

# 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

### 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 Zöllner

### Redaktion international

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

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 278 – 294

**278** | Das Gesetz zur Neugestaltung des BKAG im Jahr 2017

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

**288** | Markierung von Personen mit „künstlicher DNA“ im Strafverfahren

von Prof. Dr. Fredrik Roggan

### STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN | 295 – 310

**295** | Zum Stand der Dinge in Sachen Europäischer Staatsanwaltschaft

von Rechtsanwalt und Privatdozent Dr. Peter Rackow

**301** | Die Neuregelungen im Umfeld des § 203 StGB

von Prof. Dr. Carsten Momsen und Wiss. Mit. Laura Iva Savić

**306** | Die Strafgesetzgebung zu Einzelrasern in § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

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

### ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 311 – 320

**311** | Fakultative Anordnung der Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe zulässig

BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 2 StR 178/16

**316** | Gemengelage und die legendierte Kontrolle

von OStA Dieter Kochheim

### BUCHBESPRECHUNGEN | 321 – 324

**321** | Urs Kindhäuser/Ulfried Neumann/Hans-Ulrich Paeffgen:  
Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar Band 1-3

von Prof. Dr. Anja Schiemann

**323** | Julia Hugendubel: Tätertypologien in der Wirtschaftskriminologie

von Prof. Dr. Anja Schiemann

### TAGUNGSBERICHT | 325 – 328

**325** | Das 4. Trierer Forum zum Recht der inneren Sicherheit (TRIFORIS)

von Wiss. Mit. Maren Wegner

## EDITORIAL

Heft 5 der KriPoZ beginnt mit einem Aufsatz von *Graulich* mit dem Titel „Aufgaben und Befugnisse des Bundeskriminalamts im digitalen Rechtsraum“, in dem die Neufassung und Neugestaltung des BKAG beleuchtet wird. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Neugestaltung des BKAG drei Ziele verfolgt, nämlich die Stärkung des Datenschutzes, die Harmonisierung zur Verbesserung des Informationsflusses zwischen den Polizeibehörden in Europa und die Modernisierung des BKA als Zentralstelle.

*Roggan* widmet sich in seinem Beitrag der Markierung von Personen mit „künstlicher DNA“ im Strafverfahren. Der Einsatz eines kDNA-Markierungssystems kommt nach Auffassung des Autors auf der Grundlage des § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO durchaus in Betracht. Problematisch sei dagegen regelmäßig die Durchführung der Maßnahme. Denn immer dann, wenn eine kDNA-Markierung nicht nur Beschuldigte und deren Kontaktpersonen betrifft, sondern auch Unbeteiligte zu betreffen droht, lasse sie sich nicht rechtfertigen.

In die Diskussion um eine Europäische Staatsanwaltschaft ist seit Frühjahr dieses Jahres neuer Schwung gekommen. Mit dem aktuellen Verordnungsentwurf beschäftigt sich der Aufsatz von *Rackow*, der seiner Meinung nach zwar Verbesserungen und Entschärfungen an wesentlichen Problemunkten des ersten Kommissionsentwurfs, allerdings nicht unbedingt systematische Verbesserungen enthält. Vielmehr scheine die aktuelle Fassung nicht zuletzt das Bemühen der Mitgliedsstaaten zu spiegeln, der tatsächlichen Macht der Europäischen Staatsanwaltschaft Grenzen zu setzen.

*Momsen* und *Savić* widmen sich in ihrem Beitrag dem Daten-Outsourcing und IT-Compliance bei Berufsgeheimnistägern. Sie besprechen die Neuregelungen im Umfeld des § 203 StGB, die der Bundesrat in seiner Sitzung am 22.9.2017 gebilligt hat und die demnächst in Kraft treten werden.

Nachdem *Dahlke* und *Hoffmann-Holland* bereits in KriPoZ 2017, 35 einen Großteil an Neuerungen vorgestellt haben, die mit dem Strafrechtsänderungsgesetz zur Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr einhergehen, stellen sie nun eine Neuerung vor, die kurzfristig noch in das Gesetz mit aufgenommen wurde. Es handelt sich um die Strafbarkeit von „Einzelrasern“ in § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB, die die Autoren kritisch beleuchten. Das Gesamtpaket der Strafbarkeit illegaler Autorennen wird nach Billigung durch den Bundesrat nunmehr auch bald in Kraft treten.

*Kochheim* bespricht die Entscheidung des 2. Strafsenats zur Zulässigkeit legendierter Kontrollen. Er befürwortet das Ergebnis und begrüßt es, dass durch die Entscheidung ein Rahmen geschaffen worden ist, mit dem die Strafverfolgungspraxis umzugehen lernen wird.

Ferner finden sich zwei Buchbesprechungen und ein Tagungsbericht zum 4. Trierer Forum zum Recht der inneren Sicherheit (TRIFORIS) im aktuellen Heft.

Während der Sommerpause und kurz vor der Wahl ist es ruhiger geworden in Sachen Gesetzesvorhaben, so dass die wenigen Aktivitäten schnell zusammengefasst sind. Bereits am 24.8.2017 ist das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens in Kraft getreten. In der KriPoZ hatten wir hierzu Beiträge zum Referenten- und Regierungsentwurf. Sozusagen auf den letzten Drücker und insoweit auch in Kritik geraten ist die letzte Einfügung in der StPO-Reform, nämlich die gesetzliche Verankerung der Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ.

Am 5.9.2017 ist dann das zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts in Kraft getreten. Auch hierzu hatte die KriPoZ zwei Beiträge veröffentlicht. Am 7.9.2017 wurde das Netzwerkdurchsetzungsgesetz im Bundesgesetzblatt verkündet. Es ist am 1.10.2017 in Kraft getreten.

In seiner Sitzung vom 22.9.2017 hat der Bundesrat neben den bereits erwähnten und in diesem Heft besprochenen Änderungen zum Schutz von Berufsgeheimnissen und der Bekämpfung illegaler Autorennen noch das Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Sprach- und Hörbehinderte (EMöGG) gebilligt. Die Änderungen zum möglichen Einsatz eines Gebärdendolmetschers sollen bereits einen Tag nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten, die Regelungen zur Audio- und Tonübertragung sechs Monate später.

*Prof. Dr. Anja Schiemann*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## Aufgaben und Befugnisse des Bundeskriminalamts im digitalen Rechtsraum – Das Gesetz zur Neugestaltung des BKAG im Jahr 2017

von Prof. Dr. Kurt Graulich\*

### Abstract

Das Gesetz über das Bundeskriminalamt ist im Jahr 2017 umfassend neugestaltet worden. Es gibt wenige Bereiche von Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung, in denen es nicht um die Erhebung oder Verarbeitung personenbezogener Daten geht. Ihr Milieu ist der digitale Raum, der als Rechtsraum begriffen werden muss. Inhaltlich finden sich die Auswirkungen der Digitalisierung des gesellschaftlichen Lebens, die daran knüpfenden polizeilichen Maßnahmen und – ihnen auf dem Fuß folgend – eine grundlegende Veränderung des Datenschutzes en gros und en detail in der Novellierung des BKAG. Die Neufassung verhilft dem Gesetz zu einer Ausstattung mit sämtlichen derzeit bekannten polizeirechtlichen Typen von Aufgabenzuweisungen und Befugnisnormen. Durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die „hypothetische Datenneuerhebung“ zum Kriterium des subjektiven Datenschutzes im Sicherheitsrecht geworden und hat im novellierten BKAG seinen vielfältigen Ausdruck gefunden. Der objektive Datenschutz hat sich in zahlreichen neuen institutionellen Konstruktionen niedergeschlagen, deren nutzbringende Auswirkungen auf den einzelnen Rechtsbetroffenen sich allerdings noch erweisen müssen. Sämtliche seither mit Buchstabenzusätzen versehen gewesene Normen sind nunmehr in die Nummerierung des Paragraphenwerks einbezogen worden und verhelfen dem Gesetz dadurch zu einem geschlossenen Aussehen. Die Novellierung macht rechtspolitisch die Forderungen nach einem neuen „Musterentwurf für ein einheitliches Polizeigesetz“ überflüssig, denn das vorliegende BKAG ist dieses Muster.

### I. Anlass und Ziel der Novellierung des BKAG

Zum Ende der 18. Wahlperiode ist das Bundeskriminalamt (BKA) von einer umfassenden gesetzlichen Neuregelung betroffen worden. Das Gesetz zur Neugestaltung des Bundeskriminalamtsgesetzes (BKAG) vom 8.6.2017<sup>1</sup> wurde notwendig durch das Urteil des

Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 20.4.2016<sup>2</sup> sowie angestoßen durch die Ergebnisse des NSU-Untersuchungsausschusses im deutschen Bundestag<sup>3</sup> und hat mit seinem Art. 1 bereits äußerlich dem bislang von nachträglichen Einfügungen geprägten Flickenteppich von Regelungen zu einem geschlossenen Aussehen verholfen: trotz der nur eingeschränkten Gesetzgebungskompetenz liegt damit erstmals ein vollständiges Polizeigesetz des Bundes mit praktisch sämtlichen modernen polizeirechtlichen Befugnistypen vor.<sup>4</sup> Es dient außerdem der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates.<sup>5</sup>

Mit der Neufassung des BKAG hat der Gesetzgeber nach eigenem Bekunden drei Ziele verfolgt, nämlich erstens die Stärkung des Datenschutzes, zweitens die Harmonisierung zur Verbesserung des Informationsflusses zwischen den Polizeibehörden in Europa und drittens die Modernisierung des BKA als Zentralstelle, u.a. nach dem Vorbild Europol.<sup>6</sup> Das novellierte BKAG tritt im Wesentlichen am 25.5.2018 in Kraft.<sup>7</sup> Dabei waren zwei rechtliche Maßgaben und eine sachliche Grenze zu beachten: Rechtlich war der Umsetzungsspielraum zum einen beschränkt, weil das BVerfG in seinem Urteil vom 20.4.2016 hinsichtlich der mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärten Vorschriften<sup>8</sup> eine Fortgeltung bis zu einer Neuregelung, längstens jedoch bis zum 30.6.2018 angeordnet hatte.<sup>9</sup> Zum anderen ist bis Mai 2018 die Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung

\* Der Verfasser ist Richter am BVerfG a.D. und Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin.

<sup>1</sup> BGBl. I 2017 S. 1354

<sup>2</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 u. 1 BvR 1140/09, BVerfGE 141, 220.

<sup>3</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 76.

<sup>4</sup> A.a.O., S. 1.

<sup>5</sup> ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 89.

<sup>6</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 1.

<sup>7</sup> Art. 13 des Gesetzes zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtsgesetzes vom 8.6.2017, BGBl. I 2017, S. 1354.

<sup>8</sup> Vgl. Graulich, Anm. zu BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, KriPoZ 2016, 75.

<sup>9</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220, Rn. 355 ff.

von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr umzusetzen.

Sachlich wäre eine kürzere Frist angesichts des erheblichen Erfüllungsaufwandes von einigen hundert Millionen Euro und der notwendigen personellen Verstärkungen kaum realistisch gewesen. Die Umsetzung der Vorgaben aus dem Urteil des *BVerfG* zieht eine grundlegende Neustrukturierung der bestehenden IT-Architektur des BKA, insbesondere des polizeilichen Informationssystems INPOL, nach sich. Demzufolge muss der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung als zentrales Element des Urteils des *BVerfG* effektiv und effizient in der IT-Architektur umsetzbar sein. Die Bundesregierung geht dafür von einer insgesamt fünfjährigen Aufbauphase aus.<sup>10</sup> Mit der verfassungsgerichtlichen Zeitvorgabe wiederum koinzidiert die Möglichkeit der vollständigen Umsetzung der Empfehlung Nr. 7 des NSU-Untersuchungsausschusses für den Bereich der Polizei innerhalb des Informationssystems des BKA und des polizeilichen Informationsverbundes zwischen den Polizeien des Bundes und der Länder. Als Lehre aus der Aufdeckung der NSU-Mordserie im November 2011 hat der Deutsche Bundestag nämlich u.a. gefordert, dass die informationstechnischen Grundlagen für die notwendige Vernetzung aller an einer Ermittlung beteiligten Dienststellen jederzeit sofort verfügbar sein müssten. Die Interoperabilität der Datensysteme müsse zügig erreicht werden.<sup>11</sup>

## II. Inhalte der Novelle

### 1. Zu den Aufgaben

Die Aufgabenbeschreibung für das BKA ist vor allem<sup>12</sup> in den §§ 2 bis 8 BKAG enthalten.<sup>13</sup> Aus verfassungsrechtlichen Gründen kann dies nicht – wie in den Polizeigesetzen der Länder üblich – durch eine Generalklausel geschehen, denn die Zuständigkeit des Bundes im Polizeirecht ist auf die vom Grundgesetz zugestanden Materien begrenzt. Dies führt zum charakteristischen Aufbau des BKAG, wonach jeder Aufgabenbeschreibung auch ein besonderer Abschnitt mit Befugnissen zugeordnet ist.<sup>14</sup> Als legislativen Antrieb für die vorliegende Reform benennt der Bundesgesetzgeber nicht nur seine mit der Ausfüllung des Zentralstellenbegriffs verbundene Gesetzgebungs- und Einrichtungskompetenz, sondern mindestens gleichgewichtig den grundrechtlichen Gestaltungsauftrag durch das Urteil des *BVerfG*. Die Novelle hat also eine organisationsrechtliche und grundrechtliche Seite. Nachfolgend sollen die Änderungen betrachtet werden und nicht die bereits vorhanden Regelungen.

Die Zentralstellenfunktion des BKA ist verfassungsrechtlich vorgegeben<sup>15</sup> und wird als polizeiliche Aufgabe einfachgesetzlich in § 2 BKAG aufgenommen. Die Hauptziele der Gesetzesnovelle schlagen sich dort in mehreren Änderungen nieder. Die bestehende IT-Architektur des BKA, insbesondere das polizeiliche Informationssystem INPOL, ist nach Ansicht des Gesetzgebers für die Umsetzung der Vorgaben aus dem Urteil des *BVerfG* vom 20.4.2016 nicht ausgelegt und daher grundlegend neu zu strukturieren.<sup>16</sup> Dieser Reformbedarf setzt sich aus normativen, administrativen und operativen Teilen zusammen, die deshalb vom Gesetzgeber nur teilweise gestaltet werden können. Einen wesentlichen Aspekt der Modernisierungsbestrebung stellt die Bereitstellung eines einheitlichen Verbundsystems mit zentraler Datenhaltung im BKA dar, um die verfassungsrechtlichen Vorgaben auch für die anderen Polizeien des Bundes und die der Länder effektiv erfüllen zu können; dafür steht in § 2 Abs. 3 BKAG nunmehr, dass das BKA einen „einheitlichen polizeilichen Datenverbund“ erhält.

Die einzelnen normativen Anteile der Zentralstellenreform beschränken sich nicht auf § 2 BKAG, sondern sind im novellierten BKAG verteilt. Dies gilt insbesondere für die Kennzeichnungsregelung in § 14 BKAG, die elementare Voraussetzung für das vom *BVerfG* geforderte Kriterium der „hypothetischen Datenneuerhebung“ bei der Weiterverwendung von Daten nach § 12 BKAG ist. Der Datenbesitz und damit die Verantwortung für die Daten verbleibt weiterhin bei den entsprechenden Polizeien des Bundes und der Länder (§ 29 Abs. 5 S. 1 BKAG). Die Harmonisierung und Standardisierung der Informationsverarbeitung verlangt zukünftig eine Zentralstelle, die eine einheitliche Informationstechnik zur Verfügung stellt, Prozesse koordiniert und Diskussionsprozesse moderiert. Hierzu soll das BKA mit seiner bereits originär definierten Position als Zentralstelle ertüchtigt werden (§ 29 Abs. 1 S. 2 BKAG). Das Verbundsystem muss nach § 29 Abs. 2 S. 1 BKAG die Anforderungen von § 13 Abs. 2 BKAG erfüllen.

Durch eine textliche Erweiterung von § 3 Abs. 1 BKAG wird klargestellt, dass das BKA die nationale Stelle für Europol ist. Dies ist bislang lediglich in § 1 des Gesetzes zur Umsetzung des Beschlusses des Rates 2009/371/JI vom 6.4.2009 zur Errichtung des Europäischen Polizeiamts geregelt gewesen.

Bei der Kompetenz des BKA zur Strafverfolgung unternimmt der Gesetzgeber durch Änderungen von § 4 BKAG eine sinnvolle Angleichung an die bereits bestehende Kompetenz des GBA und bündelt somit die

<sup>10</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 3.

<sup>11</sup> BT-Drs. 17/14600, S. 862.

<sup>12</sup> Das Fluggastdatengesetz vom 6.6.2018, BGBl. I 2016, S. 1484, begründet in § 1 eine weitere Aufgabe als Fluggastdaten-Zentralstelle.

<sup>13</sup> § 2 Zentralstelle, § 3 Internationale Zusammenarbeit, § 4 Strafverfolgung, § 5 Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus, § 6 Schutz von Mitgliedern der Verfassungsorgane und der Leitung des Bundeskriminalamtes, § 7 Zeugenschutz, § 8 Sicherung des Bundeskriminalamtes, behördlicher Eigenschutz.

<sup>14</sup> Abschnitt 3 Zentralstelle, Abschnitt 4 Befugnisse im Rahmen der Strafverfolgung, Abschnitt 5 Befugnisse zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus, Abschnitt 6 Befugnisse zum Schutz von Mitgliedern der Verfassungsorgane und der Leitung des Bundeskriminalamtes, Abschnitt 7 Zeugenschutz, Abschnitt 8 Befugnisse zur Sicherung des Bundeskriminalamtes und zum behördlichen Eigenschutz.

<sup>15</sup> Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. a und Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG.

<sup>16</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 2.

Fähigkeiten des Bundes in einem bestimmten Bereich der Strafverfolgung. Durch die Einfügung der neuen Regelung in § 4 Abs. 1 Nr. 6 BKAG wird für das BKA eine originäre Ermittlungskompetenz im Bereich der Spionagebekämpfung und damit eng zusammenhängender Delikte geschaffen. Die Strafverfolgungszuständigkeit für die im zweiten Abschnitt des Strafgesetzbuchs geregelten Straftaten Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit (§§ 94 bis 100a StGB) liegt nicht bei den Staatsanwaltschaften der Länder, sondern gemäß § 142a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 120 Abs. 1 Nr. 3 GVG beim Generalbundesanwalt.<sup>17</sup> Durch eine leichte Umformulierung von § 5 Abs. 1 S. 2 BKAG<sup>18</sup> wird der Begriff „Gefahren des internationalen Terrorismus“ als Gefahren der Verwirklichung von Straftaten definiert. Darin liegt nicht nur eine Präzisierung, sondern auch eine signifikante Verschränkung der Schutzbereiche von Strafrecht und Gefahrenabwehrrecht.

Die Aufgabe des Schutzes der Bundesorgane bzw. Verfassungsorgane des Bundes teilen sich Bundespolizei (§ 5 BPolG) und BKA (§ 6 BKAG). Dabei ist die Aufgabe der Bundespolizei eher räumlich und diejenige des BKA eher persönlich ausgerichtet; Details werden im Einzelfall durch Absprachen geregelt.<sup>19</sup> Durch eine marginale Änderung in § 6 BKAG wird die Aufgabe des BKA für den Personenschutz auf den Schutz von Hilfsorganen des Deutschen Bundestages erweitert, sofern der Präsident des Deutschen Bundestages darum ersucht.

Während die Möglichkeiten strafprozessualen Zeugenschutzes durch das ZSHG bundeseinheitlich geregelt sind,<sup>20</sup> stützen sich die Maßnahmen des polizeilichen Zeugenschutzes grundsätzlich auf das Gefahrenabwehrrecht der Länder, insbesondere die Generalermächtigungen der Polizeigesetze. Nur das BKAG enthielt bis zum Erlass des ZSHG in § 6 BKAG a.F. eine besondere Aufgabenzuweisung für den Zeugenschutz zzgl. der Befugnisnorm in § 29 BKAG a.F.<sup>21</sup> Diese Kompetenz ist nunmehr leicht ausgebaut worden. Nach § 7 Abs. 1 BKAG wird die Zuständigkeit des BKA für Zeugenschutzmaßnahmen auf alle Bereiche erstreckt, in denen es nach § 4 Abs. 1 BKAG originär für die Strafverfolgung zuständig ist. Und nach dem neuen § 7 Abs. 3 S. 1 BKAG nimmt das BKA seine Aufgabe als Zentralstelle für die internationale Zusammenarbeit auch auf dem Gebiet des Zeugenschutzes wahr. In der Praxis häufen sich insbesondere aufgrund der vertieften europäischen Zusammenarbeit ausländische Ersuchen an das BKA, dort geschützte Personen aus Gefährdungsgründen nach Deutschland umzusiedeln, um den Schutz dieser Personen sicherzustellen.<sup>22</sup>

## 2. Zur Verarbeitung personenbezogener Daten im polizeilichen Verfahren

Das novellierte BKAG enthält in „Abschnitt 2 „Allgemeine Befugnisse zur Datenverarbeitung““ übergreifende Regelungen betreffend Datenerhebung, Weiterverarbeitung von Daten sowie die Datenübermittlung. Darin berücksichtigt es die Quintessenz der Maßgaben aus dem Urteil des *BVerfG* vom 20.4.2016. Das Herzstück sind die Vorschriften über die Zweckbindung sowie den Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung für besonders eingriffsintensive Maßnahmen (§ 12 BKAG), das Informationssystem des BKA zur Erfüllung der in den §§ 2 bis 8 BKAG genannten Aufgaben (§ 13 BKAG) und die Kennzeichnung von personenbezogenen Daten mit den notwendigen Zusatzinformationen für den Fall der Übermittlung (§ 14 BKAG).

### a) Der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung und die Datenkennzeichnung

Vor den datenschutzrechtlichen Neuregelungen im BKAG steht die verfassungsrechtliche Grundannahme, dass Anforderungen an die Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener personenbezogener Daten sich nach den Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung richten.<sup>23</sup> Das Zusammenwirken des Zweckbindungsgrundsatzes mit dem Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung im Falle der Zweckänderung wird im neuen § 12 BKAG als allgemeines Modell beschrieben, das bei jeder Verarbeitung personenbezogener Daten durch das BKA – unabhängig von der jeweiligen Eingriffsintensität der ursprünglichen Erhebungsmaßnahme – zu beachten ist.<sup>24</sup> Den zugrundeliegenden Erwägungen des *BVerfG* folgen die Regelungen im neuen BKAG eng wie sich an vier Normierungen zeigen lässt:

(1) Zunächst sind Inhalt und Wirkung der Zweckbindung zu ermitteln. Die Reichweite der Zweckbindung richtet sich nach der jeweiligen Ermächtigung für die Datenerhebung; die Datenerhebung bezieht ihren Zweck zunächst aus dem jeweiligen Ermittlungsverfahren. Der Gesetzgeber kann eine Datennutzung über das für die Datenerhebung maßgebende Verfahren hinaus im Rahmen der ursprünglichen Zwecke dieser Daten erlauben (weitere Nutzung). Dies setzt voraus, dass es sich um eine Verwendung der Daten durch dieselbe Behörde zur Wahrnehmung derselben Aufgabe und zum Schutz derselben Rechtsgüter handelt. Normiert wird der so verstandene Grundsatz der Zweckbindung in § 12 Abs. 1 S. 1 BKAG. Damit wird klar gestellt, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zur Erfüllung derselben Aufgabe und zum Schutz derselben Rechtsgüter oder zur Verfolgung

<sup>17</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 88.

<sup>18</sup> Vormals § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG.

<sup>19</sup> *Graulich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BPolG (2014), § 5 Rn. 1.

<sup>20</sup> Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetz (ZSHG) vom 11.12.2001 (BGBl. I, S. 3510), das durch Art. 2 Abs. 12 des Gesetzes vom 19.2.2007 (BGBl. I 2007, S. 122) geändert worden ist.

<sup>21</sup> *Graulich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BPolG, § 6 Rn. 4.

<sup>22</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 89.

<sup>23</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220, Rn. 276.

<sup>24</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 92.

oder Verhütung derselben Straftaten durch das Bundeskriminalamt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Zweckänderung unterliegt.<sup>25</sup>

(2) Allerdings kann der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des *BVerfG* darüber hinaus eine Nutzung der Daten auch zu anderen Zwecken als denen der ursprünglichen Datenerhebung erlauben (Zweckänderung).<sup>26</sup> Die Verhältnismäßigkeitsanforderungen für eine solche Zweckänderung orientieren sich am Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung. Danach muss die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dienen, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten. Diesen Zusammenhang normiert § 12 Abs. 2 BKAG.

(3) Mit dem Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung hat das *BVerfG* dem Gesetzgeber auch ein Mittel gegeben, an dem Problem der unterschiedlichen Eingriffsschwellen im Sicherheitsrecht vorbeizukommen. Als neu zu rechtfertigender Eingriff bedarf danach auch die Ermächtigung zu einer Nutzung für andere Zwecke eines eigenen, hinreichend spezifischen Anlasses. Verfassungsrechtlich geboten, aber regelmäßig auch ausreichend, ist insoweit, dass sich aus den Daten – sei es aus ihnen selbst, sei es in Verbindung mit weiteren Kenntnissen der Behörde – ein konkreter Ermittlungsansatz ergibt.<sup>27</sup> Damit hatte das *BVerfG* das Problem der unterschiedlichen Eingriffsschwellen bei Nachrichtendiensten, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung und ihre Auswirkungen im Falle der Weitergabe von Daten ausgeklammert: Nicht in jedem Fall identisch sind die Voraussetzungen einer Zweckänderung mit denen einer Datenerhebung hingegen hinsichtlich des erforderlichen Konkretisierungsgrades der Gefahrenlage oder des Tatverdachts. Die diesbezüglichen Anforderungen bestimmen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten primär den Anlass nur unmittelbar für die Datenerhebung selbst, nicht aber auch für die weitere Nutzung der erhobenen Daten.<sup>28</sup>

Die Abstrahierung von der Eingriffsschwellen-Thematik hat allerdings das *BVerfG* selbst in seinem Urteil bei besonders schweren Grundrechtseingriffen eingeschränkt. Für Daten aus Wohnraumüberwachungen oder einem Zugriff auf informationstechnische Systeme reicht der Blickwinkel der hypothetischen Datenneuerhebung nicht aus, vielmehr müssen zusätzlich für jede weitere Nutzung auch die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt sein.<sup>29</sup> Diese gesteigerten gesetzlichen Voraussetzungen beim Dateneingriff regelt § 12 Abs. 3 S. 1 BKAG. Danach muss für die Weiterverarbeitung von personenbezogenen Daten, die durch einen verdeckten

Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen oder technischer Mittel in informationstechnischen Systemen erlangt wurden, gilt § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b BKAG mit der Maßgabe entsprechend, dass im Einzelfall eine dringende Gefahr oder eine Gefahrenlage im Sinne des § 49 Abs. 1 S. 2 BKAG vorliegen.

(4) Verfassungsrechtlich beanstandet hatte das *BVerfG* außerdem, dass Daten aus optischen Wohnraumüberwachungen von einer Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden nicht ausgeschlossen wurden. Art. 13 Abs. 3 GG erlaubt für die Strafverfolgung nur den Einsatz der akustischen Wohnraumüberwachung. Dies dürfe durch eine Übermittlung von Daten aus einer präventiv angeordneten optischen Wohnraumüberwachung nicht unterlaufen werden.<sup>30</sup> Dem trägt § 12 Abs. 2 S. 2 BKAG nun durch eine entsprechende Einschränkung Rechnung.

Notwendig Voraussetzung für die praktische Umsetzung des Schutzkonzepts aus § 12 BKAG ist die Kennzeichnung der personenbezogenen Daten bei ihrer Erhebung (§ 14 BKAG). Die Grundregel dazu bestand zwar schon in der Vergangenheit jedenfalls verfassungsrechtlich, war aber nur rudimentär in § 9a Abs. 2, § 10 Abs. 4 S. 2, § 20v und § 33 BKAG normiert.<sup>31</sup> Nun hat das Urteil des *BVerfG* detaillierte Regeln für die Kennzeichnung unabweisbar gemacht, weil es sonst an der elementaren Voraussetzung für die Bestimmung des Erhebungszwecks und somit auch der Beurteilung der Zweckänderung bei der hypothetischen Datenneuerhebung fehlen würde.<sup>32</sup> § 14 Abs. 1 S. 1 BKAG sieht dementsprechend vor, dass personenbezogene Daten durch Angabe des Mittels der Erhebung der Daten einschließlich der Angabe, ob die Daten offen oder verdeckt erhoben wurden (Nr. 1), bei Personen, zu denen Grunddaten angelegt wurden, durch die Angabe der Kategorie nach §§ 18, 19 (Nr. 2), durch die Angabe der Rechtsgüter, deren Schutz die Erhebung dient oder Straftaten, deren Verfolgung oder Verhütung die Erhebung dient (Nr. 3), und durch die Angabe der Stelle, die sie erhoben hat, sofern nicht das BKA die Daten erhoben hat (Nr. 4), zu kennzeichnen sind. Diese umfassende Kennzeichnung, die nach § 29 BKAG auch für den Informationsverbund gilt, schafft die Voraussetzung für eine konsistente Anwendung des Grundsatzes der hypothetischen Datenneuerhebung.<sup>33</sup>

#### b) Das System von Datenverarbeitung und Datenschutz

Nach § 13 Abs. 1 BKAG betreibt das BKA ein Informationssystem zur Erfüllung der in den §§ 2 bis 8 BKAG genannten Aufgaben. Nach § 28 Abs. 1 BKAG stellt das BKA als Zentralstelle für den polizeilichen

<sup>25</sup> A.a.O., S. 92.

<sup>26</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220, Rn. 284.

<sup>27</sup> A.a.O., Rn. 287.

<sup>28</sup> A.a.O., Rn. 289.

<sup>29</sup> A.a.O., Rn. 279.

<sup>30</sup> A.a.O., Rn. 317.

<sup>31</sup> *Graulich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG (2014), § 7 Rn. 4 m.w.N.

<sup>32</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220, Rn. 285.

<sup>33</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 96.

Informationsverbund ein einheitliches Informationssystem zur Verfügung. Das BKA ist nach § 28 Abs. 3 BKAG selbst Teilnehmer am Informationsverbund. Nach § 13 Abs. 3 BKAG erfolgt die Teilnahme am polizeilichen Informationsverbund technisch mit dem Informationssystem. § 15 BKAG regelt ausgeklügelt die Zugriffsberechtigungen auf personenbezogene Daten und schützt sie dadurch verfahrenstechnisch.

Mit § 16 BKAG werden die bislang an verschiedenen Stellen im BKAG geregelten Befugnisse zur Datenweiterverarbeitung in einer zentralen Norm neu systematisiert. Danach ist das BKA berechtigt, Daten, die im Zusammenhang mit der Erfüllung einer bestimmten gesetzlichen Aufgabe anfallen, auch für die Erfüllung einer anderen Aufgabe zu nutzen. Nach § 13 Abs. 4 BKAG i.V.m. Abs. 1 BKAG ist das BKA verpflichtet, die im Rahmen seiner Aufgaben nach den §§ 3 bis 6 BKAG gewonnenen Informationen der Zentralstelle zu übermitteln. Als wichtigste Aussage zum Datenschutz wird man § 16 Abs. 1 S. 1 BKAG zu verstehen haben, wonach das BKA „personenbezogene Daten nach Maßgabe des § 12 BKAG im Informationssystem weiterverarbeiten kann“, d.h. unter Beachtung des Kriteriums der hypothetischen Datenerhebung. Die Vorschrift stellt klar, dass bei der Verarbeitung personenbezogener Daten stets der in § 12 BKAG geregelte Grundsatz der hypothetischen Datenerhebung beachtet werden muss. Durch Ergänzung des letzten Halbsatzes wird verdeutlicht, dass speziellere Weiterverarbeitungsbefugnisse der Norm vorgehen.<sup>34</sup>

Der neue § 17 BKAG entspricht weitestgehend dem bisherigen § 9a BKAG und regelt die gemeinsamen projektbezogenen Dateien; punktuelle Erweiterungen auszuwertender Deliktsbereiche sollen vor allem die Erkenntnisse aus dem nachrichtendienstlichen Bereich bei der Polizeiarbeit<sup>35</sup> besser nutzbar machen.<sup>36</sup>

### c) Datenübermittlung

Die Anforderungen an die weitere Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener Daten richten sich nach den Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung. Erlaubt der Gesetzgeber die Nutzung von Daten über den konkreten Anlass und rechtfertigenden Grund einer Datenerhebung hinaus, muss er hierfür eine eigene Rechtsgrundlage schaffen.<sup>37</sup> Dies ist bei Datenübermittlungen der Fall. Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die Verhältnismäßigkeitsanforderungen für eine darin liegende Zweckänderung orientieren sich – wie auch in anderen Fällen – am Grundsatz der hypothetischen Datenerhebung.<sup>38</sup>

Dementsprechend begründet – anstelle des seitherigen § 10 BKAG – nunmehr § 25 BKAG die Befugnis des BKA zur Datenübermittlung im innerstaatlichen Bereich, knüpft sie aber durch Verweis auf § 12 Abs. 2 bis 4 BKAG an das Kriterium der hypothetischen Datenerhebung. Entscheidend für eine Datenübermittlung an sonstige öffentliche Stellen ist demnach, dass neben konkreten Ermittlungsansätzen für die Aufdeckung von Straftaten oder Gefahren für Rechtsgüter zugleich auch Erkenntnisse zu einer Gefährdung von mindestens gleichwertigen Rechtsgütern vorliegen, die zur Erfüllung der Aufgabe der jeweiligen Behörde bedeutsam sein können.<sup>39</sup> Für die Datenübermittlung an die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, an den Bundesnachrichtendienst sowie an den Militärischen Abschirmdienst ist es notwendig, dass in Anwendung des Grundsatzes der hypothetischen Datenerhebung neben konkreten Ermittlungsansätzen für die Aufdeckung von Straftaten oder Gefahren für hochrangige Rechtsgüter zugleich auch konkrete Erkenntnisse zu einer Gefährdung hochrangiger Rechtsgüter erkennbar sind, die für die Lagebeurteilung nach Maßgabe der Aufgaben der jeweiligen Behörde bedeutsam sein können.<sup>40</sup>

Der neue § 26 BKAG regelt die Datenübermittlung an Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die im bisherigen § 14a BKAG geregelt war und stellt sie mit den Datenübermittlungen im Inland gleich. Durch den Verweis auf die Regelungen des § 25 BKAG gilt der in § 12 BKAG verankerte Grundsatz der hypothetischen Datenerhebung auch für die innereuropäische Datenübermittlung<sup>41</sup>. Der Regelfall von Übermittlungen nach § 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BKAG stellen Übermittlungen an Polizeibehörden oder sonstige für die Verhütung und Verfolgung von Straftaten zuständige öffentliche Stelle eines Mitgliedstaates der Europäischen Union dar. Als solche können insbesondere jene Stellen gelten, die von diesem Staat gemäß Art. 2 Buchst. a des Rahmenbeschlusses 2006/960/JI des Rates vom 18.12.2006<sup>42</sup> über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union<sup>43</sup> benannt wurden.

Die Übermittlung von personenbezogenen Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten stellt eine Zweckänderung dar. Sie ist insoweit nach den allgemeinen Grundsätzen jeweils an den Grundrechten zu messen, in die bei der Datenerhebung eingegriffen wurde.<sup>44</sup> Die Grenzen der inländischen Datenerhebung und -verarbeitung des GG dürfen durch einen Austausch zwischen den Sicherheitsbehörden nicht in ihrer Substanz unterlaufen werden. Der Gesetzgeber hat daher dafür Sorge zu tragen, dass dieser Grundrechtsschutz

<sup>34</sup> A.a.O., S. 97.

<sup>35</sup> *Graulich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 9a Rn. 3.

<sup>36</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 96 ff.

<sup>37</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220, Rn. 277.

<sup>38</sup> A.a.O., Rn. 287.

<sup>39</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 104.

<sup>40</sup> A.a.O., unter Hinw. auf *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220, Rn. 320.

<sup>41</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 105.

<sup>42</sup> *Graulich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 14a Rn. 10.

<sup>43</sup> ABl. L386 v. 29.12.2006, S.89, L75 v. 15.3.2007, S.26.

<sup>44</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220, Rn. 324.

nicht ausgehöhlt wird.<sup>45</sup> Zwingend auszuschließen ist zudem jedenfalls die Datenübermittlung an Staaten, wenn zu befürchten ist, dass elementare rechtsstaatliche Grundsätze verletzt werden.<sup>46</sup> Demnach muss ein hinreichend rechtsstaatlicher Umgang mit den Daten im Empfängerstaat zu erwarten sein. Zwar müssen im Zielstaat insbesondere nicht die formellen und institutionellen Sicherungen vorhanden sein. Geboten ist jedoch die Gewährleistung eines angemessenen materiellen datenschutzrechtlichen Niveaus für den Umgang mit den übermittelten Daten im Empfängerstaat.<sup>47</sup>

Diese Anforderungen werden von den §§ 27 und 28 BKAG umgesetzt, die an die Stelle der seitherigen §§ 14 und 27 BKAG getreten sind. Grundsätzlich ist die Einführung des Kriteriums der hypothetischen Datenübermittlung in § 27 Abs. 1 BKAG. Durch die in § 27 Abs. 6 BKAG vorgesehene entsprechende Geltung des § 75 Abs. 2 BDSG unterbleibt die Übermittlung, wenn im Einzelfall ein datenschutzrechtlich angemessener und die elementaren Menschenrechte wahrender Umgang mit den personenbezogenen Daten bei den Dienststellen der Stationierungstreitkräfte nicht hinreichend gesichert ist. Der neue § 27 Abs. 8 BKAG enthält eine Befugnis zur Datenübermittlung an zwischen- und überstaatliche Stellen, die nicht mit Aufgaben der Verhütung oder Verfolgung von Straftaten befasst sind. Diese Regelung vervollständigt die auf die Verarbeitung beim BKA anwendbare Befugnis aus § 81 BDSG, in eng umgrenzten Fällen für die Aufgabenerfüllung Daten an nicht für die Strafverfolgung zuständige Stellen in Drittstaaten zu übermitteln.<sup>48</sup>

Der neue § 28 Abs. 3 BKAG verpflichtet das BKA, für den polizeilichen Informationsaustausch und Rechtshilfeverkehr eine Aufstellung über die Einhaltung der elementaren rechtsstaatlichen Grundsätze und Menschenrechtsstandards sowie das Datenschutzniveau in den jeweiligen Drittstaaten zu erstellen.<sup>49</sup> Hierbei hat das BKA insbesondere die jeweiligen Erkenntnisse der Bundesregierung und die Angemessenheitsbeschlüsse der Europäischen Kommission gemäß Art. 36 der oben genannten Richtlinie zu berücksichtigen. Diese Aufstellung ist regelmäßig zu aktualisieren.<sup>50</sup>

### 3. Befugnisse zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus

Die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus als Aufgabe ist spät in das Pflichtenheft des BKA gelangt und dennoch kann der für die zugehörigen Befugnisse einschlägige Abschnitt 5 typologisch als der reichhaltigste Teil dieses Polizeigesetzes angesehen werden, der sämtliche derzeit bekannten Standardbefugnisse enthält. Davon seien einige in den Blick genommen.

