

# KriPoZ

## Kriminalpolitische Zeitschrift

### KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

### Herausgeber

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

### Schriftleitung

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

### Redaktion (national)

Prof. Dr. Gunnar Duttge  
Prof. Dr. Sabine Gless  
Prof. Dr. Bernd Hecker  
Prof. Dr. Martin Heger  
Prof. Dr. Bernd Heinrich  
Prof. Dr. Michael Kubiciel  
Prof. Dr. Otto Lagodny  
Prof. Dr. Carsten Momsen  
Prof. Dr. Helmut Satzger  
Prof. Dr. Anja Schiemann  
Prof. Dr. Edward Schramm  
Prof. Dr. Mark Zöller

### Redaktion international

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

### ALLGEMEINE BEITRÄGE | 03 – 18

**03** | § 217 StGB n.F.: Strafrecht unterliegt Kriminalpolitik

von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp

**11** | Zu Verbesserungsmöglichkeiten der Führungsaufsicht

von Dr. Alexander Bauer, M.A./B.Sc.

### STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN | 19 – 33

**19** | Die geplanten Änderungen der §§ 177, 179 StGB – ein kritischer Blick

von Prof. Dr. Tatjana Hörnle

**28** | Nach der Reform des Unterbringungsrechts ist vor der Reform

von Rechtsanwalt Dr. iur. habil. Helmut Pollähne

### AUSLANDSRUBRIK | 34 – 46

**34** | Überlegungen zu Strafanstalten und Gewinnerzielung

von Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino

### ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN | 47 – 81

**47** | BVerfG, Urt. v. 20. April 2016 - 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09

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

### BUCHBESPRECHUNGEN | 82 – 84

**82** | *Stephanie-Alexandra Meier*: § 238 StGB Nachstellung / Stalking

von Prof. Dr. Anja Schiemann

**83** | *Matthias Bäcker*: Kriminalpräventionsrecht

von Prof. Dr. Anja Schiemann

### TAGUNGSBERICHTE | 85 – 89

**85** | „Reform der Tötungsdelikte – Ein ungerechtes Gesetz gibt es nicht“

von Rechtsanwältin Simone Klaffus und Rechtsanwältin Melanie Steuer

**88** | Herausforderungen der Organisierten Kriminalität an das Strafrecht

von Wiss. Mit. Monique Schmidt

## EDITORIAL

*Herzlich Willkommen zur ersten Ausgabe der KriPoZ,*

der Kriminalpolitischen Online-Zeitschrift, die von nun an jeden zweiten Monat erscheinen wird. Warum schon wieder eine juristische Fachzeitschrift, werden sich viele von Ihnen vielleicht fragen, gibt es nicht schon viel zu viele und brauchen wir wirklich eine weitere? Ich würde diese Frage nicht stellvertretend für Sie stellen, wenn ich nicht ganz sicher sagen könnte, ja, wir brauchen ein kriminalpolitisch ausgerichtetes Online-Medium. Printausgaben, die rechts- und kriminalpolitische Schwerpunkte setzen, sind naturgemäß bis zum Erscheinen mit einem gewissen zeitlichen Vorlauf verbunden. Online-Ausgaben profitieren von ihrer Schnelligkeit und Flexibilität. Eine kostenlos abrufbare wissenschaftliche Online-Zeitschrift, die sich ausschließlich mit kriminalpolitischen Themen beschäftigt, gibt es in Deutschland derzeit nicht. Die KriPoZ will diese Lücke schließen und wird dafür von der DFG gefördert.

Die KriPoZ bietet ihren Autorinnen und Autoren die Möglichkeit, frühzeitig auf den kriminalpolitischen Diskurs Einfluss zu nehmen oder Gesetzesvorhaben und gerade in Kraft getretene Gesetze einer breiten Öffentlichkeit mit kritischem Blick vorzustellen. Wir leben in einer kriminalpolitisch spannenden Zeit, unser derzeitiger Justizminister *Heiko Maas* ist so reformierungsfreudig wie kaum ein anderer. Ob Reform des Mordparagrafen, Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung oder große StPO-Reform – es steht noch viel auf der Agenda des Justizministeriums. Zu der Diskussion um die geplanten Änderungen der §§ 177, 179 StGB können Sie einen Beitrag von *Prof. Dr. Hörnle* im aktuellen Heft lesen.

Doch es stehen nicht nur viele neue Reformen unmittelbar bevor, es traten in letzter Zeit auch zahlreiche (Straf-) Gesetze in Kraft. So wird seit Dezember letzten Jahres die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe gestellt, die kriminalpolitische Debatte und die streitbare Vorschrift stellt uns *Prof. Dr. Hillenkamp* in seinem Beitrag „§ 217 StGB n.F.: Strafrecht unterliegt Kriminalpolitik“ vor. Auch Rechtsanwalt *Dr. habil. Pollähne* widmet sich in seinem Beitrag einem in Kürze in Kraft tretenden Gesetz, nämlich dem Gesetz zur Novellierung des Rechts auf Unterbringung und sieht noch erheblichen weiteren Reformbedarf nach dem Motto „nach der Reform ist vor der Reform“. Diese Auswahl für das erste Heft wird in folgenden Ausgaben z.B. ergänzt um die gesetzliche Umsetzung der Strafbarkeit der Korruption im Gesundheitswesen und die in Siebenmeilenstiefeln durch das Gesetzgebungsverfahren gebrachte und immer noch umstrittene Vorratsdatenspeicherung.

Doch nicht nur bereits in Form gegossene Gesetze und Gesetzesvorhaben möchte sich die KriPoZ zum Thema machen, sondern auch kriminalpolitische Diskussionen im Vorfeld konkreter Gesetzesentwürfe. So wird Rechtsanwalt *Dr. Baur* in der aktuellen Ausgabe die Ergebnisse einer Studie zur Evaluation der Führungsaufsicht vorstellen und Verbesserungsmöglichkeiten der Führungsaufsicht *de lege lata* und *de lege ferenda* aufzeigen. Viele andere kriminalpolitische Themen bieten sich an, in Aufsatzform gegossen zu werden und Sie, liebe Leserinnen und Leser, sind ausdrücklich aufgefordert, aktiv zu werden und Beiträge einzureichen. Herausgeber und Redaktion werden im Peer Review Verfahren über die Annahme der Aufsätze entscheiden. Wir freuen uns, auch weitere Hefte mit interessanten Beiträgen zu füllen, um die kriminalpolitische Debatte voranzubringen und Positionierungen deutlich zu machen. Neben den klassischen Aufsätzen bietet die KriPoZ dem Leser die Möglichkeit, Kommentare zu den einzelnen Heftbeiträgen zu verfassen. Hierzu gibt es neben der zum Download bereitstehenden PDF-Version eine HTML-Fassung jeden Heftes, in der Kommentare gepostet werden können. Diese Möglichkeit, unmittelbar und schnell zu wissenschaftlichen Beiträgen Feedback zu geben und sich zu positionieren, ist ein weiteres Novum unserer Online-Zeitschrift. Nutzen Sie die Gelegenheit, hier aktiv auf die kriminalpolitische Debatte Einfluss zu nehmen.

Neben den kriminalpolitischen Themenfeldern in Deutschland bietet unsere Auslandsrubrik Einblicke in kriminalpolitische Diskussionen anderer Länder. So stellt unser Mitglied der Auslandsredaktion *Prof. Dr. Tangerino* in seinem Beitrag Überlegungen zur Privatisierung der brasilianischen Strafanstalten an. Auch in Deutschland wird das Für und Wider der (Teil-)Privatisierung des Strafvollzugs immer wieder debattiert. Es ist geplant, auch in Folgeheften der KriPoZ einen Blick über die Grenzen Deutschlands hinaus zu werfen, um zum einen mehr über kriminalpolitische Diskurse im Ausland zu erfahren und zum anderen Anregungen für das deutsche Recht daraus zu ziehen.

Kriminalpolitik wird auch von Gerichten gemacht und so kam die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Teilverfassungswidrigkeit des BKAG gerade rechtzeitig, um ebenfalls von der KriPoZ aufgegriffen zu werden. Der Gesetzgeber wird vom Gericht aufgefordert, bis zum 30. Juni 2018 die verfassungswidrigen Vorschriften durch verfassungsgemäße Normen zu ersetzen. *Dr. Graulich* hat für unsere aktuelle Ausgabe eine Anmerkung zum Urteil geschrieben.

Tagungsberichte zu Tagungen mit kriminalpolitischem Bezug werden in der KriPoZ ebenso abgedruckt wie Buchrezensionen zu inhaltlich einschlägigen Werken. Auch hier sind Sie, liebe Leserinnen und Leser, aufgefordert, uns von einer interessanten Tagung zu berichten oder Interesse an der Besprechung eines Buches mit – zumindest auch – kriminalpolitischem Bezug zu bekunden.

Die KriPoZ möchte unterschiedliche Facetten der kriminalpolitischen Diskussion abbilden und nicht nur bereits bestehende Gesetze reflektieren, sondern auch auf im Entstehen begriffene Gesetzesvorhaben Einfluss nehmen.

Außerdem versteht sich die KriPoZ als Medium und Transporteur neuer Denkanstöße zu kriminalpolitischen Themen. Die KriPoZ braucht dazu nicht nur Leserinnen und Leser, sondern auch Autorinnen und Autoren wissenschaftlicher Beiträge und die Beteiligung durch aktive Nutzung unserer Kommentarfunktion. Insoweit sind Sie aufgerufen, Beiträge unter [schriftleitung@kripoz.de](mailto:schriftleitung@kripoz.de) einzureichen oder Anmerkungen zu Aufsätzen zu posten. Herzlichen Dank!

