen) stellten ein Ermittlungsverfahren gegen den Programmierer und Anbieter für Schadsoftware dar. Dieser hatte neben verschiedenen Anwendungen wie Keyloggern, Exploit-Kits, DDoS-Tools auch eine Testplattform für Schadsoftware betrieben, auf welcher getestet werden konnte, ob die Anwendung von gängigen Virensclannern erkannt wird. Herr Runkel stellte zunächst dar, dass auf Grund der hohen Dynamik und Bandbreite der Delikte eine „klassische“ Herangehensweise an ein Kriminalitätsphänomen nicht erfolgsversprechend sei.

Es erweise sich als Vorteil, dass sowohl in der Polizei als auch in der Justiz mit der Schaffung von Zentralstellen kompetente Ansprechpartner vorhanden waren, die für die Abwicklung eines solchen Verfahrens zwingend erforderlich seien. Der Vortrag zeigte deutlich, dass vergleichbare Sachverhalte für örtliche Ermittlungsbehörden eine große Belastung darstellen, insbesondere, da eine große Menge von Daten zu sichern und auszuwerten ist. Das breite Ermittlungsspektrum und die anfallenden Daten erforderten – gerade für kleine und mittelgroße Dienststellen wie die KI Mayen – einen sehr flexiblen Personaleinsatz. Als sehr positiv beschrieb Herr Runkel die hervorragende und unkomplizierte Zusammenarbeit mit anderen Behörden und Institutionen.

Von den Rednern wurde auch dargestellt, dass das Verfahren am Ende gegen den Täter aufgrund des Tatbestandes des „Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten“ nach § 202c StGB sowie wegen Beihilfe zu Betrugsdelikten betrieben wurde. Der Täter selbst habe demnach gar nicht Angriffe auf andere Systeme durchgeführt, vielmehr habe er das Handwerkszeug für solche Taten zur Verfügung gestellt. Prägnant für die Ermittler war in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass im Internet professionell „Crime as a Service“ angeboten wurde. Das Fazit zeigte auch deutlich, dass durch diese Serviceleistungen mittlerweile keine besonderen Kenntnisse mehr benötigt werden, um Angriffe auf fremde Systeme durchführen zu können. Vielmehr könne man diese Fachkenntnisse einfach im Internet einkaufen.

3. CEO-Fraud – Soziales Hacken

Streng genommen sei das Phänomen eigentlich kein Cybercrime, stellten Andreas Brück und Janina Menzel von der Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime der Staatsanwaltschaft Köln zu Beginn ihres Vortrages heraus. An sich sei es eine eher klassische – an den Enkeltrick angelehnte – Betrugsbegehungsweise, bei der zahlungsbevollmächtigte Mitarbeiter von Firmen durch Täuschung zur Begleichung nicht unerheblicher Rechnungen veranlasst werden. Die Begehungsweise sei hierbei immer sehr ähnlich:

Die Täter verschaffen sich zunächst ein sehr genaues Bild von dem Unternehmen. Sie kennen Zuständigkeiten, Abläufe, Struktur, die Sprachkultur und vor allem die Abwesenheit des CEO (geschäftsführender Vorstand eines Unternehmens). Dabei greifen Täter zur Vorbereitung oftmals auf offene Informationen im Internet zu. Viele Unternehmen würden sich so transparent im Internet präsentieren, dass zahlreiche der für den Betrug notwendigen Informationen frei im Netz zugänglich seien. Gleichwohl gebe es auch Indizien, dass teilweise mittels Schadsoftware auf technischem Weg Informationen abgegriffen werden.