#### a) Besondere Mittel der Datenerhebung

Nicht neu, aber infolge des Urteils des *BVerfG* vom 20.4.2016 vollständig überarbeitet worden ist die – vormals in § 20g BKAG<sup>51</sup> – enthaltene Vorschrift des § 45 BKAG über die besonderen Mittel der Datenerhebung. Eingriffsrechtlich handelt es sich um einen der Kernbereiche heimlicher polizeilicher Mittel, die das *BVerfG* zu seiner umfassenden Konzeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geführt hat. Die Neuregelung ist nicht nur vom Textumfang her, d.h. nach Absätzen und Zeichen fast zweimal so groß wie die Vorgängervorschrift. Sie hat auch die materiellen und formellen Eingriffsschwellen im Falle ihrer Anwendung deutlich erhöht.

Langfristige Observation (§ 45 Abs. 2 Nr. 1), das Abhören oder Aufzeichnen des außerhalb von Wohnungen nicht öffentlich gesprochenen Wortes (§ 45 Abs. 2 Nr. 2 lit. b), der langfristige Einsatz technischer Mittel für Observationszwecke (§ 45 Abs. 2 Nr. 3), der Einsatz von Vertrauensperson (§ 45 Abs. 2 Nr. 4) und der Einsatz von verdeckten Ermittlern (§ 45 Abs. 2 Nr. 5) bedürfen zukünftig der richterlichen Anordnung. Der Gesetzentwurf bezieht wegen der mit der langfristigen Observation vergleichbaren Eingriffsschwere auch die Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen von Personen, die sich außerhalb von Wohnungen befinden (§ 45 Abs. 2 Nr. 2 lit. a), ein, insoweit durchgehend länger als 24 Stunden oder an mehr als zwei Tagen Bildaufzeichnungen bestimmter Personen angefertigt werden sollen.<sup>52</sup>

#### b) Wohnraumüberwachung

Die besonderen Bestimmungen über den Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen ist von § 20h zu § 46 BKAG geworden und unter dem Einfluss des Urteils des *BVerfG* auf der Eingriffs- und Kontrollseite völlig neugestaltet worden. Die Beobachtung von Kontakt- und Begleitpersonen ist infolge des Verdikts des *BVerfG* bei Wohnraumüberwachungen als unverhältnismäßig erkannt worden, und die Angemessenheit solcher Überwachungsmaßnahmen wird nur dann als gewahrt angesehen, wenn sie sich von vornherein ausschließlich auf Gespräche der Gefahrenverantwortlichen beziehen (§ 46 Abs. 1 und 2 BKAG). Der neue § 46 Abs. 7 BKAG entspricht dem bisherigen § 20h Abs. 5 S. 6 bis 9 BKAG.<sup>53</sup> Durch die Einfügung von S. 1 wird bestimmt, dass die Aufzeichnungen aus Wohnraumüberwachungen unverzüglich dem anordnenden Gericht vorzulegen sind. Die Neufassung des S. 6 und die Einfügung der S. 7 und 8 dienen der Umsetzung des Urteils des *BVerfG* vom 20.4.2016 zur Aufbewahrungsfrist der Lösungsprotokolle zwecks effektiver Ausübung der Betroffenenrechte und einer

<sup>45</sup> A.a.O., Rn. 327.

<sup>46</sup> A.a.O., Rn. 328 unter Hinweis auf *BVerfG*, Ur. v. 24.6.2003 – 2 BvR 685/03, BVerfGE 108, 129 (136 f.); siehe auch *BVerfG*, Ur. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 62 m.w.N.

<sup>47</sup> *BVerfG*, Ur. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220, Rn. 333 und 335 unter Hinweis auf *EuGH*, Ur. v. 6.10.2015 – C-362/14.

<sup>48</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 107.

<sup>49</sup> *Ruthig*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 27 Rn. 16.

<sup>50</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 108.

<sup>51</sup> Vgl. *Schenke*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 20g Rn. 1 ff.

<sup>52</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 114.

<sup>53</sup> Vgl. *Schenke*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 20h Rn. 36 ff.

wirksamen Kontrolle durch die Bundesbeauftragte oder den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit.<sup>54</sup>

#### c) Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme

Eines der invasivsten Aufklärungsmittel ist der „Verdeckte Eingriff in informationstechnische Systeme“, früher in § 20k BKAG<sup>55</sup> und nunmehr in § 49 BKAG geregelt. Damit ist gesetzgebungsgeschichtlich die polizeirechtliche Regelung im BKAG der strafverfahrensrechtlichen in der StPO vorausgeeilt; dafür wird die neu eingeführte entsprechende Regelung des § 100b StPO aber auch gleich mit dem richtigen Namen bezeichnet, nämlich „Online-Durchsuchung“.<sup>56</sup> Als Online-Durchsuchung wird der verdeckte staatliche Zugriff auf fremde informationstechnische Systeme über Kommunikationsnetze mittels einer Überwachungssoftware bezeichnet. Das *BVerfG* hatte das Rechtsinstitut selbst unbeanstandet gelassen, aber an den Voraussetzungen und Verfahrensregeln Fehler festgestellt. Daraus wird u.a. in § 49 Abs. 1 BKAG die Konsequenz gezogen und die Gefahrenlage ausdrücklich umschrieben, die im Vorfeld einer konkreten Gefahr einen Eingriff in informationstechnische Systeme rechtfertigt. § 49 Abs. 7 BKAG setzt die vom *BVerfG* geforderte Voraussetzung<sup>57</sup> um, dass für die Sichtung von Informationen aus verdeckten Eingriffen in informationstechnischen Systemen eine unabhängige Stelle vorzusehen ist und eine Beschränkung auf Zweifelsfälle verfassungsrechtlich nicht möglich ist. Durch die Neuregelung wird sichergestellt, dass die Informationen aus verdeckten Eingriffen in informationstechnische Systeme unverzüglich dem anordnenden Gericht vorzulegen sind. Die Neufassung des letzten Satzes und die Einfügung eines weiteren Satzes dienen der Umsetzung des Urteils des *BVerfG* vom 20.4.2016 zur Aufbewahrungsfrist der Lösungsprotokolle zwecks effektiver Ausübung der Betroffenenrechte und einer wirksamen Kontrolle durch die Bundesbeauftragte oder den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit.<sup>58</sup>

#### d) Telekommunikationsüberwachung – auch an der Quelle

Die nunmehr in § 51 BKAG geregelte präventive Telekommunikationsüberwachung tritt an die Stelle von § 20l BKAG.<sup>59</sup> In § 51 Abs. 1 BKAG wird nun präziser umrissen, wann eine Gefahrenlage im Vorfeld ei-

ner konkreten Gefahr einen Eingriff in informationstechnische Systeme rechtfertigt. Die Befugnis umfasst auch weiterhin die sog. Quellen-TKÜ.<sup>60</sup> Bei der Quellen-Telekommunikationsüberwachung wird – wie bei der Online-Durchsuchung – ein fremdes informationstechnisches System infiltriert, um mit einer eigens für diesen Zweck entwickelten Überwachungssoftware die Kommunikation zwischen den Beteiligten überwachen und aufzeichnen zu können. Dies geschieht aus technischen Gründen, weil die Kommunikation nach dem geltenden Recht zwar im öffentlichen Telekommunikationsnetz ausgeleitet werden könnte, den Ermittlungsbehörden dann aber nur in verschlüsselter Form vorliegen würde. Die Entschlüsselung ist entweder extrem zeitaufwändig oder sogar gänzlich ausgeschlossen. Die Maßnahme ist nach der Rechtsprechung des *BVerfG* grundsätzlich zulässig.<sup>61</sup> Das Strafverfahrensrecht hat mit dem neu eingeführten § 100a StPO inzwischen mit dem Polizeirecht gleichgezogen.

#### e) Aufenthaltsverbot und Kontaktverbot

Durch die neu aufgenommene Vorschrift in § 56 BKAG erhält das BKA die Befugnis, zur Abwehr von Gefahren sowie zur Verhütung von Straftaten nach § 5 Abs. 1 S. 2 Personen zu untersagen, sich an bestimmten Orten aufzuhalten, bestimmte Orte zu verlassen (Aufenthaltsverbot) oder Kontakt mit bestimmten Personen zu haben (Kontaktverbot). Diese Verbote ergänzen den in § 54 BKAG geregelten „klassischen“ Platzverweis, der nur eine vorübergehende Entfernung einer Person von einem bestimmten Ort zum Ziel hat. Vergleichbare Regelungen finden sich in nahezu allen Landespolizeigesetzen sowie auch in § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 StGB.<sup>62</sup> Die Aufnahme der Vorschrift in den Instrumentenkasten des BKAG überrascht insoweit etwas, als das BKA im Unterschied zu den Polizeien der Länder und der Bundespolizei nicht ausgesprochen in der Fläche präsent ist, wo ggfs. die Befolgung solcher Maßnahmen allein zu kontrollieren ist.

#### f) Elektronische Aufenthaltsüberwachung

Die freiheitlichen Rechtsordnungen tragen schwer am Umgang mit terroristischen Gefährdern. Selbst nach einem verübten Anschlag gelingt es nicht ohne weiteres, den äußeren und inneren Weg eines Attentäters zum Ursprung seines Verhaltens zurückzuverfolgen und wenigstens zurückblickend rechtlich zu analysieren. Umso schwerer tun sich – im Vorhinein – die drei großen Sicherheitsbereiche mit dem Einsatz ihrer In-

<sup>54</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 117.

<sup>55</sup> Vgl. *Schenke*, in: *Schenke/Graulich/Ruthig*, BKAG, § 20k Rn. 1 ff.

<sup>56</sup> Die Regelungen der § 100a StPO über die Quellen-TKÜ und § 100b StPO über die Online-Durchsuchung wurden am 15.5.2017 in einer Spätphase des Gesetzgebungsverfahrens durch eine „Formulierungshilfe“ der Bundesregierung für einen Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, des Jugendgerichtsgesetzes, der Strafprozessordnung und weiterer Gesetze – Drucksache 18/11272 – eingefügt (Ausschussdrucksache 18(6)334). Diese Vorgehensweise hat berechtigte Kritik erfahren.

<sup>57</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 224.

<sup>58</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 118.

<sup>59</sup> Vgl. *Schenke*, in: *Schenke/Graulich/Ruthig*, BKAG, § 20l Rn. 1 ff.

<sup>60</sup> *Schenke*, in: *Schenke/Graulich/Ruthig*, BKAG, § 20l Rn. 26.

<sup>61</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 1 ff.

<sup>62</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 121.

strumente: Wann liegen für eine terroristische Gesinnung bei einem Menschen tatsächliche Anhaltspunkte vor (Nachrichtendienste), wann besteht eine konkrete Gefahr (Gefahrenabwehr), und wann besteht ein Anfangsverdacht (Strafverfolgung)? Durch den neu eingefügten § 56 BKAG zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung erhält das BKA im Rahmen seiner Aufgabe zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus die Befugnis, den Aufenthaltsort von Personen, von denen die Gefahr der Begehung einer terroristischen Straftat i.S.v. § 5 Abs. 1 S. 2 BKAG ausgeht, elektronisch zu überwachen. Dazu kann das BKA auf entsprechende richterliche Anordnung eine Person dazu verpflichten, ständig ein für die elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes geeignetes technisches Mittel („elektronische Fußfessel“) in betriebsbereitem Zustand am Körper bei sich zu führen.<sup>63</sup> Es handelt sich um einen weiteren Versuch, mit präventiv-polizeilichen Mitteln den Einsatz des Strafrechts hinauszuschieben. Denn im Falle des Misserfolgs des neuen Instruments werden die Bemühungen sich auf eine Ausweitung des präventiven Strafrechts richten. Dann wird der Richter voraussichtlich nicht mehr um seine Zustimmung zur Fußfessel, sondern zur Vorbeugehaft ersucht werden.

#### g) Schutz der Träger von Berufsgeheimnissen

Den Trägern von Berufsgeheimnissen kommt aus gutem Grund ein besonderer Schutz zu, weil an ihnen die Achtung der Rechtsgüter ihrer Patienten und Klienten hängt, sie aber auch selbst bei ihrer Tätigkeit nicht unverhältnismäßig von staatlichen Eingriffen betroffen werden dürfen. Das *BVerfG* hatte die Unterscheidung zwischen Strafverteidigern und den in anderen Mandatsverhältnissen tätigen Rechtsanwälten als Abgrenzungskriterium für einen unterschiedlichen Schutz als verfassungsrechtlich nicht tragfähig erachtet.<sup>64</sup> Der neue § 62 Abs. 1 S. 7 BKAG trägt diesem Umstand Rechnung und bezieht sämtliche Rechtsanwälte und Kammerrechtsbeistände in den Schutzbereich ein.

#### 4. Datenschutzaufsicht

Das Datenschutzrecht befindet sich, ausgelöst durch Richtlinien der Europäischen Union, im Umbruch. Abschnitt 9 des novellierten BKAG enthält Regelungen zum Datenschutz und zur Datensicherheit, welche die entsprechenden auf die Datenverarbeitung beim BKA anwendbaren Regelungen, die im zukünftigen BDSG enthalten sind, ergänzen, etwa um Besonderheiten der Struktur der Datenverarbeitung beim BKA und die verteilte datenschutzrechtliche Verantwortung im polizeilichen Informationsverbund abbilden zu können. Zentraler Standort der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 ist aber das BDSG.<sup>65</sup> Auswirkungen ergeben sich allerdings auch aus dem Urteil des *BVerfG* vom 20.4.2016. Zu den umfangreichen Neuregelungen, die hier nur ansatzweise behandelt werden

können, gehört § 69 Abs. 1 BKAG, der die Anforderungen aus dem vorgenannten Urteil des *BVerfG*<sup>66</sup> im Hinblick auf die aufsichtliche Kontrolle der Wahrnehmung der Verarbeitungsbefugnisse des BKA unternimmt. Es handelt sich insbesondere um die Übernahme von Anforderungen, die das Urteil an die Wirksamkeit der aufsichtlichen Kontrolle stellt. Die Regelung sieht dementsprechend vor, dass die oder der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Kontrollen im Hinblick auf die Verarbeitung bei Maßnahmen nach Abschnitt 5 BKAG, das sind Befugnisse zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus, nach § 34 BKAG (Einsatz technischer Mittel zur Eigensicherung), nach § 64 BKAG (besondere Mittel der Datenerhebung bei Nutzung der Befugnisse zum Schutz von Mitgliedern der Verfassungsorgane) und zu Datenübermittlungen an Drittstaaten auf der Grundlage des § 27 BKAG durchführt. Damit wird – organisationssoziologisch – eine Institutionenkonkurrenz um den Datenschutz bestärkt, deren Auswirkungen vor allem die öffentliche Diskussion befeuern wird. Abzuwarten bleibt, inwieweit auch der Individualrechtsschutz von den Ergebnissen profitieren wird, denn die Maßnahmen nach § 69 Abs. 2 BKAG schließen nicht die Löschung personenbezogener Daten ein und setzen außerdem voraus, dass ein erheblicher Verstoß in Rede stehen muss.

#### 5. Berichtspflicht gegenüber dem Deutschen Bundestag

In § 88 BKAG werden in Umsetzung der im Urteil des *BVerfG* vom 20.4.2016 enthaltenen Anforderungen turnusmäßige Berichtspflichten des BKA über die Wahrnehmung der in Abschnitt 5 (Befugnisse zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus) sowie in den §§ 34 und 64 BKAG enthaltenen Befugnisse eingeführt. Berichte des BKA gegenüber Parlament und Öffentlichkeit sind nach dem *BVerfG* erforderlich und müssen hinreichend gehaltvoll sein, um eine öffentliche Diskussion über Art und Ausmaß der auf diese Befugnisse gestützten Datenerhebung, einschließlich der Handhabung der Benachrichtigungspflichten und Löschungspflichten, zu ermöglichen und diese einer demokratischen Kontrolle und Überprüfung zu unterwerfen.<sup>67</sup>

### III. Annex: Ein Wechsel vom vertikalen zum horizontalen Datenschutzkonzept?

Wie bereits erwähnt handelt es sich bei der Novellierung des BKAG und seiner Implementierung um normative, administrative und operative Teile; dies drückt sich in dem immensen Kostenrahmen aus, den die Begründung des Entwurfs Regierungskoalitionen beschreibt, aber auch in der nur annähernd ersichtlichen Kombination von sächlichen und personellen Umsteuerungen in der Verarbeitung von Daten des BKA

<sup>63</sup> A.a.O., S. 122.

<sup>64</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 257.

<sup>65</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 129.

<sup>66</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 140f., 266, 340 und 354.

<sup>67</sup> A.a.O., Rn. 143.

selbst sowie solcher der von ihm verkörperten Zentralstelle. In diesem Zusammenhang hat der Text des Koalitionsentwurfs ein Verständnisproblem ausgelöst, von dem nicht klar ist, inwieweit es sich auf die Normebene auswirkt. An mehreren Stellen seiner Begründung ist von einem Wechsel des bisherigen „vertikalen Datenschutzbegriffs“ zu einem „horizontalen“ die Rede.<sup>68</sup> Diese Kategorien finden sich weder im Normtext selbst noch wird deutlich gemacht, in welchen Normen sich die Umsteuerung manifestiere. Erläuternd wird ausgeführt, bislang werde der Datenschutz in der IT-Architektur des BKA vertikal durch die Speicherung der Daten in vielen Dateien, welche den Aufgabenzuschnitt der jeweiligen Organisationseinheiten abbilden, umgesetzt. Dies führe dazu, dass die gleichen personenbezogenen Daten in vielen verschiedenen Dateien mehrfach gespeichert seien, wenn sie für das jeweilige Aufgabengebiet des betreffenden Fachreferats des BKA erforderlich seien.<sup>69</sup> Zur rechtlichen Begründung für den insinuierten Systemwechsel werden zwei gesonderte Anstöße miteinander verknüpft, deren Dynamik in Bezug auf den Datenschutz aber gegenläufig ist.

Zum ersten wird ausgeführt, das bisherige System zum Schutz der personenbezogenen Daten habe das *BVerfG* in seinem Urteil vom 20.4.2016<sup>70</sup> für verfassungsrechtlich nicht ausreichend erachtet und es durch ein horizontal wirkendes Datenschutzbegriff, welches durch den Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung bestimmt und geprägt sei, ersetzt. Es habe ausgeführt,<sup>71</sup> dass der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung dem Umstand Rechnung trage, „dass sich die Generierung von Wissen – nicht zuletzt auch, wenn es um das Verstehen terroristischer Strukturen gehe – nicht vollständig auf die Addition von je getrennten, nach Rechtskriterien formell ein- oder ausblendbaren Einzeldaten reduzieren lasse. In den dargelegten Grenzen erkenne das die Rechtsordnung an.“<sup>72</sup> Diese Erwägungen zeigen in die Richtung einer Verminderung des Datengebrauchs.

Allerdings befasst sich<sup>73</sup> die zitierte Stelle des Urteils des *BVerfG* allein mit der Verwendung von Spurensätzen durch die Daten erhebende Behörde und nicht mit Zweckänderungen und der hypothetischen Datenneuerhebung.<sup>74</sup> Die Ausführungen dazu beginnen im Urteil erst im späteren Text der Entscheidungsgründe.<sup>75</sup> Die vom Koalitionsentwurf bezogenen Ausführungen des *BVerfG*<sup>76</sup> können damit nicht – wie beabsichtigt – zur Fundierung des vorgeblich neuen Systems herangezogen werden.

Zum zweiten wird ausgeführt, ein horizontales Datenschutzbegriff, welches für den Zugriff auf Daten nicht auf die Zugehörigkeit zu einer Organisationseinheit abstelle, sondern sich auf die Bindung an die für die Datenerhebung maßgebliche Aufgabe und die Anforderungen des Rechtsgüterschutzes konzentriere,<sup>77</sup> biete schließlich die Möglichkeit der vollständigen Umsetzung der Empfehlung Nr. 7 für den Bereich der Polizei des NSU-Untersuchungsausschusses<sup>78</sup> innerhalb des Informationssystems des BKA und des polizeilichen Informationsverbundes zwischen den Polizeien des Bundes und der Länder.<sup>79</sup> Als Lehre aus der Aufdeckung der NSU-Mordserie im November 2011 habe der Deutsche Bundestag als Empfehlung in der o.g. Nr. 7 gefordert, die informationstechnischen Grundlagen für die notwendige Vernetzung aller an einer Ermittlung beteiligten Dienststellen müssten jederzeit sofort verfügbar sein. Der Koalitionsentwurf folgert daraus, in einem sich strikt an dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung orientierenden zukünftigen Informations- und Verbundsystem könnten insbesondere phänomenübergreifende Abfrage- und Recherchemöglichkeiten auf der Grundlage eines einheitlichen technischen Austauschstandards (XPolizei) geschaffen werden, um die Aussagekraft der Auswertergebnisse der polizeilichen Ermittlungsarbeit zu optimieren. Durch den Austausch von Personen-, Fall- und Sachdaten werde eine effektive Kriminalitätsbekämpfung durch die Polizeien des Bundes und der Länder sichergestellt (z.B. zur Aufklärung nicht nur länder-, sondern auch phänomenübergreifender Tat-/Täter- bzw. Tat-/Tat-Zusammenhänge).<sup>80</sup> Diese Erwägungen zeigen eher in die Richtung eines umfangreicheren Datengebrauchs.

Es fällt nicht leicht, sich ein Datenschutzbegriff vorzustellen, welches gleichzeitig den beiden gegenläufigen Zielen entweder einer Einschränkung oder einer Ausweitung des Gebrauchs personenbezogener Daten dienen könnte. Woraus besteht also das sog. horizontale Datenschutzbegriff und was ist sein normativer Kern im novellierten BKAG?

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Koalitionsentwurf genau diesen Punkt aufgegriffen und zur Prüfungsbitte zugespitzt, ob das „horizontal wirkende Datenschutzbegriff“ die Vorgaben des *BVerfG* in ausreichender Weise umsetzt und die Neustrukturierung des Datenverbunds beziehungsweise der IT-Architektur den verfassungsrechtlichen Anforderungen hinreichend gerecht werde. Die Prüfungsbitte bezog sich auch auf die Neustrukturierung der IT-Architektur einschließlich der Schaffung eines Datenver-

<sup>68</sup> z.B. BT-Drs. 18/11163, S. 75 u. 98.

<sup>69</sup> A.a.O., S. 75.

<sup>70</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, BVerfGE 141, 220.

<sup>71</sup> A.a.o., Rn. 281.

<sup>72</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 75.

<sup>73</sup> Worauf der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zutreffend hinweist (BT-Drs. 18/11658, S. 1).

<sup>74</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 281 sowie auch Rn. 280.

<sup>75</sup> A.a.O., ab Rn. 284 bzw. Rn. 287.

<sup>76</sup> A.a.O., Rn. 281.

<sup>77</sup> Aus dem Zusammenhang heraus ist damit wohl der Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung gemeint.

<sup>78</sup> 2. Untersuchungsausschusses nach Art. 4 GG – BT-Drs. 17/14600, S. 862.

<sup>79</sup> BT-Drs. 18/11163, S. 76.

<sup>80</sup> A.a.O., S. 76.

bundsystems, in welchem die Dateien in einer Zentrale zusammengeführt werden sollen.<sup>81</sup> Die Bundesregierung hat zugesagt, der Prüfbitte im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu entsprechen.<sup>82</sup> Diese Spur verliert sich. Möglicherweise hat sich der Begründungsteil des Entwurfs mit dem wiederholten Gebrauch der Begriffe „vertikales Datenschutzkonzept“

und „horizontales Datenschutzkonzept“ aber auch nur etwas zu weit exponiert und reduziert sich Angelegenheit schlicht auf die Einstellung des zentralen Kriteriums der hypothetischen Datenneuerhebung in den Gesetzestext. Es wäre hilfreich gewesen, wenn die aufgeworfenen Zweifel im Gesetzgebungsverfahren tatsächlich ausgeräumt worden wären.

---

<sup>81</sup> A.a.O., S. 1.

<sup>82</sup> A.a.O., S. 10.

## Die Markierung von Personen mit „künstlicher DNA“ im Strafverfahren Über Maßnahmen mit der Gefahr von überschießenden Eingriffswirkungen

von Prof. Dr. Fredrik Roggan\*

### Abstract

Beim Einsatz von Markierungssystemen kann es sich um eine nach § 100h StPO zulässige Maßnahme im Zusammenhang mit der Observation von Straftatverdächtigen handeln. Jedoch erlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besondere Bedeutung, wenn die Maßnahme nicht nur punktuell und auf Einzelpersonen bezogen durchgeführt werden soll. Überdies begründet er konkrete Kautelen für die Durchführung im Einzelfall und verbietet bestimmte, insbesondere massenhafte Einsätze („kDNA-Duschen“) vollständig. Unzulässig ist der Einsatz eines kDNA-Markierungssystems, wenn bzw. solange keine kurzfristige Möglichkeit zur Entfernung der Markierung nach dem Ende einer Observationsmaßnahme besteht.

### I. Einleitung

Im Nachklang zu den schweren Ausschreitungen am Rande des G20-Gipfeltreffens in Hamburg im Jahr 2017 wurde polizeilicherseits erwogen, dass man „über eine Art Markierung mit künstlicher DNA (im Folgenden: kDNA) nachdenken“ könne. Gewalttäter könnten mit farbloser Flüssigkeit besprüht werden, um sie später in anderer Kleidung, an anderer Stelle für die Polizei identifizierbar zu machen.<sup>1</sup> Tatsächlich handelt es sich bei einem solchen Einsatz nur um eine der denkbaren Verwendungsmöglichkeiten von kDNA-basierten Markierungssystemen. In der Vergangenheit machte die Methode vor allem im Zusammenhang mit der Präparierung von Gegenständen zum Zwecke der Diebstahlsprävention von sich Reden.<sup>2</sup> Die hiermit im Zusammenhang stehenden Rechtsfragen sollen im Folgenden ausgeblendet werden.

Bei der kDNA handelt es sich um synthetisch hergestellte Oligonukleotide, aus denen im Labor ein Code aufgebaut wird. Diese Bausteine sind identisch mit einer biologischen DNA und damit statistisch betrachtet einzigartig. Diese kDNA wird einem Trägerstoff zusammen mit winzigen Kunststoffplättchen („Mikrodots“) beigemischt. Zusatzstoffe lassen die Substanz mittels UV-Licht

(„Schwarzlicht“) sichtbar werden.<sup>3</sup> Dieser Markierungsstoff lässt sich dann beispielsweise als Gel auf Gegenstände oder als Spray auf Haut oder Kleidung von Menschen auftragen. Im letzteren Fall soll die Substanz bis zu sechs Wochen an dem Betroffenen bzw. seiner Bekleidung haften.<sup>4</sup> Im Zusammenhang mit den eingangs erwähnten Konstellationen wären einzelnen Personen oder auch Personengruppen deren Aufenthalt am örtlichen Bereich der Markierung (allerdings nur unter bestimmten Bedingungen, dazu unten unter II.5.) zuzuordnen.

Es bedarf keiner näheren Begründung, dass es sich bei einer solchen – auch heimlichen – Markierung von Personen zum Zwecke nachfolgender Lokalisierung um einen Eingriff in deren Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung handelt, woraus sich das Erfordernis einer bereichsspezifischen und normenklaren Ermächtigungsgrundlage ohne weiteres ergibt.<sup>5</sup>

### II. Zur Rechtsgrundlage und ihren Voraussetzungen

Erörterungen zur in Betracht kommenden Rechtsgrundlage für einen solchen Einsatz finden sich bislang allenfalls rudimentär. Die einschlägigen Kommentierungen unterscheiden sich – zumeist ohne nähere Begründung – im Falle eines Einsatzes von Markierungssystemen, wenn sie mit technischem Gerät lokalisiert werden können, dadurch, dass entweder die Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161, 163 StPO<sup>6</sup> oder aber § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO<sup>7</sup> für einschlägig gehalten werden. Dabei bleibt jeweils unklar, bei welcher Gelegenheit und sonstigen, näheren Umständen eine Markierung erfolgen darf. Mitunter wird in diesem Zusammenhang ausschließlich die Markierung von Gegenständen thematisiert.<sup>8</sup> Das übrige Schrifttum verhält sich zur Zulässigkeit dieser Maßnahme gegenüber Menschen – soweit ersichtlich – bislang überhaupt nicht. Allererste Voraussetzung ist selbstverständlich, dass in einem Einsatzszenario wie dem eingangs geschilderten überhaupt eine strafprozessuale Befugnis anwendbar ist.

\* Der Verfasser lehrt Strafrecht an der Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg.

<sup>1</sup> [www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-07/g20-krawalle-olaf-scholz-ralf-martin-meyer-polizeitaktik/seite-2](http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-07/g20-krawalle-olaf-scholz-ralf-martin-meyer-polizeitaktik/seite-2) (zuletzt abgerufen am 21.8.2017)

<sup>2</sup> Näher Wiese, ZRP 2012, 18 ff.; Oldag, Der Kriminalist 4/2015, 24 ff.

<sup>3</sup> Oldag, Der Kriminalist 4/2015, 24.

<sup>4</sup> Wiese, ZRP 2012, 18.

<sup>5</sup> BVerfGE 65, 1 (41 ff.); vgl. auch Schwabenbauer, Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 136 ff.

<sup>6</sup> Bruns, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 100h Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. (2017), § 100h Rn. 2; Gercke, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 100h Rn. 4; Hegmann, in: BeckOK-StPO, 27. Edition (2017), § 100h Rn. 7.

<sup>7</sup> Eschelbach, in: SSW-StPO, 2. Aufl. (2016), § 100h Rn. 7; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. (2015), Rn. 2514; Wolter/Greco, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), § 100h Rn. 12; vgl. auch unten 5.a).

<sup>8</sup> Günther, in: MüKo-StPO (2014), § 100h Rn. 7.

### 1. Zum strafprozessualen Charakter der kDNA-Markierung

Im Ansatz kommen für die rechtliche Bewältigung der genannten Konstellationen sowohl eine polizeirechtliche (vgl. etwa § 10 Abs. 1 S. 2 HambPolDVG) wie auch eine strafprozessuale Ermächtigungsgrundlage in Betracht. Für einen präventiv-polizeilichen Charakter der kDNA-Markierung der eingangs erwähnten Gewalttäter könnte im Falle eines erkennbaren Einsatzes von entsprechenden Sprühpistolen oder -gewehren eine abschreckende Wirkung sprechen: Durch das Wissen um die Markierung durch die Polizei könnten sich Gewalttäter von weiteren Taten wegen eines erhöhten Entdeckungsrisikos abhalten lassen. Regelmäßig wird in solchen Fällen aber zugleich auch eine Straftat zumindest versucht worden sein, so dass ebenso regelmäßig von einem doppelunktionalen Charakter der Maßnahme auszugehen sein wird.

In solchen Konstellationen, in denen ein strafprozessualer Anfangsverdacht besteht und die Gefahrenabwehr nicht unzweifelhaft im Vordergrund steht, ist nach hier vertretener Ansicht auf das repressive Eingriffsinstrumentarium zurückzugreifen. Lediglich situationsbedingt kann im Einzelfall die Gefahrenabwehr (wieder) in den Vordergrund treten. Das kommt namentlich dann in Betracht, wenn der Schutz von hochrangigen Rechtsgütern vor gegenwärtigen Gefahren zu besorgen ist. Andersherum schließt also ein strafprozessualer Anfangsverdacht einen präventiven Schwerpunkt keineswegs grundsätzlich aus. Vielmehr kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall durchaus verlangen, dass der gewichtige Belang einer wirksamen Strafrechtspflege (vorübergehend oder gar endgültig) zurückzustehen hat. In allen anderen Zweifelskonstellationen ist das strafprozessuale Regelungsregime einschlägig.<sup>9</sup> Damit gerät in den eingangs angeführten Situationen zuvorderst § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO in den Blick.

### 2. Beschränkung auf Straftaten von erheblicher Bedeutung

§ 100h Abs. 1 S. 2 StPO gestattet den Einsatz von technischen Observationsmitteln lediglich in Fällen von Straftaten von erheblicher Bedeutung. Was diesen Begriff angeht, so ist auf das gängige, auch vom BVerfG akzeptierte<sup>10</sup> – wenngleich nicht unumstrittene – Verständnis<sup>11</sup> zurückzugreifen, wonach es sich um solche Taten handeln muss, die mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen sind, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung empfindlich zu beeinträchtigen. Trotz der Leerformelhaftigkeit dieser Begrifflichkeit darf als gesichert gelten, dass jedenfalls Bagatelldelikte nicht als solche in Betracht kommen. Andererseits können auch Vergehen eine Straftat von erheblicher Bedeutung darstellen,

wenngleich diesbezüglich einschränkend und richtigerweise eine Straffrahmenobergrenze von drei Jahren gefordert wird.<sup>12</sup> Dahinter steht der Gedanke, dass jedenfalls die schweren und schwersten denkbaren Fälle solcher Straftatbestände mittelschweren Charakter besitzen.

Soweit die hier interessierenden Maßnahmen bei den eingangs geschilderten Ausschreitungen (auch am Rande eines Versammlungsgeschehens) in Erwägung gezogen werden, so ließen sich diese Voraussetzung ohne weiteres bei – insbesondere schweren – Landfriedensbrüchen (§§ 125, 125a StGB), Körperverletzungsdelikten (§§ 223 ff. StGB) etc. bejahen. Nicht in Betracht können diese dagegen bei versammlungsrechtlichen Straftatbeständen der §§ 22 ff. VersG kommen, wozu beispielsweise Verstöße gegen das Verbot des Tragens von Waffen oder das Vermummungsverbot (§ 27 VersG) zählen.

### 3. Insbesondere: kDNA als technisches (Observations)Mittel

Der Einsatz von „technischen Mitteln“ wird in der Strafprozessordnung in zahlreichen Ermittlungsbefugnissen als Datenerhebungsmethode genannt und reicht von der Verwendung eines Richtmikrofons oder der „Wanze“ in § 100c Abs. 1 StPO über Drohnen zur Herstellung von Bildaufnahmen oder im Zusammenhang mit bildgebenden Messverfahren im Rahmen der Verkehrsüberwachung nach § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO (auch insoweit werden technische Mittel eingesetzt<sup>13</sup>) bis hin – neuerdings – zur Infiltration von IT-Systemen mittels Überwachungssoftware („Staatstrojaner“) in den §§ 100a Abs. 1 S. 2 und 100b Abs. 1 StPO. Dies zeigt, dass es sich hierbei um einen weitestgehend offenen Begriff handelt, der überdies auch noch kriminaltechnischen Neuerungen zugänglich ist.<sup>14</sup> Gleichwohl verdient die Frage Aufmerksamkeit, ob es sich auch beim Aufbringen einer bestimmten Substanz – erstens – um den Einsatz eines solchen Mittels handelt, das als *technisch* anzusehen ist und – zweitens – es sich überhaupt um ein *Observationsmittel* handelt, das zum nämlichen Zweck eingesetzt wird.

#### a) Zum technischen Charakter des Mittels

Es mag im Ansatz bezweifelt werden, ob es sich bei einer mit kDNA versetzten Substanz überhaupt um ein Mittel handelt, das eine technische Eigenschaft besitzt. Das ist deswegen nicht abwegig, weil sie isoliert betrachtet nicht mehr „kann“, als unter Verwendung bestimmter UV-Licht-Quellen („UV-Taschenlampen“<sup>15</sup>) erfasst und bei einem anschließenden Abgleich mit einem Vergleichsmuster identifiziert werden zu können. Damit unterscheidet sich die Substanz beispielsweise von einem Peilsender oder anderer Ortungstechnologie (GPS-Systeme o.ä.).

<sup>9</sup> Vgl. ausf. dazu – auch zu Gegenpositionen – Roggan, Die Polizei 2008, 112 (113 ff.).

<sup>10</sup> BVerfGE 112, 304 (316) – GPS-Einsatz.

<sup>11</sup> Vgl. Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 14; Günther, in: MüKo-StPO, § 100g Rn. 24; Wolter/Greco, in: SK-StPO, § 100g Rn. 21, jew. m.w.N.

<sup>12</sup> Günther, in: MüKo-StPO, § 100g Rn. 25; a.A. Meyer-Goßner/Schmitt, § 98a Rn. 5.

<sup>13</sup> Vgl. nur Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 2.

<sup>14</sup> BVerfGE 112, 304 (316); vgl. auch Bode, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2012, S. 406.

<sup>15</sup> Oldag, Der Kriminalist 4/2015, 24 (26).

Indessen ist dieser Verneinung einer Technikeigenschaft schon deswegen entgegenzutreten, weil das hier interessierende Attribut keine „aktiven“ Eigenschaften eines Mittels verlangt, sondern vielmehr von seiner Wortbedeutung lediglich darauf hindeutet, dass ein Bezug zu „Maßnahmen, Einrichtungen und Verfahren (bestehen muss), die dazu dienen, die Erkenntnisse der Naturwissenschaften für den Menschen praktisch nutzbar zu machen“.<sup>16</sup> Deshalb lässt sich generell keine Eingrenzung von einzusetzenden Mitteln auf solche vornehmen, die beispielsweise *aktiv* Signale aussenden, wenngleich dies auf die meisten Fälle der Maßnahmen nach § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO zutreffen mag.<sup>17</sup>

Dass hier tatsächlich der Einsatz von technischen Mitteln in Rede steht, wird durch die Betrachtung der „Gesamtmaßnahme“ bestätigt: Wird die kDNA-versetzte Substanz nämlich mittels Sprühpistolen etc. in Kontakt mit Personen gebracht, so wird damit eine „Mehrteiligkeit“ des Mittels deutlich. Deshalb erscheint auch die Qualifizierung als Markierungssystem, das aus mehreren Komponenten besteht, sachgerecht. Dessen Einsetzbarkeit ließe sich an § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO messen, wenn auch eine Bestimmung zu Observationszwecken zu bejahen wäre.