*Prof. Dr. Anja Schiemann*

## ALLGEMEINE BEITRÄGE

## § 217 StGB n.F.: Strafrecht unterliegt Kriminalpolitik

von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp\*

## Abstract

Seit dem 10.12.2015 wird in § 217 StGB die „Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung“ mit Strafe bedroht. Die Vorschrift ist das bescheiden wirkende Ergebnis einer mit viel Pathos über zwei Legislaturperioden abgehaltenen „Sterbehilfedebatte“. Ihre Bedeutung liegt darin, dass sie zum ersten Mal seit 1871 entgegen dem Appell von 151 Strafrechtslehrern und Strafrechtslehrerinnen eine Beteiligung am freiverantworteten Suizid weit im Vorfeld unter Strafe stellt. Struktur und Text der Vorschrift erweisen den neuen Tatbestand als eine kriminalpolitisch wie dogmatisch missglückte Fehlreaktion des Gesetzgebers auf ein vermeintliches Bedrohungsszenario durch Sterbehilfevereine und auf Suizidbeihilfe spezialisierte Ärzte. Da wenig wahrscheinlich ist, dass das BVerfG oder der EGMR die Vorschrift beanstanden, wird – namentlich zum Schutz der Ärzteschaft – hier zu einer restriktiven Auslegung der Norm geraten.

Since December 10th 2015, businesslike suicide assistance is punishable by § 217 German Criminal Code. The regulation is the moderate acting result of a debate over “euthanasia” that was held over two legislative periods. The meaning of it lies in the fact that for the first time since 1871 a regulation makes assistance to voluntary suicide a punishable act way up beforehand, against the plea of 151 professors of criminal law. The structure and text of the regulation reveal the new statement of facts as a misreaction of the legislator – both from a criminal policy and a dogmatic perspective – to the alleged threat scenario of suicide assistance associations and doctors specialized in suicide assistance. Because it is hardly likely that the Federal Constitutional Court or the European Court of Human Rights will not object to the regulation, at this point it is advised to be constructed restrictively – particularly as a protection for the medical profession.

## I. Zur (kriminal)politischen Genese: ein Rückblick

Es hat nichts geholfen. Der Deutsche Bundestag hat mit 360 Ja-Stimmen beschlossen, in § 217 StGB n.F. die „Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung“ unter Strafe zu stellen. „Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“, lautet dessen Abs. 1. „Als Teilnehmer bleibt“ nach Abs. 2 lediglich „straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Abs. 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht“. Das Gesetz ist seit dem 10. 12. 2015 in Kraft.<sup>1</sup> Es hat sich über eine zuvor von Eric Hilgendorf und Henning Rosenau initiierte und von 151 Strafrechtslehrern und Strafrechtslehrerinnen unterzeichnete Stellungnahme hinweggesetzt. Sie enthielt den Appell, „im Zusammenhang mit der Sterbehilfe den Anwendungsbereich des Strafrechts“ nicht „auszuweiten“,<sup>2</sup> anders gewendet, „das Strafrecht zu belassen, wie es ist“,<sup>3</sup> und d.h., eine wie auch immer geartete Beihilfe, Förderung oder Assistenz zum freiverantworteten Suizid wie seit 1871 straflos zu lassen.<sup>4</sup>

Das Übergehen des Fachverständs durch die Politik erinnert nicht nur an die Abstimmungsniederlage Hassemers im Inzest-Beschluss des BVerfG.<sup>5</sup> Vielmehr kann man es auch als Folge davon sehen, dass dieser Beschluss „den legislativen Spielraum im Strafrecht auf Kosten der Kontrollkompetenz des Verfassungsgerichts“ in einer das Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit bedenklich abstumpfenden Weise „überdehnt“ hat.<sup>6</sup> Das begünstigt die vom Bundesminister der Justiz unlängst beschriebene „Schwäche“ vieler Politiker, „mit dem Strafgesetz ... schnell, einfach“ und „preisgünstig politisches Handeln nach(zu)weisen und auf öffentliche Empörung (zu) reagieren“ und dürfte es ihm auch erschweren, solchen Aktionismus mit den Worten „Stopp, das geht nicht. Dafür ist das Strafrecht nicht da!“ anzuhalten.<sup>7</sup>

\* Der Autor ist (Mit-)Direktor des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim (IMGB).

<sup>1</sup> BGBl. I, S. 2177. S. dazu Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 115. Sitzung, Plenarprotokoll 18/115.

<sup>2</sup> Dokumentation in medstra 2015, 129. S. auch FAZ v. 15.4.2015, S. 1/8.

<sup>3</sup> Hillenkamp, FAZ v. 16.4.2015, S. 6; ders., Ickinger SPD Schaukasten, 34. Jhg. Nr. 90, Juni 2015, S. 9.

<sup>4</sup> Zur Geschichte s. Feldmann, Die Strafbarkeit der Mitwirkungen am Suizid, 2009, S. 70 ff.; F. Neumann, Die Mitwirkung am Suizid als Straftat, 2015 mit Anhängen S. 363 ff.

<sup>5</sup> BVerfGE 120, 224 = NJW 2008, 1137 mit krit. Bespr. Roxin, StV 2009, 544 ff.

<sup>6</sup> Abw. Meinung des Richters Hassemer, NJW 2008, 1142 (73).

<sup>7</sup> Als „unsere Aufgabe“ so gesehen von Heiko Maas auf der Augsburger Strafrechtslehrtagung 2015, s. NSStZ 2015, 305 (309). Es fällt freilich schwer, Maas als gestrengen Wächter über die Erfüllung dieser Aufgabe zu erkennen.

Ein solcher Zwischenruf war in der „Sterbehilfedebatte“<sup>8</sup> vom BMJV denn auch nicht zu vernehmen. Er wäre namentlich am Anfang der Debatte am Platz gewesen, als sich die von *Heiko Maas* diagnostizierte „Schwäche“ seiner Berufsgruppe, „zu oft, zu schnell und zu laut nach dem Strafrecht (zu) rufen“, in der ersten Gesetzesinitiative vom März 2006 deutlich bemerkbar machte. Schon damals wollte die Politik nämlich der „als offene Provokation empfundenen“ Gründung einer Zweigniederlassung der schweizerischen DIGNITAS 2005 in Hannover das „plakative“ Verbot der „geschäftsmäßigen Vermittlung von Gelegenheiten zur Selbsttötung“ entgegensetzen.<sup>9</sup> Wie stark dabei das reflexhafte Bedienen aufkommender Ängste einer abwägenden Kriminalpolitik im Wege stand, zeigt die realitätsverzerrende Begründung dieses ersten Gesetzesantrags, die eine „Einbahnstraße in den Tod binnen 24 Stunden“ an die Wand malte, „bei der ... die Grenzen zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe“ angeblich in einem Angebot „rasche(r) und sichere(r) Abwicklung des gefassten Selbsttötungsentschlusses ... immer weiter“ verschwommen.<sup>10</sup> Es verdient festgehalten zu werden, dass sich dieser reaktiv-aktionistische und in der Begründung populistische Vorschlag in der 18. WP letztlich gegen drei konkurrierende Entwürfe in seinem Kern – nämlich dem Abstellen auf die Geschäftsmäßigkeit – durchgesetzt hat.<sup>11</sup> Das ist geschehen, obwohl die Bundesregierung in ihrem zum Ende der 17. WP vorgelegten „Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit (nur) der gewerbsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ die weiterreichende Verbotregelung geschäftsmäßiger Vermittlung von Gelegenheiten verworfen hatte, weil sich in ihr zu der „wichtigen und grundlegenden Frage, ob allein die Absicht einer Wiederholung überhaupt ein hinreichender Grund sein kann, aus einer straffreien Handlung eine Straftat zu machen“, keine die Regierung befriedigende Antwort fand. Zudem sah der unter der Führung der Ministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* entstandene „liberalere“ Regierungsentwurf in der Länderinitiative „auch Abgrenzungsschwierigkeiten im Hinblick auf die weiterhin als grundsätzlich zulässig anzusehenden Formen der Sterbehilfe ...“, etwa

wenn eine Ärztin einer Intensiv- oder Schwerstkrankenstation oder ein Hausarzt ausnahmsweise und mehr als einmal eine solche Hilfe anbietet.“<sup>12</sup> Diese Einwände hat der nun Gesetz gewordene Vorschlag von *Brand/Griese u.a.* weder direkt aufgenommen noch widerlegt (s. dazu u. II.).<sup>13</sup> Dass sich das Attribut „geschäftsmäßig“ in der 18. WP dann gleichwohl durchsetzte, dürfte deshalb maßgeblich nicht auf überzeugende Gegen Gründe, sondern auf das Veto *Angela Merkels* gegen den FDP-eingefärbten Regierungsentwurf zurückzuführen sein. Mit ihrem Veto hatte sich die Kanzlerin die in der CDU/CSU-Basis verbreitete Besorgnis zu eigen gemacht, mit dem Entwurf könne gewissermaßen im Umkehrschluss der Versuch verbunden sein, „die nicht gewerbsmäßige“ und also auch die geschäftsmäßige „Beihilfe zum Suizid salonfähig zu machen.“<sup>14</sup> Weder das noch irgendeine Form organisierter Beihilfe wollte die Kanzlerin aber zulassen, vermutlich Grund, warum der Vorschlag, nur die gewerbsmäßige Förderung unter Strafe zu stellen, nicht nur der Diskontinuität anheimfiel, sondern auch in der 18. WP nicht mehr aufgegriffen wurde.