Im weiteren Verlauf werde dann von den Tätern Kontakt zu einem Mitarbeiter im Unternehmen aufgenommen, der für den Finanzhaushalt oder für Zahlungsanweisungen zuständig ist. Dabei gäben sich die Täter als Firmenchef (CEO) aus, stellten eine wichtige Unternehmensveränderung in Aussicht und pochten dabei ausdrücklich auf Diskretion und das Einhalten bestimmter Kommunikationswege. Mittels Einbindung, Nachweisen und Kontakt zu vermeintlich externen Organisationen wie beispielsweise der BaFin oder KPMG, die ebenso von den Tätern vorgetäuscht werden, erlange der Vorgang zusätzlich Seriosität. Am Ende stehe die Aufforderung zu einer Zahlung von hohen Geldbeträgen, häufig größer als 1 Mio. Euro, welche in vielen Fällen auch gezahlt würden. Allein bei den von der StA Köln betriebenen Vorgängen sei hierdurch schon ein tatsächlicher Schaden von 39 Mio. Euro entstanden.

Die Referenten wiesen darauf hin, dass diese Taten leicht vermeidbar seien, vielfach wären die Richtlinien der Unternehmen für die IT sowie den Zahlungsverkehr sehr lasch, sodass am Ende durch Einwirkung auf eine einzelne Person dem Unternehmen erheblicher Schaden zugefügt werden könne.

III. Workshops

Innerhalb des Symposiums hatten die Teilnehmer die Möglichkeit, aus verschiedenen angebotenen Workshops zwei auszuwählen.

1. Workshop „Polizei-Hacking“

Im ersten Workshop wurden durch Tobias Hofmann (LKA Hessen), orientiert an den Bedürfnissen der Praxis, unterschiedliche Ermittlungs- und Recherchemöglichkeiten im Bereich von Cybercrime vorgestellt.

Ein schnell und effektiv anzuwendendes Tool, um zu überprüfen, ob beispielsweise eine Datei oder eine Webseite mit einem Virus infiziert wurde, sei VirusTotal. Dabei handelt es sich um einen vom Unternehmen Google betriebenen, kostenlosen Online-Dienst.

Als Recherchetool wurden die Nutzungsmöglichkeiten der erweiterten Suchoperatoren von beispielsweise Google – in IT-Kreisen auch gerne als Google-Hacks bezeichnet – dargestellt. Hiermit könne zielgerichtet nach Informationen im Internet gesucht werden, auch

dann, wenn die normale Suche in Google nicht erfolversprechend war. So ist es mittels spezieller Suchfunktionen möglich, beispielsweise auch ältere oder gelöschte Informationen abzurufen.

Neben anderen Tools wurden auch die Sicherung von Webseiten mittels „WGET“ sowie die Netzwerkdiagnose mit „NMap“ als nützliche Anwendung für die Praxis dargestellt.

2. Workshop Waffen- und Drogenhandel im „Darknet“

In einem weiteren Workshop gab *Dr. Benjamin Krause* (Zentralstelle für Internetkriminalität GenSta Frankfurt) einen Überblick über das Phänomen des Waffen- und Drogenhandels im Darknet. Hierbei stellte er zunächst die Zugangsmöglichkeiten mittels TOR-Browser sowie die weitgehend anonymen Bezahl- und Versendemöglichkeiten vor.

Anhand von Fallbeispielen beschrieb *Dr. Krause*, welche Ermittlungen im Darknet möglich und welche Ermittlungsmethoden in diesem Bereich nicht zielführend seien. Im Ergebnis stelle sich dar, dass klassische technische Ermittlungen wie Bestands- und Nutzungsdatenabfrage, große Bereiche der Finanzermittlungen, Telekommunikationsüberwachung oder Serverbeschlagnahme meist nicht zum Ziel führen. Allerdings gebe es trotzdem Möglichkeiten der Ermittlung; denn auch, wenn der Informationsaustausch mittels TOR kaum zurückzuverfolgen sei, ergäben sich insbesondere durch die Kommunikation mit dem Täter Identifizierungs- und Ermittlungsmöglichkeiten.

Der Vortrag endete mit der Fallvorstellung des Amoklaufs aus München und den damit einhergehenden erfolgreichen Ermittlungen im Darknet bezüglich der dort erworbenen Tatwaffe.