#### b) Zum Einsatz als Observationsmittel

Auch was den Einsatz der auf eine Zielperson aufgetragenen kDNA-Substanz als Observationsmittel angeht, könnten im Ansatz Zweifel bestehen, weil dem eingangs geschilderten Szenario nach der Maßnahmezweck lediglich darin bestünde, dieses Individuum zu einem späteren Zeitpunkt an einem anderen als dem Ort der Markierung wieder erkennen zu können und demnach polizeilicherseits überhaupt kein Interesse an einem zumindest nicht ganz kurzzeitigen, aber kontinuierlichen Verfolgen („Beschatten“<sup>18</sup>) vorläge bzw. vorliegen müsste. Dann fehlte es an einem im Übrigen eine Observation charakterisierenden, planmäßigen und grundsätzlich verdeckten Beobachten im Sinne eines „Im-Auge-Behaltens“ der Zielperson.<sup>19</sup>

Demgegenüber handelt es sich auch in der eingangs beschriebenen Konstellation um eine observierende Maßnahme der Strafverfolgung. In Betracht zu nehmen ist zunächst die generelle Einsetzbarkeit des Mittels: Eine entsprechend markierte Person kann durchaus erleichtert (auch verdeckt) verfolgt und von anderen Personen unterschieden werden. Namentlich bei Dunkelheit wird etwa ermöglicht, dass eine verdächtige Person selbst über eine größere Distanz und unter Einsatz entsprechend starker UV-Licht-Quellen visuell erkannt und gezielt (auch unbemerkt) beobachtet werden kann. Das in Rede stehende Mittel ist also als Observationsmittel, durchaus auch im

Zusammenhang mit einer längerfristigen Observation (§ 163f StPO) einsetzbar. Lediglich auf eine solche Einsetzbarkeit kommt es für die Einschlägigkeit von § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO an, denn der Wortlaut der Regelung verlangt zwar nicht ausdrücklich, dass das technische Mittel ausschließlich im Zuge einer Observation eingesetzt werden darf. Vielmehr nennt sie als Maßnahmezweck nur die Erforschung des Sachverhalts oder – hier besonders interessierend – die Ermittlung des Aufenthaltsorts eines Beschuldigten. Aus dem Umstand des Einsatzes technischer Observationsmittel kann jedoch offenbar auf einen Observationszweck geschlossen werden.<sup>20</sup> Das ist deswegen nicht zu beanstanden, weil der Begriff der Observation weder eine zeitliche Mindestdauer noch eine Durchgängigkeit im Sinne einer Ununterbrochenheit kennt (vgl. § 163f Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO für längerfristige Maßnahmen) und ihm insoweit eine gewisse Beliebigkeit eigen ist. Dies bedeutet u.a., dass beispielsweise auch Verkehrsteilnehmer im Rahmen der von der inzwischen herrschenden – den *Verf.* nach wie vor nicht überzeugenden<sup>21</sup> – Meinung akzeptierten Zulässigkeit von massenhaften Verkehrsüberwachungsmaßnahmen auf der Basis der hier interessierenden Vorschrift polizeilicherseits (etwa durch ein „Blitzerfoto“) *observiert* werden (sollen).<sup>22</sup>

Zusammengefasst: Weil die Strafprozessordnung den Begriff der Observation nicht über die Wendung der „planmäßig angelegte(n) Beobachtung“ (§ 163f Abs. 1 S. 1 StPO) hinaus definiert und damit praktisch jedes nicht unabsichtliche Erfassen von Beschuldigten in der Öffentlichkeit durch polizeiliche Ermittler erfasst, kann auch der Begriff des Observationsmittels in technisch-methodischer Hinsicht nicht stärker konkretisiert werden. Als technisches Observationsmittel im Sinne des § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO lässt sich – nach herrschender Meinung (s.o.) – ein am Straßenrand postiertes Gerät zur Dokumentation von Verkehrsordnungswidrigkeiten ebenso einordnen wie ein Markierungssystem, das alleine zum Zwecke der späteren Wiedererkennung eines Beschuldigten an anderem Ort eingesetzt wird.

#### 4. Betroffene der Maßnahme

Ein technisches Observationsmittel darf grundsätzlich nur bei Beschuldigten und unter einfachen, freilich weitgehend leerlaufenden Subsidiaritätsbedingungen<sup>23</sup> eingesetzt werden (§ 100h Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 S. 1 StPO). Nur ausnahmsweise können entsprechende Maßnahmen unter qualifizierten Subsidiaritätsbedingungen auch gegen Kontaktpersonen des Beschuldigten gerichtet werden (§ 100h Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO). Darüber hinaus besteht die Möglichkeit einer unvermeidbaren Mitbetroffenheit von Dritten (§ 100h Abs. 3 StPO), wie sie auch von anderen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen her bekannt ist

<sup>16</sup> Vgl. nur Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl. (2015), Stichwort „Technik“.

<sup>17</sup> Hauck, in: LR-StPO, § 100h Rn. 7.

<sup>18</sup> BGHSt 44, 13 (15).

<sup>19</sup> Näher Lensch, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, 2. Aufl. (2010), Stichwort „Observation“.

<sup>20</sup> Wolter/Greco, in: SK-StPO, § 100h Rn. 4; Hauck, in: LR-StPO, § 100h Rn. 2; Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 1; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 1.

<sup>21</sup> Roggan, NJW 2010, 1042 ff.

<sup>22</sup> BVerfG, NJW 2010, 2717 f.; näher auch Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 8; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 1, jew. m.w.N.; Bruns, in: KK-StPO, § 100h Rn. 4; a.A. Wolter/Greco, in: SK-StPO, § 100h Rn. 6a.

<sup>23</sup> Hauck, in: LR-StPO, § 100h Rn. 15; Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 16; Meyer-Goßner/Schmitt, § 100h Rn. 4; ähnl. Günther, in: MüKo-StPO, § 100h Rn. 19 („wenn [...] zweckmäßig“).

(etwa §§ 100b Abs. 3 S. 3, 100c Abs. 3 S. 3, 100f Abs. 3 StPO).

#### a) Einsatz von Markierungssystemen gegen Beschuldigte

Keiner näheren Betrachtung bedarf der Umstand, dass eine Maßnahme gegen einen Beschuldigten die Bestimmung einer Zielperson als solchen voraussetzt. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist dafür eine ausdrückliche Bezeichnung nicht nötig, doch muss ein Strafverfolgungsorgan eine Maßnahme getroffen haben, die erkennbar darauf abzielt, wegen einer möglichen Straftat gegen diese Person vorzugehen.<sup>24</sup> Die Observation einer Person (und sei diese auch nur von kurzer Dauer) stellt eine solche Maßnahme dar und erfährt eine Manifestation, wenn auch noch ein technisches Mittel wie das hier interessierende Markierungssystem zu entsprechenden Zwecken eingesetzt wird.

Unproblematisch erlangt eine Einzelperson den Beschuldigtenstatus, wenn ausschließlich diese markiert wird. Jedenfalls im Ansatz ebenso unzweifelhaft kann auch die zeitgleiche Markierung einer Personengruppe eine entsprechende Wirkung haben, was freilich nur dann gelten kann, wenn ein strafverfolgerisches Vorgehen gegen sämtliche Einzelpersonen intendiert ist. Problematisch dagegen ist der Einsatz des Observationsmittels, wenn sich – selbst unter Berücksichtigung eines Beurteilungsspielraums<sup>25</sup> – ein Tatverdacht nur gegen eine Teilmenge der in Betracht kommenden Personengruppe begründen lässt und Unverdächtige mehr oder weniger zwangsläufig (mit-)markiert würden. Nicht etwa kann die Maßnahme dann einen (fiktiven) Beschuldigtenstatus von sämtlichen Betroffenen mitsamt den daraus resultierenden Folgen begründen. Vielmehr kann eine solche nur dann gerechtfertigt werden, wenn der Einsatz des Markierungssystems auch gegenüber Nichtbeschuldigten zulässig wäre.

#### b) Einsatz von Markierungssystemen gegen Nichtbeschuldigte

Bei der (Mit-)Markierung von Nichtbeschuldigten kann es sich um eine absichtsvolle wie auch eine unvermeidbare Inanspruchnahme Dritter handeln. Während letztere ohne nähere Begründung ein Fall des § 100h Abs. 3 StPO wäre, wonach der Einsatz von technischen Observationsmitteln auch zulässig ist, wenn Dritte unvermeidbar mitbetroffen werden, handelte es sich im ersteren um eine gesondert begründungsbedürftige Maßnahme, die – wenn überhaupt, dazu im Folgenden – ausschließlich unter qualifizierten Subsidiaritätsbedingungen (s.o.), nämlich (wenn auch nur unwesentlich<sup>26</sup>) engeren Bedingungen zulässig wäre. Wird ein solches Vorgehen durch Strafverfolgungsorgane in Erwägung gezogen, so kann die Entscheidung, auf welcher Rechtsgrundlage die Markierung von Unverdächtigen erfolgen soll, selbstverständlich nicht willkürlich, sondern nur mit Blick auf den Einzelfall und vor dem

Ergreifen der Maßnahme getroffen werden.

Es ist jedenfalls im Ansatz nicht abwegig, die gezielte Markierung auch von Nichtbeschuldigten als ermittlungstechnisch sinnvolle Maßnahme zu betrachten, etwa, um sie zu einem späteren Zeitpunkt als Zeugen eines Geschehens am Ort der Markierung befragen zu können. Diese Option scheidet jedoch aus, weil sie damit noch nicht, wie von § 100h Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO verlangt, „in Verbindung“ mit Beschuldigten stehen oder eine solche Verbindung herstellen werden und damit als deren Kontaktpersonen anzusehen wären. Nicht von vornherein unzulässig (praktisch wenig wahrscheinlich) wäre die Maßnahme gegenüber Nichtbeschuldigten jedoch, wenn sich neben einer Kontaktpersonen-Eigenschaft auch die anderweitigen Voraussetzungen dieser Vorschrift begründen lassen.<sup>27</sup>

In Betracht kommt die Markierung von Nichtbeschuldigten aber vor allem wohl als „unbeabsichtigter Beifang“ bei einem Einsatz gegen Beschuldigte nach § 100h Abs. 3 StPO. Indessen müssen insoweit Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme aufkommen und das selbst dann, wenn man den Einsatz von Markierungssystemen als „unterschwellige Maßnahmen“<sup>28</sup> betrachtete: Ein solcher Technischeinsatz lässt sich in ihrer Eingriffsintensität offensichtlich nicht gleichsetzen mit der zufälligen Mitbeobachtung eines Unbeteiligten bei der Nutzung eines Nachtsichtgeräts. In Rechnung zu stellen ist vielmehr, dass in den hier interessierenden Konstellationen zumindest eine Komponente des technischen Observationsmittels in Kontakt mit den Nichtverdächtigen gebracht wird und bei diesen ggf. über einen längeren Zeitraum verbleibt. Das macht diese zu (ggf. unbewussten) Trägern eines Ortungsmittels und ist eher vergleichbar mit dem Einsatz von Peilsendern oder vergleichbaren Observationsmitteln, bei denen es gleichfalls zum physischen Kontakt einer Observationstechnik-Komponente mit einer Person kommt bzw. kommen kann. Deshalb besteht u.a. die Gefahr, dass die Nichtverdächtigen bei der späteren Nutzung von entsprechenden Sichtungsgaräten durch Strafverfolgungsorgane selber in Verdacht geraten können und dies alleine deshalb, weil sie sich zum Zeitpunkt des Markierens am selben Ort aufhielten wie Beschuldigte.<sup>29</sup> Ein mit den genannten Konsequenzen für Nichtbeschuldigte verbundener Einsatz von technischen Mitteln wäre schlechthin unverhältnismäßig.

Daraus ergibt sich, dass das Markieren von Personengruppen nur dann zulässig sein kann, wenn die in ihnen vorhandenen Nichtbeschuldigten sämtlich den Status von Kontaktpersonen zu den Beschuldigten besitzen bzw. dies belastbar begründbar ist. Dann kann deren Betroffenheit nach § 100h Abs. 3 StPO (oder – eher theoretisch – nach § 100h Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO) gerechtfertigt werden. Andernfalls ist der Einsatz von Markierungssystemen gegen Personengruppen aus Verhältnismäßigkeitsgründen unzulässig.

<sup>24</sup> Vgl. nur *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 25 Rn. 11.

<sup>25</sup> *Roxin/Schünemann*, § 25 Rn. 11.

<sup>26</sup> *Eschelbach*, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 16; krit. dazu *Hegmann*, in: BeckOK-StPO, § 100h Rn. 15.

<sup>27</sup> Näher *Hauck*, in: LR-StPO, § 100h Rn. 17; *Wolter/Greco*, in: SK-StPO, § 100h Rn. 15; *Günther*, in: MüKo-StPO, § 100h Rn. 12; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 100h Rn. 7.

<sup>28</sup> *Eschelbach*, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 7.

<sup>29</sup> Vgl. dazu *Wiese*, ZRP 2012, 18 (19), die allerdings den Einsatz von Sprühanlagen im Rahmen des Einbruchsschutzes betrachtet.

### 5. (Weitere) Verhältnismäßigkeitsfragen

Es bedarf keiner näheren Begründung, dass der Einsatz von Markierungssystemen gegenüber Personen nur unter der Bedingung seiner Verhältnismäßigkeit zulässig sein kann. Je nach Durchführung der Maßnahme kann er eine unterschiedlich belastende Wirkung für die Betroffenen haben, so dass es differenzierter Betrachtungen zur Rechtfertigungsfähigkeit bedarf.

#### a) Eingriffsintensität

Jedenfalls dann, wenn eine Markierung von Personen auf eine Weise erfolgt, dass lediglich an deren Körper befindliche Sachen, also Kleidungsstücke, Taschen etc. mit einer kDNA-Substanz gekennzeichnet werden, ist von einer Maßnahme geringerer Eingriffsintensität zu sprechen. Das gilt insbesondere dann, wenn sich Markierung und spätere Lokalisierung als punktuelle Beweiserhebungen darstellen. Für die Betroffenen besteht die Möglichkeit, nach entsprechender Kenntniserlangung sich der markierten Gegenstände zu entledigen und einer abermaligen Erkennung mittels UV-Taschenlampe damit zu entziehen. In solchen Fällen reicht die Maßnahme in ihrer Relevanz für die informationelle Selbstbestimmung nicht an den Einsatz anderer technischer Ortungsmittel (wie etwa das GPS-System) heran. Das gilt auch deswegen, weil die Lokalisierung nicht mittels elektronischer Komponenten (Satelliten etc.) erfolgt und ein weitgehend lückenloses Bewegungsbild<sup>30</sup> im Maßnahmezeitraum nicht erstellt wird. Eine solche Maßnahme ist damit von einer vergleichsweise geringen „Beobachtungsintensität“: Während menschliche Sinnesorgane – beispielsweise auch unter Zuhilfenahme der genannten UV-Licht-Quellen – in ihrer Leistungsfähigkeit begrenzt sind, ist die Wahrnehmungskompetenz (Zuverlässigkeit, Detailgenauigkeit, Präzision), Merk-, Auswertungs- und Analysefähigkeit im Allgemeinen sowie ihre weit reichende Unabhängigkeit von Umweltfaktoren im Besonderen bei elektronischer Ortungstechnik ungleich größer.<sup>31</sup> Deshalb weisen solche Datenerhebungsmethoden auch eine höhere (Intimsphären-)Verletzungsneigung auf.<sup>32</sup>

Dies darf den Blick allerdings nicht darauf verstellen, dass auch der Einsatz der hier interessierenden technischen Mittel mit einer erheblichen Eingriffsintensität verbunden sein kann. Dazu gibt namentlich das eingangs geschilderte Einsatz-Szenario Anlass. Denn wenn der Maßnahmezweck darin besteht, Straftäter auch dann zu einem späteren Zeitpunkt lokalisieren zu können, wenn diese ihre Kleidungsstücke etc. zuvor, möglicherweise mehrfach, wechselten und zu dem späteren Zeitraum überhaupt nicht mehr in deren Besitz sind, spricht alles dafür, nicht (nur) diese Gegenstände zu markieren, sondern die Personen als solche. Es sind dann solche Körperpartien mit der kDNA-versetzten Substanz in Kontakt zu bringen, die typischerweise unbedeckt und damit gleichsam sicht- und markier-

bar sind. Sollte es zutreffen, dass die Substanz an entsprechenden Körperpartien bis zu sechs Wochen haftet, von dort möglicherweise auch nicht ohne weiteres entfernt werden kann und die Markierung damit im Einzelfall lange über den anlassgebenden Sachverhalt hinausreicht, so gewönne die Maßnahme nicht nur eine atypische, sondern auch besonders gesteigerte Grundrechtsrelevanz. Letztere kann Wirkungen bis hin zu erforderlichen Verhaltensanpassungen besitzen, etwa wenn eine markierte Person öffentlich zugängliche Orte mit UV-Licht (Diskotheken etc.) zu meiden hätte, um dort nicht als „polizeilich gekennzeichnete Person“ aufzufallen. Aber auch bei auf den anlassgebenden Sachverhalt folgenden Personenkontrollen unter Verwendung der genannten UV-Taschenlampen durch die Polizei ließe sich der frühere Einsatz des Markierungssystems nicht verbergen. Auf die Bedeutung solcher „maßnahme-überschießenden“ Eingriffswirkungen wird unter dem Gesichtspunkt der Eignung zurückzukommen sein. Bereits an dieser Stelle lässt sich aber sagen, dass die belastende Wirkung für die Betroffenen wesentlich über ein diffus bedrohliches Gefühl des Beobachtetseins, wie dies angesichts der Existenz anderer Datenerhebungsbefugnisse konstatiert wird,<sup>33</sup> hinausgehen kann.

Vorläufig zusammenfassend ist festzustellen, dass der Einsatz der hier interessierenden technischen Observationsmittel mit einer durchaus neuartigen und erheblichen Eingriffsintensität verbunden sein kann. Auf diesen Umstand wird jeder angedachte Einsatz von (kDNA-)Markierungssystemen Rücksicht zu nehmen haben. Zugleich ist aus eben diesen Gründen einer Anwendbarkeit der §§ 161, 163 StPO – jedenfalls in den hier besprochenen Konstellationen – eine Absage zu erteilen.

#### b) Eignungsfragen

Eine Maßnahme kann nur dann rechtmäßig sein, wenn sie geeignet zur Erreichung ihres Zwecks, vorliegend also der Erhebung strafverfahrensrelevanter Daten bzw. Informationen ist. Das ist dann gegeben, wenn die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass der angestrebte (Ermittlungs-)Erfolg eintritt, derselbe also gefördert werden kann.<sup>34</sup> Eignungsfragen stellen sich im hiesigen Zusammenhang unter dem Gesichtspunkt des Beweiswerts der (Wieder-)Lokalisierbarkeit eines Beschuldigten unter spezifischen Modalitäten der Maßnahmendurchführung sowie der bereits genannten überschießenden Eingriffswirkungen.

#### aa) Spezifische Anforderungen an die Durchführung des Technikeinsatzes

Soll der Einsatz eines Markierungssystems die Anwesenheit einer bestimmten Person zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort, ggf. mit bestimmten anderen Personen zusammen, beweiskräftig belegen (Maßnahmezweck), so sind an die Durchführung der Markierung spezifische Anforderungen zu stellen. Die genannte

<sup>30</sup> BVerfGE 112, 304 (317).

<sup>31</sup> Ausf. Schwabenbauer, S. 137.

<sup>32</sup> Zum fehlenden expliziten Kernbereichsschutz bei § 100h näher Wolter/Greco, in: SK-StPO, § 100h Rn. 20.

<sup>33</sup> BVerfGE 125, 260 (320).

<sup>34</sup> Vgl. nur Sachs, in: Sachs, GG, 7. Aufl. (2014), Art. 20 Rn. 150 sowie Schwabenbauer, S. 207 ff.

Information kann nur dann hinreichend verlässlich generiert werden, wenn ein bestimmter kDNA-Code nur in einem möglichst kleinen Zeitfenster, an einem möglichst konkret abgrenzbaren Ort sowie ggf. gegenüber einem abgrenzbaren Personenkreis in einer unveränderlichen Weise in (Körper-)Kontakt gebracht und dies alles präzise dokumentiert wird. Sodann besteht zu einem späteren Zeitpunkt die Möglichkeit zur Zuordnung hinsichtlich der eingangs genannten Tatsachen. Demzufolge ist beispielsweise darauf zu achten, dass es nicht zu einer Vermischung unterschiedlicher kDNA-Muster im Rahmen des Einsatzes kommt und damit ggf. eine wiederholte Verwendung einer bestimmten Sprühpistole zu vermeiden ist. Auch wäre die Verwendung eines bestimmten kDNA-Musters an verschiedenen Orten auszuschließen. Diese und andere Kautelen führen im Falle ihrer Nicht-Beachtung zu einer Reduzierung des Beweiswerts des Ergebnisses des Abgleichs der kDNA-Muster am Ort der Markierung einerseits und dem der späteren Lokalisierung andererseits. Beispielsweise das Abgleichergebnis, dass sich eine Person zu einem beliebigen Zeitpunkt irgendwo in einer Stadt in einem unbestimmbaren personellen Umfeld aufgehalten hat, ist indiziell annähernd bedeutungslos. Entsprechend fraglich wäre insgesamt die Eignung der Markierung von Personen zur Erlangung strafverfahrensrelevanter Informationen.

Daraus ergibt sich, dass nicht zuletzt verfassungsrechtliche Überlegungen konkrete Anforderungen an die Durchführung der hier interessierenden Maßnahmen stellen.

#### *bb) Überschießende Eingriffswirkungen*

Typischerweise erstreckt sich die unmittelbar belastende (Eingriffs-)Wirkung von heimlichen strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen, auch dem Einsatz technischer Observationsmittel nach § 100h StPO, auf den Zeitraum der Beweiserhebung. Nach deren Ende ist ein noch in der Sphäre des Beschuldigten oder eines unvermeidbar Mitbetroffenen befindliches technisches Mittel unverzüglich zu entfernen. Das folgt schon daraus, dass ein weiterer (möglicherweise sogar erkannter) Verbleib den Zweck der Erlangung strafverfahrensrelevanter Informationen nicht (mehr) zu fördern vermag. Keine in diesem Sinne überschießende Eingriffswirkung wird entfaltet, wenn eine Überwachungsmaßnahme lediglich unterbrochen wird und das Mittel während dieses Zeitraums nicht aus der Sphäre des Betroffenen entfernt wird. Gleiches gilt, wenn das Wissen um das Vorhandensein von Observationsmitteln während der Beweiserhebung erlangt wird, denn strafprozessuale Observationsmaßnahmen sind unabhängig von der Wahrnehmung der Betroffenen zulässig („auch ohne Wissen“),<sup>35</sup> und dies selbst dann, wenn ein entsprechendes Wissen die Eingriffsintensität möglicherweise steigert.

Ein Verbleiben eines Observationsmittels beim ehemals beobachteten Individuum nach dem Ende der entsprechenden Beweiserhebung ist wegen fehlender Eignung unverhältnismäßig und hat damit zu unterbleiben. Mit Blick auf den hier interessierenden Einsatz von Markierungssystemen ist daher zu differenzieren: Auf die Markierung eines mitgeführten Gegenstands ist der Beschuldigte hinzuweisen, etwa im Rahmen einer zeitnahen Beschuldigtenvernehmung durch die Polizei. Auch unvermeidbar betroffene Nicht-Beschuldigte (Kontaktpersonen) sind entsprechend zu informieren. Rechtstechnisch handelt es sich hierbei um eine Benachrichtigung im Sinne des § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 StPO, die allenfalls unter den Bedingungen des § 101 Abs. 5 S. 1 StPO hinausgezögert werden könnte. Eine Gefährdung des Untersuchungszwecks wird sich bei einem offenen Auftreten der Strafverfolgungsorgane gegenüber dem Beschuldigten aber nicht begründen lassen, denn mit Hilfe der kDNA-Markierung werden sich im Falle der Observationsbeendigung keine weiteren verfahrensrelevanten Informationen gewinnen lassen.<sup>36</sup> Deshalb wird die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungspersonen generell (auch im Hinblick auf Nicht-Beschuldigte) entsprechend anzuweisen haben.<sup>37</sup> Durch die Mitteilung wird dieser in die Lage zur Unbrauchbarmachung des markierten Gegenstands als Observationsmittel versetzt.

Anders verhält es sich bei der Markierung des Körpers des Betroffenen: In solchen Fällen ist der Betroffene nicht nur zu benachrichtigen, sondern ihm auch die Entfernung der Markierung, ggf. mittels spezieller Reinigungsmittel, zu ermöglichen. Sollte dies aus hier nicht bekannten Gründen unmöglich sein, etwa weil sich die kDNA-Substanz selbst in kleinsten Hautfalten festsetzt,<sup>38</sup> so stellte sich die Maßnahme aufgrund zwingend zu vermeidender, überschüssiger Eingriffswirkungen als unverhältnismäßig und damit *a priori* unzulässig dar.

#### *c) Anforderungen an den Einsatz aus Zumutbarkeitsgründen*

Näherer Betrachtung bedarf im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsüberlegungen schließlich die Zumutbarkeit, mithin die Frage, ob die Markierung von Personen bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zum mit ihr verfolgten Zweck der Erlangung verfahrensrelevanter Informationen steht.<sup>39</sup>

Dabei ergibt eine Gesamtschau im Allgemeinen, dass es auf die Erlangung von Erkenntnissen mit möglichst hohem Beweiswert ankommen muss. Damit ist regelmäßig die Verwendung identischer kDNA-Muster an verschiedenen Orten, unterschiedlichen Zeiten etc. (s.o.) unvereinbar. Ebenso allgemeingültig ist die Inanspruchnahme nichtverdächtiger Kontaktpersonen durch einen möglichst präzisen Einsatz der Markierungstechnik weitestgehend

<sup>35</sup> Vgl. bspw. *Eschelbach*, in: SSW-StPO, § 100h Rn. 13; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 100f Rn. 1; *Hegmann*, in: BeckOK-StPO, § 100h Rn. 3.

<sup>36</sup> Allg. zu Gründen der Zurückstellung einer Benachrichtigung wg. Gefährdung des Untersuchungszwecks *Wolter/Jäger*, in: SK-StPO, § 101 Rn. 29; *Hauck*, in: LR-StPO, § 101 Rn. 39; *Günther*, in: MüKo-StPO, § 101 Rn. 56; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 101 Rn. 19.

<sup>37</sup> Zur originär staatsanwaltschaftlichen Zuständigkeit näher *Hauck*, in: LR-StPO, § 101 Rn. 43.

<sup>38</sup> Vgl. die Herstellerangaben, [www.selectadna.de/dna-dusche.html](http://www.selectadna.de/dna-dusche.html).

<sup>39</sup> Vgl. nur *Sachs*, Art. 20 Rn. 154 sowie *Schwabenbauer*, S. 215 ff.

auszuschließen. Droht die Markierung auch Unbeteiligte zu treffen (kDNA-„Dusche“<sup>40</sup>), ist sie aufgrund ihrer Unzumutbarkeit verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Auch wird im Einzelfall auf die Eingriffsintensität der konkret durchzuführenden Maßnahme zu achten sein, so dass einer Beschränkung auf die Markierung von mitgeführten Gegenständen grundsätzlich der Vorrang einzuräumen ist.

### III. Fazit

Nach dem Gesagten kommt der Einsatz eines kDNA-Markierungssystems im Zusammenhang mit gewalttätigen Auseinandersetzungen, wie sie im einleitend skizzierten Einsatz-Szenario erwogen wurden, auf der Grundlage des § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO durchaus in Betracht und dies auch parallel zu anderen Beweiserhebungen (etwa Bildaufnahmen nach § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO etc.). Die Maßnahme vermag dann im Einzelfall eine sinnvolle Ergänzung zu letzteren darzustellen. Problematisch dürfte dagegen regelmäßig die mit den genannten verfassungsrechtlichen Maßstäben vereinbare Durchführung der

Maßnahme sein: Immer dann, wenn eine kDNA-Markierung nicht nur Beschuldigte und deren Kontaktpersonen betrifft, sondern auch Unbeteiligte (sich straffrei verhaltende Versammlungsteilnehmer, zufällige Passanten, Schaulustige etc.) zu betreffen droht, lässt sie sich nicht rechtfertigen. Dasselbe gilt, wenn nicht sicher gewährleistet ist, dass die Markierung nach dem Ende der Observation kurzfristig und vollständig von Körperteilen entfernt werden kann. Der entsprechende Nachweis ist von etwaigen Befürwortern der Maßnahme zu erbringen.

Bereits im Ansatz unzulässig ist der Einsatz des Markierungssystems bei bloßen Verstößen gegen das Vermummungsverbot bei Versammlungen. Insoweit handelt es sich schon nicht um erhebliche Straftaten. Überdies läge hierin neben der Beeinträchtigung der informationellen Selbstbestimmung auch ein unzulässiger Eingriff in die Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG, weil deren Schutzwirkung nach zutreffender Ansicht durch solche Straftaten, nimmt die Versammlung insgesamt nicht zugleich auch einen gewalttätigen und damit unfriedlichen Verlauf, nicht etwa entfällt.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> [www.selectadna.de/dna-dusche.html](http://www.selectadna.de/dna-dusche.html); vgl. auch *Wiese*, ZRP 2012, 18 (20).

<sup>41</sup> Vgl. nur *Höfling*, in: *Sachs*, GG, 7. Aufl. (2014), Art. 8 Rn. 35 mwN.

## STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN

**Zum Stand der Dinge in Sachen Europäischer Staatsanwaltschaft***von Rechtsanwalt und Privatdozent**Dr. Peter Rackow\****Abstract**

*Soweit Rat und Europäisches Parlament einem entsprechenden Verordnungsentwurf zustimmen, wird die Europäische Staatsanwaltschaft im Rahmen einer Verstärkten Zusammenarbeit zwischen 20 Mitgliedsstaaten, darunter Deutschland, nun doch noch kommen. Der beim Rat liegende aktuelle Verordnungsentwurf des Jahres 2017 unterscheidet sich in nicht unwesentlichen Punkten von dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag aus dem Jahre 2013. Insbesondere ist der vorgesehene Aufbau der Europäischen Staatsanwaltschaft deutlich aufwändiger geworden. Zudem sind zurückhaltendere Handlungsmöglichkeiten der Europäischen Staatsanwaltschaft in den Mitgliedsstaaten vorgesehen. So wird sich die Europäische Staatsanwaltschaft im Falle der Umsetzung des aktuellen Entwurfs in ihren Ermittlungsbefugnissen konsequenter auf das jeweils nationale Recht verwiesen sehen. Bei grenzüberschreitenden Ermittlungen wird sie – bemerkenswerterweise abgesehen vom Europäischen Haftbefehl – keinen direkten Zugriff auf anerkennungsprinzipsbasierte Rechtsinstrumente haben und es sind die Spielräume der Mitgliedsstaaten gewachsen, in Fällen grenzüberschreitender Ermittlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft im Ausland erhobene Beweise nicht zuzulassen. Was schließlich den Beschuldigten anbelangt, erneuert die aktualisierte Perspektive einer Europäischen Staatsanwaltschaft die alte Frage, ob als Gegengewicht eine institutionalisierte Europäische Strafverteidigung erforderlich wird.*

**I. Einleitung**

In das Projekt einer Europäischen Staatsanwaltschaft ist im Frühjahr 2017 neuer Schwung gekommen. Zwar war der Kommissionsvorschlag einer Verordnung über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft<sup>1</sup> am 7.2.2017 im Rat durchgefallen und es konnte auch nach Aussprache im Europäischen Rat am 9.3.2017 kein Ein-

vernehmen erzielt werden.<sup>2</sup> Dann jedoch teilten am 3.4.2017 16 Mitgliedsstaaten<sup>3</sup> dem Parlament, dem Rat und der Kommission mit, dass sie eine Verstärkte Zusammenarbeit zur Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft begründen wollen (vgl. Art. 86 Abs. 1 UE 3 AEUV).<sup>4</sup> Der Verordnungsentwurf war damit mit dem Ziel, zumindest für die teilnehmenden Staaten<sup>5</sup> eine Europäische Staatsanwaltschaft zu schaffen, erneut ins Gleis gesetzt. Der diesem neuen Impuls zugrundeliegende Verordnungsentwurf<sup>6</sup> liegt nunmehr in der überarbeiteten Fassung des Ratsdokuments 9941/17 vom 30.6.2017 dem Rat und dem Parlament zur Zustimmung vor.<sup>7</sup>

Diese aktuelle Entwurfsfassung zugrunde gelegt, zeichnet sich das folgende Bild ab: Die Europäische Staatsanwaltschaft wird für die Verfolgung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zuständig sein und dabei vor den Gerichten der (an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmenden) Mitgliedsstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahrnehmen (Art. 4<sup>8</sup>). Die Europäische Staatsanwaltschaft soll ihre Aufgabe dabei über eine zentrale und eine dezentrale Ebene versehen (Art. 8 Nr. 2). Die Zentralebene am Sitz der Europäischen Staatsanwaltschaft wird sich zusammensetzen aus dem Kollegium, den Ständigen Kammern, dem Europäischen Generalstaatsanwalt, seinen Stellvertretern, den Europäischen Staatsanwälten und dem Verwaltungsdirektor (Art. 8 Nr. 3). In den Mitgliedsstaaten wird die Europäische Staatsanwaltschaft durch dort angesiedelte Delegierte Europäische Staatsanwälte, die die dezentrale Ebene der Europäischen Staatsanwaltschaft bilden, agieren (Art. 8 Nr. 4). Die Delegierten Europäischen Staatsanwälte sollen dieselben Befugnisse wie nationale Staatsanwälte haben (Art. 13 Nr. 1) und ihre Ermittlungen dabei unter Anbindung an die zuständige Ständige Kammer sowie den zentral angesiedelten Europäischen Staatsanwalt führen.

\* Privatdozent Dr. Peter Rackow ist als Rechtsanwalt in Hannover tätig.

<sup>1</sup> Ratsdok. 5766/17.

<sup>2</sup> Vgl. Ratsdok. 10554/17, S. 2.

<sup>3</sup> Nämlich Belgien, Bulgarien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Kroatien, Litauen, Luxemburg, Portugal, Rumänien, die Slowakei, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik und Zypern.

<sup>4</sup> Ratsdok. 8027/17, S. 2.

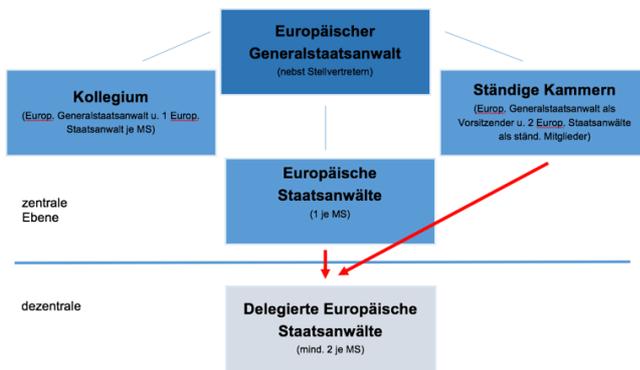
<sup>5</sup> Im Weiteren haben dann auch noch Lettland, Estland, Österreich und Italien erklärt, sich der Verstärkten Zusammenarbeit anschließen zu wollen (vgl. Ratsdok. 9941/17, Erwägungsgrund 8).

<sup>6</sup> S. o. Fn. 1.

<sup>7</sup> Ratsdok. 10554/17, S. 2; Ratsdok. 9941/17.

<sup>8</sup> Zitiert wird, soweit nicht anders angegeben, die aktuellste Entwurfsfassung nach dem Ratsdok. 9941/17, welche inzwischen auch in deutscher Sprache zugänglich ist: [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9941-2017-INIT/de/pdf](http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9941-2017-INIT/de/pdf) (zuletzt abgerufen am 15.8.2017).

Es ergibt sich damit eine einigermaßen komplizierte Struktur<sup>9</sup>:



(Darstellung nach *Weyembergh/Brière*, Towards a European Public Prosecutor's Office, Study for the LIBE Committee [2016], S. 14.)

Für den Delegierten Europäischen Staatsanwalt vor Ort wird sich die Situation mithin so darstellen, dass er gem. Art. 13 Abs. 1 UA 2 der Leitung und den Weisungen der zuständigen Ständigen Kammer unterworfen ist und gleichzeitig („sowie“) den „Weisungen des die Aufsicht führenden Europäischen Staatsanwalts“. Der zuständigen Ständigen Kammer obliegen dabei zunächst die in Art. 10 Abs. 3 und 4 gelisteten zentralen Entscheidungen, insbesondere über die Anklageerhebung (Abs. 3 lit. a),<sup>10</sup> die Verfahrenseinstellung (Abs. 3 lit. b) und die Evokation eines mitgliedstaatlichen Verfahrens (Abs. 4 lit. b). Besonders Augenmerk verdienen dann die sozusagen allgemeinen Weisungsbefugnisse der Ständigen Kammern einerseits und der Europäischen Staatsanwälte gegenüber den Delegierten Europäischen Staatsanwälten andererseits. Was insoweit die zuständigen Ständigen Kammern angeht, sieht Art. 11 Abs. 5 vor, dass diese dem Europäischen Staatsanwalt „über den die Aufsicht über die Ermittlungen oder die Strafverfolgungsmaßnahmen führenden Europäischen Staatsanwalt“ Weisungen erteilen kann, „sofern dies für die effiziente Durchführung der Ermittlungen oder Strafverfolgungsmaßnahmen im Interesse der Rechtspflege oder zur Gewährleistung der kohärenten Funktionsweise der EUSTa notwendig ist“. Gleichzeitig gibt Art. 11 Abs. 3 dem die Aufsicht führenden Europäischen Staatsanwalt die Möglichkeit an die Hand, der Landsfrau bzw. dem Landsmann vor Ort „im Einklang mit ... den Weisungen der zuständigen Ständigen Kammer“ Weisungen zu erteilen, „wenn dies für die effiziente

Durchführung der Ermittlungen oder Strafverfolgungsmaßnahmen oder im Interesse der Rechtspflege oder zur Gewährleistung der kohärenten Funktionsweise der EUSTa erforderlich ist“. Die zuständige Ständige Kammer und der die Aufsicht führende Europäische Staatsanwalt sollen also unter denselben sachlichen Voraussetzungen per Weisung auf laufende Verfahren Einfluss nehmen können. Geht man davon aus, dass sich die Europäische Staatsanwaltschaft wesentlich daran wird messen lassen müssen, inwieweit einschlägige Taten zukünftig „auch in denjenigen Mitgliedsländern, in welchen solche Ermittlungen bisher notleidend waren, erfolgreich durchgeführt werden“,<sup>11</sup> so liegt das Bedenken nicht fern, ob die Schlüsselrolle des durch den fraglichen Mitgliedsstaat auf die Zentralebene entsandten Europäischen Staatsanwalts im Konfliktfall ein problematisches Obstruktionspotenzial liefern könnte.<sup>12</sup> Wie dem auch sei, erscheinen die konkreten Verantwortlichkeiten jedenfalls einigermaßen vage.