Gewiss ließe sich die verabschiedete Fassung gegenüber Vorschlägen von *Sensburg/Dörflinger u.a.* und *Künast/Sitte u.a.*, die eine noch umfassendere bzw. kompliziertere Strafbarkeit vorsahen, als das kleinere Übel ansehen.<sup>15</sup> Sich darüber zu freuen, fällt aber schwer. Denn als Alternative stand am Ende auch der Antrag von *Keul/Sütterlin-Waack/Zypries u.a.* im Raum, mit dem – freilich

<sup>8</sup> Die zurückliegende Debatte trotz ihrer legislativen Verengung auf Formen der Suizidbeihilfe als „Sterbehilfedebatte“ zu bezeichnen – zur deutlich darüber hinaus gehenden Thematik s. nur den Alternativentwurf Sterbebegleitung, GA 2005, 553 ff. i.V.m. dem Alternativ-Entwurf Leben, GA 2008, 193 ff.; *Verrel*, Verhandlungen des 66. DJT, Bd. 2, 2006, Gutachten C – mag sich durch die in vielen Diskussionsbeiträgen erfolgte Einbettung in den Gesamtkomplex – s. zu ihm zusf. *Hillenkamp*, in: Anderheiden/Eckart (Hrsg.), Handbuch Sterben und Menschenwürde, Bd. 1, 2012, S. 349 ff. und Bd. 2, 2012, S. 1033 ff.; *Roxin*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinrechts, 4. Aufl., 2010, S. 75 ff. – und auch deshalb rechtfertigen, weil parallel auch das Hospiz- und Palliativgesetz (BGBl. I, S. 2114) auf den Weg gebracht worden ist.

<sup>9</sup> Gesetzesantrag der Länder Saarland, Thüringen und Hessen, s. BR-Drs. 230/06. Niedersachsen beteiligte sich aufgrund von Vorbehalten der FDP nicht, s. dazu *Feldmann* (Fn. 4), S. 602 f.; *Saliger*, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 11, 156 f. Die zitierte Würdigung erstreckt *Sowada*, ZfL 2015, 34 (43) auch auf die auf „Neuinkriminierung um ihrer symbolischen Wirkung willen“ setzenden späteren Entwürfe.

<sup>10</sup> BR-Drs. 230/06, S. 5 mit S. 4; das verzeichnet – anders *Feldmann* (Fn. 4), S. 602 ff. – die Tätigkeit von DIGNITAS und auch die des das heutige Verbot mitauslösenden, von *Kusch* 2010 in Hamburg begründeten Vereins Sterbehilfe Deutschland e.V., s. dazu *Saliger* (Fn. 9), S. 15 ff. und BT-Drs. 18/5373, S. 9 mit zusätzlichem Hinweis auf die Tätigkeit eines Berliner Arztes (*Arnold*); krit. wie hier *Neumann*, in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, Vorb. zu § 211 Rn. 148.

<sup>11</sup> Nämlich durch die Verabschiedung des „Entwurfs eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“ von *Brand/Griese u.a.*, BT-Drs. 18/5373 v. 1.3. 2015; dessen § 217 Abs. 1 hat – neben einer Absenkung des Straffrahmens von 5 auf 3 Jahre – dem im Übrigen identischen Text des § 217 i.d.F. der BR-Drs. 230/06 lediglich das Wort „gewährt“ (und den 2006 noch fehlenden Abs. 2) hinzugefügt. Zu den konkurrierenden Entwürfen von *Künast/Sitte u.a.*, BT-Drs. 18/5375 und *Sensburg/Dörflinger u.a.*, BT-Drs. 18/5376, die sich auch für Strafbarkeit aussprachen, und dem auf eine BGB-Lösung setzenden Entwurf von *Hintze/Reimann/Lauterbach u.a.*, BT-Drs. 18/5374 s. genauer *Jäger*, JZ 2015, 875, 879 ff.; Dokumentation bei *Saliger* (Fn.9), S. 225 ff. sowie in: vorgänge 210/211 (2015), S. 11 ff.

<sup>12</sup> BT-Drs. 17/11126 v. 22.10. 2012, Begr. S. 8.

<sup>13</sup> Der erste Einwand ist inhaltlich präzise nicht aufgegriffen, s. BT-Drs. 18/5373, S. 11 f., wo die Begr. S. 8 (s. Fn. 12) nicht zitiert ist. Der zweite wird auf S. 17 f. nicht hinreichend pariert.

<sup>14</sup> S. Bericht in „Die Welt“ v. 3.5. 2013.

<sup>15</sup> *Sensburg/Dörflinger u.a.* (Fn. 11) plädieren für Strafbarkeit von Anstiftung und Beihilfe zur Selbsttötung, *Künast/Sitte u.a.* (Fn. 11) entgegen ihrem Programmsatz „Mehr Fürsorge und Beratung, nicht mehr Strafrecht“ (A. I. der Begr.) nicht nur für Strafbarkeit von gewerbsmäßiger Hilfe (§ 4 E) und gewerbsmäßiger Förderung (§ 5 E) der Selbsttötung, sondern auch für die Strafbarkeit bestimmter Pflichtverletzungen i.R. organisierter oder geschäftsmäßiger Hilfe (§ 9 E).

unzitierten – Aufruf des Strafrechts auf neue Straftatbestände bei Sterbehilfe ganz zu verzichten.<sup>16</sup> Über diesen Antrag wurde nicht mehr abgestimmt, weil der Entwurf *Brand/Griese u.a.* zuvor eine Mehrheit fand. Er wäre allerdings wohl auch als Schlussverzicht auf jede Regelung<sup>17</sup> ohne Chance geblieben. Denn dass es „nach monatelanger Debatte ... nicht gut (wäre), wenn wir ohne Ergebnis aus der Debatte herausgingen“, war – obwohl ja auch das ein Ergebnis gewesen wäre – von *Thomas Oppermann* so gemeint, dass sich doch bitte eine Mehrheit für jedenfalls einen der („positiven“) Gesetzesanträge finde.<sup>18</sup> Und so ist es dann leider gekommen. „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen“, auch mit diesem Zitat *Montesquieus* drang die Abgeordnete *Keul* mit ihrem dem Votum der Strafrechtslehrer und Strafrechtslehrerinnen entsprechenden Antrag nicht durch.<sup>19</sup>

## II. Zu kriminalpolitischen und dogmatischen Bruchstellen: ein Überblick

Die in der Strafrechtswissenschaft überwiegend schon von Beginn an abgelehnte Pönalisierung der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung<sup>20</sup> ist auch nach ihrem Inkrafttreten in der Fachwelt bisher ohne Beifall geblieben.<sup>21</sup> Dazu tragen ineinander verwobene kriminalpolitische und dogmatische Bruchstellen bei, deren vier wichtigste sich auf die Anwendung der Norm und mittelbar auch auf ihre verfassungs- und europarechtliche „Haltbarkeit“ (s. dazu u. III.) auswirken.

Als *erstes* wecken Konstruktion und dogmatischer Charakter des § 217 StGB Bedenken. Der Tatbestand beschreibt nach der Vorstellung des Gesetzgebers ein das Leben und die Selbstbestimmung lediglich abstrakt gefährdendes Delikt. Es verzichtet als bloßes Tätigkeitsde-

likt auf einen Verletzungs- oder konkreten Gefährdungserfolg. Es entkoppelt darüber hinaus die zur Täterschaft erhobene bloße „Förderung“ durch ihre Verlagerung in eine überschießende Innentendenz von jeder (kausalen) Auswirkung auf eine nicht einmal als Versuch vorausgesetzte „Selbsttötungs-Haupttat“.<sup>22</sup> Es geht folglich um eine zur Täterschaft „verselbständigte Unterstützungshandlung“, die – weil sie „bereits im Vorfeld des“ nach der Tatbestandsfassung entbehrlichen „Versuchs der Haupttat (Selbsttötung) greift“<sup>23</sup> – eine auch gänzlich erfolglose versuchte Beihilfehandlung zu einer tatbestandslosen „Tat“ umfasst, ein Unikat im bisherigen Strafrecht. Behält es Bestand (s. u. III.), ist sicher Alles zu unterstützen, was zu Delikten mit vergleichbaren Tathandlungen (§ 180 Abs. 1, 2 StGB, § 29 Abs. 1 Nrn. 10, 11 BtMG) zur Anhebung des geringen Unrechtsgehalts unternommen wird. Das gilt für das Erfordernis der „Eignung“, mit dem man z.B. auch bei Begünstigung und Hehlerei wenigstens den untauglichen Versuch einer täterschaftlichen Hilfeleistung zu eliminieren versucht,<sup>24</sup> oder den „Unmittelbarkeitsbezug“ des Gewährens, Verschaffens oder Vermittelns der Gelegenheit zur tatbestandslosen „Haupttat“, mit dem man eine Nähe zur Rechtsgutsgefährdung erzwingen will.<sup>25</sup> Auch wenn man so verfährt, bleiben aber Zweifel, ob man schon kriminelles Unrecht beschreibt. Sie speisen sich aus Vorbehalten, die sich erst spät<sup>26</sup> gegen eine zu weite Vorfeldinkriminierung entwickelt und für Bereinigung gesorgt haben. „Unbestimmtheit, Unrechtsferne und erwartbare Verfolgungsdefizite“ lassen neben aus der „Eindruckstheorie“ zum Versuch abgeleiteten Bedenken von jedem kriminalpolitischen Vorfeldfeldzug abraten.<sup>27</sup> Dort, wo die Wiederbelebung solcher Tendenzen wie in §§ 149, 202 c, 263 a Abs. 3 StGB durch Unionsvorgaben unvermeidbar<sup>28</sup> oder dem Gesetzgeber angesichts der Terrorismusbedrohung in §§ 89 a, b StGB geboten<sup>29</sup> erschien, hat er die rechtsstaatlichen Bedenken wenigstens mit dem

<sup>16</sup> BT-Drs. 18/6546 v. 3.11. 2015; hierin lag nicht die Aufforderung, für den Entwurf *Hintze/Reimann/Lauterbach u.a.* zu stimmen (s. dazu die zum Plenarprotokoll – Fn. 1 – Anl. 2 11212 D - gegebene „Gegenrede zu sämtlichen Gesetzesentwürfen“) von *Katja Keul*. Wohl aber wendet sich dieser Antrag konkludent auch gegen den von keiner Gruppe aufgenommenen Vorschlag von *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing*, Selbstbestimmung im Sterben – Fürsorge zum Leben, 2014, der in § 217 die grundsätzliche Strafbarkeit der Beihilfe einführen wollte (s. S. 12).