3. Workshop „EG Pornplayer“

Michael Prior und *Carsten Ehlert* (PD Hannover) stellten in ihrem Vortrag das Ermittlungsverfahren „Pornplayer“ vor. Hierbei wurden Computer und Android-Smartphones mittels Schadsoftware gesperrt. Die Täter stellten die Entsperrung gegen eine Zahlung von 100,- Euro mittels PaysafeCard oder iTunes-Gutscheinen in Aussicht. Die Infizierung erfolgte durch Werbebanner. Im Rahmen der Ermittlungen stellte sich heraus, dass allein in Deutschland mindestens 5000 Personen auf die Erpressung eingegangen sind und die geforderte Summe bezahlt hatten. Dabei werde die Dunkelziffer erheblich höher eingeschätzt.

Die Referenten stellten dar, dass es im Rahmen ihrer Ermittlungen gelungen sei, die Server der Täter ausfindig zu machen und diese automatisiert zu überwachen. So konnten unter anderem PINs von PaySafe Karten ge-

sperrt und Gelder abgeschöpft werden. Die Ermittler lobten insbesondere die hervorragende Zusammenarbeit mit PaySafeCard, die erlaube, neu festgestellte PINs zum Teil innerhalb eines Tages zu sperren.

Dadurch seien die PINs für die Täter unbrauchbar und diese kämen nicht mehr an das Geld heran. Durch den intensiven Ermittlungsdruck sei es mittlerweile gelungen zu verhindern, dass die Täter neue Server in Betrieb nehmen. Ein Umstand, der wahrscheinlich ursächlich dafür sei, dass derzeit keine neuen Anzeigen zu verzeichnen seien.

4. Workshop Cybergrooming

Andreas Pöbel (LKA Rheinland-Pfalz) stellte die Initiativermittlungen zum Phänomen des Cybergrooming dar. Hierbei würden Täter auf Chat-Plattformen gezielt Kinder ansprechen, um dann im weiteren Verlauf in einem Videochat vor diesen sexuelle Handlungen vorzunehmen. Die Ermittlungsgruppe sei mit der Zielrichtung gebildet worden, weitere Erkenntnisse zu dem nicht ganz neuen Phänomen zu erhalten, Tatverdächtige zu identifizieren und Ermittlungsverfahren einzuleiten sowie Täterkreise zu verunsichern. Als Plattform wurde die Webseite knuddels.de gewählt, die Zusammenarbeit mit dem Betreiber sei hierbei unproblematisch gewesen. Mittels einer nicht offen ermittelnden Polizeibeamtin, welche sich im Chat als Kind ausgab, konnten dabei zahlreiche Täter identifiziert werden. *Herr Pöbel* beschreibt dabei, dass es stellenweise kaum möglich gewesen wäre, den Anfragen potentieller Täter hinterherzukommen, da man noch im Chat mit einem anderen Täter gewesen sei.

In den folgenden Videochats sei es dann in vielen Fällen zu sexuellen Handlungen wie Masturbation der Täter gekommen. In insgesamt 27 Fällen wurden Strafanzeigen wegen §§ 176 Abs. 4 Nr. 1 und 2 i.V.m. 22, 23 StGB eingeleitet. Die Zahl der bedenklichen Chats sei zwar deutlich höher gewesen, allerdings habe man sehr genau darauf geachtet, dass die Beamtin nicht als agent provocateur aufgetreten sei.

IV. Fazit

Dr. Jörg Angerer (Leiter Landeszentralstelle Cybercrime, GenStA Koblenz) und *Johannes Kunz* (Präsident des LKA Rheinland-Pfalz) fassten zum Abschluss der Veranstaltung zusammen, dass man den verschiedenen Aspekten der Cybercrime begegnen könne. Notwendig seien innovative Ermittlungsansätze und vor allem der Mut und die Bereitschaft, auch einmal ein komplexeres Ermittlungsverfahren zu betreiben.

Beide betonten die gute Zusammenarbeit zwischen Justiz und Polizei in Rheinland-Pfalz. Als entscheidend und erfolversprechend stuften beide die Bildung von Schwerpunktdienststellen bei Polizei und Justiz ein. Im Ergebnis sei man im Thema Cybercrime gut aufgestellt.