Sehen muss man gleichzeitig auch die praktische Seite. Die Mitglieder der beispielsweise für einen deutschen Delegierten Europäischen Staatsanwalt zuständigen ständigen Kammer werden mit dem hiesigen Verfahrensrecht weniger vertraut und gegebenenfalls der deutschen Sprache nicht mächtig sein. Es ist kaum erwartbar, dass diese in der Entscheidung für ein Kollegmodell angelegten praktischen Probleme nicht fallweise zu Verzögerungen führen werden.<sup>13</sup>

Zumal nun bei alledem nicht vorgesehen ist, auf der Grundlage des Art. 86 Abs. 3 AEUV der Europäischen Staatsanwaltschaft eine geschlossene spezifische Verfahrensordnung an die Hand zu geben,<sup>14</sup> wird der Erfolg der Europäischen Staatsanwaltschaft des Weiteren maßgeblich davon abhängen, wie gut sie sich mit ihrer besonderen und dabei komplexen Struktur und Ausrichtung in die nationalen Strafverfahrensrechte bzw. die mitgliedstaatliche Strafverfolgungspraxis einfügen wird.

## II. Einzelheiten

Insoweit verdienen insbesondere die folgenden Felder Augenmerk:<sup>15</sup>

### 1. Zuständigkeit

Inwieweit die Europäische Staatsanwaltschaft in einem konkreten Fall, in dem der Verdacht einer Straftat zum

<sup>9</sup> Die DRB-Stellungnahme Nr. 08/17, B. II. 1. b) aa) spricht von „einem aufgeblähten, unübersichtlichen Aufbau der Behörde ... , dessen Vielschichtigkeit kaum zu durchschauen ist“. Ursprünglich war eine deutlich schlankere Struktur vorgesehen, in deren Rahmen der Delegierte Europäische Staatsanwalt lediglich dem Europäischen Generalstaatsanwalt nachgeordnet gewesen wäre (vgl. Art. 6 des Kommissionsentwurfs, KOM[2013] 534 final, S. 19), und die nunmehr in dem überarbeiteten Verordnungsentwurf vorgesehene Ausgestaltung hatte bereits im vergangenen Jahr deutliche Bedenken auf sich gezogen (vgl. *Weyembergh/Brière*, Towards a European Public Prosecutor's Office, Study for the LIBE Committee (2016), S. 14 m.w.N.: „It is difficult to perceive how such a complex structure could improve the efficiency of investigations and prosecutions against PIF offences“).

<sup>10</sup> Vgl. u. Haupttext zu Fn. 45 ff.

<sup>11</sup> DRB-Stellungnahme Nr. 08/17, B. I.

<sup>12</sup> Vgl. hier auch *Weyembergh/Brière*, (o. Fn. 9), S. 8, die von einer bewussten Renationalisierung sprechen, welche darauf angelegt gewesen sei, die EUSTa von nationaler Seite einzuhegen („willingness to renationalise the EPPO as much as possible, and to keep the strongest control possible over its activities.“).

<sup>13</sup> Gemeinsame Stellungnahme der BRAK (Nr. 13/2015) und des DAV (Nr. 19/2015), S. 7.

<sup>14</sup> Krit. etwa Gemeinsame Stellungnahme der BRAK (Nr. 13/2015) und des DAV (Nr. 19/2015), S. 2 f.

<sup>15</sup> Der Stand der Dinge und die zugrunde liegenden Entwicklungen des Verordnungsentwurfs wird besonders greifbar, wenn man die aktuelle Verordnungsentwurfssfassung mit dem ursprünglichen Kommissionsentwurf KOM(2013), 534 final – im Weiteren „Komm-E“ – vergleicht.

Nachteil der finanziellen Interessen der Union im Raum steht, tatsächlich ihre Zuständigkeit ausübt, ist in Art. 25 in einer differenzierten Weise geregelt. Weder würden sich bei Umsetzung des aktuellen Verordnungsentwurfs komplementäre Zuständigkeiten ergeben noch läge ein konsequent subsidiäres Modell vor,<sup>16</sup> in dessen Rahmen, die Europäische Staatsanwaltschaft nur dann zu ermitteln beginnt, „wenn die nationalen Strafverfolgungsbehörden hierzu nicht willens oder in der Lage sind“.<sup>17</sup> Fallweise wird sich angesichts dessen zwangsläufig Abstimmungsbedarf ergeben. Dies beispielsweise dort, wo der angeordnete Schaden 10.000 € nicht übersteigt und die Europäische Staatsanwaltschaft nur tätig wird, wenn „der Fall Auswirkungen auf Unionsebene hat, die es erforderlich machen, dass die Ermittlungen von der EUSTa geführt werden“ (Art. 25 Abs. 2 lit. b), oder wenn es gem. Art. 25 Abs. 4 in Fällen, in denen die EU nicht die Hauptgeschädigte ist, darauf ankommt, ob die EUSTa „besser in der Lage ist, die Ermittlungen durchzuführen oder Straftaten zu verfolgen“.

Aus Sicht der inländischen Strafverfolgungspraxis ist zudem Art. 24 Nr. 1 von Interesse, der die zuständigen mitgliedstaatlichen Stellen verpflichtet, dem Europäischen Staatsanwalt Straftaten unverzüglich zu melden, bezüglich derer der Europäische Staatsanwalt seine Zuständigkeit ausüben könnte.<sup>18</sup>

Was dann den Aspekt der örtlichen Zuständigkeit angeht, ist dieser insbesondere im Zusammenhang mit Befürchtungen eines „Forum-Shoppings“ der Europäischen Staatsanwaltschaft zu sehen.<sup>19</sup> Denn während beispielsweise ein deutscher Staatsanwalt auch in einem grenzüberschreitenden Fall von vornherein nur nach deutschem Verfahrensrecht ermitteln und den Fall vor ein deutsches Gericht bringen kann, welches nach den Regeln der StPO verfahren wird, könnte eine Europäische Anklagebehörde (bei entsprechenden Spielräumen) versucht sein, in einem grenzüberschreitenden Fall in einem Mitgliedstaat zu ermitteln und Anklage zu erheben, dessen Recht den Bedürfnissen der Strafverfolgung am besten entspricht. Letztlich drohte sogar ein Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter.<sup>20</sup> Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass Art. 26 Abs. 4 das Tatortprinzip zum Regelfall erklärt, während der ursprüngliche Kommissionsentwurf in einer einigermaßen vagen Weise lediglich zum Teil unklare Kriterien<sup>21</sup> listete und keine Vorgaben zu deren Gewichtung machte (Art. 27 Abs. 4 lit. d Komm-E). Die nunmehr aktuelle Fassung des Verordnungsentwurfs stellt demgegenüber jedenfalls insoweit einen erheblichen Schritt in die richtige Richtung dar, als

ein Abweichen vom Regelfall – Einleitung und Durchführung des Verfahrens durch den Delegierten Europäischen Staatsanwalt desjenigen Mitgliedsstaats, „in dem der Schwerpunkt der strafbaren Handlung liegt, oder, falls mehrere miteinander verbundene Straftaten innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der EUSTa begangen wurden, aus dem Mitgliedstaat, in dem der Großteil der Straftaten begangen wurde“ (Art. 26 Abs. 4 S. 1) – „gebührend begründet“ werden muss anhand der Kriterien gewöhnlicher Aufenthalt, Staatsangehörigkeit und „Ort, an dem der Hauptteil des finanziellen Schadens eingetreten ist“ (Art. 24 Abs. 4 S. 2). Entsprechendes gilt nach § 26 Abs. 5 für die Neuzuweisung eines laufenden Verfahrens an einen anderen Delegierten Europäischen Staatsanwalt und nach Art. 36 Abs. 3 für die Anklageerhebung.

Gewiss entspricht all dies noch nicht der (richtigen) Forderung nach einer möglichst frühzeitigen Zuständigkeitskonzentration in einem Staat, die gewährleistet, dass tatsächlich nur ein Strafverfahrensrecht gilt,<sup>22</sup> doch mag mit den Regelungen des Verordnungsentwurfs in seiner letzten Fassung – unter der Voraussetzung, dass das zugunsten des Tatortstaates vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis gelebte Praxis wird – ein Modus gefunden sein, mit dem sich auch den Beschuldigten- bzw. Verteidigungsrechten Rechnung tragen lässt. Bedauerlich erscheint aber gleichwohl, dass der Verordnungsentwurf keine Regelung enthält, die eine gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Europäischen Staatsanwaltschaft gegen den Regelgerichtsstand des Tatorts vorsieht beziehungsweise ermöglicht.<sup>23</sup>

## 2. Ermittlungen durch die Europäische Staatsanwaltschaft

Kommt es zu Ermittlungen durch die Europäische Staatsanwaltschaft, so werden diese im Regelfall nicht durch den (Delegierten) Europäischen Staatsanwalt vorgenommen werden (Art. 28 Nr. 1 S. 1 Alt. 1), sondern durch die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (§ 152 GVG),<sup>24</sup> denen der (Delegierte) Europäische Staatsanwalt nach Art. 28 Nr. 1 S. 1 Alt. 2 entsprechende Anweisungen erteilen kann. Nach Einschätzung des DRB wird infolge des Ermittlungsauftrags des (Delegierten) Europäischen Staatsanwalts (Art. 13 Nr. 1), seiner Weisungsbefugnisse gegenüber den mitgliedstaatlichen Stellen (Art. 28 Nr. 1 S. 1 Alt. 2) und deren Umsetzungsverpflichtung (Art. 28 Nr. 1 S. 2)<sup>25</sup> die Pflicht der Polizei, ohne Aufträge der Staatsanwaltschaft tätig zu werden (§ 163 Abs. 1 StPO)

<sup>16</sup> Hierfür insbes. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. (2016), § 10 Rn. 23.

<sup>17</sup> Vgl. Trentmann, ZStW 2017 (129), 108 (144): „gemäßigte Variante“.

<sup>18</sup> „Die ... nach anwendbarem nationalen Recht zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten melden der EUSTa unverzüglich jegliche Straftaten, für die sie ihre Zuständigkeit ... ausüben könnten“.

<sup>19</sup> Vgl. etwa Esser, StV 2014, 494 (502); Schramm, JZ 2014, 749 (757); Satzger, (o. Fn. 16), § 10 Rn. 23a.

<sup>20</sup> Vgl. Magnus, ZRP 2015, 181 (183); Gemeinsame Stellungnahme der BRAK (Nr. 13/2015) und des DAV (Nr. 19/2015), S. 4; Esser, StV 2014, 494 (502).

<sup>21</sup> So fragte sich, was im gegebenen Deliktbereich mit dem Kriterium des „direkten Opfer[s]“ gemeint sein soll, vgl. Esser, StV 2014, 494 (502) m.w.N.

<sup>22</sup> Schünemann, in: ders. (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege (2006), S. 93, 100; sich anschließend Schramm, JZ 2014, 749 (757).

<sup>23</sup> Vgl. die diesbezügliche Forderung der Gemeinsamen Stellungnahme der BRAK (Nr. 13/2015) und des DAV (Nr. 19/2015), S. 4.

<sup>24</sup> Vgl. DRB-Stellungnahme Nr. 08/17, B. II. 2. a); vgl. hier auch Weyembergh/Brière, (o. Fn. 9), S. 19.

<sup>25</sup> „Diese Behörden stellen im Einklang mit dem nationalen Recht sicher, dass alle Weisungen befolgt werden, und treffen die ihnen zugewiesenen Maßnahmen“.

leerlaufen.<sup>26</sup>

Indes wird man in diesem Zusammenhang auch die bereits erwähnte Verpflichtung der zuständigen mitgliedstaatlichen Stellen mit in den Blick nehmen müssen, der Europäischen Staatsanwaltschaft Fälle zu melden, die durch die Europäische Staatsanwaltschaft übernommen werden könnten.<sup>27</sup> Dieser Verpflichtung dürfte nur nachzukommen sein, indem zumindest abgeklärt wird, ob der Verdacht einer i.S.v. Art. 24 Nr. 1 meldepflichtigen Straftat besteht.<sup>28</sup>

### 3. Ermittlungsbefugnisse

Aussagen zu den der Europäischen Staatsanwaltschaft an die Hand gegebenen Ermittlungsmaßnahmen beziehungsweise Eingriffsbefugnissen finden sich in Art. 30. Da dieser im Falle des Inkrafttretens unmittelbar anwendbares Recht bilden wird, drohen – worauf der Deutsche Bundestag im Hinblick auf den ursprünglichen Kommissionsvorschlag mit Recht hingewiesen hatte<sup>29</sup> – Konflikte mit dem mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass die Anbindung der Europäischen Staatsanwaltschaft an das mitgliedstaatliche Recht in dem aktuellen Dokument deutlicheren Ausdruck findet als in dem ursprünglichen Kommissionsentwurf. Art. 30 Abs. 1 wendet sich demgemäß allein an die Mitgliedsstaaten und gibt diesen auf, sicherzustellen, dass die Delegierten Europäischen Staatsanwälte „befugt sind“ bestimmte Maßnahmen anzuordnen oder zu beantragen.<sup>30</sup> Dass Maßnahmen nur dann angeordnet beziehungsweise beantragt werden können, wenn die Voraussetzungen des mitgliedstaatlichen Rechts vorliegen, wird in Art. 30 Abs. 5 abschließend festgehalten: „Die Verfahren und Modalitäten für die Durchführung dieser Maßnahmen richten sich nach dem geltenden nationalen Recht“. Auch diese Regelung ist deutlicher als ihr Pendant im ursprünglichen Kommissionsentwurf.<sup>31</sup>

### 4. Grenzüberschreitende Ermittlungen der EUSTa

Ergibt sich – was im Zuständigkeitsbereich der EUSTa gewiss keine Seltenheit sein wird – die Situation, dass ein ermittelnder Delegierter Europäischer Staatsanwalt Ermittlungen in einem anderen Mitgliedsstaat für geboten

hält, so sieht Art. 31 Abs. 1 vor, dass er über die fragliche Maßnahme „entscheidet“ und sie dann dem dort ansässigen Kollegen „zuweist“. Dieser „unterstützende“ Europäische Staatsanwalt wird dann nach dem Recht seines Mitgliedsstaats tätig und holt insbesondere erforderliche richterliche Anordnungen ein (vgl. Art. 31 Abs. 3).

Hält also beispielsweise ein österreichischer Delegierter Europäischer Staatsanwalt, der in seinem Heimatland ermittelt, Durchsuchungen in Slowenien, der Slowakei und Tschechien für richtig, so kann er nicht selbst die erforderlichen Anträge stellen, sondern er muss sich an seine Kollegen aus den betroffenen Mitgliedsstaaten wenden.<sup>32</sup> Es fällt dabei auf, dass die Verordnung für den wichtigen Bereich der kleinen Rechtshilfe keine Anbindung an anerkennungsbasierte Rechtsinstrumente vorsieht,<sup>33</sup> wohingegen Art. 33 Abs. 3 dem ermittelnden Delegierten Europäischen Staatsanwalt robusterweise die Möglichkeit an die Hand gibt, selbst Europäische Haftbefehle zu erlassen. Wollte der österreichische Delegierte Europäische Staatsanwalt in Slowenien, der Slowakei und Tschechien also nicht lediglich durchsuchen (lassen), sondern hielte er die Inhaftnahme von Personen für geboten, die sich in diesen Staaten aufhalten, so müsste er bemerkenswerterweise nicht den (Um-)Weg über seine dort ansässigen Kollegen gehen. Dass sich die wichtigen Maßnahmen aus dem Bereich der kleinen Rechtshilfe für den ermittelnden Delegierten Europäischen Staatsanwalt als voraussetzungsvoller im Vergleich zur Inhaftierung darstellen, ist erstaunlich.<sup>34</sup>

### 5. Beweisverwertung

Eine wesentliche Entschärfung gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsentwurf stellt die in dem aktuellen Verordnungsentwurf enthaltene Vorschrift über die Beweisverwertung dar: Ursprünglich war ein Regime vorgesehen, welches im Sinne gegenseitiger Anerkennung auch solche Beweise für verwertbar erklärt hätte, welche in dem Mitgliedsstaat, in dem schlussendlich die Anklage erfolgt, nach dessen Verfahrensrecht nicht hätten erhoben werden können (Art. 30 Komm-E<sup>35</sup>). Ersichtlich hätte eine solche Ausgestaltung einen starken Anreiz geboten, in insoweit geeigneten grenzüberschreitenden Fallgestaltungen Beweise dort zu erheben, wo die niedrighschwelligsten

<sup>26</sup> Vgl. DRB-Stellungnahme Nr. 08/17, B. II. 2. a).

<sup>27</sup> O. Fn. 18.

<sup>28</sup> Vgl. etwa Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. (2017), § 152 Rn. 4b, § 163 Rn. 9 m.w.N.

<sup>29</sup> BT-Drs. 18/1658, S. 8: „In jedem Fall muss vermieden werden, ... eine unklare Gemengelage von europäischen und einzelstaatlichen Regelungen zu schaffen“.

<sup>30</sup> Dagegen enthielt der ursprüngliche Kommissionsentwurf an entsprechender Stelle die folgende, aus den im Haupttext genannten Gründen problematische Formulierung (Art. 26 Abs. 1 Komm-E): „Die Europäische Staatsanwaltschaft ist befugt, in Ausübung ihrer Zuständigkeit die folgenden Ermittlungsmaßnahmen zu beantragen oder anzuordnen: ...“.

<sup>31</sup> Dort hieß es an funktional entsprechender Stelle (Art. 26 Abs. 2 S. 2 Komm-E): „Für diese Maßnahmen gelten die Voraussetzungen dieses Artikels und des einzelstaatlichen Rechts“. Diese Formulierung suggeriert ersichtlich ein für ein Strafverfahren untragbares unklares Nebeneinander und damit eben auch ein potenzielles Auseinanderfallen der unmittelbar anwendbaren europarechtlichen Maßnahme-Voraussetzungen und des mitgliedstaatlichen Strafverfahrensrechts.

<sup>32</sup> Nachvollziehbar krit. DRB-Stellungnahme Nr. 08/17, B. II. 2. b).

<sup>33</sup> Insbes. wäre insow. natürlich an die Europäische Ermittlungsanordnung zu denken gewesen. Zu dieser vgl. etwa Rackow, KriPoZ 2017, 79.

<sup>34</sup> Vgl. Weyembergh/Brière, (o. Fn. 9), S. 32 („curious to see“); DRB-Stellungnahme Nr. 08/17, B. II. 2. b) („nicht nachvollziehbar“).

<sup>35</sup> „Die von der Europäischen Staatsanwaltschaft vor dem Prozessgericht beigebrachten Beweismittel sind ohne Validierung oder ein sonstiges rechtliches Verfahren zulässig – auch wenn das innerstaatliche Recht des Mitgliedstaats, in dem das Gericht seinen Sitz hat, andere Vorschriften für die Erhebung oder Beibringung dieser Beweismittel enthält –, wenn sich ihre Zulassung nach Auffassung des Gerichts nicht negativ auf die Fairness des Verfahrens oder die Verteidigungsrechte auswirken würde, wie sie in den Artikeln 47 und 48 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind“.

Anforderungen gelten.<sup>36</sup> Der nunmehr vorgesehene Art. 37 Abs. 1 soll den Mitgliedsstaaten dagegen lediglich untersagen, die Verwertung von durch die Europäische Staatsanwaltschaft vorgebrachten Beweisen mit der Begründung zu verweigern, dass diese „in einem anderen Mitgliedstaat oder nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats erhoben wurden“. Nimmt man diese Regelung beim Wort, so schließt sie die Ablehnung eingebrachter Beweismittel mit der Begründung, dass diese nach den einschlägigen Regeln des betreffenden Mitgliedsstaats nicht zu erheben gewesen wären, nicht aus.<sup>37</sup>

## 6. Rechtsschutz

Der gerichtliche Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Europäischen Staatsanwaltschaft soll zweispurig ausgestaltet sein: Gem. Art. 42 Abs. 1 sollen grundsätzlich die mitgliedstaatlichen Gerichte für die Überprüfung von Verfahrenshandlungen der Europäischen Staatsanwaltschaft zuständig sein. Im Rahmen von in Deutschland geführten Ermittlungsverfahren der Europäischen Staatsanwaltschaft wird insoweit also insbesondere die gerichtliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 (analog) StPO in Betracht kommen.<sup>38</sup> Soweit indes dem mitgliedstaatlichen Gericht „die Frage der Gültigkeit unmittelbar auf der Grundlage des Unionsrechts gestellt wird“, soll das Vorabentscheidungsverfahren nach § 267 AEUV Anwendung finden (Art. 42 Abs. 2 lit. a).<sup>39</sup> Dass Art. 42 eine Art Mischcharakter zukommt und sich die Vorschrift als (Kompromiss-)Produkt eines eben auch (rechts-)politischen Ringens verstehen lässt, wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass im ursprünglichen Kommissionsentwurf eine Vorschrift vorgesehen war, die die Europäische Staatsanwaltschaft unter dem Aspekt des Rechtsschutzes kurzerhand zur „einzelstaatlichen Behörde“ erklärt hätte.<sup>40</sup> Im Ergebnis ergibt sich eine ambivalente Bewertung: Einerseits mag man es begrüßen, dass die mitgliedstaatliche Rechtsschutzschiene nach Art. 42 Abs. 1 es Beschuldigten beziehungsweise deren Verteidigung ermöglicht, die aus rein-nationalen Verfahren vertrauten Rechtsbehelfe heranzuziehen. Andererseits wird in Frage gestellt, ob auch in grenzüberschreitenden Verfahren der Europäischen Staatsanwaltschaft mitgliedstaatliche Gerichte in einer Position sind, effektiven Rechtsschutz zu gewähren.<sup>41</sup> Des Weiteren dürften sich im Verhältnis zwischen den Konstellationen des Art. 42 Abs. 1 und denjenigen nach Abs. 2

lit. a kaum lösbare Abgrenzungsschwierigkeiten,<sup>42</sup> wohl nur dann vermeiden lassen, wenn man Art. 42 Abs. 2 lit. a eng auslegt und konsequent auf Fälle beschränkt, in denen sich „die Frage der Gültigkeit“ einer bestimmten Verfahrenshandlung tatsächlich „unmittelbar auf der Grundlage des Unionsrechts“ stellt.<sup>43</sup> Begänne man aber damit, Art. 42 Abs. 2 lit. a für Fälle zu öffnen, in denen das für die Bewertung der angefochtenen Maßnahme maßgebliche mitgliedstaatliche Recht durch Unionsrecht beeinflusst wird,<sup>44</sup> würde dies dazu führen, dass kaum leistbare Graduierungen der unionsrechtlichen Durchwirkung der jeweils einschlägigen Normen vorzunehmen wären, um zu entscheiden, ob ein Fall des Art. 42 Abs. 1 vorliegt oder ob gem. Art. 42 Abs. 2 lit. a nach Art. 267 AEUV zu verfahren ist.

## 7. Anklageerhebung

Über die Anklageerhebung entscheidet die Ständige Kammer auf Vorschlag des ermittelnden (Delegierten) Europäischen Staatsanwalts (Art. 36 Abs. 1) mit einfacher Mehrheit (Art. 10 Abs. 3 lit. a, 6). Art. 36 Abs. 1 S. 2 sieht vor, dass die Ständige Kammer in diesem Fall nicht beschließen kann, das Verfahren einzustellen. Aus der Zusammenschau mit Art. 35 Abs. 1 ergibt sich, dass die Ständige Kammer, will sie von dem Vorschlag des (Delegierten) Europäischen Staatsanwalts abweichen, entscheiden kann, dass das Verfahren an den betroffenen Mitgliedsstaat abzugeben ist (Art. 34) oder im Vereinfachten Strafverfolgungsverfahren nach Art. 40 vorgegangen werden soll. Insbesondere hat die Ständige Kammer aber, wie bereits erwähnt,<sup>45</sup> die Möglichkeit, fallweise zu entscheiden, dass die Anklage entgegen der Regel nicht im Tatortstaat erhoben werden soll.

Die Entscheidung über die Anklageerhebung wird (wie in den vorherigen Verordnungsentwurfsfassungen vorgesehen) auf mehreren Schultern ruhen.<sup>46</sup>

## 8. Beschuldigtenrechte

Was den Aspekt der Beschuldigtenrechte anbelangt, verweist Art. 41 auf die Grundrechtecharta (Abs. 1), umsetzungsbedürftige EU-Instrumente (Abs. 2)<sup>47</sup> und schließlich auf das jeweils einschlägige mitgliedstaatliche Recht

<sup>36</sup> Mit Recht krit. *Magnus*, ZRP 2015, 181 (183); *Satzger*, (o. Fn. 16), § 10 Rn. 23a.

<sup>37</sup> Nicht ganz klar ist in diesem Zusammenhang der auf Art. 37 bezogene Erwägungsgrund Nr. 80, wonach „von der EUStA vor Gericht beigebrachten Beweismittel ... nicht allein deshalb als unzulässig abgelehnt werden [sollen] (sic!), weil sie in einem anderen Mitgliedstaat oder nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats erhoben wurden, sofern dabei nach Auffassung des Prozessgerichts mit der Zulassung der Beweismittel die Fairness des Verfahrens und die Verteidigungsrechte des Verdächtigen oder Beschuldigten nach der Charta gewahrt sind“.

<sup>38</sup> Vgl. *Böse*, JZ 2017, 82 (84).

<sup>39</sup> Des Weiteren soll nach Art. 42 Abs. 2 lit. b) und b) das Vorabentscheidungsverfahren zu beschreiten sein, wo es um die „Auslegung oder die Gültigkeit der Bestimmungen des Unionsrechts, einschließlich dieser Verordnung“ geht beziehungsweise, bei Kompetenzkonflikten zwischen der Europäischen Staatsanwaltschaft und zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden.

<sup>40</sup> „Bei der Annahme verfahrensrechtlicher Maßnahmen in Wahrnehmung ihrer Aufgaben gilt die Europäische Staatsanwaltschaft zum Zwecke der gerichtlichen Kontrolle als einzelstaatliche Behörde“ (Art. 36 Abs. 1 Komm-E); „Werden einzelstaatliche Vorschriften durch diese Verordnung für anwendbar erklärt, so gelten sie zum Zwecke des Artikels 267 AEUV nicht als Bestimmungen des Unionsrechts“ (Art. 36 Abs. 2 Komm-E).

<sup>41</sup> Vgl. *Esser*, StV 2014, 494 (501).

<sup>42</sup> Vgl. hier *Böse*, JZ 2017, 82 (84).

<sup>43</sup> Art. 42 Abs. 2 lit. a); Hervorh. durch den Verf.

<sup>44</sup> In diese Richtung *Böse*, JZ 2017, 82 (84).

<sup>45</sup> Vgl. o. Haupttext bei Fn. 20 ff.

<sup>46</sup> Krit. DRB-Stellungnahme Nr. 08/17, B. II. 1. b) bb) („System ist für gerichtliche Kammerentscheidungen richtig; es ist für staatsanwaltschaftliche Entscheidungen im Ermittlungsverfahren ungeeignet“).

<sup>47</sup> Nämlich die Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen, die Richtlinie 2012/13/EU über das Recht auf Belehrung oder Unterrichtung und das Recht auf Einsicht in die Verfahrensakte, die Richtlinie 2013/48/EU über das das

(Abs. 3). Angesichts dessen, dass die in Art. 41 Abs. 2 in Bezug genommenen Richtlinien ihrer Natur nach eine unterschiedliche Umsetzung erlauben und auch im Übrigen die Beschuldigtenstandards in den Mitgliedsstaaten noch immer nicht unerhebliche Abweichungen aufweisen,<sup>48</sup> vergibt der Verordnungsentwurf die im Primärrecht angelegte Chance (Art. 86 Abs. 3 AEUV), eigenständige Beschuldigtenrechte für das Verfahren der Europäischen Staatsanwaltschaft zu schaffen. Letztlich werden daher bei Ermittlungen wegen einander entsprechender Vorwürfe in unterschiedlichen Mitgliedsstaaten (weiterhin) unterschiedliche Standards gelten. Besonders augenfällig wird dieses Defizit hervortreten, wenn die Europäische Staatsanwaltschaft wegen ein und derselben prozessualen Tat in mehreren Mitgliedsstaaten ermittelt und für die Beschuldigten unterschiedliche mitgliedsstaatspezifische Verfahrensstandards zur Anwendung kommen.<sup>49</sup>

Wenn auch, wie dargelegt, nach dem letzten Stand der Dinge die Problematik des Forum-Shoppings beziehungsweise der Erzeugung von Patch-Work-Verfahren etwas entschärft scheint, so fragt sich schließlich immer noch, ob es nicht ein letztlich logisch-organischer Schritt wäre,

der Europäischen Staatsanwaltschaft ein europäisches Pflichtverteidigersystem gegenüberzustellen<sup>50</sup> bzw. eine Institution nach Art des Eurodefensor zu errichten.<sup>51</sup>

### III. Fazit

Das Resümee fällt durchwachsen aus. Im Vergleich zu dem ursprünglichen Kommissionsentwurf haben sich, wie dargelegt, an wesentlichen Problempunkten jedenfalls Entschärfungen ergeben. Dies liegt indes nicht unbedingt an systematischen Verbesserungen, an einer geschlossenen Fortentwicklung des ursprünglichen Entwurfs. Der Weg vom ursprünglichen Kommissionsentwurf zur jetzt aktuellen Fassung scheint stattdessen nicht zuletzt das Bemühen der Mitgliedsstaaten zu spiegeln, der tatsächlichen Macht der Europäischen Staatsanwaltschaft Grenzen zu setzen. Inwieweit sich die Europäische Staatsanwaltschaft per Saldo doch noch als ein Erfolgsmodell erweisen wird, bleibt vor diesem Hintergrund abzuwarten. Auch wird sich im Fall der Umsetzung des aktuellen Verordnungsentwurfs noch zeigen müssen, ob die Beschuldigtenrechte in der Rechtswirklichkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft ausreichend Geltung finden.

---

Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und auf Benachrichtigung eines Dritten im Falle einer Festnahme, weiterhin die Richtlinie 2016/343/EU über das Recht auf Aussageverweigerung und Unschuldsvermutung und schließlich die Richtlinie (EU)2016/1919 über das Recht auf Prozesskostenhilfe.

<sup>48</sup> Vgl. hier etwa *Esser*, StV 2014, 494 (503) m.w.N.

<sup>49</sup> Zur Kritik vgl. *Weyembergh/Brière*, (o. Fn. 9), S. 35 f.; DRB-Stellungnahme Nr. 08/17, B. II. 2. d); Gemeinsame Stellungnahme der BRAK (Nr. 13/2015) und des DAV (Nr. 19/2015), S. 5.

<sup>50</sup> Gemeinsame Stellungnahme der BRAK (Nr. 13/2015) und des DAV (Nr. 19/2015), S. 5 f.; vgl. auch *Magnus*, ZRP 2015, 181 (183).

<sup>51</sup> Vgl. zur Idee des Eurodefensor *Schünemann*, ZIS 2007, 528 (534); *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege (2006), S. 97. Überblicksdarstellung bei *Rackow*, in: *Böse* (Hrsg.), Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit (EnzEuR Bd. 9), 2013, § 23 Rn. 23 ff.

# Daten-Outsourcing und IT-Compliance bei Berufsgeheimnisträgern

## Die Neuregelungen im Umfeld des § 203 StGB

von Prof. Dr. Carsten Momsen und  
Wiss. Mit. Laura Iva Savić\*

### Abstract

Mit dem "Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen" ist es dem Gesetzgeber gelungen, die berufs- und strafrechtliche Grauzone beim Daten-Outsourcing zu beseitigen. Die Weitergabe von Daten an externe Dienstleister ist nun grundsätzlich von § 203 StGB-E gestattet. Gleichzeitig erweitert sich der Täterkreis um die externen Dienstleister. Zusätzlich hat der Gesetzgeber berufsrechtliche Compliance-Vorschriften festgelegt, die den Ruf nach Entwicklung verbindlicher IT-Sicherheitsstandards lauter werden lassen. Dieser Standards bedarf es in besonderer Weise im Datenverkehr mit ausländischen Anbietern, um unkalkulierbare Strafbarkeitsrisiken auszuschließen. Ferner bleibt abzuwarten, welche weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen zur Harmonisierung des § 203 StGB mit §§ 53, 53a StPO folgen.

### I. Einführung

§ 203 StGB stellt den Schutz von Geheimnissen, die Angehörigen bestimmter Berufsgruppen (im Folgenden: Berufsgeheimnisträger) im Rahmen ihrer Tätigkeit anvertraut wurden, vor unbefugter Offenbarung sicher. Das „Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen“<sup>1</sup> soll die Norm sowie das mit ihr verbundene Verfahrens- und Berufsordnungsrecht so umgestalten, dass ein Geheimnisschutz auch im Zeitalter des – nicht nur digitalen – Outsourcings verschiedener Hilfstätigkeiten sichergestellt werden kann.

Viele Berufsgeheimnisträger sind bei ihrer beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit auf die Einschaltung externer Dienstleister angewiesen, insbesondere in den Bereichen „Einrichtung, Betrieb, Wartung und Anpassung der informationstechnischen Anlagen, Anwendungen und Systeme“<sup>2</sup>. Die Heranziehung Dritter, außerhalb der eigenen

Sphäre stehender Personen zu diesen Hilfstätigkeiten, birgt aber auch ein rechtliches Risiko, sofern diese Personen damit von geschützten Geheimnissen Kenntnis erlangen können und keine einschlägige Befugnisnorm oder ausdrückliche Einwilligung des Berechtigten vorhanden ist.<sup>3</sup> Die Berufsgeheimnisträger bewegten sich bisher bei der Beauftragung Dritter in einer berufs- und strafrechtlichen Grauzone.<sup>4</sup> Die Gesetzesänderung schafft diesbezüglich Rechtssicherheit.

Das Gesetz zielt darauf ab, umfänglich praktizierte Formen des Datenoutsourcings mit den Bedürfnissen eines strafrechtlich wirksamen Geheimnisschutzes in Einklang zu bringen. Diese Handhabung erscheint in dem Kontext der fortschreitenden Digitalisierung als sinnvoll. Die Idee, Dienstleistungen auszulagern, steht dabei im Vordergrund. Dabei geht es in dem Gesetz insbesondere um Formen des „Non Legal Outsourcing“, also nicht um die Übertragung von konkreten juristischen Aufgaben auf Dritte („Legal Outsourcing“<sup>5</sup>), sondern um Tätigkeiten wie Aktenvernichtung, Wartungsarbeiten an EDV-Anlagen, Schreib- oder Rechnungsarbeiten. In der Praxis lassen sich Berufsgeheimnisträger bei solchen Arbeiten in der Regel durch externe Dienstleister unterstützen, sei es aus reiner Kostenersparnis und/oder auch aus Qualitäts- und Verfügbarkeitsgesichtspunkten. Alle diese externen Dienstleister kommen gezwungenermaßen mit sensiblen Daten in Berührung,<sup>6</sup> die der – berufsrechtlichen – Verschwiegenheitspflicht unterliegen, und Mandanten ist es häufig nicht bewusst, wer da neben dem Anwalt Kenntnis von all den vertraulichen Informationen erhält.<sup>7</sup>

Entscheidend ist zudem ein Nebeneffekt: Betrachtet man das Zusammenwirken der vom Gesetz umfassten straf- und strafverfahrensrechtlichen sowie berufsausübungs- und berufsordnungsrechtlichen Normen im Zusammenspiel mit der Datenschutzgrundverordnung, so ergeben

\* Prof. Dr. Carsten Momsen leitet den Arbeitsbereich „Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht“ an der Freien Universität Berlin, Laura Savić ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Arbeitsbereich.

<sup>1</sup> Am 22.9.2017 hat der Bundesrat den bestehenden Entwurf v. 14.4.2017 (= BT-Drs. 18/11936) gebilligt. Es bedarf lediglich der Gegenzeichnung sowie der Ausfertigung und Verkündung durch den Bundespräsidenten.

<sup>2</sup> BT-Drs. 18/11936, S. 1.

<sup>3</sup> A.a.O.

<sup>4</sup> Vgl. auch *Hartung/Weberstaed*, NJW 2016, 2209.

<sup>5</sup> Die Übertragung juristischer mandatsbezogener Tätigkeiten ausschließlich durch Angehörige der rechtsberatenden Berufe oder Unternehmen an externe Dritte, *Hartung/Weberstaed*, NJW 2016, 2209 (2210).

<sup>6</sup> *Kargl* nennt als Beispiele einer notgedrungenen Kenntnis von Daten durch Diensteanbieter: Papierstau im Drucker, »eingefrorene« Bildschirme oder den Ausfall eines Servers: StV 2017, 482.

<sup>7</sup> *Hartung/Weberstaed*, NJW 2016, 2209.

sich dezidierte und teilweise weitreichende Anforderungen an die IT-Compliance für Berufsgeheimnisträger.