<sup>17</sup> D.h. dann, wenn alle vier – also auch der auf das Strafrecht verzichtende Antrag *Hintze/Reimann/ Lauterbach u.a.* - zuvor keine Mehrheit gefunden hätte.

<sup>18</sup> So zitiert in FAZ v. 6.11.2015, S. 8. Der laut FAZ mit „viel Unmut“ bedachte Ausspruch spiegelt die Schwäche der Politikerzunft wider, auf „Aktionismus“ selbst trotz möglicherweise gewonnener besserer Einsicht nicht zu verzichten.

<sup>19</sup> *Keul* hat laut FAZ v. 7.11.2015, S. 2 ihre Aufforderung, alle 4 Gesetzesentwürfe abzulehnen, mit diesem Zitat untermauert. Es ist *mir* nicht gelungen, die Quelle des Zitats namentlich in *Montesquieus De L'Esprit Des Loies*, Nouvelle Edition, 1751 (dreibändig), wo *ich* sie vermutet habe, ausfindig zu machen.

<sup>20</sup> Nachw. bei *Jäger*, JZ 2015, 879 ff.; *Saliger* (Fn. 9), S.157 ff. Zu den Gegnern gehören auch nichtunterzeichnende Strafrechtslehrer wie z.B. *Duttge*, NJW 2016, 120 ff.; *ders.*, medstra 2015, 257 f. und - wenn auch mit unterschiedlichen Folgerungen – drei Autorinnen verdienstvoller Dissertationen, nämlich *Gavela*, Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, 2013, S. 263 ff. sowie die in Fn. 4 schon zitierten *Feldmann* (S. 605 ff.), *dies.*, GA 2012, 498 (504) und *F. Neumann* (S. 117 ff.). Vgl. auch *Borasio/Jox/Taupitz/Wiesing* (Fn.16), S. 60 ff.

<sup>21</sup> *S. Eidam*, medstra 2016, 17 ff.; *Duttge*, NJW 2016, 120 ff.; *Gaede*, medstra 2016, 65 f.; *ders.*, JuS 2016, 385 ff.; *Hoven*, ZIS, 2016, 1 (6 ff.); *Rosenau*, BayÄBl 2016, 100 ff.; *Roxin*, NStZ 2016, 185 ff.; *Will*, vorgänge 212 (2015), S. 52 ff.; zurückhaltender *Eibach*, ZfL 2016, 16 ff.; *Gärditz*, ZfL 2016, 114 f.; *Kubiciel*, ZIS 2016, 396 ff. Krit. *Oglakcioglu*, in: BeckOK-StGB, Stand 1.12.2015, § 217 Rn. 1 – 43.

<sup>22</sup> Teilw. so schon beschrieben in BR-Drs. 230/06, S. 3; aufgenommen in BT-Drs. 18/5373, S. 3, 16.

<sup>23</sup> BT-Drs. 18/ 5373, S.16.

<sup>24</sup> S. dazu *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, 38. Aufl. (2015), Rn. 808 ff., 867 m.w.N.

<sup>25</sup> S. dazu *Oglakcioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 17 – 23 m.w.N.; ihm folgend *Kubiciel*, ZIS 2016, 402.

<sup>26</sup> Z.B. wurde der den Besitz von Diebeswerkzeug unter Strafe stellende § 245a StGB erst durch das 1. StrRG v. 25.6.1969 (BGBl I, 645) beseitigt.

<sup>27</sup> S. dazu nur LK-*Hillenkamp*, 12. Aufl. 2007, Vor § 22 Rn. 5 ff. (Zitat Rn. 6) m.w.N.

<sup>28</sup> S. dazu mit Recht krit. *Duttge*, FS Weber, 2004, S. 285 ff.

<sup>29</sup> S. dazu BGHSt 59, 218 und - zu recht krit. *Landau*, ZStW 2009, 965 (967).

Feigenblatt Straffreiheit eröffnender tätiger Reue auszugleichen gesucht.<sup>30</sup> Nicht einmal an diesen Notanker hat in § 217 StGB jemand gedacht. Ihn durch Analogie nachzuliefern, fehlt die Befugnis.<sup>31</sup>

Deshalb und um die mangelnde Rechtsgutsnähe auch in § 217 StGB kleiner zu halten, wenigstens restriktive Auslegung anzuraten, ist nun allerdings nur dann eine den Gendefekt des Delikts mindernde Option, wenn hierdurch die Gefährdung der Rechtsgüter in nicht mehr hinnehmbarer Weise wüchse. Das aber kann naturgemäß nur dort so sein, wo sich jedenfalls in der an die gewährte Gelegenheit anknüpfenden „Haupttat“ ein durch die Unterstützung maßgeblich geförderter Rechtsguttschaden erwiese. Die Zweifel daran begründen die *zweite* Crux. Sie seien hier – da oft geäußert<sup>32</sup> – nur zugespitzt. Da jede (erfolgreiche) Förderung einer nicht frei verantworteten Selbsttötung von § 212 StGB erfasstes Tötungsunrecht ist, macht § 217 StGB nur Sinn, wenn diese Vorschrift die Strafbarkeit auf „Unterstützungshandlungen“ freiverantworteter Selbsttötungen erweitert. Da man solche Selbsttötungen zwar i.S. der *Kantschen* Tugendlehre als moralisch verwerflich, von Verfassungswegen nicht aber als rechtswidrigen, weil unrechtsbegründenden Missbrauch von Autonomie und Leben einstufen kann,<sup>33</sup> lässt sich die „Förderung“ auch nicht als vorgelagerte Unrechtsteilnahme an einer diese Rechtsgüter rechtswidrig verletzenden „Tat“ begründen. Zwar heißt es im *Brand/Griese*-Entwurf wörtlich, dass es „im Sinne eines wirksamen Schutzes der Selbstbestimmung und des Grundrechts auf Leben ... des hier vorgelegten strafrechtlichen Verbots (!) des geschäftsmäßigen assistierten Suizids (!)“ bedürfe.<sup>34</sup> Das aber als Versuch zu deuten, den Suizid selbst zum verbotenen Unrecht und damit die Assistenz zur Unrechtsteilnahme zu machen, dürfte die Fehlinterpretation eines sprachlichen Lapsus sein. Nicht der Suizident soll – wie es scheint – künftig teilnahmefähiges Unrecht begehen, nicht der assistierte Suizid verboten sein, sondern allein die geschäftsmäßige Vorfeldassistenz. Dass schon sie Selbstbestimmung und Leben tangiert, lässt sich daher auch nach der neuen Rechtslage nicht aus einem sicheren (prospektiven) individuellen Rechtsguttschaden bei vollzogenem Suizid und deshalb auch nicht aus einem näheren Heranrücken geeigneter Förderung an diese „Haupttat“ herleiten. Das macht zwar die empfohlene restriktive Auslegung nicht sinnlos. Auch sie füllt aber das Rechtsdefizit nicht maßgeblich auf.

Wenn das Suizidgeschehen und seine nicht „qualifizierte“

Unterstützung auch zukünftig straflos bleiben sollen,<sup>35</sup> muss daher jeder Versuch der Unrechtsbegründung zu § 217 StGB auf die Frage nach dem Unrecht allein schon der „Geschäftsmäßigkeit“ hinauslaufen. Hierauf findet man als *drittes* aber keine den Zugriff des Strafrechts legitimierende Antwort. Nach dem *Brand/Griese*-Entwurf handelt geschäftsmäßig, „wer die Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung der Gelegenheit zur Selbsttötung zu einem dauernden oder wiederkehrenden Bestandteil seiner Tätigkeit macht, unabhängig von einer Gewinnerzielungsabsicht und unabhängig von einem Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen oder beruflichen Tätigkeit.“ Bereits ein „erstmaliges Angebot“ soll ausreichen, wenn es „den Beginn einer auf Fortsetzung angelegten Tätigkeit darstellt.“<sup>36</sup> Dass eine so beschriebene „Geschäftsmäßigkeit“ eines an sich erlaubten Verhaltens als solche<sup>37</sup> eigentlich „keinen Bestrafungsgrund abgeben kann,<sup>38</sup>“ hat zwar schon der Reichsgesetzgeber verschiedentlich anders gesehen,<sup>38</sup> hinterlässt als These aber doch einen kaum behebbaren Zweifel. Ihn versucht der *Brand/Griese*-Entwurf allerdings mit abstrakten Gefährdungen zu zerstreuen, die ein strafbewehrtes Verbot der geschäftsmäßigen Förderung sowohl „zum Schutz der Selbstbestimmung“ als auch „des Grundrechts auf Leben“ vorgeblich unabdingbar machen.<sup>39</sup> Was die Selbstbestimmung betrifft, so sieht die Begründung in der drohenden „Entwicklung der Beihilfe zum Suizid ... zu einem Dienstleistungsangebot“ die Gefahr einer einen „Gewöhnungseffekt“ auslösenden fatalen „Normalisierung“ eines Weges in den Tod, durch dessen Verfügbarkeit sich namentlich als „Last“ empfindende oder stigmatisierte „alte und/oder kranke Menschen ... verleiten lassen oder gar direkt oder indirekt gedrängt fühlen“ könnten, ihn, den sie sonst nicht gehen würden, zu beschreiten. Da geschäftsmäßige Helfer und Helferinnen in ihrem Geschäftsmodell „typischerweise auf die“ wiederholt erfolgreiche „Durchführung des Suizids gerichtete Eigeninteressen“ verfolgten, sei zudem in „Situationen prekärer Selbstbestimmung“ die Gefahr einer durch Bestätigungs- und Profilierungsbestreben diktierten Einflussnahme durch sie nicht auszuschließen. „Diesen Entwicklungen“ – so heißt es in der Begründung weiter – sei nicht nur aus „Gründen des Autonomieschutzes“, sondern auch deshalb entgegenzuwirken, weil – Zitat Deutscher Ethikrat – „eine Suizidhilfe, die keine individuelle Hilfe in tragischen Ausnahmesituationen, sondern eine Art Normalfall wäre, etwa i.S. eines wählbaren Regelangebots von Ärztinnen und Ärzten oder i.S. der Dienstleistung eines Vereins,“ zugleich „geeignet (wäre), den gesellschaftlichen Respekt vor dem Leben“ und also

<sup>30</sup> So auch beim Subventions-, Kapitalanlage- und Kreditbetrug, s. dazu *Hillenkamp*, in: *Recht und Wirtschaft*, Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 1, 1985, S. 221 ff. In § 316a StGB ist dieses Blatt unbedacht entfallen, s. dazu *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 24), Rn. 426.