## II. Strafrechtliche Perspektive – Strafbarkeitsrisiko

Bezogen auf die Tätigkeit eines Rechtsanwaltes dient § 203 StGB dem Schutz von Mandantengeheimnissen, die der Mandant dem Rechtsanwalt im Rahmen seiner Tätigkeit anvertraut hat. Die in § 203 StGB normierte Schweigepflicht des Rechtsanwalts gehört zum Kernbestand seines Berufsrechts (§ 43a BRAO, § 2 BORA). Möchte der Rechtsanwalt diese Geheimnisse weitergeben, bedarf es zunächst einer Einwilligung durch den Mandanten, auch wenn externe Dienstleister beauftragt werden und im Rahmen der Beauftragung vertrauliche Mandatsgeheimnisse weitergegeben werden müssen. Die Übertragung der Mandatsfähigkeit auf den externen Auftraggeber ohne Einverständnis des Mandanten barg derzeit noch das Strafbarkeitsrisiko des § 203 Abs. 1 und 2 S. 1 StGB. Damit konnte das unbefugte Offenbaren eines fremden Geheimnisses, das ihm in bestimmter beruflicher Eigenschaft anvertraut oder sonst bekannt geworden sei, erfüllt sein. Um diesem Strafbarkeitsrisiko entgegenzuwirken, wird bei dem demnächst zu verkündenden Gesetz direkt an der Tathandlung des „Offenbarens“ angesetzt. Nach § 203 Abs. 3 Satz 1 StGB liegt gerade kein „Offenbaren“ vor, wenn bei dem Rechtsanwalt „berufsmäßige Gehilfen oder bei diesem zur Vorbereitung auf den Beruf tätige Personen“ Zugang zu den Geheimnissen bekommen. Externe Dienstleister zählen jedoch nicht dazu, weil sie nicht in den organisatorischen und weisungsgebundenen internen Bereich mit einbezogen sind. Nach § 203 StGB wird ein „Offenbaren“ bei solchen Personen nicht mehr erfüllt sein, die an der beruflichen oder dienstlichen Tätigkeit des Rechtsanwaltes mitwirken (Abs. 3 S. 2), auch wenn das Geheimnis den Kreis der ursprünglich „zur Kenntnis Berufenen“ verlässt. Exemplarisch für solche „mitwirkenden Personen“, die nicht der Sphäre des Berufsträgers zuzuordnen sind, sind bspw. Personen, die auf Seiten eines Cloud-Diensteanbieters mit den Informationen in Kontakt kommen, zu nennen. Dadurch werden externe Dienstleister (Auftragnehmer) als Gehilfen qualifiziert und somit in den (neuen) Kreis der Verpflichteten aufgenommen. Dafür entscheidend ist, dass sie in irgendeiner Art und Weise in die berufliche Tätigkeit eingebunden sein müssen und dazu Beiträge leisten müssen. Eine Eingliederung in die Sphäre des Berufsgeheimnisträgers ist hingegen nicht mehr erforderlich. Folglich ist eine Weitergabe mandatsbezogener Informationen an diesen Personenkreis damit

zwar tatbestandsmäßig, aber erlaubt, mithin nicht unbefugt, wie es das Gesetz fordert.

Greift man sich in diesem Kontext nur die im privaten und unternehmerischen Alltag nicht mehr wegzudenkende – trotz der damit verbundenen Risiken zumindest in weiten Bereichen als sozialadäquat eingeordnete – Möglichkeit der Nutzung dezentraler IT-Ressourcen (Cloud)<sup>8</sup> heraus, so muss klar sein, ob der Auftraggeber und der Auftragnehmer sich nach § 203 StGB strafbar machen, wenn diese Daten in die Cloud übermitteln bzw. übermitteln lassen.

Von einer erlaubten Weitergabe mandatsbezogener Informationen sind Anbieter von Cloud-Plattformen, die eine verschlüsselte Speicherung zulassen, nunmehr erfasst. Dabei muss zwischen Transportverschlüsselung und der verschlüsselten Speicherung unterschieden werden, siehe dazu den BSI Anforderungskatalog Cloud-Computing (C5).<sup>9</sup> Aus dem Gesetz geht nicht hervor, ob alle Cloud-Lösungen<sup>10</sup> darunter zu fassen sind, weil keine Differenzierung möglicher Cloud-Anwendungen vorgenommen wird (unklar bleibt, wie bspw. „Software as a Service“ Angebote zu behandeln wären). Darüber hinaus gibt es keine Hinweise darauf, wie Cloud-Lösungen auszugestaltet sind,<sup>11</sup> damit sie in den Anwendungsbereich fallen bzw. gerade davon ausgenommen bleiben. Rechtlich muss davon ausgegangen werden, dass es sich bei den Vorgaben des BSI um den „Stand der Technik“ handelt, der etwa nach § 13 Abs. 7 TMG bereits heute von jedem Diensteanbieter beachtet werden muss.<sup>12</sup> Stand der Technik ist die Verschlüsselung vor dem Ablegen in der Cloud beim Rechtsanwalt und zudem eine Transportverschlüsselung, denn dann kann der Cloud-Anbieter die Daten nicht zur Kenntnis nehmen.<sup>13</sup> Ein entscheidendes Abgrenzungskriterium wäre sicherlich darin zu sehen, ob die Berufsgeheimnisträger selbst oder deren Gehilfen unabhängig vom Cloud-Anbieter auf die gespeicherten Daten zugreifen können, was der Regelfall sein dürfte. Weiterhin gilt zu differenzieren, ob und in welcher Form der Cloud-Anbieter zugangsberechtigt ist, sowie, ob eine differenzierte Zugangsberechtigung in der Sphäre des Berufsträgers gegeben ist.<sup>14</sup>

Die Verlagerung vorhandener Informationen in die Cloud sowie die Nutzung dieser Informationen bedingt spezifische Sicherheitsstandards.<sup>15</sup> Als Beispiel kann auf den Anforderungskatalog Cloud-Computing (C5) „Kriterien zur Beurteilung der Informationssicherheit von Cloud-

<sup>8</sup> *Conrad/Fechtner*, CR 2013, 137 ff.; *Hilgendorf*, in: Hilgendorf (Hrsg.), Informationsstrafrecht und Rechtsinformatik, 2004, S. 83; *Leupold*, Münchener Anwalthandbuch IT-Recht, 3. Aufl. (2013), 4/18 ff.; *Preuß*, DuD 2016, 802 ff.

<sup>9</sup> [https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/CloudComputing/Anforderungskatalog/Anforderungskatalog.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=7](https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/CloudComputing/Anforderungskatalog/Anforderungskatalog.pdf?__blob=publicationFile&v=7) (zuletzt abgerufen am 25.9.2017).

<sup>10</sup> Zu verschiedenen Erscheinungsformen näher *Preuß*, DuD 2016, 802 f.

<sup>11</sup> Dazu näher *Cornelius*, StV 2016, 380.

<sup>12</sup> Vgl. wiederum BSI – C5 (Fn. 9).

<sup>13</sup> Die etwa ehemals von DAVIT empfohlene Lösung „doculife“, hinter der ein Schweizer Anbieter steht und die von der Telekom vermarktet wurde, übermittelte das „Master-Secret“, also den „privaten Schlüssel“ (sic!) bei jedem Aufruf des Dienstes an den Dienstleister zur Entschlüsselung der beim Dienstleister liegenden Dokumente und Daten. Zum „Security-Konzept doculife“: [https://www.t-systems.com/blob/651436/b57154598372f8dbfb3a3adde0d32c3c/DL\\_Doculife\\_Dokumentenmanagement.pdf](https://www.t-systems.com/blob/651436/b57154598372f8dbfb3a3adde0d32c3c/DL_Doculife_Dokumentenmanagement.pdf). (zuletzt abgerufen am 25.9.2017).

<sup>14</sup> Vgl. *Preuß*, DuD 2016, 802 (803).

<sup>15</sup> <https://www.heise.de/newsticker/meldung/BSI-setzt-Regeln-fuer-Cloud-Kunden-3704637.html?> (zuletzt abgerufen am 25.9.2017); vgl. auch *Kemmerich/Agrawal/Momsen*, in: Ryan Ko/Raymond Choo (Hrsg.), *The Cloud Security Ecosystem Technical, Legal, Business and Management Issues*, Oxford (2015) S. 205-230.

Diensten“ verwiesen werden.

Das neue Gesetz legt richtigerweise eine Differenzierung zwischen den Gehilfen des Berufsträgers zugrunde, an welche auch bislang eine Weitergabe prinzipiell straflos erfolgen konnte, und anderen mitwirkenden Personen, welche nicht der Sphäre des Berufsträgers zuzuordnen sind. Im Grunde führt die Erweiterung des Personenkreises zu einer Verringerung des strafrechtlichen Geheimnisschutzes, trägt aber den technischen Bedürfnissen im digitalen Zeitalter Rechnung, sowie dem bestehenden Problem, dass nach überwiegender Ansicht externe Personen für den Bereich des § 203 Abs. 1 StGB gerade nicht als berufsmäßige Gehilfen gelten. Dieses relativ restriktive Ergebnis wird zumindest teilweise dadurch kompensiert, dass die für den Berufsgeheimnisträger tätig werdenden Dienstleister, die von diesem auf eine Geheimhaltung verpflichtet wurden, nunmehr selbst von dem Anwendungsbereich der Norm erfasst werden und sich ebenfalls strafbar machen können, § 203 Abs. 4 S.1 StGB. Dahingehend wird also der Täterkreis auf externe Dienstleister erweitert. Diese Neuregelung führt damit in einem ersten Schritt zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit auf einen Personenkreis, der keine berufsspezifischen Tätigkeiten ausübt und bis dato keinem vergleichbaren Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt war. Anpassungen bspw. im Bereich der Angebote von IT-Dienstleistungen an Berufsgeheimnisträger sowie bei der Ausgestaltung entsprechender Verträge werden notwendig (s.u. IV.).

Zusätzlich treffen den Berufsgeheimnisträger bei der Beauftragung Dritter weitere (Sorgfalts-) Pflichten. Der Berufsgeheimnisträger macht sich strafbar, wenn eine sonstige mitwirkende Person ein Geheimnis offenbart, er aber nicht dafür Sorge getragen hat, dass die Person zur Geheimhaltung verpflichtet ist (Abs. 4 S. 2). Trotz des Fehlverhaltens einer dritten Person, die die eigentliche Tat handlung (Offenbaren eines Geheimnisses) begangen hat, wird der Berufsgeheimnisträger also dann bestraft, wenn er den Dritten nicht zur Geheimhaltung verpflichtet hat. Aus dem Wortlaut des Gesetzes „nicht dafür Sorge getragen hat, dass eine sonstige mitwirkende Person [...] zur Geheimhaltung verpflichtet wurde“ lässt sich dahingehend eine einmalige Pflicht entnehmen. Wann die Verschwiegenheitsverpflichtung vorzunehmen ist, regelt § 203 StGB nicht, ebenso wenig wie konkret die Sorgfaltspflicht ausgestaltet ist. Soweit spezifisches Berufsrecht gilt (vgl. § 43e BRAO, s.u.D.) sind die Pflichten teilweise weitergehend konkretisiert.

Die Befugnis, sich der Inanspruchnahme von Dienstleistern zu bedienen, tritt aber nur dann ein, wenn gewährleistet ist, dass die Verschwiegenheitspflicht bei diesen Dienstleistern *vertraglich sichergestellt* ist. Der Gesetzgeber normiert damit strafbewehrte Sorgfaltspflichten für die Berufsgeheimnisträger, die bei der Einbeziehung dritter Dienstleister zu beachten sind (s.u.). Regelungstechnisch deutet Abs. 4 S. 2 auf ein sog. „echtes Unterlassungsdelikt“<sup>16</sup> hin. Nr. 1 und 2 beschreiben eine Pflichtenkaskade, wonach eine Unterlassensstrafbarkeit bspw. des

Rechtsanwalts auch dann besteht, wenn er seine Hilfspersonen nicht über die abgeleitete Pflichtenstellung i.S.v. Nr. 2 belehrt. Begrüßenswert erscheint, dass der Berufsgeheimnisträger die Pflicht nicht nur erfüllt, wenn er die erforderliche Verpflichtung selbst vornimmt, sondern dies auch durch einen Dritten geschehen kann, da sich die strafbewehrte Verpflichtung zur Geheimhaltung insbesondere in mehrstufigen Verhältnissen bis zur letztlich tätig werdenden Person fortsetzt, § 203 Abs. 4 Nr. 2 StGB. Somit kann ein weitgehend lückenloser Schutz des fremden Geheimnisses erreicht werden.

### III. Strafprozessuale Perspektive

§ 53a StPO gewährleistet für das Verhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt ein gewisses Maß an Schutzstandards. Im Bereich des thematisierten Datenoutsourcings wird dies in den Fällen relevant, in denen sowohl strafrechtlich gegen den Mandanten ermittelt wird, als auch die vom Mandanten beauftragte Kanzlei, die für das Zivilverfahren mandatiert wurde, Rechtsdienstleistungen auslagert. Es wäre fatal, wenn die mandatsbezogenen Privilegien beim Datenoutsourcing nicht greifen würden. Diese Situation wird unter anderem durch das Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 53, 53a StPO reguliert. Der Wortlaut des § 53 StPO bezieht sich auf Strafverteidiger, Rechtsanwälte und Steuerberater. § 53a StPO erweitert diesen umfassenden Schutz für Gehilfen, die an der berufsmäßigen Tätigkeit des geschützten Personenkreises teilnehmen („Berufshelfer“). Insoweit stellt sich die Frage, ob der Gehilfenbegriff des § 203 StGB und der des § 53a StPO gleichzusetzen sind. Um in Genuss des durch § 53a StPO intendierten Schutzes des Vertrauensverhältnisses zu gelangen, fordert die Rechtsprechung, dass zwischen der Tätigkeit des Berufsträgers (Auftraggeber) und der Hilfsperson (Auftragnehmer) ein innerer funktionaler Zusammenhang bestehen muss.<sup>17</sup> Dieser umfasst dann ebenfalls die vom § 203 StGB umfassten Gehilfen, jedoch nicht unbedingt Dritte (externe Diensteanbieter), die selbstständige Einzelaufträge ausführen, wie Cloud-Anbieter. Denn diese Personengruppe unterfällt nicht dem bisherigen Wortlautverständnis des § 53a StPO. Im Zusammenhang des Datenoutsourcings im Hinblick auf § 203 StGB muss daher auch die Reichweite des Gehilfenbegriffs aus § 53a StPO neu diskutiert werden, um einen umfassenden Schutz zu gewährleisten. Sollte ein funktionsbezogener Interpretationsansatz bei Gehilfen maßgeblich sein, könnte dem Abhilfe geschaffen werden. Danach ist Gehilfe jede Person, die vom Hauptberufsträger für die in § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StPO bezeichneten Tätigkeiten herangezogen wird und umfasst jede Wahrnehmung, die dem Berufshelfer in dieser Eigenschaft anvertraut oder bekannt wird. Danach wäre der selbstständig auftretende Cloud-Anbieter Gehilfe im Sinne des § 53a StPO, sowie eine „sonstige mitwirkende Person“ nach § 203 StGB. Angesichts der bisherigen Handhabung des § 53a StPO folgt dieses erweiterte funktionsbezogene Verständnis jedoch nicht aus der Änderung des § 203 StGB. Zudem müsste klargestellt werden, dass (bzw. unter welchen Voraussetzungen) insoweit auch Mandanten

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drs. 18/11936, S. 28.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 7.4.2005 – 1 StR 326/04; BGHSt 50, 64 = NJW 2005, 2406; Percic, in: MüKo-StPO (2014), § 53a Rn. 2 m.w. N.

funktionsbezogen Kenntnis erlangen können.

Aus Sicht der Mandanten, der Berufsgeheimnisträger und Dritter involvierter Personen bedarf es daher insgesamt einer einheitlichen und in sich konsistenten Regelung der §§ 53, 53a StPO und § 203 StGB. Dass diese im Rahmen der Gesetzesänderung nicht umfassend in Angriff genommen wird, ist nicht nur eine lässliche Sünde, sondern führt zu erheblichen Verwerfungen. Dies wird deutlich, wenn der Blick auf das parallele Gesetzgebungsverfahren zum „Entwurf eines Gesetzes zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des Strafverfahrens<sup>18</sup>“ gerichtet wird. Im Zusammenhang mit den Ermittlungsmaßnahmen „Online-Durchsuchung“ und „Staatstrojaner“ wird insbesondere infolge der Neuregelung des § 100d Abs. 5 StPO der Schutz stark relativiert, da Ermittlungsmaßnahmen gegen Hilfspersonen, welche häufig den Hauptteil der Kommunikation bestreiten, einer weitreichenden Abwägung geöffnet werden.

Zwischen beiden Konzeptionen entsteht, worauf u.a. *Conen* zutreffend hinweist, ein erheblicher Wertungswiderspruch: Materiell-rechtlich soll mit dem Gesetz zu § 203 StGB zum einen die Erweiterung des Personenkreises, der mit Geheimnissen des Berufsgeheimnisträgers befasst wird, erleichtert und der heutigen Arbeitswelt angepasst, andererseits der Schutz dieser Geheimnisse bei Dritten unverändert durch Strafbarkeit der Offenbarung auch durch den erweiterten Personenkreis gewährleistet werden. Während also hier der Kreis von potentiellen Berufshelfern ausgedehnt wird und dabei der Schutz der Geheimnisse materiell-rechtlich in vergleichbarer Weise wie beim Berufsgeheimnisträger erreicht werden soll, führt das andere Vorhaben u. a. auch dahin, den Schutz dieser Geheimnisse bei Dritten zu relativieren, sofern sie staatlicherseits durch Quellen-TKÜ oder Onlinedurchsuchungen von den Ermittlungsbehörden heimlich, ggf. auch zielgerichtet erlangt werden. Der Änderungsvorschlag des BMJV zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 18/11936 – konnte hier keine ausreichende Abhilfe schaffen.

#### IV. Berufsrecht, Datenschutzrecht und Compliance

Für Rechtsanwälte soll die bislang nur satzungsrechtlich bestehende Verpflichtung, Personal und mitwirkende Personen zur Verschwiegenheit zu verpflichten, nunmehr ins Gesetz übernommen werden, § 4a Abs. 2 BRAO.<sup>19</sup> Dabei ergibt sich erst aus § 203 StGB-E in Verbindung mit § 43e BRAO, dass eine Belehrung nicht ausreicht, sondern regelmäßig auch eine Überwachung erforderlich ist.

Nur dann stehen die neuen Regelungen im Einklang mit Art. 35 DSGVO und den allgemeinen Anforderungsprofilen im Bereich der IT-Compliance.

Sofern also der Berufsgeheimnisträger dritte Personen an seiner Berufsausübung mitwirken lässt, ist er im Interesse des Geheimnisschutzes nunmehr dazu verpflichtet, diese Dritten als Dienstleister in schriftlicher Form zur *Verschwiegenheit zu verpflichten*, diese über die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung zu *belehren*, in geeigneter Weise *auf die Einhaltung der Verschwiegenheit hinzuwirken* und im Hinblick auf ihre Vertrauenswürdigkeit *sorgfältig auszuwählen* und zu *überwachen*.

Die Formulierung aus § 43e Abs. 2 S. 1 BRAO<sup>20</sup> ist als Compliance Vorschrift zu werten, bzw. als gesetzlicher Auftrag, entsprechende Compliance-Strukturen zu schaffen. Derartige Compliance-Strukturen bzw. prognostischen Prüfungen verlangt in der Sache bereits die Datenschutz Grundverordnung (siehe Datenschutz-Folgenabschätzung; Art. 35 DSGVO).

Denkbar wäre es, analog zu entsprechenden Verfahrensweisen im Compliance-Sektor, auf eine Zertifizierung<sup>21</sup> des Diensteanbieters abzustellen, welche u.a. eine regelmäßige Schulung der Mitarbeiter nachweisen.<sup>22</sup> Allerdings müssten entsprechende verbindliche Standards geschaffen werden und im Einklang mit datenschutzrechtlichen Anforderungen stehen.<sup>23</sup> Denkbar wäre auch eine einzelvertragliche Ausgestaltung i.S. § 43e Abs. 3 Nr. 3 BRAO. Problematisch daran ist, dass diese die vertraglichen oder nichtvertraglichen Auftragsverhältnisse mit Arbeitnehmern oder Dritten auf Seiten des Dienstleisters nicht umfänglich erfassen kann.<sup>24</sup> Mit Blick auf eine strafrechtlich einheitliche Handhabung erscheint jedenfalls eine weitergehende Konkretisierung unabhängig vom Einzelfall erstrebenswert.<sup>25</sup>

Entscheidend für die Rechtssicherheit wird damit die Entwicklung verbindlicher IT-Sicherheitsstandards. Solange diese fehlen, wird das Risiko, den neuen gesetzlichen Anforderungen genügende IT-Konzepte vorzuhalten, auf die Berufsgeheimnisträger abgewälzt, ohne dass valide Informationsquellen zur Verfügung gestellt werden.<sup>26</sup>

Im Hinblick auf eine mögliche Konkretisierung der Pflicht kann dies insoweit vorgenommen werden, als das hinsichtlich der Adressaten und des jeweiligen Gefahrenpotenzials differenziert wird. Insoweit erlangt eine Differenzierung der „mitwirkenden Personen“ Bedeutung. Um

<sup>18</sup> BT-Drs. 18/11277.

<sup>19</sup> „Der Rechtsanwalt hat die von ihm beschäftigten Personen in schriftlicher Form zur Verschwiegenheit zu verpflichten und sie dabei über die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung zu belehren. Zudem hat er bei ihnen in geeigneter Weise auf die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht hinzuwirken.“

<sup>20</sup> „Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, den Dienstleister sorgfältig auszuwählen.“

<sup>21</sup> *Traudes*, Zertifizierung als Maßnahme der (Criminal) Compliance, 2017.

<sup>22</sup> Entsprechende Angebote, wie etwa „Trusted Cloud – Datenschutzprofil für Cloud-Dienste“ (<http://www.tcdp.de/index.php>) bestehen. Jedoch müssten die Zertifizierungen allgemeine Verbindlichkeit beanspruchen können, um strafrechtliche Wirkung zu entfalten.

<sup>23</sup> Vgl. *Preuß*, DuD 2016, 804.

<sup>24</sup> Zu § 53a StPO s.o. III. am Ende.

<sup>25</sup> Zu Großprojekten unter Einbindung externer Dritter zweifelnd *Raschke*, BB 2017, 579 (580).

<sup>26</sup> Dies mag für große Teilnehmer auf dem Markt, welche eine eigene IT-Abteilung unterhalten können, tolerabel sein. Kleinere und mittlere Kanzleien droht hier allerdings ein nicht zu unterschätzender Wettbewerbsnachteil. Sinnvoll erschiene es, bspw. hierauf zugeschnittene BSI-Richtlinien zu erlassen. Ebenfalls müsste differenziert festgelegt werden, wann bzw. welche ausländischen Anbieter die Standards erreichen. Für den Verwender ist es i.d.R. nicht zu erkennen, ob die Dienstleistungen ganz oder zum Teil im Ausland erbracht werden. Vertragliche Regelungen werden hier auch vielfach nicht in adäquater Form erfolgen können.

keine hypertrophe gesetzliche Regelung zu schaffen, bietet sich eine funktionsbezogene Betrachtungsweise an, die jedenfalls im Gesetz angelegt werden könnte.<sup>27</sup> Funktionsbezug wäre jedenfalls gegeben, wenn der „sonstige Mitwirkende“ bei Ausübung der ihm übertragenen Aufgaben „bestimmungsgemäß“ oder „regelmäßig“ mit Geheimnissen in Berührung kommt.

Die in § 43e BRAO genannte Prüfungs- und Sorgfaltspflicht ist gegenüber der „Dienstleister“ anzuwenden, wohingegen § 203 StGB diese auf „sonstige mitwirkende Personen“ als tatsächlich tätige natürliche Personen bezieht.

Die berufs- bzw. strafrechtlichen Vorgaben finden parallel zu den datenschutzrechtlichen Regelungen des BDSG Anwendung. Aus datenschutzrechtlicher Perspektive ist § 11 BDSG zu beachten. Eine Reihe von Outsourcing-Fällen lässt sich mit vertraglichen Vereinbarungen lösen, die die Anforderungen des § 11 BDSG erfüllen.<sup>28</sup> In vielen Fällen kann eine datenschutzrechtliche Vereinbarkeit erzielt werden, auch wenn nicht grundsätzlich jedes Outsourcing von Datenverarbeitungsdienstleistungen per se als Auftragsdatenverarbeitung i.S.v. § 11 BDSG zu werten ist.<sup>29</sup> So wird beispielsweise die Nutzung von Cloud Computing überwiegend als Auftragsdatenverarbeitung i.S.d. § 11 BDSG eingeordnet.<sup>30</sup>

Im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Wertung muss in strafrechtlicher Hinsicht beachtet werden, dass wenn datenschutzrechtlich eine Auftragsdatenverarbeitung (ADV) vorliegt, sich keine Rechtfertigung nach § 203 StGB herleiten lässt, da die ADV sich nicht auf Geheimnisse bezieht. Das StGB und das BDSG haben diesbezügliche unterschiedliche Schutzbereiche (Geheimnisse von natürlichen und juristischen Personen – personenbezogene Daten von natürlichen Personen). Nach § 1 Abs. 3 S. 2 BDSG bleibt die Verpflichtung zur Wahrung gesetzlicher Geheimhaltungspflichten vom Datenschutzrecht vielmehr unberührt und § 11 BDSG ist nicht als Rechtfertigungsgrund formuliert.<sup>31</sup> Somit kann sich ein Wertungswiderspruch zwischen Straf- und Datenschutzrecht ergeben, der durchaus praktische Bedeutung hat.<sup>32</sup>

## V. Fazit

Die Neuregelung des Gesetzes ist ein notwendiger Baustein, um den Geheimnisschutz der Berufsausübung im IT-Zeitalter anzupassen. Zu begrüßen ist neben der generellen Zielrichtung auch die faktische Schaffung von Compliance-Standards. Hier allerdings bedarf es weiterer Regelungen, damit die Standards von den Berufsgeheimnisträgern erfüllt werden können sowie einer Abstimmung mit datenschutzrechtlichen Regelungen. Dringlicher Nachsteuerungsbedarf besteht zudem im Bereich des § 53a StPO.

<sup>27</sup> Dazu ausf. *Cornelius*, StV 2016, 384 ff.

<sup>28</sup> *Fechtner*, <https://www.cr-online.de/blog/2017/01/06/geplante-neuregelung-in-§-203-stgb-erleichterte-einbindung-externer-dienstleister-fuer-berufsgeheimnistraeger/> (zuletzt abgerufen am 25.9.2017).

<sup>29</sup> *Fechtner* (Fn. 28); zur Abgrenzung *Conrad/Fechtner*, CR 2013, 137 ff.

<sup>30</sup> *Preuß*, DuD 2016, 803 m.w.N.

<sup>31</sup> *Cornelius*, StV 2016, 381.

<sup>32</sup> Dazu ausführlich *Preuß*, DuD 2016, 804.

## Die Strafgesetzgebung zu „Einzelrasern“ in § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

von Felix Dahlke und

Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland\*

### Abstract

Der Gesetzentwurf des Bundesrates zur „Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr“ wurde im Rechtsausschuss um einen Tatbestand für „Einzelraser“ ergänzt. Die durch den Bundestag nun verabschiedete Fassung des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB enthält als neues subjektives Merkmal die Formulierung „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“. Die „höchstmögliche Geschwindigkeit“ ist allerdings keine feststehende Größe, sondern hängt vom konkreten Kraftfahrzeug und der konkreten (Verkehrs-, Straßen-, Wetter-, ...) Situation ab. Damit sind Definitions- und Beweisprobleme ebenso vorgezeichnet wie mit der Formulierung „um ... zu“, mit der nur unzureichend das gesetzgeberische Ziel, das objektive und subjektive Nachstellen von Kraftfahrzeugrennen als einzelner Fahrer unter Strafe zu stellen, erreicht wird.

### I. Ausgangslage

Der Gesetzentwurf des Bundesrats zur „Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr“<sup>1</sup> wurde am 29. 6. 2017 nunmehr auch durch den Bundestag verabschiedet.<sup>2</sup> Bald werden somit illegale Kraftfahrzeugrennen auch ohne konkrete Gefährdung strafbar sein. Allerdings hat der Rechtsausschuss des Bundestages – quasi auf der Zielgeraden – den Gesetzentwurf des Bundesrates auf Antrag der Koalitionsfraktionen<sup>3</sup> hin neben einigen redaktionellen Folgeänderungen auch um zwei bemerkenswerte Regelungen ergänzt.<sup>4</sup> Dabei handelt es sich zum einen um die Ergänzung der Versuchsstrafbarkeit für den Tatbestand des Ausrichtens oder Durchführens eines illegalen Rennens (§ 315d Abs. 3 StGB-E) und zum anderen um die Ergänzung eines Tatbestands für „Einzelraser“ (§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB-E).<sup>5</sup>

Bei der Strafbarkeit des Versuchs, ein abstrakt gefährliches Rennen zu organisieren, handelt es sich um eine Ausdehnung der Strafbarkeit weit ins Vorfeld jeglicher Rechtsgutsgefährdung. So bedenklich der Inhalt dieser

Regelung durch die extreme Vorverlagerung der Strafbarkeit auch ist: Die Bestimmung eben dieses Inhalts weist keine besonderen Schwierigkeiten auf.

In besonderem Maße interpretationsbedürftig ist hingegen die andere Ergänzung, der neue Tatbestand des „Einzelrasens“. Mit diesem neuen Tatbestand sollen „diejenigen Fälle, in denen nur ein einziges Fahrzeug objektiv und subjektiv ein Kraftfahrzeugrennen nachstellt“, unter Strafe gestellt werden.<sup>6</sup> Dabei hat sich der Gesetzgeber bewusst ausschließlich für eine abstrakte Umschreibung und damit gegen eine Regelung wie in der Schweiz, bei der ergänzend und konkretisierend an die an die Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit um ein bestimmtes Maß angeknüpft wird,<sup>7</sup> entschieden.<sup>8</sup> Abgelehnt wurde auch ein Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, der durch Erweiterung des § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB die Einführung einer generellen Strafbarkeit grob verkehrswidrigen und rücksichtslosen zu schnellen Fahrens bei konkreter Gefährdung vorsah.<sup>9</sup>

### II. Analyse

Formuliert ist der Einzelraser-Tatbestand wie folgt:

#### § 315d Verbotene Kraftfahrzeugrennen

##### (1) Wer im Straßenverkehr

1. [...]

2. [...]

3. sich als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

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

<sup>1</sup> Zur Kritik an der Neureglung im Hinblick auf Kraftfahrzeugrennen: Dahlke/Hoffmann-Holland, KriPoZ 2017, 35.

<sup>2</sup> Plenarprotokoll 18/243, 24909 C.

<sup>3</sup> Ausschussdrucksache 18(6)360.

<sup>4</sup> Diese Ergänzungen seines Gesetzentwurfs hat der Bundesrat am 22.9.2017 durch seinen Beschluss, nicht den Vermittlungsausschuss anzurufen, gebilligt, s. BR-Drs. 607/17 (B).

<sup>5</sup> Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12936.

<sup>6</sup> Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12964, S. 5.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 90 Abs. 3, 4 Strassenverkehrsgesetz der Schweiz. Abs. 4 lautet: „Absatz 3 ist in jedem Fall erfüllt, wenn die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten wird um: [...]“.

<sup>8</sup> Vgl. die Redebeiträge von Lühmann und Fechner bei der Aussprache in der zweiten Lesung, Plenarprotokoll 18/243, 24902 ff.

<sup>9</sup> Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 18/12558.

Eine konkrete Gefahr wird – wie in den anderen Fällen des § 315d Abs. 1 StGB-E – nicht vorausgesetzt. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.<sup>10</sup> Neben dem recht einfachen Merkmal eines „Kraftfahrzeugführers“, der sich „fortbewegt“, besteht dieser neue Straftatbestand aus drei Elementen, die bei näherer Betrachtung schwieriger zu bestimmen sind.

### 1. „mit nicht angepasster Geschwindigkeit“

Das Fahren mit „nicht angepasster Geschwindigkeit“ ist die in Rechtsprechung und Literatur gebräuchliche und auch im Bußgeldkatalog (Nr. 8.1, 8.2 Anlage BKatV) genutzte zusammenfassende Wendung, die den Verstoß gegen das Gebot des § 3 Abs. 1 StVO, nur so schnell zu fahren, dass das Fahrzeug unter den konkreten Bedingungen ständig beherrscht wird, sowie die in dem Verstoß liegende Verkehrsordnungswidrigkeit (§ 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO) bezeichnet.<sup>11</sup> Für die Feststellung, dass der Fahrer mit nicht angepasster Geschwindigkeit gefahren ist, muss sich der Tatrichter nach der obergerichtlichen Rechtsprechung eine klare – regelmäßig ausdrücklich bezifferte – Vorstellung über die unter den konkreten Umständen, d.h. insbesondere nach den örtlichen Verhältnissen und den Fähigkeiten des Fahrers, höchstens zulässige Geschwindigkeit bilden, wenn nicht aufgrund anderer Umstände – z.B. einem klar geschwindigkeitsbedingten Unfall – feststeht, dass die gefahrene Geschwindigkeit eindeutig zu hoch war.<sup>12</sup> Es handelt sich mithin um einen etablierten Begriff, mit dem die Praxis trotz der Offenheit des Wortlauts umgehen kann, indem die Offenheit durch vergleichsweise strenge Anforderungen an die nachvollziehbare Darlegung der richterlichen Einzelfallbewertung kompensiert wird.

Im neuen Tatbestand hat der Gesetzgeber den Begriff der nicht angepassten Geschwindigkeit gewählt, um nicht nur Fälle der Überschreitung von Geschwindigkeitsbegrenzungen zu erfassen, sondern auch das Fahren mit einer Geschwindigkeit, die der konkreten Verkehrssituation, insbesondere den Straßen-, Sicht- und Wetterverhältnissen, nicht gerecht wird.<sup>13</sup> Als weitere Konsequenz ist die Verwirklichung des neuen Tatbestandes auch dort möglich, wo keine Geschwindigkeitsbegrenzung gilt.

### 2. „grob verkehrswidrig und rücksichtslos“

Mit dem Erfordernis des „grob verkehrswidrigen und rücksichtslosen“ Verhaltens greift der Gesetzgeber bewusst auf die bereits aus § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB bekannten Strafbarkeitsmerkmale zurück.<sup>14</sup> Rücksichtslos handelt, wer sich aus eigensüchtigen Gründen über seine

Pflichten gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit von vornherein Bedenken gegen sein Verhalten nicht aufkommen lässt.<sup>15</sup> Die grobe Verkehrswidrigkeit ist bei einem besonders schweren Verstoß gegen Verkehrsregeln gegeben.<sup>16</sup> Ein solcher ist insbesondere bei der doppelten Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit anzunehmen.<sup>17</sup>

### 3. „um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“

Hierbei handelt es sich dem insoweit eindeutigen Wortlaut nach um ein rein subjektives Merkmal. „Eine höchstmögliche Geschwindigkeit“ muss objektiv nicht erreicht werden, es muss lediglich das Ziel des Täters sein, diese zu erreichen.<sup>18</sup> Es handelt sich beim „Einzelrasen“ also um ein Delikt mit überschießender Innentendenz. Es ist das einzig wirklich neue Tatbestandsmerkmal.<sup>19</sup> Zugleich ist es auch das praktisch entscheidende Merkmal für die Abgrenzung von zukünftig strafbarem und weiterhin straflosem Verhalten. Vom Gesetzgeber ist eine Einschränkung der Strafbarkeit beabsichtigt, denn „bloße Geschwindigkeitsüberschreitungen“ sollen vom neuen Tatbestand ausdrücklich nicht erfasst werden, und zwar auch dann nicht, „wenn sie erheblich sind“.<sup>20</sup> Über den objektiven Tatbestand alleine wird die vom Gesetzgeber gewollte Einschränkung nicht erreicht, denn das grob verkehrswidrige Fahren mit nicht angepasster Geschwindigkeit kann als eine erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitung begriffen werden. Auch das Erfordernis der Rücksichtslosigkeit wirkt kaum strafbarkeitsbeschränkend, da der Fahrer bei einer grob verkehrswidrigen Geschwindigkeitsüberschreitung – also regelmäßig beim Fahren mit der doppelten zulässigen Höchstgeschwindigkeit<sup>21</sup> – wohl häufig auch rücksichtslos – also eigensüchtig oder gleichgültig<sup>22</sup> – handeln dürfte. Es ist also das subjektive Merkmal der „Raserabsicht“, das für die Umsetzung der beabsichtigten Begrenzung der Strafbarkeit das entscheidende Tatbestandsmerkmal ist. Bei näherer Betrachtung weist dieses Tatbestandsmerkmal jedoch erhebliche Unklarheiten auf.

Zur Verdeutlichung sollen zwei Beispielfälle extremen „Rasens“ dienen, bei denen – wie gerade ausgeführt – die Strafbarkeit vom Vorliegen der „Raserabsicht“ abhängt, da in beiden Fällen die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB-E klar verwirklicht sind:

#### Beispiel 1:

A fährt am Wochenende bei guten Wetterverhältnissen auf einer weitgehend leeren, schnurgeraden öffentlichen Straße in einem Gewerbegebiet. Die zulässige Höchstgeschwindigkeit beträgt 50 km/h. Um die Leistungsfähigkeit

<sup>10</sup> Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12964, S. 5.

<sup>11</sup> Vgl. *OLG Jena*, Beschl. v. 14.10.2005 – 1 Ss 148/05 Rn. 17; *Budendiek/Rutkowski*, Lexikon des Nebenstrafrechts, 40. EL (2017), Stichwort „Geschwindigkeit“.

<sup>12</sup> *OLG Düsseldorf*, NZV 1999, 178 (179); *OLG Jena*, Beschl. v. 14.10.2005 – 1 Ss 148/05 Rn. 18.

<sup>13</sup> Vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12964, S. 6.

<sup>14</sup> Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12964, S. 5.

<sup>15</sup> BGHSt 5, 392; *Fischer*, StGB, 64. Aufl. (2017), § 315c Rn. 14 m.w.N.

<sup>16</sup> *Fischer*, StGB, § 315c Rn. 13.

<sup>17</sup> *OLG Karlsruhe*, NJW 1960, 546; *Fischer*, § 315c Rn. 13.

<sup>18</sup> Vgl. auch Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.

<sup>19</sup> So auch *Lühmann*, Redebeitrag bei der Aussprache in der zweiten Lesung, Plenarprotokoll 18/243, 24903 B.

<sup>20</sup> Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12964, S. 6.

<sup>21</sup> S.o. (Fn. 16).

<sup>22</sup> S.o. (Fn. 14).

seines neuen Sportwagens zu genießen, beschleunigt er diesen auf 150 km/h. Angesichts der nahezu idealen Orts-, Wetter-, und Verkehrsverhältnisse geht A davon aus, dass er seinen Wagen auch ohne weiteres auf die fahrzeugspezifische Höchstgeschwindigkeit von 250 km/h beschleunigen könnte. Er belässt es aber bei 150 km/h, weil dies genügt, um ihm den erwünschten Fahrspaß zu verschaffen.