<sup>31</sup> S. dazu *Hillenkamp*, in: *Schöch*, Wiedergutmachung und Strafe, 1987, S. 81, 88 f.; allerdings könnte das *BVerfG* die richterliche Ergänzung aus Verfassungsgründen gebieten, s. dazu Fn. 79.

<sup>32</sup> Vgl. nur *Saliger* (Fn. 9), S. 158 ff; *ders.*, *medstra* 2015, 138 unter Rückbezug auf *Duttge*, *ZfL* 2012, 52 ff.; *Hilgendorf*, *JZ* 2014, 550 f.; *Rosenau/Sorge*, *NK* 2013, 113 ff.; *Schöch*, *FS Kühl*, 2014, S. 599 ff.

<sup>33</sup> Zur gegenteiligen Behauptung in *BGHSt* 46, 279 (285) und der These des auf *Kühls* Untersuchung in: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2006, S. 242 (252 ff.) fußenden Textes s. *Hillenkamp*, *FS Kühl*, 2014, S. 521 (528, 530).

<sup>34</sup> *BT-Drs.* 18/5373, S. 10.

<sup>35</sup> *BT-Drs.* 18/5373, S. 17 f.

<sup>36</sup> *BT-Drs.* 18/5373, S. 17. Eine mehr auf einen „wirtschaftlichen oder professionellen Zusammenhang“ abstellende einengendere Beschreibung lehnt die Begründung ab.

<sup>37</sup> So wohl zuerst *Roxin* (Fn. 8), S. 110, der sagt, es sei „nicht ersichtlich, welches Rechtsgut durch ein solches Verhalten verletzt sein sollte.“ *Zust. Gavela* (Fn. 20), S. 265. Zu diesem vom *RegE* 2012 beifällig aufgenommenen Einwand – *BT-Drs.* 17/ 11126, *Begr.* S. 8 – s. auch *Borasio u.a.* (Fn. 16), S. 61; *Duttge*, *NJW* 2016, 122; *Eidam*, *medstra* 2016, 19; *Feldmann* (Fn. 4), S. 606; *Hoven*, *ZIS* 2016, 3 (7); *Saliger* (Fn. 9), S. 159; *Schroth*, *GA* 2006, 549 (570); *Will*, *vorgänge* 212 (2015), S. 52.

<sup>38</sup> S. dazu die Vorschriften, mit denen sich die Entscheidungen *RG GA* 53 (1906), 446; *RGSt* 43, 210; *RGSt* 61, 46; *RGSt* 72, 313 befassen.

<sup>39</sup> So der Auftakt in *BT-Drs.* 18/5373, S. 2.

auch den Integritäts- und Lebensschutz „zu schwächen.“<sup>40</sup>

Auch wenn man solche Prognosen nicht als vollkommen realitätsferne Alibigespinste eines verzweifelt nach rechtsgutsgebundener Rationalität suchenden emotionalisierten Gesetzgebers ablegen kann,<sup>41</sup> so reichen sie doch nicht aus, einen das entworfene Bedrohungsszenario bekämpfenden Tatbestand schon heute als eine durch den Rechtsgutsbezug hinreichend legitimierte Strafnorm auszugeben.<sup>42</sup> Für die Annahme der ohne sie angeblich eintretenden Folgen ist die empirische Basis in Deutschland zu dünn.<sup>43</sup> Und auch der Verweis auf das Ausland kann hier nicht helfen. Entwicklungen in den Niederlanden und in Belgien, die zur Besorgnis Anlass geben, beruhen auf der dort zugelassenen Tötung auf Verlangen, die die von § 217 StGB n.F. erfassten bloßen Unterstützungshandlungen in beiden Ländern fast vollständig verdrängt. Und dass die geschäftsmäßige Sterbehilfe in der Schweiz zu einer den Respekt vor dem Leben nicht hinnehmbar relativierenden Einstellung oder der Tolerierung wesentlich fremdbestimmter Suizide geführt hat, dafür gibt es keine validen Belege.<sup>44</sup>

Es bleibt daher allein der in der Begründung anklingende Versuch, das Unrechtsdefizit geschäftsmäßiger Förderung mit dem Verdacht mit ihr regelmäßig verbundenen, sicher oder eher strafwürdigen<sup>45</sup> Verhaltens abzumildern. Das geschieht in zwei Richtungen. So halten *Brand/Griese u.a.* es nicht nur für „geboten, einen Selbsttötungsversuch zu unterbinden, soweit nicht erkennbar ist, ob diesem eine freiverantwortlich getroffene Entscheidung zugrunde liegt.“ Vielmehr glauben sie auch, dass es bei geschäftsmäßiger Förderung wegen der mit ihr verknüpften „Manipulationen und Beeinflussungen der freien Verantwortlichkeit“ regelmäßig so liegt. Es könne daher „nicht angenommen werden“, dass „derartige, auf die technische Durchführung des Suizids konzentrierte Anstrengungen ... auf einem sicher feststehenden Selbsttötungswunsch“ aufbauten.<sup>46</sup> Zu diesem Verdacht strafbarer Tötungshand-

lungen gesellt sich der Verdacht doch auf Gewinn zielender verwerflicher Absicht hinzu. Denn *Brand/Griese u.a.* halten die vom RegE 2012 bevorzugte Beschränkung auf die Gewerbsmäßigkeit auch deshalb für „nicht zielführend“, weil die dann vorausgesetzte „Gewinnerzielungsabsicht ... leicht zu verschleiern“ und also nicht beweisbar sei. Auch das sei Grund, sie durch das „relativ einfach handhabbare ... formale Kriterium der Geschäftsmäßigkeit“ zu ersetzen.<sup>47</sup>

Es liegt auf der Hand, dass sich das Gesetz mit solchen Unrechtsanreicherungen auf Verdacht, statt sich besser zu legitimieren, dem Odium der Verdachtsstraferei aussetzt.<sup>48</sup> Und es gelingt auch nicht, es bei solcher Begründung von diesem Odium ganz zu befreien. Zwar folgt das Stigma der Verdachtsstrafe nicht schon daraus, dass ein Gesetz sich durch die Wahl beweisbarer Merkmale um die Bewältigung von Beweisnot bemüht. Denn Strafrecht „darf nicht so konzipiert sein, dass seine Durchsetzbarkeit an seiner faktischen Nichtbeweisbarkeit scheitert.“<sup>49</sup> Auch sind abstrakte Gefährdungs- oder Vorfelddelikte u.U. geeignet, als Auffangtatbestände für schwer beweisbares konkretes Gefährdungs- oder Verletzungsverhalten zu dienen.<sup>50</sup> Das Ausweichen auf beweisbare Konstrukte ist aber nur dort legitim und über das Urteil bloßer Verdachtsstrafe erhaben, wo das tatsächlich beschriebene und im Einzelfall bewiesene Verhalten dem gewählten Strafrahmen genügendes Unrecht auch dann aufweist, wenn kein weitergehender Verdacht besteht.<sup>51</sup> Dem Strafrahmen von bis zu drei Jahren müsste also im hier besprochenen Feld das „Unrecht“ tatsächlich nur geschäftsmäßiger und also ohne eigenes Gewinnstreben betriebener Vorfeldförderung von erwiesenen freiverantworteten Selbsttötungsvorhaben entsprechen. Das aber ist mit den hier getroffenen Wertungen nicht zu begründen.

Auch mit restriktiver Auslegung des Merkmals der Geschäftsmäßigkeit lassen sich die Vorbehalte gegen den neuen Tatbestand nicht entkräften, immerhin aber kleiner

<sup>40</sup> Zitate aus BT-Drs. 18/5373, S. 2, 11, 17, 18; der Deutsche Ethikrat ist auf S. 9 f., 11 zitiert; dem Autonomieschutzgedanken kann auch *Kubiciel*, ZIS 2016, 398 ff. etwas abgewinnen, bezieht seine Kritik am Lebensschutzgedanken (S. 397 f.) aber zu Unrecht nur auf den *E Sensburg/Dörflinger u.a.*

<sup>41</sup> S. dazu die teils sarkastischen Interview-Äußerungen *Thomas Fischers* in vorgänge 210/211 (2015), S. 105 ff; *ders.*, ZRP 2015, 219 ff.

<sup>42</sup> A.A. *Jäger*, JZ 2015, 882; auch *Roxin*, GA 2013, 313 (325) spricht jetzt (entgegen dem Zitat o. in Fn. 37) von „Missbrauchsmöglichkeiten“ und einem Normalisierungs-, Gewöhnungs- und Nachahmungseffekt, „der verhindert werden sollte“, hält aber ein strafbewehrtes Verbot mit Recht für „unverhältnismäßig.“ Dabei bleibt es in *NStZ* 2016, 185 (188 ff.), wo *Roxin* nun aber erstmalig statt eines Straftatbestands eine Ordnungswidrigkeit vorschlägt; das mindert angesichts des reduzierten sozialethischen Tadels die Unverhältnismäßigkeit, beseitigt sie aber ebenso wenig wie den Vorhalt mangelnder Eignung. *Oglacioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 1 sieht allenfalls den Versuch der „Stabilisierung gesellschaftlicher Werte“. Die These, der Täter des § 217 StGB verwirkliche „eigenes, nicht bloß abgeleitetes Unrecht“, das dem des § 216 StGB nahe komme – so *Kubiciel*, ZIS 2016, 399 f. – erscheint angesichts der offen zu Tage liegenden essentiellen Unterschiede beider Tatsituationen als unhaltbar.

<sup>43</sup> *Künast*, vorgänge 212 (2015), S. 29, 31; eingeräumt in BR-Drs. 230/06, S. 7.

<sup>44</sup> Zu den verfassungsrechtlichen Konsequenzen daraus s.u. III.

<sup>45</sup> Sicher strafwürdig wäre die Förderung nicht freiverantworteter Selbsttötungen, eher die als Strafbegründung freilich gleichfalls umstrittene – s. nur *Rosenau/Sorge*, NK 2013, 113 ff. – Gewerbsmäßigkeit.

<sup>46</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 10, 11.

<sup>47</sup> BT-Drs. 18/5373, S. 13 f., 11 f.; zur „Gefahr der Kommerzialisierung“ bei Organisation s. auch schon BR-Drs. 230/06, Begr. S. 3. Schon RGSt 43, 210 (213); 61, 47 (52) betonen, dass „der geschäftsmäßige Betrieb ... verhältnismäßig leicht erkennbar und beweisbar, die Gewinnabsicht ... mit einem solchen Betriebe ... meist verbunden, ... aber nach außen verhältnismäßig leicht zu verbergen und deshalb oft schwer zu erweisen“ sei.

<sup>48</sup> Zum Verdacht der Förderung unfreier Suizide hat das *Duttge*, NJW 2016, 123 in Erinnerung gerufen; s. zu diesem schon zu § 216 StGB diskutierten – *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, S. 189 f. m.w.N. – und auf dem 66. DJT zum hier einschlägigen Thema wieder aufgenommenen Vorhalt *Feldmann* (Fn. 4), S. 607 f.; er ist wie im Text auf die vermutete Gewerbsmäßigkeit zu erstrecken.

<sup>49</sup> *Hillenkamp*, FS Wassermann, 1985, S. 861.

<sup>50</sup> S. dazu im Wirtschaftsstrafrecht *Hillenkamp* (Fn. 30), S. 225 ff.; zu solchem Gebrauch krit. *Landau*, ZStW 2009, 966.

<sup>51</sup> S. dazu *Hillenkamp* (Fn. 49), S. 873 m.w.N. und negativem Beispiel auf S. 865; *ders.*, (Fn. 30), S. 246; *Ingelfinger* (Fn. 48), S. 190.

machen. Auch hier sei sie daher empfohlen.<sup>52</sup> Als erstes ist gegenüber der o.a. Definition daran zu erinnern, dass der gegenüber der Gewerbsmäßigkeit „weitere, umfassendere“ Begriff<sup>53</sup> der Geschäftsmäßigkeit die „Absicht“ voraussetzt, die Tathandlungen „in gleicher Art für die Dauer auszuüben und sie zu einem dauernden regelmäßigen Bestandteil seiner Beschäftigung zu machen.“<sup>54</sup> Zur gesetzlich genannten „Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern“, tritt also eine zweite Absicht hinzu. Danach reicht es nicht, dass der Förderer damit rechnet oder sicher weiß, dass bei einem erneuten Anlass seine Bereitschaft fortbesteht zu helfen und er voraussichtlich auch helfen wird. Vielmehr muss es ihm auf die wiederholte Aktivierung dieser Bereitschaft ankommen. Das wird bei Absicht im engeren Sinne verlangt. Zum zweiten sollte man – entgegen der Entwurfsbegründung – die seit Reichsgerichtstagen versteinerte These verabschieden, Geschäftsmäßigkeit könne „auch dann vorhanden sein ..., wenn im äußeren Tatbestande nur eine Einzelhandlung vorliegt,“ sei also schon bei der ersten Tat mit entsprechender Absicht gegeben. Denn auch wenn man Absicht verlangt, ist die Geschäftsmäßigkeit nicht deshalb nach „ihrem Wesen ... (nur) ein Merkmal des inneren Tatbestandes.“<sup>55</sup> Vielmehr ist sie erst gegeben, wenn man auch objektiv die „Hilfe ... zu einem wiederkehrenden oder dauernden Bestandteil seiner Tätigkeit macht.“<sup>56</sup> Die Absicht bedarf also einer über die Ersttat hinausgehenden, das Geschäftsmäßige eindeutig erweisenden Manifestation.<sup>57</sup> Erst dann auch macht „der geschäftsmäßige Betrieb“ die Geschäftsmäßigkeit zu einem „verhältnismäßig leicht erkennbar(en) und beweisbar(en)“ und deshalb „relativ einfach handhabbare(n) formalen Kriterium.“<sup>58</sup> Als drittes ist daran zu erinnern, dass das Reichsgericht von geschäftsmäßiger Förderung nur dann spricht, wenn man aus nur „gelegentlichem Vermitteln“ ein „Vermitteln ... auf Grund dauernd darauf gerichteter Tätigkeit“ und „aus

Anlass des entsprechenden Geschäftsbetriebes“, die Tätigkeit also zu einem zentralen Gegenstand seiner Beschäftigung macht.<sup>59</sup>

Damit bestünde vielleicht eine Chance, den als viertes zu nennenden Flurschaden einzudämmen, den der neue Tatbestand vor allem auf dem Feld professioneller ärztlicher Sterbehilfe anrichten kann.<sup>60</sup> Da den Formen der herkömmlich sog. indirekten und auch der passiven Sterbehilfe ein Selbsttötungsgeschehen bei unverfälschtem Gebrauch dieses Begriffs nicht zugrunde liegt<sup>61</sup> und entsprechend auch keine Absicht, es zu fördern, wird man zwar weniger in diesem Bereich mit „Abgrenzungsschwierigkeiten“ rechnen müssen. Wohl aber liegt dort ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko, wo „eine Ärztin einer Intensiv- oder Schwerstkrankenstation oder ein Hausarzt ausnahmsweise und mehr als einmal“ eine Suizidbeihilfe anbietet oder gewährt.<sup>62</sup> Das zu verhindern, sollte sich aber kein Strafrecht zur Aufgabe machen. Es griffe nicht nur unzulässig in die ärztliche Gewissensfreiheit ein.<sup>63</sup> Vielmehr wäre es auch im Hinblick auf den Lebens- und Würdeschutz kontraindiziert. Denn niemand ist besser geeignet als ein im „Ernstfall“ zur Hilfe nicht nur bereiter, sondern auch befugter Arzt, durch das Aufweisen alternativer Möglichkeiten Suizidprophylaxe zu betreiben und bei Ausweglosigkeit den Weg in ein Sterben mit Würde zu bahnen.<sup>64</sup> Das auch wiederholt zu tun, muss Ärzten, die dazu bereit sind, gestattet bleiben. Die Sorge, „dass die künftige Praxis im Rahmen der Auslegung der gesetzlichen Neuregelung“ anders entscheidet,<sup>65</sup> hat Hamburg und Niedersachsen zu der Empfehlung an den Gesetzgeber bewogen, die Entwicklung der Rechtsprechung hierzu zu „beobachten“ und „gegebenenfalls die erforderlichen gesetzgeberischen Korrekturen einzuleiten.“<sup>66</sup> Sie könnten weniger dringend werden, wenn die Praxis – wie hier gefordert – die für Geschäftsmäßigkeit vorausgesetzte „Absicht“<sup>67</sup> und darüber hinaus die auch objektiv eindeu-

<sup>52</sup> Zu Recht hält *Oglagcioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 25.1 den Begriff für neu justierbar, mit z.T. ähnlichen Ergebnissen wie hier, Rn. 24 – 26. Es fehlt aber der Rückbezug zum RG.

<sup>53</sup> RGSt 61, 47 (53); unter Strafe gestellt ist also die geschäfts- und die gewerbsmäßige Förderung!

<sup>54</sup> So *RG GA* 53 (1906), 446; *RGSt* 72, 313 (315); *BayObLG*, *NStZ* 1981, 29; *OLG Hamm*, *NStZ* 1982, 438; *BGHZ NJW* 1986, 1050 (1051); *BVerwG*, *NJW* 1988, 220; *BGHZ* 148, 313 (317) mit dem Zusatz „sei es auch nur bei sich bietender Gelegenheit“; in *RGSt* 61, 47 (53) stellt das Gericht zwar „der auf Erwerb gerichteten Absicht“ (Gewerbsmäßigkeit) die (bloße) „Bereitschaft zu regelmäßiger Wiederkehr der gleichen Verübung“ (Geschäftsmäßigkeit) gegenüber, spricht aber auf S. 56 von einem „auf regelmäßige Wiederkehr berechneten Betrieb.“

<sup>55</sup> So aber *RGSt* 72, 313 (315); s. auch *Hoven*, *ZIS* 2016, 7.

<sup>56</sup> *BVerfGE* 54, 301 (313); in dieser Definition fehlt es allerdings an der notwendig hinzutretenden Absicht, die die Geschäftsmäßigkeit zu einer objektiv-subjektiven Sinneinheit macht. Sie unterschlägt auch *BT-Drs.* 18/5373, S. 12.

<sup>57</sup> Ähnlich wie bei der Zueignung nach § 246 StGB, s. dazu *Wesels/Hillenkamp* (Fn. 24), Rn. 309 – 312.

<sup>58</sup> Zitate aus *RGSt* 43, 210 (213) und *BT-Drs.* 18/5373, S. 11 f.

<sup>59</sup> *RGSt* 61, 47 (52).