Beispiel 2:

B fährt mit erheblicher Verspätung bei guter Sicht über eine nur mäßig befahrene Bundesstraße zu einem geschäftlichen Termin in den Nachbarort. Um seinen Termin doch noch rechtzeitig zu erreichen oder jedenfalls die Verspätung so gering wie möglich zu halten, fährt er so schnell, wie es Verkehrsaufkommen und Straßenführung jeweils zulassen. Streckenweise erreicht er dabei Geschwindigkeiten von etwas über 200 km/h anstelle der zulässigen 100 km/h.

a) „eine höchstmögliche Geschwindigkeit“

Die für Beispiel 1 zentrale Frage ist, was genau unter „einer höchstmöglichen Geschwindigkeit“ zu verstehen ist. Die höchstmögliche Geschwindigkeit scheint auf den ersten Blick eine präzise feststehende – wenn auch vielleicht nicht immer problemlos ermittelbare – Größe zu sein. Zwar verändert sich unzweifelhaft der Inhalt des Begriffs der höchstmöglichen Geschwindigkeit in Abhängigkeit vom gewählten Bezugspunkt. Beispielsweise wäre die höchstmögliche Geschwindigkeit bezogen ausschließlich auf die jeweilige Strecke diejenige, die auf dieser überhaupt erreicht werden kann, unabhängig vom Fahrzeug. Bezogen allein auf das Fahrzeug wäre es die Fahrzeughöchstgeschwindigkeit unter idealen Bedingungen. Doch wenn – wie hier – im Tatbestand eines Verkehrsdelikts die Absicht zur Erreichung „einer“ höchstmöglichen Geschwindigkeit verlangt wird, so liegt es auf der Hand, dass dies nur diejenige sein kann, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung des Fahrzeugs wie der konkreten (Verkehrs-, Straßen-, Wetter-, ...) Situation nach dem Vorstellungsbild des Täters erreichbar ist. Verlangte der Tatbestand die subjektive Zielsetzung, eine gar nicht erreichbare, fiktive (weil etwa auf ideale Bedingungen abstellende oder die Leistungsfähigkeit des Fahrzeugs außer Acht lassende) Höchstgeschwindigkeit zu erreichen, wäre er sinnlos. Auf die Aspekte der konkreten Situation nimmt auch der Gesetzgeber Bezug. So heißt es im Ausschussbericht:

„Diese Formulierung bringt möglichst viele relevante Komponenten auf einen Nenner, wie die fahrzeugspezifische Höchstgeschwindigkeit und Beschleunigung – wobei diese im Einzelfall nicht immer erreicht sein muss –, subjektives Geschwindigkeitsempfinden, Verkehrslage, Witterungsbedingungen und anderes.“<sup>23</sup>

In Beispiel 1 bleibt der Fahrer bewusst hinter der konkret möglichen Höchstgeschwindigkeit – und damit auch hinter allen höheren fiktiven Höchstgeschwindigkeiten – zurück. Er hat nicht die Absicht, diese zu erreichen und hätte sich demnach auch nach der zukünftigen Rechtslage nicht strafbar gemacht.

Damit liegt das Beweisproblem, welches sich ergibt, wenn man den Begriff der höchstmöglichen Geschwindigkeit in diesem Sinne ernst nimmt, auf der Hand.<sup>24</sup> Die Behauptung, man sei bewusst nicht so schnell gefahren, wie es möglich gewesen sei und habe dies auch nicht beabsichtigt, wird nur selten – vor allem wohl dann, wenn objektiv Geschwindigkeiten erreicht werden, die sich im Bereich der im konkreten Fall höchstmöglichen Geschwindigkeit bewegen – zu widerlegen sein. Es stellt sich also die Frage, ob der Gesetzgeber die Absicht zum Erreichen einer höchstmöglichen Geschwindigkeit tatsächlich in diesem Sinne verstanden haben wollte und ob eventuell eine andere, weitere Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals möglich ist. Auf den ersten Blick scheint der Wortlaut der Norm selbst einen Anknüpfungspunkt für ein weiteres Verständnis zu bieten. So fällt auf, dass der Gesetzgeber nicht etwa den bestimmten Artikel „die“, sondern den unbestimmten Artikel „eine“ verwendet, der in einem gewissen semantischen Konflikt mit dem Attribut „höchstmöglich“ steht, da er suggeriert, dass es mehrere „höchstmögliche“ Geschwindigkeiten gäbe. Man könnte also annehmen, dass der unbestimmte Artikel die Eigenschaft der (beabsichtigten) Geschwindigkeit als „höchstmögliche“ dahingehend relativiert, dass nur die Erzielung *einer* (ggf. sehr) hohen Geschwindigkeit beabsichtigt sein müsse. Auch ist die oben angeführte Erläuterung im Ausschussbericht alles andere als eine prägnante Umschreibung der konkret höchstmöglichen Geschwindigkeit. Die Erwähnung des subjektiven Geschwindigkeitsempfindens als Kriterium könnte darauf hindeuten, dass es auch genügen sollte, wenn der Täter eine als hoch empfundene, letztlich aber nicht die höchstmögliche Geschwindigkeit erreichen möchte. Erstens aber ginge die Deutung einer (oder der) „höchstmöglichen“ Geschwindigkeit als eine „(sehr) hohe“ Geschwindigkeit zulasten des Beschuldigten klar über die Wortlautgrenze hinaus. Zweitens hat sich der Gesetzgeber bewusst für den Begriff „höchstmögliche Geschwindigkeit“ entschieden, denn zunächst war vonseiten der Koalitionsfraktionen in der Ausschussarbeit eine Fassung des Einzelrasertatbestands vorgesehen, in der lediglich die Absicht, „eine besonders hohe“ Geschwindigkeit zu erreichen, verlangt wurde.<sup>25</sup> Der semantische Konflikt zwischen „höchstmöglich“ und dem Artikel „eine“ ist also zugunsten des ersteren aufzulösen, auch wenn der praktische Anwendungsbereich hierdurch recht eng wird. Es bleibt demnach dabei, dass der Einzelrasertatbestand nur dann erfüllt ist, wenn der Fahrer tatsächlich die Absicht hat, die konkrete fahrzeug-, orts- und situationspezifische Höchstgeschwindigkeit zu erreichen.

<sup>23</sup> Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12964, S. 5 f.

<sup>24</sup> Vgl. auch Franke, Stellungnahme zum Änderungsantrag (Ausschussdrucksache 18 (6)360), abzurufen unter: <https://www.bundestag.de/blob/511254/99a5bca74334ba0ee41a998c211de1ce/franke-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 6.9.2017): „erhebliche praktische Beweisschwierigkeiten“.

<sup>25</sup> Ausschussdrucksache 18(6)360.

## b) „um zu“ – Absicht oder Beweggrund?

Während der Tatbestand somit in dieser Hinsicht (zu) eng erscheint, ist er in anderer Hinsicht eher zu weit, wenn man ihn an dem gesetzgeberischen Zweck misst, das objektive und subjektive Nachstellen von Kraftfahrzeugrennen als einzelner Fahrer unter Strafe zu stellen. Über diesen Zweck geht der Tatbestand hinaus. Dies zeigt Beispiel 2. Denn richtet man sich maßgeblich nach dem Wortlaut, hat der Fahrer den neuen Einzelrasertatbestand erfüllt. Die Formulierung „um zu“ ist hier<sup>26</sup> ein Indikator für Absicht.<sup>27</sup> Absicht ist der zielgerichtete Wille. Der Täter muss den Erfolg anstreben. Dieser braucht aber nicht Endziel zu sein, es genügt, wenn es sich – wie im Beispielfall – um ein notwendiges Zwischenziel handelt.<sup>28</sup>

Das (subjektive) Nachstellen eines Rennens dürfte bei Beispiel 2 jedoch nicht vorliegen. Ein Rennen ist auch nach dem Begriffsverständnis, das dem neuen § 315d StGB-E zugrunde liegt, ein Wettbewerb zwischen mindestens zwei Teilnehmern.<sup>29</sup> Das objektive und subjektive Nachstellen eines solchen durch einen einzelnen Fahrer wird anzunehmen sein, wenn das objektive Verhalten und die subjektiven Elemente des Wissens und Wollens des einzelnen Fahrers – soweit wie in Anbetracht des fehlenden Gegners möglich – dem typischen Verhalten bzw. den typischen Wissens- und Wollenselementen eines Fahrers bei einem Rennen gleichen. In objektiver Hinsicht ist dies noch unproblematisch. Derjenige, der grob verkehrswidrig mit nicht angepasster Geschwindigkeit fährt, verhält sich objektiv so, wie dies für ein (illegales) Kraftfahrzeugrennen typisch ist, denn in objektiver Hinsicht ist ein Rennen nichts anderes als (zu) schnelles Fahren. Doch wann stellt ein Fahrer auch subjektiv ein Rennen nach?

Erst durch die vorherige Wettbewerbsabrede unterscheidet sich ein Rennen vom (zu) schnellen Fahren. Während des Rennens ist es lediglich die hierauf beruhende Motivation der Fahrer, das Ziel als jeweils erster erreichen zu wollen, die ein Rennen zum Rennen macht. Da es beim „Einzelrasen“ am Renngegner fehlt, fehlt es notwendigerweise auch am Wettbewerb als extrinsischer Motivation zum (zu) schnellen Fahren. Gerade dieser Zustand des Fehlens von extrinsischer Motivation kommt bei einem einzelnen Fahrer also einem Rennen am nächsten. Demnach dürfte es nicht genügen, dass das schnellstmögliche Fahren ein notwendiges Zwischenziel auf dem Weg zu einem irgendwie gearteten Endziel ist, vielmehr muss der Wunsch, die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, als solcher der unmittelbare Hauptbeweggrund sein. Der Fahrer müsste also um des (zu) schnellen Fahrens willen (zu) schnell fahren.<sup>30</sup> Gerade dies verlangt der Tatbestand jedoch nicht. Man könnte zwar eine teleologische Reduktion erwägen, doch wäre der neue Straftatbestand dann endgültig ohne praktischen Anwendungsbereich. Denn die Behauptung einer irgendwie gearteten äußeren

Motivation (dringender Termin etc.) für das Zuschneffahren wird noch seltener zu widerlegen sein als die Behauptung, man habe keineswegs beabsichtigt, „eine höchstmögliche Geschwindigkeit“ zu erreichen.

## III. Ausblick und Kritik

Dem Gesetzgeber ist es nicht gelungen, den beabsichtigten Gesetzeszweck im neuen Einzelrasertatbestand umzusetzen. Eine treffende tatbestandliche Umschreibung des vom Gesetzgeber als besonders gefährlich und daher strafwürdig angesehenen Nachstellens eines Rennens stellt § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB-E nicht dar. Hiernach wird zukünftig mehr strafbar sein, als das Nachstellen von Rennen als einzelner Fahrer. Letztlich stellt der Tatbestand faktisch das bewusste Rasen in einer extremen Form, nämlich dann, wenn es dem Fahrer darauf ankommt, die im konkreten Fall mögliche Höchstgeschwindigkeit zu erreichen, unter Strafe. Gerade durch das Erfordernis dieser Absicht ist der Tatbestand allerdings in einem anderen Punkt – zumindest in der Theorie – systemwidrig beschränkt. Die Anknüpfung an das subjektive Merkmal der „Raserabsicht“ ist für ein abstraktes Gefährdungsdelikt konzeptionell verfehlt. Sie führt dazu, dass objektiv ebenso gefährliche Verhaltensweisen (s. Beispiel 1) nicht erfasst werden. Insofern hat der Gesetzgeber zwar sein Ziel erreicht, nicht schon bloße, wenn auch ggf. erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitungen unter Strafe zu stellen. Doch ist er über das Ziel hinausgeschossen. Es ist für ein Gefährdungsdelikt eine absurde Situation, dass objektiv ebenso gefährliches, vorsätzliches Verhalten noch nicht strafbar ist, wenn es an der Absicht fehlt, eine noch größere, aber vom Tatbestand objektiv nicht vorausgesetzte Gefahr herbeizuführen.

Die „Raserabsicht“ stellt zudem die Strafverfolgungsbehörden vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten, da diese zukünftig strafbares und strafloses – wenn auch ordnungswidriges – Verhalten anhand des Vorliegens oder Fehlens dieser Absicht voneinander abzugrenzen haben. Es bleibt abzuwarten, wie die Justizpraxis mit dem Problem umgehen wird, dass diese Absicht praktisch kaum zu beweisen sein wird, wenn nicht tatsächlich die höchstmögliche Geschwindigkeit erreicht wird. Aber auch das objektive Erreichen der im konkreten Fall höchstmöglichen Geschwindigkeit dürfte in vielen Fällen nicht leicht retrospektiv zu beweisen sein, da dafür zunächst festzustellen wäre, wo die fahrzeug-, orts- und insbesondere auch situationsspezifische Höchstgeschwindigkeit lag. Derartige Probleme könnten sich auf die Definitionsprozesse in den verschiedenen Stufen der Strafverfolgung auswirken. Es wäre denkbar, dass sich die Polizei bei der Bestimmung des Tatverdachts schlicht an dem Maß der Geschwindigkeitsüberschreitung orientieren wird. Dies entspräche

<sup>26</sup> Die Formulierung „um zu“ bezeichnet in einem Straftatbestand nicht zwingend Absicht. Vgl. *Joecks*, in: *MüKo-StGB*, 3. Aufl. (2017), § 16 Rn. 25; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder, StGB*, 29. Aufl. (2014), § 15 Rn. 66.

<sup>27</sup> Vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12964, S. 5: „Subjektiv ist das Anliegen erforderlich, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen.“

<sup>28</sup> *Joecks*, in: *MüKo-StGB*, § 16 Rn. 22; *Vogel*, in: *LK-StGB*, 12. Aufl. (2007), § 15 Rn. 79.

<sup>29</sup> Gesetzentwurf des Bundesrates, BR-Drs. 362/16, S. 8; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/12964, S. 5.

<sup>30</sup> In diesem Sinne versteht *Künast* die Absicht eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, Redebeitrag bei der Aussprache in der zweiten Lesung, Plenarprotokoll 18/243, 24906 D.

dann praktisch dem vom Gesetzgeber bewusst nicht gewählten Schweizer Modell, die Strafbarkeitsgrenze bei Geschwindigkeitsüberschreitungen ab einer gewissen Erheblichkeit zu ziehen. Zu befürchten ist darüber hinaus, dass beim Fehlen klarer objektiver Kriterien vorurteilsbehaftete Zuschreibungsprozesse die erste Weichenstellung beeinflussen, etwa, wenn dem jungen Fahrer im getunten GTI-Fahrzeug bei objektiv identischem grob verkehrswidrigem Fahrverhalten die „Raserabsicht“ schneller unterstellt würde als einem Fahrer mittleren Alters in einem familientauglichen Minivan.

Wenn man der Ansicht ist, „Einzelrasen“ unter Strafe stellen zu müssen, wäre der Vorschlag, den die Fraktion

Bündnis 90/Die Grünen eingebracht hat (s.o. I.) der dogmatisch und praktisch tragfähigere Weg gewesen. Eine Ausdehnung des § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. d StGB auf Geschwindigkeitsüberschreitungen generell, unabhängig vom konkreten Ort, käme ohne neue Tatbestandsmerkmale und ohne überschießende Innentendenz aus. Die angesichts des Alltagscharakters von Geschwindigkeitsüberschreitungen notwendige Einschränkung der Strafbarkeit wäre – für ein Gefährdungsdelikt zweckmäßig – durch das Erfordernis der konkreten Gefahr erreicht worden. Zwar wären so rein abstrakte Gefährdungen nicht erfasst worden, doch hätte es sich hierbei um eine nachvollziehbare Abgrenzung von strafbarem und straflosem Verhalten anhand der Gefährdungsintensität gehandelt.

## ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

### Fakultative Anordnung der Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe zulässig

BGH, Urt. v. 28.6.2017 – 2 StR 178/16

**1. Neben der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe ist die fakultative Anordnung der Sicherungsverwahrung zulässig (amtlicher Leitsatz).**

**2. Das Urteil des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Sicherungsverwahrung vom 4.5.2011 (2 BvR 2333/08 u.a. – BVerfGE 128, 326) bezog sich nur auf die Ausgestaltung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung und den vorhergehenden Strafvollzug, nicht aber auf die formellen und materiellen Anordnungsvoraussetzungen des § 66 StGB. (2. Leitsatz d. Schriftleitung)**

Gründe:

- 1 Das LG hat den Angeklagten – unter Freisprechung im Übrigen und Einstellung von zwei Anklagevorwürfen – wegen Vergewaltigung in zwei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Jugendlichen und vorsätzlicher Körperverletzung, sexuellen Missbrauchs von Kindern, schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern und sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen in vier Fällen sowie wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu lebenslanger Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt, die besondere Schwere der Schuld festgestellt und die Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung angeordnet.
- 2 Dagegen richtet sich die auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützte Revision des Angeklagten. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.
- I.
- 3 Das LG hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:
- 4 1. Der 1968 geborene Angeklagte umgab sich in der Zeit von Sommer 2006 bis Dezember 2014 mit einer – in Größe und Zusammensetzung variierenden – Gruppe aus überwiegend männlichen Jugendlichen. Mit diesen traf er sich zur gemeinsamen Freizeitgestaltung in einem zu seiner Wohnung gehörenden Kellerraum und ab 2008 in einem Mobilheim auf einem Campingplatz. Die Jugendlichen stammten überwiegend aus schwierigen familiären und sozialen Verhältnissen und verfügten nur über geringes Selbstbewusstsein. Dadurch, dass der Angeklagte ihnen Aufmerksamkeit schenkte, den jungen Leuten mit der Ausrichtung von Feiern und durch gemeinsame „män-

nerbezogene“ Freizeitaktivitäten eine interessante Abwechslung bot und bei persönlichen Problemen Hilfe leistete, entwickelte er sich für sie zu einer vaterähnlichen Bezugsperson. Aus Dankbarkeit für die persönliche Zuwendung fühlten sich die Jugendlichen dem Angeklagten gegenüber verbunden und verpflichtet. Gleichzeitig gelang es dem bestimmt auftretenden Angeklagten, eine Atmosphäre der latenten Angst zu erzeugen, indem er einzelne Mitglieder der Gruppe durch Tätlichkeiten und Drohungen einschüchterte. Dazu trug vor allem bei, dass er behauptete, Mitarbeiter des rumänischen Geheimdienstes gewesen zu sein, schon einmal ungestraft getötet zu haben und über Kontakte zu ranghohen Beamten der örtlichen Polizei zu verfügen. Die auf diese Weise erzeugte Mischung aus Dankbarkeit und Angst nutzte der Angeklagte in der Folge zu einer Vielzahl von sexuellen Kontakten zu den ihm unterlegenen und zum Teil von ihm abhängigen Jugendlichen aus. Zwischen Herbst 2007 und Frühjahr 2014 missbrauchte der Angeklagte in seiner Wohnung und in dem Mobilheim in insgesamt acht Fällen, u.a. durch Vollzug des Analverkehrs, die Nebenkläger M und H sowie den Zeugen B. Die Tatopfer waren zu den verschiedenen Tatzeiten zwischen 13 und 17 Jahre alt.

- 5 2. Der 1996 geborene Nebenkläger H, eines der Opfer der sexuellen Übergriffe des Angeklagten, kam bereits als Zwölfjähriger über seinen Bruder zu der Gruppe der Jugendlichen. Da der Angeklagte sich besonders um ihn bemühte und ehrgeizige Pläne für ihn entwickelte, galt er als dessen Liebling. Nach dem Abschluss der Schule gelang es H, den zuvor sehr engen Kontakt zum Angeklagten immer weiter zu reduzieren und Distanz von ihm zu gewinnen. Mitte April 2014 erstattete er schließlich gegen den Angeklagten Strafanzeige bei der Polizei. Der Angeklagte erfuhr davon, als die Polizei am 6.11.2014 seine Wohnung und das Mobilheim durchsuchte. Er befürchtete, dass bei einer Fortsetzung der Ermittlungen die zahlreichen weiteren Übergriffe gegen andere Jugendliche zu Tage treten würden und man ihn deshalb zu einer langjährigen Haftstrafe verurteilen würde. Noch während der laufenden Durchsuchung wies er – unbemerkt von den anwesenden Polizeibeamten – den Zeugen F telefonisch an, in das Mobilheim einzubrechen und belastendes Beweismaterial zu beseitigen. Er forderte ihn darüber hinaus auf, bei einer anstehenden polizeilichen Vernehmung falsch auszusagen. Um das gegen ihn eingeleitete Ermittlungsverfahren wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern zur Einstellung zu bringen, fasste er in der weiteren Folge den Ent-

schluss, H zu töten. Die Tötung wollte der Angeklagte dabei als Selbstmord erscheinen lassen, um den Eindruck zu erwecken, der Nebenkläger habe sich durch falsche Angaben gegenüber der Polizei in eine ausweglose Lage gebracht.

- 6 Am frühen Morgen des 10.12.2014 verschaffte er sich Zugang zur Wohnung des Nebenklägers in Ma. Dort zwang er H unter massiven Drohungen, durch Sprach- und SMS-Nachrichten sowie in schriftlicher Form die erhobenen Tatvorwürfe des sexuellen Missbrauchs zu widerrufen. Unter Vorhalten eines Messers fuhr der Angeklagte mit dem Nebenkläger zur nahen T und führte ihn bis zur Mitte der an dieser Stelle 20 Meter hohen Staumauer. Dort verlangte er vom Nebenkläger als „Vertrauensbeweis“, auf die andere Seite des Schutzgeländers zu klettern und – nur vom Angeklagten an den Händen festgehalten – dem Tod ins Auge zu blicken. H kam dieser Aufforderung unter dem Eindruck der vom Angeklagten in der Wohnung ausgesprochenen Drohungen nach. Er stellte sich jenseits des Geländers an den Rand der Mauer und ließ sich ohne weitere Sicherung vom Angeklagten an den Händen halten. In dieser Lage ließ der Angeklagte den Nebenkläger in Tötungsabsicht los. H stürzte die Staumauer hinunter und schlug auf der davor liegenden Wiese auf. Durch den Sturz zog er sich ein offenes Schädel-Hirn-Trauma, einen Beckenbruch und zahlreiche Platzwunden und Hämatome zu. In der Vorstellung, alles Erforderliche für die Tötung des Nebenklägers getan zu haben, entfernte sich der Angeklagte. Der lebensgefährlich verletzte Nebenkläger wurde einige Stunden später stark unterkühlt von einer Spaziergängerin aufgefunden und überlebte infolge der gerade noch rechtzeitig erfolgten notfallmedizinischen Versorgung.
- 7 3. Das *LG* ist davon ausgegangen, dass der Angeklagte bei Begehung sowohl der Sexualstraftaten als auch des versuchten Tötungsdelikts uneingeschränkt schuldfähig war. Die Tat vom 10.12.2014 zum Nachteil des Nebenklägers hat es als versuchten Verdeckungsmord in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gewertet. Für die Sexualstraftaten zum Nachteil der Nebenkläger M und H und des Zeugen B hat das *LG* Einzelstrafen zwischen zehn Monaten bis zu vier Jahren festgesetzt und mit der lebenslangen Freiheitsstrafe für den versuchten Mord auf eine lebenslange Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe erkannt. Die besondere Schwere der Schuld hat es im Hinblick auf die Gesamtstrafe festgestellt. Im Rahmen seiner Ermessensentscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung hat das sachverständig beratene *LG* angenommen, dass die Gefährlichkeit des Angeklagten auch nicht in höherem Lebensalter unter der Einwirkung der zu erwartenden langen Haftstrafe herabgesetzt sein werde. Die Anordnung der Maßregel sei deshalb geboten, weil durch sie im Falle der bedingten Entlassung aus der Strafhaft und der Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung kraft Gesetzes Führungsaufsicht eintrete.

II.

- 8 Die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung hat im Schuld- und Strafausspruch keinen Rechtsfehler zulasten des Angeklagten ergeben.

III.

- 9 Auch der Maßregelausspruch hält rechtlicher Überprüfung stand.
- 10 1. Das *LG* hat rechtsfehlerfrei die formellen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach § 66 Abs. 2 und § 66 Abs. 3 S. 1 StGB festgestellt und das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen tragfähig begründet.
- 11 2. Auch das ihm eingeräumte Ermessen hat das *LG* ohne Rechtsfehler ausgeübt und die für die Ermessensentscheidung maßgeblichen Gründe ausreichend dargelegt.
- 12 a) Die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist grundsätzlich auch neben der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe möglich.
- 13 Nach der bis zum 27.8.2002 geltenden Fassung der Vorschrift des § 66 StGB war die Anordnung von Sicherungsverwahrung nur neben zeitiger Freiheitsstrafe zulässig. Nach Kritik der Rechtsprechung an dieser Regelung (vgl. *BGH*, Urt. v. 21.3.2000 – 5 StR 41/00, NStZ 2000, 417; *Senat*, Beschl. v. 12.7.2002 – 2 StR 62/02, NJW 2002, 3559) hat der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzes zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21.8.2002 (BGBl. I, S. 3344) das Wort „zeitig“ aus allen Absätzen des § 66 StGB gestrichen, um auch die lebenslange Freiheitsstrafe vom Anwendungsbereich der Regelung zu erfassen (BT-Drs. 14/9456, S. 8). Durch das Urteil des *BVerfG* zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Sicherungsverwahrung vom 4.5.2011 (2 BvR 2333/08 u.a. – BVerfGE 128, 326) wurde diese gesetzgeberische Entscheidung nicht berührt, da sich die Bedenken des Gerichts ausdrücklich nur auf die Ausgestaltung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung und den vorhergehenden Strafvollzug, nicht aber auf die formellen und materiellen Anordnungsvoraussetzungen des § 66 StGB bezogen. In Anbetracht der eindeutigen Gesetzesfassung und des dahinterstehenden gesetzgeberischen Willens entspricht es ständiger Rechtsprechung des *BGH*, dass die Anordnung von Sicherungsverwahrung neben lebenslanger Freiheitsstrafe im Fall des § 66 Abs. 1 StGB, der dem Tatgericht bei Vorliegen der formellen Voraussetzungen kein Ermessen einräumt, zulässig ist, ohne dass dem die Maßgaben der Erforderlichkeit oder der Verhältnismäßigkeit entgegenstünden (vgl. *BGH*, Beschl. v. 9.1.2013 – 1 StR 558/12, NStZ-RR 2013, 256; Urt. v. 24.10.2013 – 4 StR 124/13, BGHSt 59, 56). Dafür spricht insbesondere auch, dass es Fallkonstellationen gibt, in denen ein umfassender Schutz der Allgemeinheit ohne eine Anordnung der Sicherungsverwahrung auch bei der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht gewährleistet wäre. Würde bei einem gefährlichen Hängtäter auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung mit Rücksicht auf eine gleichzeitig ausgesprochene lebens-

lange Freiheitsstrafe verzichtet, könnte die gebotene Maßregelanzordnung aufgrund des Verschlechterungsverbots (§ 358 Abs. 2 S. 1 StPO) nicht mehr nachgeholt werden, wenn es auf ein oder mehrere lediglich zugunsten des Angeklagten eingelegte Rechtsmittel zum Wegfall der lebenslangen Freiheitsstrafe kommt und nur noch auf eine zeitige Freiheitsstrafe erkannt wird. Gleiches kann sich aufgrund § 373 Abs. 2 S. 1 StPO in dem – seltenen, aber möglichen – Fall ergeben, dass das Urteil in einem zugunsten des Verurteilten geführten Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben wird und in der erneuten Hauptverhandlung an die Stelle der lebenslangen Freiheitsstrafe eine zeitige Freiheitsstrafe tritt (BGH, a.a.O., BGHSt 59, 56 [65] m.w.N.).

- 14 Soweit das Gesetz in § 66 Abs. 2 und § 66 Abs. 3 StGB die Anordnung der Maßregel in das Ermessen des Tatgerichts stellt, hat der BGH deren Zulässigkeit neben der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen. Im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat er in bisherigen Entscheidungen jedoch eine einzelfallbezogene Prüfung verlangt, ob für die Anordnung der Sicherungsverwahrung ein Bedarf besteht (vgl. Senat, Beschl. v. 12.12.2012 – 2 StR 325/12, StV 2013, 630 und v. 24.1.2017 – 2 StR 459/16). In sog. Altfällen, in denen auch nach Inkrafttreten des Gesetzes zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung vom 1.7.2013 (BGBl. I 2012, 2425) weiterhin auf der Grundlage des bisherigen Maßstabs strikter Verhältnismäßigkeit (BVerfG, a.a.O., BVerfGE 128, 326, [405 ff.]) zu entscheiden war (vgl. BGH, Urt. v. 23.4.2013 – 5 StR 617/12), wurde die Anordnung von Sicherungsverwahrung auf der Grundlage des § 66 Abs. 2 und des § 66 Abs. 3 S. 1 StGB neben der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als jedenfalls nicht unerlässlich angesehen (vgl. BGH, Urt. v. 10.1.2013 – 3 StR 330/12; Senat, Urt. v. 25.7.2012 – 2 StR 111/12, BGHR StGB § 66 Abs. 2 Ermessensentscheidung 8; BGH, Urt. v. 12.6.2013 – 5 StR 129/13, NStZ 2013, 524 [525]; vom 17.4.2014 – 3 StR 355/13, NStZ-RR 2014, 207). Diese Judikatur kommt vorliegend nicht zum Tragen, da die Anlasstaten zum Nachteil des Zeugen B und des Geschädigten H nach dem 31.5.2013 begangen worden sind und somit gem. Art. 316f Abs. 1 EGStGB die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung in der ab dem 1.6.2013 geltenden Fassung Anwendung finden.
- 15 b) Die im Rahmen der Ermessensentscheidung angestellten Erwägungen des LG zu den erwartenden Wirkungen eines langjährigen Vollzugs und den mit fortgeschrittenem Lebensalter erfahrungsgemäß eintretenden Haltungsänderungen sind frei von Rechtsfehlern (vgl. BGH, Beschl. v. 11.7.2013 – 3 StR 148/13, NStZ 2013, 707).
- 16 c) Auch die Entscheidung des LG, die Sicherungsverwahrung im Hinblick darauf anzuordnen, dass – anders als bei alleiniger Verhängung von lebenslanger Freiheitsstrafe – bei bedingter Entlassung kraft Gesetzes Führungsaufsicht eintritt, hält sich im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens.
- 17 aa) Wie vom LG zutreffend ausgeführt, bedeutet die Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewahrung zugleich, dass regelmäßig auch die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung auszusetzen ist.
- 18 Eine lebenslange Freiheitsstrafe kann nach Ablauf der nach § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 StGB bestimmten Verbüßungsdauer nur dann zur Bewahrung ausgesetzt werden, wenn dies unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann (vgl. § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB). Solange der Verurteilte noch gefährlich ist, wird die lebenslange Freiheitsstrafe vollstreckt. Erst wenn sich herausstellt, dass von dem Verurteilten keine Gefahr mehr ausgeht, wird die Strafe zur Bewahrung ausgesetzt. In diesem Falle dürfte indes auch eine zusätzlich zur lebenslangen Strafe angeordnete Sicherungsverwahrung nicht mehr vollzogen werden (§ 67c Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB). Auch sie müsste zur Bewahrung ausgesetzt werden (§ 67c Abs. 1 Nr. 1, S. 2 1. Hs. StGB). Angesichts dessen erscheint es kaum denkbar, dass im Anschluss an eine bedingte Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe die Sicherungsverwahrung wegen fortbestehender Gefährlichkeit des Betroffenen vollstreckt werden wird (Senat, Urt. v. 25.7.2012 – 2 StR 111/12, BGHR, StGB § 66 Abs. 2 Ermessensentscheidung 8; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 8.11.2006 – 2 BvR 578/02 u.a., BVerfGE 117, 71 [93]; BGH, Beschl. v. 6.7.2010 – 5 StR 142/10, NStZ-RR 2011, 41; krit. zur gegenwärtigen Rechtslage Streng, JZ 2017, 507). Auch die verfahrensrechtlichen Anforderungen an eine spätere Entscheidung über eine etwaige Strafaussetzung entsprechen denjenigen, die für die nach § 67c Abs. 1 S. 1 StGB zu klärende Frage gelten, ob der Zweck der Maßregel die Unterbringung auch nach der Verbüßung der Strafe noch erfordert (§ 454 i.V.m. § 463 Abs. 1 und 3 StPO). Insbesondere ist stets unter Heranziehung eines Sachverständigen zu klären, ob bei dem Verurteilten keine Gefahr mehr besteht, dass dessen durch die Tat zutage getretene Gefährlichkeit fortbesteht (§ 463 Abs. 3 S. 3 i.V.m. § 454 Abs. 2 S. 2 StPO).
- 19 bb) Auch wenn es wegen des Gleichlaufs des Prüfungsmaßstabs zu keiner Vollstreckung der Maßregel kommen dürfte, hat deren Anordnung neben der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe (belastende wie begünstigende) rechtliche Auswirkungen, die durch alternative Maßnahmen nicht erreicht werden können. Im Einzelnen:
- 20 (1) Bei Anordnung von Sicherungsverwahrung ist nach bedingter Entlassung aus dem Strafvollzug eine längere und intensivere Überwachung des Täters möglich.
- 21 Wird die weitere Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe gemäß § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB zur Bewahrung ausgesetzt, beträgt die Dauer der Bewährungszeit fünf Jahre (§ 57 Abs. 3 S. 1 StGB). Bei Aussetzung der Vollstreckung der Sicherungsverwahrung zur Bewahrung tritt nach §§ 67c Abs. 1 S. 1, 2. Hs., 68 Abs. 2 StGB Führungsaufsicht mit den in §§ 68a ff. StGB vorgesehenen Begleitmaßnahmen ein. Zwar dauert die Führungsaufsicht gemäß § 68c Abs. 1 S. 1 StGB bei einer Mindestdauer von zwei Jahren ebenfalls nur höchstens fünf Jahre. Diese – bei entsprechender Bestimmung des Gerichts nach § 68g Abs. 2 S. 1 StGB

bis zum Ablauf der Bewährungszeit ruhende – Höchstdauer kann aber unter den Voraussetzungen von § 68c Abs. 2 oder Abs. 3 Nr. 2 StGB überschritten und unbefristete Führungsaufsicht angeordnet werden. Die dadurch ermöglichte längere Überwachung nach der Entlassung aus der Strafhaft kann auf andere Weise als durch die primäre Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht erreicht werden, da die gerichtliche Anordnung von Führungsaufsicht gem. § 68 Abs. 1 StGB in formeller Hinsicht nur bei zeitiger Freiheitsstrafe möglich ist und Führungsaufsicht nicht selbständig angeordnet werden kann (§ 71 StGB). Die im Rahmen der Führungsaufsicht zulässigen, über § 145a StGB strafbewehrten Weisungen gemäß § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 11 StGB ermöglichen ebenso wie Weisungen nach § 68b Abs. 2 StGB eine gegenüber den mit der Bewährungsentscheidung verbindbaren Weisungen nach § 57a Abs. 3 S. 2 StGB i.V.m. § 56c StGB eine gezieltere und intensivere Überwachung des Verurteilten (vgl. *Groß*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl., § 68c Rn. 2). Insbesondere die Regelungen zur Vorstellungsweisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 11 StGB und zur Therapieweisung nach § 68b Abs. 2 S. 2 StGB eröffnen eine spezialpräventive Interventionsmöglichkeit zur psychiatrischen und psycho- bzw. sozialtherapeutischen Betreuung und Behandlung des Verurteilten unter Einbeziehung einer forensischen Ambulanz.

- 22 (2) Die Anordnung der Sicherungsverwahrung eröffnet die Möglichkeit der Überweisung aus dem Strafvollzug in die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt.
- 23 Nach § 67a Abs. 2 S. 1 StGB kann eine Person, gegen die Sicherungsverwahrung angeordnet worden ist, nachträglich in ein psychiatrisches Krankenhaus oder eine Entziehungsanstalt überwiesen werden, wenn ihre Resozialisierung dadurch besser gefördert werden kann. Die Überweisung in den Vollzug der Maßregeln nach § 63 oder § 64 StGB kann gemäß § 67a Abs. 2 S. 2 StGB bereits dann erfolgen, wenn die Person sich noch im Strafvollzug befindet und die Überweisung zur Heilbehandlung oder einer Entziehungskur angezeigt ist. Dies bedeutet, dass eine Behandlung auch dann möglich ist, wenn kein Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit nach §§ 20, 21 StGB gegeben ist. Voraussetzung ist lediglich, dass eine behandlungsbedürftige psychische Disposition oder eine Suchtmittelproblematik vorliegt und Aussicht auf Erfolg der Behandlung besteht (*Veh*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl., § 67a Rn. 14; *Sinn*, in: SK-StGB, 9. Aufl., § 67a Rn. 5, 6). Ziel der Regelung ist es, bei allen Strafgefangenen, bei denen Sicherungsverwahrung in Betracht kommt, schon während des Strafvollzugs alle therapeutischen Möglichkeiten zu nutzen, um die Gefährlichkeit zu reduzieren und die spätere Unterbringung in der Sicherungsverwahrung entbehrlich zu machen (BT-Drs. 17/9874, S. 19; krit. *Fischer*, StGB, 64. Aufl., § 67a Rn. 5 ff.).
- 24 (3) Straftäter, gegen die Sicherungsverwahrung angeordnet ist, haben bereits im Vollzug der Freiheitsstrafe einen gerichtlich effektiv durchsetzbaren Anspruch auf intensive Behandlung.
- 25 In Umsetzung des verfassungsrechtlichen Ultima-Ratio-Prinzips und des „Individualisierungs- und Intensivierungsgebots“ (BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08 u.a., BVerfGE 128, 326, [379 f.]) hat der Gesetzgeber mit der durch das „Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung“ vom 5.12.2012 (BGBl. I S. 2425) zum 1.6.2013 eingeführten Vorschrift des § 66c Abs. 2 StGB vorgesehen, dass Tätern mit angeordneter Sicherungsverwahrung schon im Strafvollzug eine umfassende Betreuung, insbesondere eine sozialtherapeutische Behandlung, anzubieten ist. Die Angebote haben das Ziel, die Vollstreckung der Unterbringung möglichst entbehrlich zu machen. Die bundesrechtliche Vorgabe des § 66c StGB haben die Länder durch entsprechende Regelungen in ihren Strafvollzugsgesetzen ausgefüllt (vgl. Übersicht bei *Morgenstern/Drenkhahn*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl., § 66c Rn. 93 ff.). So sieht § 92 Abs. 1 StVollzG NRW (Gesetz zur Regelung des Vollzugs der Freiheitsstrafe in Nordrhein-Westfalen vom 13.1.2015, GV NRW S. 76) vor, dass Gefangenen bei angeordneter Sicherungsverwahrung im Strafvollzug „unverzüglich eine individuelle, intensive und therapiegerichtete Betreuung im Sinne von § 66c Abs. 1 Nummer 1 des Strafgesetzbuches anzubieten“ und „in den Vollzugsplan und seine Fortschreibungen (...) gesondert aufzunehmen [ist], ob standardisierte Angebote ausreichen oder individuell zugeschnittene Behandlungsangebote notwendig sind und wahrgenommen werden.“ Gem. § 92 Abs. 3 StVollzG NRW hat die Verlegung in sozialtherapeutische Einrichtungen so frühzeitig zu erfolgen, dass der Abschluss der Behandlung noch während des Vollzuges der Freiheitsstrafe zu erwarten ist. Zur Umsetzung dieser gesetzlichen Vorgaben hat das Land Nordrhein-Westfalen für die Gruppe der Strafgefangenen mit anschließender Sicherungsverwahrung inzwischen umfangreiche Behandlungskonzepte erarbeitet (vgl. *Skirl*, BewHi 2013, 348 [361 f.]).
- 26 Ob Gefangenen die in § 66c Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 StGB vorgeschriebene Betreuung angeboten worden ist, unterliegt nach § 119a StVollzG einer periodischen strafvollzugsbegleitenden gerichtlichen Kontrolle durch die zuständige Strafvollstreckungskammer. In dem Verfahren, für das dem Gefangenen von Amts wegen ein Rechtsanwalt beizuordnen ist (§ 119a Abs. 6 StVollzG), trifft das Gericht Feststellungen, die gemäß § 119a Abs. 7 StVollzG für die nachfolgenden Entscheidungen bindend sind.
- 27 Im Hinblick auf die begrenzten Kapazitäten in den sozialtherapeutischen Einrichtungen (*Neubacher*, in: Laubenthal/Nestler/Neubacher/Verrel, Strafvollzugsgesetze, 12. Aufl., Abschn. J Rn. 3 ff.; *Egg*, in: Schwind/Böhme/Jehle/Laubenthal, Strafvollzugsgesetze – Bund und Länder, 6. Aufl., § 9 StVollzG Rn. 4) führen die gesetzlichen Betreuungsvorgaben zu einer Privilegierung von Strafgefangenen mit angeordneter Sicherungsverwahrung gegenüber den Gefangenen, die „nur“ eine lebenslange oder zeitige Freiheitsstrafe zu verbüßen haben (vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 14.1.2016 – 3 Ws 780/15 (StVollzG), Forum Strafvollzug 2016, 221; *OLG Hamburg*, Beschl. v. 15.1.2016 – 3 Ws 109/15 Vollz, bei *Roth*, NStZ 2017,

206 f.; *Sinn*, in: SK-StGB, 9. Aufl., § 66c Rn. 12; *Jehle*, in: SSW-StGB, 3. Aufl., § 66c Rn. 23).