<sup>60</sup> Zu ihm s. *Stellungnahme* (Fn.2) sowie genauer *Duttge*, *NJW* 2016, 120 (124), *Eidam*, *medstra* 2016, 20 f., *Gaede*, *medstra* 2016, 65 f., *ders.*, *JuS* 2016, 385 (390); *Jäger*, *JZ* 2015, 882 ff. und *Roxin*, *NStZ* 2016, 185 (190). S. auch *Borasio u.a.* (Fn.15), S. 61; *Hoven*, *ZIS* 2016, 7.

<sup>61</sup> Den Unterschied zum Suizid sollte man nicht dadurch einebnen, dass man von einem „passiven Suizid durch Behandlungsverweigerung“ spricht, so aber *Saliger* (Fn. 9), S. 58 ff., 160; *Schroth*, *GA* 2006, 570; auch den Ausführungen *Kubiciens*, *ZIS* 2016, 401 f. liegt offenbar dieses nicht nur sachlich angreifbare, sondern die Ärzteschaft auch ganz unnötig in Gefahr bringende (Miss)Verständnis zugrunde. S. dagegen *Hillenkamp*, *FS Küper*, 2007, S. 123 (129 ff.).

<sup>62</sup> *RegE* 2012, *BT-Drs.* 17/11126, *Begr.* S. 8. Abwehrend der *Brand/Griese*-Entwurf *BT-Drs.* 18/5373, S. 17 f. Diese Abwehr nennt *Jäger*, *JZ* 2015, 883 zu Recht „etwas kryptisch“ und schlägt eine Klarstellung in einem neuen Abs. 2 vor. Für eine Sondervorschrift nach dem Vorbild des AE-Sterbebegleitung *Roxin*, *NStZ* 2016, 191 f.

<sup>63</sup> S. dazu *Hillenkamp*, *FS Kühl*, 2013, S. 534 ff.; *Roxin*, *NStZ* 2016, 192.

<sup>64</sup> Zu erinnern ist daran, dass sich Gesetzgeber und *BVerfG* durch die obligatorische Beteiligung eines Arztes im Lebensschutzkonzept der §§ 218 ff. StGB vergleichbare Erfolge versprechen, s. dazu *Hillenkamp*, *FS Schöch*, 2010, S. 511 (514 f.).

<sup>65</sup> Zur Berechtigung dieser Sorge s. das Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages zum *Brand/Griese*-Entwurf, *WD* 3 – 3000 – 188/15.

<sup>66</sup> *BR-Drs.* 544/1/15 v. 26.11. 2015; zur Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Strafgesetzgebers s. *Hillenkamp*, *FS Eisenberg*, 2009, S. 301 ff.; *Tekin*, Die Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers im Strafrecht, 2013; *Bosch*, *FS Beulke*, 2015, S. 15 ff.

<sup>67</sup> Überraschend erinnert der *Brand/Griese*-Entwurf, *BT-Drs.* 18/5373, S. 18 selbst entgegen seinen Ausführungen auf S. 16 f. an diese Absicht.

tige Manifestation eines zum „Geschäftsmodell“ gemachten „nachhaltige(n) Betreiben(s) oder Anbieten(s)“ von Suizidhilfe verlangt.<sup>68</sup> Macht man damit Ernst, wird das Strafbarkeitsrisiko neben Sterbehilfevereinen zwar Ärzte und Ärztinnen treffen, die sich ausgewiesen auf Suizidhilfe spezialisieren, nicht aber die, die darin in – wenn auch wiederkehrenden – Einzelfällen nur eine aus ärztlichem Ethos begründete Pflichterfüllung sehen.<sup>69</sup> Das wäre immerhin eine Abmilderung zu Recht bestehender Sorgen, freilich eine, die heute niemand als Auslegungsergebnis zukünftiger Praxis sicher voraussagen kann.<sup>70</sup>

### III. Zur verfassungs- und „europa“rechtlichen „Haltbarkeit“ der Norm: ein Ausblick

Es ist an der Zeit, Vorsorge zur „Schadensbegrenzung“ durch den Ausbau der hier angedeuteten restriktiven Handhabung der „nicht notwendigen“ Norm zu treffen.<sup>71</sup> Denn dass uns das *BVerfG* oder der *EGMR* von ihr befreit, ist kaum zu erwarten. Zwar ist die Verfassungswidrigkeit des Verbots wiederholte Male fundiert begründet und bezüglich des Bestimmtheitsgebots von den Wissenschaftlichen Diensten des Bundestags nahegelegt worden.<sup>72</sup> Auch lässt sich der Negativbescheid des *BVerfG* auf den Eilschutzantrag einiger Mitglieder des Vereins Sterbehilfe Deutschland e.V. angesichts der auf deren Betroffenheit beschränkten kursiven Argumentation<sup>73</sup> noch nicht als sichere Basis einer ins Haus stehenden Normbestätigung deuten. Wohl aber löst sich die durch den Inzest-Beschluss schon ohnehin fast verfliegene Hoffnung, ein nicht nachweisbar rechtsgutsrelevantes Verhalten könne nicht verfassungskräftiger Grund einer Bürgerfreiheiten einengenden Strafnorm sein,<sup>74</sup> noch weiter auf, wenn man liest, dass das diffuse Gefahrenbild des „Gesetzgebers“ für die *Kammer* weder „offensichtlich fehlerhaft“ noch seine daraus abgeleitete Gefahrenprognose ohne „rationale Grundlage“ und dann auch gleich noch die von ihr selbst

übernommene und schon für die Gegenwart gültige Besorgnis sei.<sup>75</sup> Wer den Strafgesetzgeber und kontrollierenden Gericht mit dergleichen empiriefreien Spekulationen zu nur abstrakt nicht undenkbareren Rechtsgutsgefährdungen von der verfassungsrechtlichen Kette lässt, gibt jeden „strafbarkeitsbegrenzenden, liberalen Gehalt“ der Rechtsanbindung und damit die kriminalpolitische Bedeutung des materiellen Verbrechensbegriffs vollständig auf.<sup>76</sup> Die Verschiebung allein in die subjektiv gefärbte Einschätzungsprärogative strahlt naturgemäß auf die Beurteilung der Einschränkung der betroffenen Grundrechte der Handlungs-, Gewissens- und Berufsfreiheit der Normadressaten aus<sup>77</sup> und hat das Potential, auch die Bewertung von Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Norm im behandelnden Sinn zu präjudizieren. Das alles spricht dafür, dass das *BVerfG* die Norm wohl eher „halten“ wird.<sup>78</sup>

Dass es wenigstens eine restriktive Handhabung annahmt, die vor allem ihrem Gewissen folgende Ärzte vor unbelegtem Verdacht bewahrt,<sup>79</sup> ist nicht ausgeschlossen. Dass es sich in seinen Aussagen zur Kriminalpolitik umbesinnt, ist dagegen nicht sehr wahrscheinlich. Ein Funken Hoffnung mag freilich bleiben, wenn man zwei jüngere Mitteilungen aus dem Gericht zusammenhält. Denn wenn man betont, dass „Strafe“ als sozialetischer Tadel „den Wert- und Achtungsanspruch des Betroffenen“ empfindlich berührt<sup>80</sup> und zudem einfordert, mit der „jahrzehntelangen Missachtung“ des Ultima-ratio-Prinzips Schluss zu machen, weil sie zu einer „unerwünschte Verhaltensweisen ohne Not mit dem Unrechtsverdikt der Kriminalstrafen“ belegenden „Vorverlagerung der Strafbarkeit und Schaffung immer abstrakterer Gefährdungsdelikte“ führt, ließe sich mit der hier vorgetragenen Kritik

<sup>68</sup> Insoweit übereinstimmend *Gaede*, medstra 2016, 67 f.; ders., JuS 2016, 389 f., der aber das Absichtsmoment übergeht.

<sup>69</sup> So auch *Gaede*, medstra 2016, 68. S. dazu, dass die Berufsordnungen das zulassen müssten, *Hillenkamp*, FS Kühl, 2013, S. 534 ff.

<sup>70</sup> Immerhin ermutigend insoweit BGHSt 59, 218 ff., eine Entscheidung, die die verfassungsrechtlich zweifelhafte Vorfeldnorm § 89a StGB nur bei restriktiver verfassungskonformer Auslegung (namentlich zum subjektiven Tatbestand) für unbedenklich erklärt; da es dort immerhin um das Vorfeld schwerster Straftaten geht, besteht Hoffnung, dass der *BGH* bei einer Norm, die die Vorbereitung eines tatbestandslosen und rechtmäßigen Selbsttötungsgeschehens betrifft, erst recht eine restriktive Auslegung verlangen wird. Das *BVerfG* sollte ihm dazu verbindlich raten.

<sup>71</sup> Den Möglichkeiten zur Tathandlung und zur Geschäftsmäßigkeit ließe sich z.B. eine Ausdehnung des Begriffs der nahestehenden Person auf Ärzte anfügen, die in einem intensiven Betreuungsverhältnis zum Sterbewilligen stehen; Vorbehalte dazu bei *Oglacioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 31.1.

<sup>72</sup> S. nur *Hilgendorf*, JZ 2014, 545 (550 ff.); *Saliger* (Fn. 9), S. 160 ff.; *Will*, vorgänge 212 (2015), S. 52, 56 ff. Die Ausarbeitungen der Wiss. Dienste WD 3 – 3000 – 155/15 (S. 14 f. zur von § 217 n.F. mit erfassten Gewerbsmäßigkeit) und 188/15 (S. 10 f. zur Geschäftsmäßigkeit) leiten die Verfassungswidrigkeit aus den nicht hinreichend klaren Aussagen zur Strafbarkeit von Ärzten ab; s. dazu auch *Oglacioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 7.1, 12a.

<sup>73</sup> Sie beschäftigt sich in *BVerfG* - 2. Kammer des 2. Senats – NJW 2016, 558 zentral mit der vermeintlich fehlenden Adressateneigenschaft der Mitglieder aufgrund notwendiger Teilnahme, s. dazu krit. *Oglacioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 217 Rn. 35 ff.