- 28 (4) Die Besserstellung der Strafgefangenen mit anschließender Sicherungsverwahrung gegenüber Strafgefangenen bei der Behandlung hat nach überwiegender Auffassung auch Auswirkungen auf die Gewährung von vollzugsöffnenden Maßnahmen.
- 29 Zwar verweist § 66c Abs. 2 StGB nicht auf § 66c Abs. 1 Nr. 3 lit. a StGB, der die Gewährung von Lockerungen während Vollstreckung der Sicherungsverwahrung vorsieht. Da die erfolgreiche Erprobung in Lockerungen aber besondere Bedeutung für die Prognosebasis im Rahmen der Entscheidung über die bedingte Entlassung besitzt (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 13.12.1997 – 2 BvR 1404/96, NJW 1998, 1133, [1134]; Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08 u.a., BVerfGE 128, 326, [381]; krit. zur früheren Praxis *BVerfG*, a.a.O., BVerfGE 128, 326, [386]), werden die Vollzugsanstalten mit zunehmender Strafdauer und Näherrücken der sich anschließenden Si-

cherungsverwahrung auch bei begrenzter Lockerungseignung die Gewährung von vollzugsöffnenden Maßnahmen zu prüfen haben (*OLG Hamm*, Beschl. v. 28.4.2014 – III-1 Vollz (Ws) 28/14, StV 2015, 573; *Morgenstern/Drenkhahn*, in: MüKo-StGB, a.a.O., § 66c Rn. 70; *Feest/Grüter*, in: AK-StVollzG, 7. Aufl., Teil VI Rn. 60; *Renzikowski*, NJW 2013, 1638 [1639]).

- 30 3. Vorliegend hat das *LG* den Eintritt der Führungsaufsicht als mögliche Folge der Anordnung der Sicherungsverwahrung in den Blick genommen und verdeutlicht, dass diese belastende Wirkung für seine – maßgeblich auf die Gefährlichkeit des Angeklagten abstellende – Ermessensentscheidung leitend war. Die weiteren Folgewirkungen der Anordnung mindern die Schwere des dem Angeklagten mit der Maßregel auferlegten Sonderopfers und bedurften daher keiner näheren Erörterung. Vor diesem Hintergrund ist auch die Wertung des *LG*, die Maßregel i.S.d. § 62 StGB als verhältnismäßig anzusehen, frei von Rechtsfehlern.

## Gemengelage und die legendierte Kontrolle

### Zugleich eine Besprechung von *BGH*, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16\*

von OStA Dieter Kochheim

#### I. Das Problem: Durchsuchung und Zugriff während laufender verdeckter Ermittlungen

Die Strafprozessordnung lässt zur Aufklärung erheblicher, schwerer und besonders schwerer Formen der Kriminalität verdeckte und auf Dauer angelegte Eingriffsmaßnahmen zu. Ihre wesentlichen Formen sind die längerfristige Observation (§ 163f StPO) sowie der verdeckte Ermittler (§ 110a StPO; erhebliche Kriminalität), die Überwachung der Telekommunikation einschließlich der Quellen-TKÜ (§ 100a StPO n.F.), die laufende Aufzeichnung von Verkehrsdaten (§ 100g Abs. 1 StPO) sowie der kleine Lauschangriff (§ 100f StPO; schwere Kriminalität) und die Onlinedurchsuchung (§ 100b StPO n.F.) sowie der große Lauschangriff (§ 100c StPO; besonders schwere Kriminalität). Ihnen ist gemeinsam, dass sie grundsätzlich dem Richtervorbehalt unterliegen.

Während der laufenden verdeckten Ermittlungen werden immer wieder Erkenntnisse über illegale Transporte oder Absatzhandlungen gewonnen (zum Beispiel Schleusungen, BtM, Zigaretten, gestohlene Fahrzeuge), die zwar zu derselben Tatserie gehören, die Anlass zu der Eingriffsmaßnahme gegeben hat, die aber – besonders wegen der Hinterleute – noch längst nicht aufgeklärt ist. Das Legalitätsprinzip (§ 152 Abs. 2 StPO) zwingt grundsätzlich auch zum Einschreiten wegen des einzelnen Delikts und die Strafverfolgung kann nur ausnahmsweise zurückgestellt werden.<sup>1</sup> Eine Durchsuchung des Transporteurs und seines Kraftfahrzeuges nach Maßgabe der Strafprozessordnung verlangt nach einem gerichtlichen Durchsuchungsbeschluss und das bedeutet in aller Regel, dass auch die Tatsache der noch laufenden verdeckten Maßnahme als Quelle für den Verdacht gegen den Transporteur offenbart werden müsste. Dabei ist zu beachten, dass die Rechtsprechung zu den Verwertungsverboten besonders die Missachtung des Richtervorbehalts und die schwerwiegenden Verstöße gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens hervorhebt,<sup>2</sup> die die Grenze zur Willkür überschreiten.<sup>3</sup> Mit deutlichen Worten hat der *BGH* 2011 die Verwertung von

Erkenntnissen aus einer Durchsuchung verboten, die unter Umgehung des Richtervorbehalts ausgeführt wurde.<sup>4</sup> In der Praxis hat das zu merkwürdigen Lösungen geführt, wobei zum Beispiel zwar vorsorglich ein Durchsuchungsbeschluss erwirkt, aber zunächst nicht gegenüber dem Betroffenen offenbart wurde, um die im Hintergrund weiterlaufenden Ermittlungen nicht zu gefährden.

#### II. Polizeirecht und Gemengelage

Das Polizeirecht stellt selbständige Eingriffsbefugnisse zum Anhalten von Kraftfahrzeugen und zur Nachschau in ihrem Innern zur Verfügung, denen gemeinsam ist, dass sie keiner gerichtlichen Anordnung bedürfen. Damit heben sie sich von der strafverfahrensrechtlichen Durchsuchung ab (§§ 102, 103 StPO), die grundsätzlich eine gerichtliche Erlaubnis verlangt, wenn nicht Gefahr im Verzug besteht (§ 105 Abs. 1 StPO). Die wichtigsten polizeirechtlichen Ermächtigungsnormen sind insoweit:

§ 36 Abs. 5 StVO: Die Polizei darf eine „allgemeine“ Verkehrskontrolle durchführen und dabei auch den Innenraum besichtigen. Ihre Einzelheiten regeln die Polizeigesetze der Länder.<sup>5</sup>

§ 2 Abs. 2 Nr. 3 BPolG: Der Bundespolizei ist der „Grenzschutz“ übertragen und damit die Gefahrenabwehr im Bereich von der Landesgrenze und bis zu 30 Kilometern Entfernung im Inland. Das berechtigt sie zur Durchsuchung von Personen und Sachen wenn zum Beispiel der Verdacht besteht, dass die Person Sachen mit sich führt, die sichergestellt werden dürfen (§§ 43 Abs. 1 Nr. 2, 44 Abs. 1 Nr. 3 BPolG).<sup>6</sup>

§ 10 ZollVG: Die Zollverwaltung ist, ohne zur Strafverfolgung befugt zu sein (§ 1 ZollVG), zur „zollamtlichen Überwachung“ berechtigt. Sie umfasst auch das Anhalten von Fahrzeugen und deren Durchsicht.<sup>7</sup>

\* *BGH*, KriPoZ 2017, 257. Alle zitierten Gerichtsentscheidungen sind von den obersten Gerichten selber oder in amtlichen Quellen veröffentlicht worden. Zum Zeitpunkt der Niederschrift waren die neuen Vorschriften zur Quellen-TKÜ (§ 100a Abs. 1 S. 2 StPO n.F.) und zur Onlinedurchsuchung (§ 100b StPO n.F.) noch im Gesetzgebungsverfahren. Im Folgenden wird die besprochene Entscheidung nur noch als „E“ mit der betreffenden Randziffer zitiert.

<sup>1</sup> Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren – RiStBV, Anlage D, Teil A, Nr. II. 2.6. S. E Rn. 31.

<sup>2</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 15.10.2009 – 2 BvR 2438/08, Rn. 7

<sup>3</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 9.11.2010 – 2 BvR 2101/09, Rn. 50.

<sup>4</sup> *BGH*, Beschl. v. 30.8.2011 – 3 StR 210/11, Rn. 8.

<sup>5</sup> In der besprochenen Entscheidung stützt der *BGH* die Eingriffsbefugnis nicht auf die StVO, sondern nur auf die polizeirechtlichen Vorschriften im Landesrecht (E Rn. 16 bis 18).

<sup>6</sup> Die Eingriffsbefugnisse der Bundespolizei lassen deshalb nach Maßgabe der besprochenen Entscheidung die legendierte Kontrolle zu.

<sup>7</sup> Die besprochene Entscheidung sieht in § 10 ZollVG ebenfalls eine „echte“ doppelfunktionale Maßnahme, die als gefahrenabwehrrechtlicher Eingriff neben einem strafverfahrensrechtlichen Eingriff gewählt werden darf (E Rn. 28).

Mit der Gemengelage geht die Rechtsprechung zum Strafverfahrensrecht schwerfälliger um. Sie ist davon gekennzeichnet, dass das Polizei- und das Strafverfahrensrecht dieselben Eingriffe zulassen, aber unter verschiedenen Verfahrensanforderungen. Wegen des Einsatzes eines polizeirechtlich geführten Lockspitzels hat der BGH bereits 1999 festgestellt, dass er *einheitlich an den Regelungen der StPO zu messen* sei.<sup>8</sup> Die Erkenntnisse aus polizeirechtlichen Anhalte- und Durchsuchungseingriffe werden vom BGH grundsätzlich als verwertbar angesehen,<sup>9</sup> auch wenn ihre strafprozessrechtlichen Entsprechungen (vor allem die Durchsuchung und die Beschlagnahme; §§ 102, 94 Abs. 2 StPO) dem Richtervorbehalt unterliegen, die für den polizeirechtlichen Primäreingriff nicht vorgesehen sind. Wegen der legendierten Kontrolle hat der 5. Strafsenat im Wege einer beiläufigen Erwägung 2011 beanstandet, dass die Verwertung von polizeirechtlich gewonnenen Erkenntnissen *mit Blick auf den in § 105 Abs. 1 StPO geregelten Richtervorbehalt nicht unbedenklich* erscheine und die Rechtsgrundlage für ihre Verwertung *in den Urteilsgründen ... nicht ohne Weiteres nachvollziehbar* sei.<sup>10</sup> Dagegen hat der 3. Strafsenat die Verwertung von Beweismitteln, die aus einer rein polizeirechtlichen Eingriffsmaßnahme ohne richterlichen Beschluss stammten, als zulässig im Sinne von § 161 Abs. 2 angesehen.<sup>11</sup>

### III. Die Lösung des BGH

Alle früheren Entscheidungen zum Thema waren eher „nicht tragend“, also beiläufig (obiter dictum). In ausführlicher Weise hat sich jetzt der 2. Strafsenat mit dem Thema aufgrund einer ausdrücklichen Verfahrensrüge beschäftigt und die Verwertung von Erkenntnissen im Strafverfahren, die durch eine legendierte Kontrolle gewonnen wurden, als zulässig angesehen.<sup>12</sup> Er sieht im Ergebnis keine Probleme beim Richtervorbehalt, sondern besonders wegen der Grundsätze des fairen Verfahrens, die im einschlägigen Zusammenhang nur das Strafverfahrensrecht betreffen.

#### 1. Der Ausgangsfall

Im Kraftfahrzeug des Angeklagten wurden im August 2015 nach dem Überqueren der niederländisch-deutschen Grenze bei einer polizeilichen Personen- und Fahrzeugkontrolle insgesamt 9 Päckchen mit knapp 8 Kilogramm Kokain gefunden. Er hatte das Rauschgift im Auftrag des gesondert Verfolgten B., der sich währenddessen in Marokko aufhielt, in den Niederlanden übernommen und über die Grenze gebracht (E Rn. 3). Schon im April 2015 hatte eine Vertrauensperson Hinweise auf eine marokkanische Personengruppe gegeben, die *in großem Stil mit Drogen handele* (E Rn. 5). Nach weiteren verdeckten Ermittlungen wurden der Angeklagte und der Hintermann B. identifiziert. Die Ermittlungsbehörden in Frankfurt am Main erwirkten Beschlüsse zur Überwachung der Telekommunikation und zur Observation unter dem Einsatz

technischer Mittel (Peilsender; § 100h Abs. 1 Nr. 2 StPO). Dadurch erlangten sie die Kenntnisse davon, dass die Einfuhr geplant war, über ihre Einzelheiten und darüber, dass sich der Angeklagte in den Niederlanden wieder auf den Rückweg machte (E Rn. 5, 6).<sup>13</sup> Um ihre Ermittlungen gegen B. nicht zu gefährden entschlossen sich die Ermittlungsbeamten dazu, den Angeklagten *einer sogenannten legendierten Kontrolle durch Beamte der Verkehrspolizei zu unterziehen* (E Rn. 6). Dazu wurde – einer gängigen Praxis folgend – kein Durchsuchungsbeschluss erwirkt. Am Tag des Zugriffs fand zunächst eine gemeinsame Besprechung mit zwei Beamten von der Autobahnpolizei Wiesbaden, der Kriminalpolizei aus Frankfurt und dem Leiter des Observationsteams statt. *Der Streife wurde neben der Beschreibung und dem Kennzeichen des Fahrzeugs des Angeklagten mitgeteilt, dass es um das Auffinden professionell verbauten Rauschgifts gehe* (E Rn. 7). Aus Anlass einer Geschwindigkeitsüberschreitung um 10 Stundenkilometer stoppte die Streifenpolizei das Fahrzeug des Angeklagten, eröffneten ihm den Verdacht einer Ordnungswidrigkeit und fragte ihn, *ob er verbotene Gegenstände bei sich führe, was dieser verneinte* (E Rn. 8). Unter dem Einsatz weiterer Polizeibeamter und eines BtM-Spürhundes wurde das Rauschgift schließlich entdeckt und der Angeklagte festgenommen (E Rn. 8).<sup>14</sup> *Die Beamten der Verkehrspolizei fertigten auf der Dienststelle einen Bericht, in dem sie Hinweise auf die Ermittlungen der Kriminalpolizei Frankfurt am Main unterließen, wodurch der Eindruck entstand, es habe sich um eine zufällige Verkehrskontrolle gehandelt* (E Rn. 9). Auf die verdeckten Ermittlungen wurden weder der Angeklagte während seiner verantwortlichen Vernehmung noch der Haftrichter in Limburg an der Lahn hingewiesen, der gegen den Angeklagten einen Haftbefehl erließ (E Rn. 10, 11). Etwa zwei Wochen später reiste auch der Hintermann B. in das Bundesgebiet ein und wurde seinerseits festgenommen. Erst danach unterrichtete die Polizei aus Frankfurt am Main ihre Kollegen in Limburg von den Einzelheiten der verdeckten Ermittlungen und der legendierten Kontrolle durch einen Vermerk. Diesen Vermerk gab die Polizei an die Staatsanwaltschaft weiter und die Staatsanwaltschaft unterrichtete den Verteidiger des Angeklagten tags darauf durch Übersendung per Fax (E Rn. 11).

#### 2. Rechtsfragen

Bei seiner Argumentation hält sich der BGH an das Schema, das das BVerfG zum hypothetischen Ersatzeingriff und dem sogenannten Doppeltürmodell entwickelt

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99, Rn. 52., s. E Rn. 34.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 5.11.2013 – 5 StR 173/13, Rn. 5.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 21.7.2011 – 5 StR 32/11, Rn. 20., s. E Rn. 35.

<sup>11</sup> BGH, Beschl. v. 8.12.2015 – 3 StR 406/15, S. 2 f., s. E Rn. 36.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16 (= E).

<sup>13</sup> Die polizeiliche Zusammenarbeit mit den Behörden in den Niederlanden scheiterte ausweislich der Urteilsgründe. Warum die Nachrichten vom Peilsender dennoch genutzt werden konnten, verschweigt die Entscheidung.

<sup>14</sup> Jeder erfahrene Strafverteidiger weiß nach diesem Personaleinsatz, dass es sich um eine legendierte Kontrolle handelte.

hat.<sup>15</sup> Er fragt zunächst nach der polizeirechtlichen Zulässigkeit der Eingriffsmaßnahme und dann nach der Verwertbarkeit im Strafverfahren, ohne allerdings nach der polizeirechtlichen Zulässigkeit der Informationsweitergabe zu fragen; diese ergibt sich aus § 22 Abs. 1 HSOG.

#### a) Polizeirechtliche Zulässigkeit

Die polizeirechtliche Eingriffsmaßnahme diene keinen verkehrsbezogenen Zielen, sondern *allein dem Auffinden und der Sicherstellung der im Fahrzeug vermuteten Betäubungsmittel*. Deshalb liefert das Straßenverkehrsrecht keine einschlägige Ermächtigungsgrundlage für das Anhalten und Durchsuchen, sondern allein das Polizeirecht des Landes Hessen, hier der § 37 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 HSOG (E Rn. 15, 16). Danach dürfen Sachen durchsucht werden, *die von einer Person mitgeführt werden, hinsichtlich der Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Gegenstände mit sich führt, die sichergestellt werden dürfen* (E Rn. 17). Vergleichbare Vorschriften dürften alle Polizeigesetze der Bundesländer enthalten; in Niedersachsen sind das zum Beispiel die §§ 22, 23 und 26 Nds. SOG. *Die wegen Art. 13 GG strengeren Voraussetzungen für die Durchsuchung von Wohnungen ... gelten für eine Fahrzeugdurchsuchung nicht* (E Rn. 17).

Die gebotenen Anhaltspunkte, die die Eingriffsnorm fordert, sieht der *BGH* sowohl in den Informationen, die die Streifenpolizei von ihren Kollegen aus Frankfurt am Main erhalten hatten, als auch darin, dass der Drogenspürhund angeschlagen hatte (E Rn. 18). Das ist beachtlich. Gerade die zugelieferten Informationen aus Frankfurt sollten dem Verdächtigen nicht offenbart werden und der Einsatz des Spürhundes erfolgte erst, nachdem der Verdächtige aufgrund einer straßenverkehrsrechtlichen Eingriffsmaßnahme angehalten worden war. Hier klafft eine gewisse Lücke in der Argumentation des *BGH*. Sinnvoll wäre es gewesen, so zu argumentieren: Die verdeckt ermittelnden Beamten aus Frankfurt durften ihre Erkenntnisse an die Kollegen der Autobahnpolizei aus Wiesbaden weitergeben (§ 481 StPO). Einen Anhalteverdacht mussten sie eigenverantwortlich herleiten und das war die (geringe) Geschwindigkeitsüberschreitung des Angeklagten. Erst nach der Anhaltung durften sie die Informationen aus Frankfurt für die Bewertung der gefahrenrechtlichen Sicherstellungsvermutung nutzen und danach den Spürhund einsetzen, der die Spurenlage abrundete. Das verkürzt der *BGH*, indem er die Suche und Sicherstellung des Rauschgifts als unabdingbar für den verfolgten Zweck der Sicherstellung als gefahrenabwehrende Maßnahme bezeichnet (E Rn. 18).

#### b) Gleicher Rang für Prävention und Repression

*Bei der Fahrzeugdurchsuchung (handelte es sich) um eine sogenannte doppel funktionale Maßnahme, bei der die Polizei mit jeweils selbständiger präventiver und repressiver Zielsetzung tätig wurde* (E Rn. 20). Eine solche „echte“

doppel funktionale Maßnahme grenzt das Gericht von solchen Maßnahmen ab, *die nur deswegen auch präventiven Charakter besitzen, weil durch die Strafverfolgung ein entsprechender unselbständiger Nebeneffekt erzielt wird, etwa dass der Betroffene durch Festnahme an der Fortsetzung seiner strafbaren Handlung faktisch gehindert wird. In einem solchen Fall der „Prävention durch Repression“ ist das polizeiliche Vorgehen schon nach seiner alleinigen Zwecksetzung ausschließlich strafprozessualer Natur* (E Rn. 20).

Nach einer umfassenden Darstellung des Meinungsstandes (E Rn. 21 bis 24) stellt der *Senat* fest, dass *weder ein allgemeiner Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht noch umgekehrt ein solcher des Gefahrenabwehrrechts gegenüber der Strafprozessordnung bestehe* (E Rn. 25). Insbesondere bei sogenannten Gemengelagen, in denen die Polizei sowohl repressiv als auch präventiv agieren kann und will, *bleiben strafprozessuale und gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen grundsätzlich nebeneinander anwendbar* (E Rn. 25), weil beide Staatsaufgaben – Gefahrenabwehr und Strafverfolgung – gleichrangig seien (E Rn. 27), keine – auch nur konkurrierende – Gesetzgebungskompetenz des Bundes bestehe und auch das Bundesrecht im Übrigen keine Vorschriften enthalte, die die gefahrenabwehrrechtliche Prävention verdrängen könnte (E Rn. 29). Das gelte ausdrücklich auch für das Legalitätsprinzip: *Solange der repressive Zugriff zeitlich nur hinausgeschoben und nicht ganz oder teilweise unterlassen wird, ist Raum für kriminalstrategisches Vorgehen* (E Rn. 31). Hinzu kommt, dass *eine starre Verweisung auf die Strafprozessordnung ... es den Gefahrenabwehrbehörden unmöglich machen (würde), adäquat und flexibel auf neue, häufig nicht vorhersehbare Gefahrenlagen zu reagieren* (E Rn. 30). Der *Senat* verweist insofern auf die Ermittlungen gegen den Terrorismus und die gebotenen Maßnahmen bei Geiselnahmen.

#### c) Verwertbarkeit im Strafverfahren

Die Verwertungsermächtigung im Strafverfahren folgt aus § 161 Abs. 2 StPO (E Rn. 37, 38). Bei der Einführung dieser Vorschrift habe sich der Gesetzgeber an der Lehre vom hypothetischen Ersatzeingriff orientiert<sup>16</sup> und sich für eine Lösung nach rein materiellen Gesichtspunkten entschieden. *Damit kommt es bei der „Umwidmung“ von auf präventiv-polizeilicher Rechtsgrundlage erlangter Daten nach § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO gerade nicht darauf an, ob die formellen Anordnungsvoraussetzungen nach der Strafprozessordnung, wie hier etwa das Vorliegen einer richterlichen Durchsuchungsanordnung, gewahrt worden sind* (E Rn. 38). Ausschlaggebend sei nur, ob die Eingriffsmaßnahme nach dem Polizeirecht zulässig war und die Schwellengleichheit gewahrt ist. Damit ist gemeint, dass die Eingriffsmaßnahme auch nach dem Strafverfahrensrecht zulässig gewesen wäre. Dass das Polizeirecht insoweit keinen Richtervorbehalt vorsehe, sei unbeachtlich. *Entscheidend ist, dass ein Ermittlungsrichter bei*

<sup>15</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, Rn. 123; zur Zweckänderung im Strafverfahrensrecht selber: *BGH*, Urt. v. 27.11.2008 – 3 StR 342/08, Rn. 13.

<sup>16</sup> Verweis auf BT-Drs. vom 27.6.2007 – 16/5846, S. 64.

*hypothetischer Betrachtung einen entsprechenden richterlichen Durchsuchungsbeschluss auf strafprozessualer Grundlage zweifelsfrei erlassen hätte* (E Rn. 40). Eine rechtsmissbräuchliche Umgehung des Richtervorbehalts bestehe ebenfalls nicht, solange eine Gefahrenabwehr tatsächlich bezweckt und nicht nur vorgeschoben werde, weil eine vergleichbare Maßnahme nach der Strafprozessordnung nicht möglich wäre (E Rn. 41).

*d) Schweigen über verdeckte Ermittlungen im Hintergrund*

*Eine staatliche Pflicht, gegenüber dem Angeklagten strafprozessual tätig zu werden, und ihm gegenüber damit zwangsläufig sämtliche Ermittlungsergebnisse zu offenbaren, bestand aus rechtlichen Gründen (...) nicht* (E Rn. 42). Bei seiner ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten nach § 163a Abs. 4 S. 1 StPO zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird. Dabei muss der Tatvorwurf ... dem Beschuldigten in groben Zügen so weit erläutert werden, dass er sich sachgerecht verteidigen kann, jedoch nicht so weit, dass die Aufklärung des Sachverhalts und damit die Effektivität der Strafverfolgung darunter leiden (E Rn. 47). Der Vernehmungsbeamte habe einen Beurteilungsspielraum. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach die Tat und nicht die Beweismittel zu eröffnen sind sowie aus § 147 Abs. 2 StPO, wonach Akteneinsicht versagt werden kann, soweit dies den Untersuchungszweck gefährdet (E Rn. 47).

Der Senat diskutiert die Frage nach der möglicherweise unvollständigen Belehrung besonders unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens – ob sie überhaupt das Aussageverhalten des Beschuldigten beeinflusst hat und damit ein Verwertungsverbot begründen könnte – und verneint dies, weil der Angeklagte noch bis in die Hauptverhandlung hinein geschwiegen hat und noch vor der Anklageerhebung über die verdeckten Ermittlungen im Hintergrund informiert worden war (E Rn. 49). Allerdings sei die unvollständige Unterrichtung der Polizei des Zugriffs und des Richters, der den Haftbefehl erließ, im Hinblick auf den Fair-trial-Grundsatz und das Gebot der Aktewahrheit und der Aktenvollständigkeit nicht unbedenklich (Rn. 53). Jedenfalls der Ermittlungsrichter müsse den Gang des Verfahrens ohne Abstriche nachvollziehen können, denn es muss in einem rechtsstaatlichen Verfahren schon der bloße Anschein vermieden werden, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen (E Rn. 53). Es sei die Aufgabe der Staatsanwaltschaft, für die Aktenvollständigkeit zu sorgen und das verlange, dass sie über etwaige Hintergründe von polizeilichen Ermittlungen bzw. präventiver Maßnahmen nicht im Unklaren gelassen werden darf. Nur dann ist ein faires rechtsstaatliches Verfahren gewährleistet (E Rn. 53).

Die Folgen daraus müssten anhand des Einzelfalls entschieden werden. In dem vorliegenden Fall sei der Angeklagte jedenfalls frühzeitig genug unterrichtet worden, um als Kronzeuge gemäß § 31 BtMG in den Genuss der Strafmilderung oder der Straflosigkeit kommen zu können, und

das Gericht habe bei der Bemessung des Strafrahmens berücksichtigen können, dass der Zugriff aufgrund einer polizeilichen Observation erfolgte (E Rn. 55).<sup>17</sup>

#### IV. Ergebnisse: Voraussetzungen für die legendierte Kontrolle

Der Entscheidung des BGH zur legendierten Kontrolle ist zuzustimmen und sie schafft einen Rahmen, mit dem die Strafverfolgungspraxis umzugehen lernen wird.

##### 1. Informationen aus dem verdeckt geführten Verfahren

Nicht erörtert hat der BGH, ob die verdachtsbegründenden Anhaltspunkte aus dem verdeckt geführten Verfahren überhaupt an die Streifenpolizei weitergegeben durften. Die erforderliche Ermächtigung ergibt sich aus § 481 StPO.

##### 2. Rechtmäßigkeit der polizeirechtlichen Eingriffsmaßnahme

Der Beamte, der über eine Eingriffsmaßnahme zu entscheiden hat, muss diese aus eigener Verantwortung treffen. Wenn er sie aus Gründen der Gefahrenabwehr als gerechtfertigt erachtet, ist das polizeirechtliche Verfahren einzuhalten. Verlangt es, anders als das Strafverfahrensrecht, keinen Richtervorbehalt, dann scheidet die strafverfahrensrechtliche „Zweitverwertung“ daran nicht. Die Anknüpfung an eine polizeirechtlich zulässige Eingriffsentscheidung und die Grundsätze, die der BGH wegen der *doppelfunktionalen Maßnahmen* ausführt, verhindert gleichzeitig alle Hilfskonstruktionen, die zu einer Überdehnung der Zulässigkeit von Zufallsfunden (§ 108 StPO) führen könnten und deshalb unzulässig sind.

Problematisch und erörterungsbedürftig habe ich die offene Dienstbesprechung empfunden, die zwischen den verdeckt ermittelnden Beamten und ihren Kollegen von der Streifenpolizei stattgefunden hat. Die Streifenpolizisten wurden dadurch bösgläubig gemacht und ihre polizeirechtlich begründete Eingriffsentscheidung wurde dadurch jedenfalls motiviert. Der BGH sieht das aber nur als die Übermittlung von Anhaltspunkten an (deshalb mein Hinweis auf § 481 StPO), die die Streifenpolizisten in ihre Eingriffsentscheidung aufnehmen durften. Maßgeblich ist somit der Entscheidungshorizont der eingreifenden Beamten. Solange es sich um eine „echte“ – und nicht nur vorgetäuschte – doppelfunktionale Ermittlungsmaßnahme handelt, muss das Strafverfahrensrecht sie akzeptieren.

##### 3. Rechtmäßigkeit der Verwertung im Strafverfahren

Maßgeblich sind nur die Voraussetzungen des hypothetischen Ersatzeingriffs, der sich am Zeitpunkt und in der Situation bei der Einführung in das Strafverfahren orientiert. Unter verfassungsrechtlicher Betrachtung handelt es sich um einen neuen und weiteren Grundrechtseingriff, der genauso gerechtfertigt sein muss wie der Ersteingriff.<sup>18</sup> Der

<sup>17</sup> Strafrahmensverschiebung und -milderung nach BGH, Beschl. v. 12.1.2000 – 5 StR 587/99, Rn. 3.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 27.11.2008 – 3 StR 342/08, Rn. 13.

*BGH* hat den Maßstab dafür präzisiert: Maßgeblich sind nur die Rechtmäßigkeit des Ersteingriffs und die Schwel­ len­gleichheit, also die grundsätzliche Zulässigkeit der Eingriffsmaßnahme nach den Verfahrensregeln des Straf­ verfahrens.

#### 4. Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit

Die Grenzen der Aktenintegrität lässt der *BGH* offen<sup>19</sup> und das eröffnet neue Streite in der strafrechtlichen Hauptverhandlung. Schon 1994 hat das *BVerfG* entschieden, dass jedenfalls in Haftsachen dem Verteidiger alle Informationen zugänglich sein müssen, die auch das über die Haft entscheidende Gericht hat.<sup>20</sup> Andererseits dürfen dem Verteidiger – mit gewissen Ausnahmen – Informationen aus den Akten solange vorenthalten werden, bis die Ermittlungen abgeschlossen sind (§ 147 Abs. 2 StPO<sup>21</sup>).

Nach den Grundsätzen der kriminalistischen List, dürfen Strafverfolger während der noch laufenden Ermittlungen Tatsachen verschweigen, aber nicht lügen.<sup>22</sup> Insoweit greift die besondere (Gesamt-) Verantwortung der Staatsanwaltschaft für die Rechtmäßigkeit des Ermittlungsverfahrens.<sup>23</sup> Sie muss während noch laufender verdeckter Ermittlungen darüber entscheiden, ob bestimmte Informationen offenbart werden dürfen oder nicht. Dabei versteht es sich von selbst, dass jedenfalls im Zusammenhang mit Entscheidungen über die Untersuchungshaft keine Informationen verschwiegen werden dürfen, die den Tatverdacht nachhaltig in Frage stellen oder den Schuldgehalt deutlich mildern, weil dadurch der von § 112 StPO verlangte dringende Tatverdacht entfallen würde. Bei belastenden oder den Tatvorwurf womöglich erweiternden Informationen wird man um eine Prüfung im Einzelfall nicht herumkommen.

#### 5. Lehren für das Strafverfahrensrecht

Der Meinungsstreit um die Verwertungsverbote im Strafverfahren, die unklaren Umrisse der Grundsätze des fairen Verfahrens und besonders wegen der legendierten Kontrolle haben in der Vergangenheit eine große Unsicherheit für die Ermittlungspraxis ausgelöst. Die Entscheidung des 2. Strafsenats liefert noch keine vollständige Lösung, ist aber richtungsweisend und deshalb sehr zu begrüßen.

Sie nimmt die anderen Verfahrensordnungen und ihre Voraussetzungen für Eingriffsmaßnahmen zunächst einmal ernst. Die einschlägige Verfahrensordnung bestimmt, ob eine Maßnahme gerechtfertigt und zulässig ist, ohne dass auf Hilfskonstruktionen nach dem Vorbild der Sicherstellung von Zufallsfunden zurückgegriffen werden muss. Ausschlaggebend sind die Grundsätze für die *doppelfunktionale Maßnahme*. Sie greift, wenn das Polizeirecht die Durchsuchung und Sicherstellung allein schon dann zulässt, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sicherstellungsfähige Gegenstände vorhanden sind. Ganz ähnlich hat sich der *BGH* auch zu den Erkenntnissen geäußert, die im Wege der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen gewonnen werden.<sup>24</sup> Die Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung im ausländischen Recht steht grundsätzlich nicht in Frage. Nur ihre Verwertung im nationalen Recht muss sich den dafür geltenden Bestimmungen beugen. Das gilt jetzt auch für die anderen nationalen Verfahrensordnungen im Polizei- und dem Recht der Nachrichtendienste.<sup>25</sup>

Die Entscheidung des *BGH* zur legendierten Kontrolle hat eine ganz wesentliche Wirkung: Der Ermittler, der sich an ihr orientiert und sie in ihren aufgezeigten Grenzen anwendet, fällt keine willkürliche Entscheidung, die zu einem Beweisverwertungsverbot führen könnte.

<sup>19</sup> Grundlegend: *BGH*, Beschl. v. 15.10.2010 – 5 StR 119/10, Rn. 10.

<sup>20</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 11.7.1994 – BvR 777/94.

<sup>21</sup> Zur Zulässigkeit: *BVerfG*, Beschl. v. 15.1.2004 – 2 BvR 1895/03, Rn. 2.

<sup>22</sup> *BGH*, Beschl. v. 24.8.1988 – 3 StR 129/88; *BGH*, Urt. v. 11.2.2010 – 4 StR 436/09, Rn. 11.

<sup>23</sup> *BVerfG*, Urt. v. 12.4.2005 – 2 BvR 581/01, Rn. 62; *BGH*, Beschl. v. 23.8.2011 – 1 StR 153/11, Rn. 18; *BGH*, Beschl. v. 27.5.2009 – 1 StR 99/09.

<sup>24</sup> *BGH*, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 310/12, Leitsätze.

<sup>25</sup> Es besteht eine gewisse Parallelität zur strafverfahrensrechtlichen Behandlung von Sperrerklärungen. Das erkennende Gericht muss zwar alle zumutbaren Anstrengungen für eine vollbeweisliche Beweisaufnahme unternehmen. Scheitert es dabei, bleibt ihm nichts anderes übrig als die fragwürdigen Erkenntnisse (Zeuge vom Hörensagen, behördliche Mitteilung ohne Offenbarung der Quelle oder ihres Zustandekommens) im Rahmen der gebotenen Gesamtschau zu bewerten; *BGH*, Beschl. v. 3.5.2017 – 3 StR 498/16, Rn. 13, 14.

## BUCHBESPRECHUNGEN

## ***Urs Kindhäuser/Ulfried Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen: Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar Band 1-3***

*von Prof. Dr. Anja Schiemann*

5. Aufl. (2017), Nomos, Baden-Baden, ISBN: 978-3-8487-3106-0, S. 7.836, Euro 448,-.

Seit dem Erscheinen der 1. Auflage 2002/2003 hat sich der Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch als Standardkommentar etabliert und füllt nun seit 15 Jahren als „kleiner“ Großkommentar die Lücke zwischen den Kurz- und Handkommentaren sowie den umfangreicheren Großkommentaren wie Münchener und Systematischer Kommentar kompetent aus. Dabei ist auch der Nomos Kommentar vom Umfang her stets angewachsen, seit der letzten Auflage entschloss man sich zu einer Erweiterung von zwei auf drei Bände. In der nun vorliegenden 5. Auflage sind gegenüber der Voraufgabe noch einmal rund 700 Seiten hinzugekommen.

In der Neuauflage, die 4 Jahre lang auf sich warten ließ, konnten und mussten diverse Gesetzesänderungen berücksichtigt werden.

So hat beispielsweise das Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zu Änderungen und Modifizierungen der §§ 63 ff. StGB geführt, die am 1.8.2016 in Kraft getreten sind. *Pollähne* nennt diese Novellierung den ersten – „wenn auch halbherzig(en)“ – Versuch seit 1969, die tatbestandlichen Voraussetzungen der freiheitsentziehenden Unterbringungsanordnung einzugrenzen (§ 63 Rn. 3). Die „Verhältnismäßigkeits-Novelle“ bleibe in mehrfacher Hinsicht hinter dem Ziel zurück, die Zahl der Unterbringungsanordnungen deutlich zu reduzieren (§ 63 Rn. 49).

Ebenfalls berücksichtigt werden die bereits am 20.6.2015 in Kraft getretenen Änderungen im Terrorismusstrafrecht. *Paeffgen* hatte schon in der Voraufgabe § 89a StGB zutreffend kritisch kommentiert und legt auch in der Neuauflage hinsichtlich des neu eingefügten § 89a Abs. 2a StGB den Finger in die Wunde zunehmender Vorfeldkriminalisierung. Zu Recht hält er jedenfalls die 2. Tatbestandsalternative des neuen Absatzes für verfassungsrechtlich unzulässig. Dem „vorgeblich tatbestandlichen Verhalten“ fehle „jegliches objektives Unrechtssubstrat“ (§ 89a Rn. 58).

Auch die nunmehr in einem selbstständigen Straftatbestand geregelte Terrorismusfinanzierung nach § 89c StGB hält *Paeffgen* für verfassungsrechtlich bedenklich (§ 89c Rn. 1). So sieht er in der Tatbestandsalternative des Sammelns von Vermögenswerten die Grenzen zum bloßen Gesinnungsstrafrecht als eindeutig überschritten an

(§ 89c Rn. 7) und kritisiert die Streichung der Erheblichkeitsschwelle der Vermögenszuwendung (§ 89c Rn. 10).

Neu eingeführt und bereits am 10.12.2015 in Kraft getreten ist die Vorschrift des § 217 StGB zur geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung. Für *Saliger* markiert der Paragraph rechtsgeschichtlich eine bedeutende Zäsur, da die Norm den seit über 140 Jahren währenden Grundsatz der ausnahmslosen Strafflosigkeit der Suizidteilnahme im deutschen Strafrecht beendet hat (§ 217 Rn. 2). Er hält die Vorschrift für verfassungswidrig (§ 217 Rn. 6) und erkennt zahlreiche Auslegungsprobleme bei der Anwendung der Vorschrift. Dennoch dürfe man nicht der Versuchung erliegen, der Auslegung kriminalpolitische Konzepte zu unterlegen, die der Gesetzgeber nicht verfolgt habe (§ 217 Rn. 8).

*Dannecker/Schröder* widmen sich erstmalig der Korruption im Gesundheitswesen auf gut 100 Seiten. Dies zeigt, wie dezidiert die Voraussetzungen der §§ 299a, 299b StGB beleuchtet werden. Besonders hervorzuheben ist, dass die Autoren den Weg der Gesetzgebungsgeschichte nachzeichnen und auch die Änderungen zwischen Referentenentwurf und Regierungsentwurf vom Wortlaut her nachvollziehbar machen und die unterschiedlichen kritischen Stimmen wiedergeben. Die Antikorruptionsgesetze im Gesundheitswesen werden als kriminalpolitisch zutreffende Entscheidung gewertet (§ 299a Rn. 58), allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass eine effektive und langfristig Erfolg versprechende Korruptionsbekämpfung vor allem präventiv erfolgen muss (§ 299a Rn. 64).

*Kuhlen* berücksichtigt die Internationalisierung und Ausdehnung der „klassischen“ Korruptionsgesetze durch das Gesetz zur Bekämpfung der internationalen Korruption. Durch die Neufassung wurde nicht nur der Europäische Amtsträger in den Wortlaut der Korruptionsdelikte mit aufgenommen, sondern der neu eingefügte § 335a StGB, der die Anwendung der Korruptionsdelikte auf ausländische und internationale Bedienstete möglich macht, gegenüber den bisherigen Regelungen im EuBestG und IntBestG erheblich erweitert. Demzufolge bezweifelt *Kuhlen* auch, dass § 335a StGB dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt (§ 335a Rn. 11). Hier zeigt sich einmal mehr, dass der Nomos Kommentar Raum zur kriminalpolitischen Kritik lässt und so einen wertvollen Grundstein für sich anschließende Diskussionen über Notwendigkeit und Verfassungsgemäßheit einer Vorschrift legt.

Ebenfalls neu eingearbeitet sind die grundlegenden Änderungen im Sexualstrafrecht durch das 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches zur Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht. Das fünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung – wird insofern bedacht, als zwar die ausführlichere Kommentierung von *Frommel* noch die Altfassung zu § 177 StGB betrifft, aber im Anschluss die Neufassung ebenfalls kritisch kommentiert und „handwerkliche Mängel“ aufgespürt werden (§ 177 Rn. 99). Zudem werden die neu eingefügten Straftatbestände der sexuellen Belästigung (§ 184i) und der Straftaten aus Gruppen (§ 184j) einer kurzen Betrachtung unterzogen. *Frommel* hält gerade die letzte Vorschrift als unvereinbar mit dem Rechtsstaatsprinzip und kann sich eine verfassungskonforme Auslegung nur schwer vorstellen (§ 184j Rn. 8).

Etwas missverständlich ist die Bewerbung der Neuauflage mit dem Hinweis, es konnten insbesondere das Gesetz zur Reform der Vermögensabschöpfung als auch die Verbesserung zum Schutz gegen Nachstellung und das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels bei der Kommentierung bereits berücksichtigt werden. Zu allen drei Komplexen findet sich ausführlich lediglich die alte Gesetzesfassung ausführlich kommentiert.

Beim Straftatbestand der Nachstellung weist der Bearbeiter *Sonnen* allerdings auf den aktuellen Gesetzesentwurf hin und gibt eine rechtspolitische Einschätzung ab. Der Hinweis im Vorwort des Kommentars klärt dann darüber auf, dass Gesetzesänderungen nur bis 10.10.2016 vollständig kommentiert wurden. Das Gesetz zur Verbesserung zum Schutz gegen Nachstellung ist erst am 2.3.2017 in Kraft getreten. Dem Bearbeiter ist daher kein Vorwurf zu machen. Allerdings sollte dann vom Verlag auch nicht mit einer nicht vorhandenen Kommentierung geworben werden.

Gleiches gilt für die Kommentierung der Vermögensabschöpfung, die erst am 1.7.2017 in Kraft getreten ist. Auch hier werden ausschließlich die Altvorschriften kommentiert. Allerdings enthält der Kommentar zumindest die Wortlautfassung der Neuregelungen. Zudem führt *Saliger* in Gesetzgebungshintergründe und –motive ein und würdigt zumindest auf einigen wenigen Seiten die Neukonzeption des materiellen Abschöpfungsrechts (Vorb. §§ 73 ff. Rn. 3c ff). Dies tut er gewohnt kritisch und weist auf die verfassungsrechtliche Fragwürdigkeit einiger der nunmehr geltendes Recht gewordenen Vorschriften hin. Insoweit darf mit Spannung auf eine Neuauflage und die dann kritische Kommentierung der einzelnen Voraussetzungen der komplett neu formulierten Vorschriften zur Vermögensabschöpfung gewartet werden.

Zumindest eine Kurzkomentierung findet sich hinsichtlich der Neuregelungen im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels. Die Neufassungen der Paragraphen werden als Vorbemerkungen zu §§ 232-233b StGB der ausführlichen Kommentierung der Altfassung vorangestellt und in 8 Randnummern von *Böse* knapp und kritisch besprochen.

In der Werbung wird zudem auf die Berücksichtigung der Gesetzesentwürfe zum Fahrverbot als allgemeine Sanktion und zur Majestätsbeleidigung hingewiesen. So findet sich beispielsweise eine ausführliche Stellungnahme von *Kargl* zur geplanten Streichung des § 103 StGB (Vorb. §§ 102 ff. Rn. 9 ff.).

Nicht mehr berücksichtigen konnte der Kommentar beispielsweise die neuen Straftatbestände zum Sportwettbewerb und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§§ 265c ff. StGB), die Modifizierungen der §§ 113 ff. StGB und § 323c StGB durch das Gesetz zur Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften, die Ausweitungen des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern, die neuen Vorschriften und Modifizierungen durch das Strafrechtsänderungsgesetz zur Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen im Straßenverkehr und die Verschärfungen durch das Fünfundfünfzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Wohnungseinbruchdiebstahl. Der deutsche Gesetzgeber war in der letzten Legislaturperiode äußerst produktiv und irgendwann sind der Bearbeitung eines Kommentars durch den Redaktionsschluss Grenzen gesetzt. Insoweit kann eine Kommentierung nicht alle gesetzgeberischen Aktivitäten berücksichtigen – weil sie sonst nie erscheinen würde. Um Änderungen zu berücksichtigen, gibt es Neuauflagen und so kann man schon jetzt gespannt sein auf die 6. Auflage, die die zuvor genannten und weitere zukünftige Änderungen im Strafgesetzbuch kritisch beleuchtet.

Neben dem kritischen Blick auf die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen überzeugt die aktuelle Auflage auch hinsichtlich kriminologischer Erwägungen und der Darstellung kriminalpolitischer Hintergründe.

Als Standardkommentar für die Praxis und Wissenschaft bietet der Nomos Kommentar eine vertiefende Darstellung der diversen Probleme des materiellen Strafrechts und überzeugt vor allem durch die Fülle an weiterführender Literatur und die kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsmaterie. Die Gründlichkeit ist es, die den Nomos Kommentar auszeichnet und ihn zum nützlichen, wichtigen Handwerkszeug jedes Strafruristen macht.

## ***Julia Hugendubel: Tätertypologien in der Wirtschaftskriminologie – Instrument sozialer Kontrolle***

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2016, Peter Lang GmbH, Frankfurt a. M., ISBN: 978-3-631-67596-0, S. 234, Euro 54,96.

Wirtschaftskriminalität rückt zunehmend in den Fokus strafrechtlicher Diskussion. Sei es der Ruf nach einem Unternehmensstrafrecht oder die immer professioneller angeleitete Selbstregulierung der Unternehmen durch Compliance-Maßnahmen – Aufsätze, Bücher und Fachtagungen häufen sich, Anwaltskanzleien spezialisieren sich auf Wirtschaftsstrafrecht und Staatsanwaltschaften weisen entsprechende Schwerpunktbereiche aus. Da ist es nur legitim, kriminologische Fundierungen zu suchen, im Dezember erschien Band 1 von *Bussmann* zur Wirtschaftskriminologie, *Hendrik Schneider* plant ein Handbuch für 2018. Neben der Wirtschaftsstraftat an sich gerät der Täter zunehmend in den Fokus kriminologischer Betrachtung. Die vorliegende Dissertation untersucht bestehende Studien zur Wirtschaftsstraftätertypologie und überprüft, inwieweit eine Tätertypenbestimmung in Bezug auf Wirtschaftskriminelle eine Aussagekraft entfaltet und welchen Mehrwert eine solche Bestimmung gegenüber einer situationsorientierten sozialen Kontrolle hat. Konkret gesprochen geht es darum, ob sich eine Tätertypenbestimmung grundsätzlich zur Prävention von Wirtschaftskriminalität eignet und ob ggf. – so nicht intendierte – Nebeneffekte eintreten.

Zu Beginn ihrer Arbeit setzt *Hugendubel* den theoretischen Bezugsrahmen und erläutert die zentralen Begriffe der Untersuchung, nämlich „Typologie“, „Wirtschaftskriminologie“ und „soziale Kontrolle“. Die Verfasserin geht von einem konstruktivistischen Verständnis von Kriminalität aus und gibt dabei folgende Definitionen für die weitergehende Untersuchung vor: „Eine Typologie von Wirtschaftsstraftätern ist als eine Zusammenfassung einzelner Typen anzusehen, die durch den inhaltlichen Sinnzusammenhang – der Wirtschaftskriminalität – eine innere Verbundenheit erfahren. Ein Typus besteht dabei aus einer Kombination von Merkmalen. Die Merkmalskombinationen sind Eigenschaften von Personen, die bereits eine Wirtschaftsstraftat begangen haben oder den Studien zufolge eine Wirtschaftsstraftat begehen werden“ (S. 45). Wirtschaftskriminalität ist für *Hugendubel* eine Gesetzesverletzung durch eine Person im Unternehmensinteresse oder gegen die Interessen eines Unternehmens. Soziale Kontrolle erfasst für sie insbesondere auch die Verbrechenskontrolle und als deren Teilbereich die Kriminalprävention. Die Arbeit richtet ihren Fokus so gesehen auf einen Teilbereich der sozialen Kontrolle, nämlich die Kontrolle von Wirtschaftskriminalität mit Tätertypologien.

Zunächst untersucht die Verfasserin die Wirtschaftsstraftätertypologie als Phänomen. Die Inhaltsanalyse bereits ergangener konzeptioneller und empirischer Studien zur Typenbildung von Wirtschaftsstraftätern ergab dabei, dass diese anhand von Sozialdaten, Persönlichkeitseigenschaften oder Werten bzw. Motiven erfolgt. Die Tätertypbestimmung wird sowohl mit Hilfe von Ideal- als auch mit Hilfe von Realdaten getroffen, wobei fast alle Studien anwendungsorientiert sind. Der Anwendungsbezug ergibt sich aus der Zielsetzung der Nutzbarkeit der Erkenntnisse für präventive oder repressive Kontrolle von Wirtschaftskriminalität. Kritisch sieht *Hugendubel*, dass die Wirtschaftsstraftätertypenbestimmung ohne Differenzierung nach Straftaten für oder gegen das Unternehmen erfolgt. Da die überwiegende Zahl der Studien privatwirtschaftlich ausgerichtet sei, liege der Fokus auf Wirtschaftsstraftätertypologien als Instrument privater sozialer Kontrolle. Daher richtet die Verfasserin ihre weitere Untersuchung schwerpunktmäßig ebenfalls auf die Betrachtung der präventiv legitimierten Tätertypenbestimmung aus. Diese werden zunächst auf ihre mögliche Wirkungsweise hin betrachtet, d.h. untersucht, wie mit Tätertypologien Wirtschaftskriminalität unterbunden werden kann. Danach wird überprüft, ob dieses Vorgehen erfolgsversprechend ist.

Die Ergebnisse der Untersuchung sind ernüchternd. Die Wirtschaftsstraftätertypen sollen in erster Linie im Rahmen von Compliance-Maßnahmen als Instrument sozialer Kontrolle fungieren. Allerdings können solche Typologien bei Compliance-Maßnahmen logischer Weise nur dann als Kriminalpräventionsinstrument genutzt werden, wenn Personen auch als Wirtschaftsstraftätertypen individualisiert werden können. Genau das aber ist nicht möglich. *Hugendubel* zeigt nämlich in ihrer Arbeit auf, dass die empirischen Studien zu Wirtschaftsstraftätertypen nicht aussagekräftig sind. Mal hapert es an der Untersuchungsmethode, mal an der fehlenden einheitlichen Definition von Wirtschaftskriminalität, mal an zu kleinen Stichproben oder an unzureichender Kontrolle der Variablen oder der Bildung von Vergleichsgruppen. Neben der fehlenden Aussagekraft der Studien macht die Verfasserin noch einen Grundwiderspruch einer mit Typologien angestrebten Täterindividualisierung aufmerksam. Denn während Typologien grundsätzlich zur Komplexitätsreduktion realer Sachverhalte dienen und über den Einzelfall hinausgehende, generalisierende Aussagen trafen, erfordere die Bestimmung von Wirtschaftsstraftätern gerade einen konkreten individuellen Bezug.

Wurde in diesem ersten Schritt schon auf die mangelnde Aussagekraft und die Widersprüchlichkeit des Vorhabens

an sich hingewiesen, so erstaunt der zweite, jetzt doch untersuchen zu wollen, ob Tätertypologien generell ein probates Instrument zur Prävention von Wirtschaftskriminalität darstellen. Das Ergebnis ist schon von vornherein klar und insoweit nicht überraschend: die kriminalpräventive Personenindividualisierung anhand von Sozialdaten, Persönlichkeitseigenschaften oder Werteeinstellungen wird von *Hugendubel* für untauglich befunden. Die Verfasserin zeigt darüber hinaus negative Aspekte auf, die mit einer Tätertypisierung verbunden sind. So macht sie einen Labeling-Effekt aus, der zu einer Stigmatisierung von Unternehmensmitarbeitern führe, die dem typischen Wirtschaftsstraftäter entsprechen. Da es den typischen Wirtschaftsstraftäter gar nicht gibt, erscheint dies merkwürdig, zumal *Hugendubel* selbst noch einmal betont, dass eine zuverlässige Tätertypenbestimmung nicht erfolgsversprechend sei. Solange das Unternehmen allerdings von einer gewissen Validität ausgeht, kann dem Unternehmen mehr Schaden als Profit entstehen, wenn hier „falsche“ Tätertypen ausgemacht und besonders kompetente Mitarbeiter vom Unternehmen ferngehalten werden.

Kann man in einer Gesamtwürdigung also schon einmal das Fazit ziehen, dass eine Tätertypenbestimmung im Bereich der Wirtschaftskriminalität unsinnig ist, so wird diese auch in ihrer rechtlichen Zulässigkeit in Zweifel ge-

zogen. *Hugendubel* zeigt auf, dass die Durchführung von Persönlichkeitstests zur Eruierung von Wirtschaftsstraftätern typen geltenden Datenschutzbestimmungen zuwiderläuft. Neben §§ 32 Abs. 1 S. 1 bzw. 28 Abs. 1 BDSG sieht die Autorin auch § 7 i.V.m. § 1 AGG verletzt.

Insgesamt können wir aus der vorliegenden Dissertation viel lernen. Es bestätigt sich der alte Grundsatz, dass gut gemeint nicht gut gemacht ist. Natürlich ist es richtig, dass die Unternehmen präventive Maßnahmen verstärken und Compliance-Maßnahmen einführen, um es erst gar nicht zu Wirtschaftskriminalität kommen zu lassen. Doch vor einer Maßnahme ist deren Wirksamkeit zu überprüfen. Gibt es *den* Typus eines Wirtschaftsstraftäters nicht, so kann man auch nicht in vielfältigsten Verfahren nach ihm suchen. Stigmatisierung und Falschetikettierung sind dann vorprogrammiert. Wenn man über all dem Compliance-Eifer dann auch noch geltendes Recht missachtet, ist man an einem Punkt, wo man aufhören sollte. Wirtschaftskriminologie ist ein weites Feld und es wird sicher noch vielfältigste Studien geben. Die Arbeit von *Hugendubel* kann dazu sensibilisieren, Grundlagenarbeit ernst zu nehmen und vor jeder präventiven oder auch repressiven Maßnahme deren Fundament korrekt und wissenschaftlichen Standards entsprechend zu legen.

## TAGUNGSBERICHT

## Das 4. Trierer Forum zum Recht der inneren Sicherheit (TRIFORIS)

von Wiss. Mit. Maren Wegner

### I. Einführung

Am 6.5.2017 trafen sich Vertreter\*innen der Politik, der Justiz, der Polizei, der Rechtsanwaltschaft, der Presse sowie des universitären Fachbereichs Jura in der Staatskanzlei Rheinland-Pfalz. Der moderne, international beeinflusste und global vernetzte Terrorismus hat – wie die jüngsten Ereignisse deutlich zeigten – Deutschland erreicht und der modus operandi agierender Täter stellt den Rechtsstaat vor neue Herausforderungen. Das in Kooperation zwischen dem Institut für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht der Universität Trier (ISP) und dem LKA Rheinland-Pfalz bereits zum vierten Mal stattfindende Trierer Forum zum Recht der inneren Sicherheit widmete sich somit dem aktuellen Thema der Terrorismusbekämpfung und bot den Teilnehmer\*innen aus Wissenschaft und Praxis eine Plattform, interdisziplinäre Erkenntnisse auszutauschen. Ganz im Zeichen der Interdisziplinarität referierten und diskutierten Vertreter aus Polizei, Justiz, Nachrichtendiensten und Anwaltschaft.

Einleitende Worte fanden *Malu Dreyer*, Ministerpräsidentin des Landes Rheinland-Pfalz, und *Roger Lewentz*, Minister des Innern und für Sport des Landes Rheinland-Pfalz. Sie konstatierten die Aktualität der Thematik mit Verweis auf die jüngsten Anschläge in Deutschland und die wenige Tage zuvor erfolgte Unterbrechung des Festivals „Rock am Ring“ wegen „konkreter Hinweise, aufgrund derer eine mögliche terroristische Gefährdung nicht auszuschließen“<sup>1</sup> war. Die politische Reaktion auf den Terrorismus liege in einem Maßnahmenpaket und Umstrukturierungsmaßnahmen, um den Herausforderungen begegnen zu können.

Auch *Johannes Kunz*, Präsident des LKA, hieß die Teilnehmer\*innen willkommen und nahm die Entscheidung des Polizeiführers bei der Einsatzlage von „Rock am Ring“ zum Anlass festzustellen, dass sich die Angst vor Terroranschlägen in weiten Teilen der Gesellschaft manifestiert habe. Um die Gefahren des Terrorismus z.B. durch den polizeilichen Umgang mit Gefährdern abzuwehren und mutmaßliche Täter in komplexen Ermittlungsverfahren rechtskräftig zu verurteilen, benötigen die Polizeibe-

hörden Ressourcen in einem noch nie da gewesenen Ausmaß. Zudem sei die Zusammenarbeit zwischen den Geheimdiensten und den Polizeibehörden in den Fokus zu nehmen. Darüber hinaus wies er auf die Schwierigkeiten hin, die mit einem „neuen“ kriminell vorbelasteten Tätertypus einhergehen, sodass der Terrorismus Nahtstellen zur Organisierten Kriminalität aufweise, die es ebenfalls näher in den Blick zu nehmen gilt. Gleichzeitig zeigte er die faktischen Grenzen und betonte darüber hinaus, welchen bedeutenden Stellenwert die Integration als Terrorismusprävention einnimmt.

*Prof. Dr. Mark Zöller*, Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches Strafprozessrecht und Polizeirecht der Universität Trier, bezeichnete den Terrorismus als „allumfassende Klammer, die über die gefahrenabwehrrechtlichen, strafprozessualen und nachrichtendienstlichen“ Handlungsoptionen hinausgeht. Nur mit einem Blick über die Fachgrenzen hinweg könne man das Phänomen des Terrorismus in seinen gesellschaftlichen Auswirkungen bewältigen. Die statistische Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Anschlags zu werden, sei zwar sehr gering, das subjektive Sicherheitsempfinden werde jedoch paradoxerweise nachhaltig durch die wahrgenommene zunehmende Bedrohung beeinträchtigt. Der Terrorismus müsse vor diesem Hintergrund als Kommunikationsstrategie begriffen werden, dessen zentrale Botschaft lautet: „Du bist nicht sicher“. Die Dissonanz zwischen tatsächlichem und wahrgenommenem Risiko terroristischer Anschläge nutze der Terrorismus gezielt mit der Intention aus, die Gesellschaft zu destabilisieren.

### II. Die Phänomenologie des „neuen Terrorismus“

*Dr. Marwan Abou-Taam*, wissenschaftlicher Mitarbeiter im LKA Rheinland-Pfalz, eröffnete die Tagung mit seinem Referat „Der „neue“ Terrorismus – zwischen gewaltgeprägter und organisierter Kriminalität“. Er stellte eingangs fest, dass das Phänomen des Terrorismus seit Bildung von Nationalstaaten als politisch-strategische Gewalt oppositioneller Gruppierungen existiere.

Die Strategie terroristischer Akteure sei jedoch Änderungsprozessen unterworfen. So stelle „9/11“ nicht nur einen sicherheitspolitischen Wendepunkt dar, sondern bilde

<sup>1</sup> Pressemeldung des PP Koblenz vom 2.6.2017, online verfügbar unter: <http://www.presseportal.de/blaulicht/pm/117715/3651630> (zuletzt abgerufen am 26.9.2017).

ebenfalls ein Novum hinsichtlich des Ausmaßes und modus operandi des Selbstmordattentäters, der das traditionelle Sicherheitskonzept außer Kraft treten lässt. Die Aufmerksamkeit der Sicherheitsbehörden habe seither der zentralen Organisation von sogenannten Terrorzellen und deren Finanzierung gegolten.

Innerhalb der Handlungsformen habe nunmehr ebenfalls eine Art Paradigmenwechsel stattgefunden. *Abou-Taam* wies diesbezüglich auf verschiedene Charakteristika hin. Zunächst hob er die Verbindung terroristisch motivierter Straftäter – wie im Fall des Anschlags auf den Berliner Weihnachtsmarkt im Dezember 2016 – zur Allgemeinkriminalität hervor. Bemerkenswert seien darüber hinaus sowohl die kontinuierlich zunehmende Rekrutierung von Minderjährigen als auch eine Veränderung in der Wahl der Tatmittel, die es ermöglichen, Straftaten mit weitreichenden Folgen „Kosten ökonomisch“ zu begehen. Zudem habe auch eine Veränderung in der Organisation stattgefunden – der Terrorismus zeichne sich nunmehr durch eine dezentrale Organisation aus.

Insgesamt weise das Phänomen des Terrorismus Parallelen zum Phänomenbereich der Organisierten Kriminalität auf. Insbesondere die Terrorfinanzierung erfolge zunehmend über kriminelle Milieus bspw. durch Schwarzhandel oder den Handel mit Betäubungsmitteln.

### III. Die Beobachtung von Gefährdern

Der nächste Redebeitrag folgte von *Albert Weber*, dem Leiter der Abteilung politisch motivierter Kriminalität beim LKA Rheinland-Pfalz. Er widmete sich dem aktuellen, aber politisch und wissenschaftlich nicht unumstrittenen Thema der „Beobachtung von Gefährdern im Terrorismusbereich“.

Der seit dem 11.9.2001 verstärkt im Kontext des islamistischen Terrorismus verwandte Terminus ist bisher nicht legaldefiniert.<sup>2</sup> Es handelt sich vielmehr um einen „polizeifachlichen“ Arbeitsbegriff, der u.a. im Phänomenbereich der politisch motivierten Kriminalität Anwendung findet. Nach der Definition der auf Bundesebene angesiedelten Arbeitsgemeinschaft der Leiter des Bundeskriminalamtes sowie der Landeskriminalämter (AG Kripo) handelt es sich bei Gefährdern um Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere solche im Sinne des § 100a StPO, begehen werden.

Die Einstufung einer Person weise zudem sowohl rechtliche als auch tatsächliche Schwierigkeiten auf. Dieser Umstand resultiere zum einen aus dem Fehlen einer gesetzlichen Definition, welcher mit einem unterschiedlichen Begriffsverständnis korrespondiere, zum anderen erschwere die föderale Struktur die Gewährleistung einer einheitlichen Einstufungspraxis, da diese den Ländern obliege. Aus diesen Gegebenheiten lasse sich die Frage ableiten,

ob eine Zentralisierung der Gefährdersachbearbeitung angezeigt sei.

*Albert Weber* stellte zudem überblicksartig einzelne, operative Maßnahmen dar, die mit einer Einstufung als Gefährder einhergehen. Zuletzt konturierte er das vom Bundeskriminalamt in Zusammenarbeit mit der Arbeitsgruppe Forensische Psychologie der Universität Konstanz entwickelte Risikobewertungsinstrument RADAR-iTE.

### IV. Reformbedarf im Terrorismusstrafrecht

Rechtsanwalt *Dr. Nikolaos Gazeas* von der Kanzlei Tsambikakis & Partner aus Köln stellte in seinem Referat „Das Instrumentarium des Strafgesetzbuches zur Verfolgung terroristisch motivierter Straftaten – oder: Nach der Reform ist vor der Reform“ die gesetzlichen Grundlagen – einschließlich deren historischer Entwicklung – vor und bot einen Überblick über die einschlägigen Straftatbestände.

Er betrachtete das Strafrecht zwar grundsätzlich als ein adäquates Mittel zur staatlichen Reaktion, hinterfragte aber gleichzeitig, ob sich eine – insbesondere durch die Implementierung der §§ 89a ff. StGB durch das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten erfolgte – Vorverlagerung der Strafbarkeit noch innerhalb der rechtsstaatlichen Grenzen befinde.

*Dr. Nikolaos Gazeas* merkte dabei an, dass sich das Unrecht einer Tat in objektiven Umständen manifestieren müsse und eine Vorverlagerung die Gefahr eines Gesinungsstrafrechts hervorrufe. Diese Folge sei vor dem Hintergrund des Schuldprinzips verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Er wies u.a. auf ein Urteil des *BGH* hin (*BGH*, Urt. v. 8.5.2014 – 3 StR 243/13) hin, welcher die Norm sehr restriktiv auslegt, sodass sie zwar ein Türöffner für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens darstelle, eine Verurteilung in der Praxis jedoch nur in Ausnahmefällen erfolge.

Den neuen Handlungsmodalitäten, bei denen Kraftfahrzeuge – wie in Nizza, Berlin oder London – oder Messer und Macheten verwendet worden waren, könne schwer mit dem Instrument des § 89a StGB begegnet werden, sodass eine Nachjustierung angezeigt sei. Letztlich stelle sich in diesem Fall jedoch die Frage, wann rechtsstaatliche Grenzen erreicht sind und in welchen Fällen sie bereits überschritten sind.

### V. Die Rolle der Nachrichtendienste

Der Leiter der Abteilung Verfassungsschutz im Ministerium des Innern und für Sport Rheinland-Pfalz, *Elmar May*, erläuterte in seinem Referat „Die Rolle der Nachrichtendienste bei der Bekämpfung des Terrorismus“ als integraler Bestandteil der Sicherheitsarchitektur. Die Be-

<sup>2</sup> Die Bundesregierung erläuterte zuletzt in ihrer Antwort auf die kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE die Begriffe „Gefährder“ und „Relevante Personen“, BT-Drs. 18/13422.

deutung der Nachrichtendienste liege allgemein in der Gewinnung von Informationen zu sicherheitsrelevanten Sachverhalten.

Hierbei fungieren die Landesverfassungsschutzämter und der Bundesverfassungsschutz als ziviler innerstaatlicher Geheimdienst als Frühwarnsystem. Es gelte eine Gefahrenlage, die in der Radikalisierung von Personen begründet ist, zu erkennen, zu beobachten und zu bewerten.

In allen Phänomenbereichen der durch den Verfassungsschutz beobachteten Kriminalität sei eine Veränderung hinsichtlich der Mobilität, der Kommunikation, des uneinheitlichen Tätertypus und der Tatmittel festzustellen, sodass sich das Bedrohungspotenzial erhöht habe. Insbesondere im Terrorismus, so konstatierte *May*, stelle die Selbsttötung einen wesentlichen Bestandteil des Tatplans dar und die Auswahl von „soft targets“ erschwerten die Eindämmung von Gefahren ebenfalls. Als weitere Schwierigkeit wurde die kurze Radikalisierungsdauer, die unter anderem durch das Internet hervorgerufen werde, benannt.

Die föderale Organisation des Verfassungsschutzes stelle diesen ebenfalls vor Probleme. Aus diesen Umständen leitete *Elmar May* ab, dass der Informationsaustausch innerhalb der Behörden verbessert werden müsse. Außerdem sprach er sich für die Befugnisserweiterung des Verfassungsschutzes im operativen Bereich aus. Insbesondere die Möglichkeit der Informationsbeschaffung müsse sich der Digitalisierung anpassen, sodass die rechtlichen Grundlagen für die sogenannte Quellen-TKÜ geschaffen werden müssten.

## VI. Die Verfolgung terroristisch motivierter Straftäter

Bundesanwalt *Thomas Beck*, Leiter der Abteilung Terrorismus des Generalbundesanwalts in Karlsruhe, referierte über „Die Strategien und Herausforderungen für die Verfolgung terroristisch motivierter Straftäter“.

Zunächst gab er einen quantitativen Überblick über die in den letzten Jahren nahezu exponentiell gestiegenen Verfahrenszahlen. Dabei wurde deutlich, dass innerhalb aller Phänomenbereiche der politisch motivierten Kriminalität sowohl strategische Veränderungen als auch neue Bedrohungen zu verzeichnen sind. Der Terrorismus agiere dabei global und sei mittlerweile allgegenwärtig.

Als Strategie gelte es, strukturelle Schwachstellen in der Sicherheitsarchitektur zu analysieren und zu beseitigen. Defizite bestehen *Beck* zufolge im polizeilichen Umgang mit Gefährdern, so müsse die polizeiliche Sachbearbeitung koordiniert werden. Optimierungsbedarf sieht er ebenfalls bei der Harmonisierung der Landespolizeigesetze. Zudem sprach er sich für Änderungen im Ausländer- und Asylrecht aus. Außerdem betonte er – mit Blick auf den Föderalismus – den Mehrwert den Staatsschutzkompetenzzentren und sprach sich für deren Etablierung aus. Eine der wichtigsten Schnittstellen für eine erfolgreiche Bekämpfung stelle der Informationsaustausch aller Akteure dar.

Zuletzt erinnerte *Beck* erneut daran, dass man die Strategie des IS verstehen müsse. Seine Handlungen zielen darauf ab, die westlichen Gesellschaften in Chaos zu stürzen und die innere Sicherheit eines Landes durch das Hervorrufen von Bürgerkriegen zu schwächen, sodass ein Kalifat als einzig wahre Ordnungsstruktur wahrgenommen werde. Sein Appell galt der wehrhaften Demokratie, die keine politische Floskel bleiben dürfe.

## VII. Die Strafverteidigung von „Terroristen“

Rechtsanwalt *Dr. Heinrich Comes* aus Köln ist seit 1997 als Strafverteidiger von mutmaßlichen „Terroristen“ tätig und konnte somit aus einem breiten Erfahrungsschatz in seinem Referat „Strafverteidigung von „Terroristen“ – Ein Ding der Unmöglichkeit?“ schöpfen.

Er habe die Staatsschutzverfahren bisher als fair wahrgenommen. Allerdings gestalte sich die Strafverteidigung aus tatsächlichen Gründen schwierig. So berichtete er darüber, dass die Verteidigung ein Informationsdefizit aufweise, das dadurch entstehe, dass sie von Ermittlungsmaßnahmen ausgeschlossen werde. Überdies konstatierte *Comes*, dass ein Transfer von Erkenntnissen der Geheimdienste in das Ermittlungs- und Hauptverfahren u.a. mit Blick auf die Möglichkeit der Begrenzung der Aussagegenehmigung eines VP-Führers nicht transparent sei.

Abschließend stellte er die kontroverse These auf, dass die in § 129b StGB strafbewehrte Beteiligung an ausländischen terroristischen Vereinigungen unter Verweis auf das Widerstandsrecht verfassungswidrig sei.

## VIII. Die Podiumsdiskussion

Nach den Vorträgen fand eine Podiumsdiskussion zum Thema „Kommunikation des Schreckens – Ist der Kampf gegen den internationalen Terrorismus aussichtslos?“ statt. An der Diskussion nahmen *Dirk Menden*, als Vertreter des Bundesamts für Verfassungsschutz; *Yassin Musharbash* von DIE ZEIT; Rechtsanwalt *Dr. Nikolaos Gazeas*; *Johannes Kunz* sowie *Prof. Dr. Susanne Schröter* von der Goethe Universität Frankfurt a.M. teil.

Innerhalb der Diskussion waren zwei Themenkomplexe inhaltlich bestimmend. Zum einen stand die Bedeutung des Islamismus als Jugendkultur und -bewegung im Vordergrund. *Prof. Dr. Susanne Schröter* erörterte, dass der Salafismus und der Jihadismus Merkmale von Jugendbewegungen aufweisen. Ihre Mitglieder definierten sich ihr zufolge über Kleidung, Musik und Sprache. Ein weiteres Charakteristikum sei die Abgrenzung von der nicht-muslimischen Gesellschaft und die Forderung nach einer totalitären Ordnung nach den Regeln des Koran. Der Extremismus biete den Jugendlichen in erster Line eine Perspektive hinsichtlich einer zunehmend komplexer werdenden Welt und eine politische Heimat.

Zudem wurde die Rolle der Geheimdienste fokussiert. Auf die von *Dirk Menden* erhobene Forderung, den Verfassungsschutzbehörden klare und moderne Befugnisse

einzuräumen, kam es zu einem „Schlagabtausch“ zwischen *Menden* und *Gazeas*. Nach der Ansicht von *Menden* müsse dem Verfassungsschutz ebenfalls Instrumentarien zur Überwachung des Kommunikationsverhalten wie bspw. der Online-Durchsuchung eingeräumt werden.

*Gazeas* stand insbesondere einer Verankerung der Online-Durchsuchung kritisch gegenüber, da das *BVerfG* in seinem Urteil vom 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 zur Online-Durchsuchung hohe Eingriffsschwellen festgelegt hat.

### **IX. Resümee**

Das 4. Trierer Forum zum Recht der inneren Sicherheit (TRIFORIS) bot seinen Teilnehmer\*innen die Möglichkeit, den internationalen Terrorismus aus verschiedenen Blickwinkeln zu betrachten und trug zum Verständnis des Phänomens bei.

Insgesamt wurde deutlich, dass der Umgang mit dem Terrorismus eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe ist, die auch nur gemeinsam durch die verschiedenen Akteure bewältigt werden kann.

Die besondere Herausforderung besteht vor allem darin, der Strategie des Terrorismus keinen Nährboden zu geben. Das bedeutet wiederum, dass sich die Medien ihrer Rolle als Nachrichtenmittler des Terrorismus bewusst werden müssen. Zudem drängt sich die Frage auf, inwieweit die Implementierung von Gesetzen, welche die Strafbarkeit in das Vorfeld verlagern oder die die Eingriffsschwellen senken, nicht ebenfalls dieser Strategie in die Hände spielt. Zuletzt muss jedoch auch jeder Bürger dazu aufgerufen werden, sich zur Demokratie und zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu bekennen.