<sup>74</sup> *BVerfGE* 120, 224 (239 ff.) mit abw. Stellungnahme *Hassemers*; s. dazu schon o. bei Fn. 5, 6.

<sup>75</sup> *BVerfG*, NJW 2016, 559 (18/19); zitiert wird aus den Begr. des RegE 17/ 11126 und des *Brand/Griese*-Entwurfs BT-Drs. 18/5373 (= Begr. des „Gesetzgebers“?); hierzu krit. auch *Rosenau*, BayÄBl 2016, 102.

<sup>76</sup> S. zu ihr nur *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1 ff. (Zitat Rn. 4, 6); *Hillenkamp*, FS Kirchhof Bd. II, 2013, S. 1349 (1356 ff.); sie ist als „Lebenslüge“ der Rechtsgutslehre – s. dazu relativierend *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 24 (37 ff.) – verzeichnet.

<sup>77</sup> S. dazu nur *Reimer*, ZfL 2015, 66 (72 ff.), der dem „Gesetzgeber ... die verfassungsrechtliche Kompetenz“, spekulative Gefährnahmen „mit Ja zu beantworten“, zubilligt.

<sup>78</sup> In BT-Drs. 18/5373, S. 2, 6, 7, 9 ff. findet sich für diesen Standpunkt eine ausführliche Begründung.

<sup>79</sup> S. dazu o. im Text; in diese Richtung – allerdings für eher ohnehin nicht einschlägige Fälle (s. Fn. 61) auch *Kubiciel*, ZfS 2016, 402. Denkbar wäre auch, die Verfassungsmäßigkeit darüber hinaus nur bei Einräumung der Möglichkeit tätiger Reue durch die Gerichte (s. dazu o. bei Fn. 30) anzuerkennen; zur bedenklichen „Eingriffsermächtigung der Strafverfolgungsbehörden bereits bei Vorfeldaktivitäten“ s. *Landau*, ZStW 2006, 966.

<sup>80</sup> So nach *Jahn*, „Schluss mit straflostig“, FAZ v. 7.1.2016, S. 6 das *BVerfG* in einem Zustellungsvermerk im Verfahren 2 BvL 1/15; *BVerfGE* 120, 224 (240) leitet aus dem in der Strafe „zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteil“ die besondere Bedeutung „des Übermaßverbots als Maßstab der Überprüfung einer Strafnorm“ her. Zur Legitimation von Strafrecht nur bei Berechtigung des in der Strafe enthaltenen sozialetischen Tadels s. nur *Frisch*, NSTz 2016, 16 ff. m.w.N. (leider ohne dezidierte Stellungnahme zu § 217 StGB n.F., s. dort Fn. 8, und mit m.E. unberechtigter Resignation zur Kraft des Rechtsgutsgedankens; s. dagegen auch *Otto*, JA 2016, 361, (365 ff.).

daran denken, zu § 217 StGB n.F. mit dem bisher nur „formelhaften Bekenntnis“ einmal Ernst zu machen.<sup>81</sup> Da beide Aussagen namentlich die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit betreffen, ist das zu erwägen, auch mit Blick auf den *EGMR* nützlich. Denn wenn es auch der *EuGH* zur „Sache der einzelnen Mitgliedsstaaten“ macht, in „Bereichen, in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede ... bestehen, ... im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung“ über den gesetzlichen „Schutz der betroffenen Interessen“ zu entscheiden<sup>82</sup> und der *EGMR* folgerichtig den Staaten einen „erheblichen Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum bei der Rechtfertigung von Eingriffen in das Recht auf autonome Lebens-

beendigung“ zugesteht,<sup>83</sup> verzichtet er doch nicht auf eine eigenständige Prüfung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit eines Verbots.<sup>84</sup> Das aber macht die Prognose zum *EGMR* immerhin unsicher. Denn dass § 217 StGB n.F. hinreichend rechtsgutsbezogen, zur Eindämmung spekulativer und rechtsgutsferner Gefahren geeignet, wegen fehlender milderer Strategien erforderlich und mit seiner Stigmatisierung zukünftiger Täter zum „Unrecht“ verhältnismäßig ist, das ist hier und so oft und nachhaltig in Zweifel gezogen, dass ein Unterliegen in Straßburg nicht ausgeschlossen ist. Auch das mögen die Verfassungsrichter bei ihrer Entscheidung bedenken.

<sup>81</sup> Zitate aus *Landau*, *NStZ* 2015, 665 (668); in der krit. Tendenz auch schon *ders.*, *ZStW* 2006, 965 (966 f.).

<sup>82</sup> *EuGH*, *NJW* 2009, 3221 (3223).

<sup>83</sup> So zusf. zur ausführlich (S. 24 ff.) dargestellten Rechtsprechung des *EGMR Saliger* (Fn. 9), S. 44; erg. *EGMR*, *ZfL* 2015, 116 (Fall Lambert).

<sup>84</sup> Nachw. bei *Saliger* (Fn. 9), S. 38 (40).

## Feinjustierung an einem stumpfen Schwert? Zu Verbesserungsmöglichkeiten der Führungsaufsicht *de lege lata und de lege ferenda*

von Dr. Alexander Baur, M.A./B.Sc.\*

### Abstract

*Der Beitrag zeigt ausgehend von empirischen Befunden der zwischen 2011 und 2013 durchgeführten bundesweiten Evaluation der Führungsaufsicht Verbesserungsmöglichkeiten in der Ausgestaltung, Umsetzung und rechtlichen Konzeption der Führungsaufsicht auf.*

*This article shows how the organisation, implementation and legal foundation of supervision of conduct could be improved. The proposals are based on empirical evidence gathered during a nationwide study evaluating supervision of conduct from 2011 until 2013.*

### I. Entwicklungen und Strukturen der Führungsaufsicht

Die Führungsaufsicht ist in den letzten Jahren spürbar aus ihrem Schattendasein herausgetreten. Anlass waren neben der Reform 2007 auch die Rechtsprechung des *EGMR* zur Sicherungsverwahrung und in der Folge die Entlassung bis dahin sicherungsverwahrter Straftäter. Auch rechtswissenschaftlich und kriminologisch findet die Führungsaufsicht zunehmend Beachtung.<sup>1</sup> Die Ergebnisse rechtswissenschaftlicher und kriminologischer Arbeiten zur Führungsaufsicht sind dabei in ihrem Tenor positiv.<sup>2</sup> Dass der Führungsaufsicht dennoch das Verdikt vom stumpfen Schwert anhaftet, hängt vermutlich mit einer falschen Erwartungshaltung zusammen: Als ambulante Maßregel der Besserung und Sicherung wird die Führungsaufsicht nie an das Sicherungsniveau stationärer Maßregeln heranreichen.<sup>3</sup> Alternativen zur Führungsaufsicht lassen sich im geltenden deutschen Schuldstrafrecht nur schwer vorstellen. Eine erneute Verpolizeilichung der Führungsaufsicht, für die es Anzeichen in der Rechtspraxis gibt, würde die Probleme kaum lösen. Die effizientere Alternative zur Führungsaufsicht ist nicht die einseitige Betonung der Gefahrenabwehr – auch die Polizeiaufsicht

als historische Vorgängerin der Führungsaufsicht galt als stumpfes Schwert,<sup>4</sup> sondern schlicht die Ausweitung stationärer Unterbringungsmöglichkeiten für Straftäter. Rechtspolitisch ist das nicht wünschenswert und rechtsstaatlich wäre es kaum begründbar.

### II. Möglichkeiten zur Verbesserung der Führungsaufsicht

Die Führungsaufsicht lässt sich auf der Grundlage der geltenden gesetzlichen Regelungen im Einzelfall variabel ausgestalten und unterschiedlich organisatorisch umsetzen. Die rechtliche Konzeption der Führungsaufsicht verlagert die Verantwortung für die konkrete Ausgestaltung auf das Gericht des § 68 a StGB, dem innerhalb bestimmter rechtlichen Grenzen ein großer Ermessensspielraum eingeräumt wird. Der Gesetzgeber lässt den Landesjustizverwaltungen zusätzlich weitreichende Freiheiten bei der (organisatorischen) Umsetzung der Führungsaufsicht. Es lassen sich daher Verbesserungsmöglichkeiten identifizieren, die jederzeit auf der Grundlage des geltenden Rechts umgesetzt werden können.

An der Ausgestaltung und Umsetzung der Führungsaufsicht sind zwingend mindestens drei Akteure – Führungsaufsichtsstelle, Bewährungshilfe und Gericht i.S. des § 68 a StGB) beteiligt. Als weiteren fakultativen Akteur nennt die Führungsaufsicht seit 2007 die forensische Ambulanz. Es gibt in der Führungsaufsicht Konstellationen, in denen weitere Akteure beteiligt sind. Die Führungsaufsicht sieht die Beteiligung der allgemeinen Strafjustiz bei der Sanktionierung von Weisungsverstößen nach § 145 a StGB vor. Zunehmend ist die Polizei an der Umsetzung und Ausgestaltung der Führungsaufsicht beteiligt; das Recht der Führungsaufsicht hat diese Beteiligung der Polizei mittlerweile in § 463 a Abs. 3 S. 4 StPO anerkannt. Die Zusammenarbeit der beteiligten Akteure setzt eine

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Stuttgart und hat von 2011 bis 2013 die Studie zur bundesweiten Evaluation der Führungsaufsicht im Auftrag des Bundesjustizministeriums geleitet. Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind mittlerweile im Tübinger Verlag Mohr/Siebeck erschienen.

<sup>1</sup> *Gundelach*, Die Führungsaufsicht nach der Vollverbüßung einer Jugendstrafe (2015); *Baur/Kinzig* (Hrsg.), Die reformierte Führungsaufsicht (2015); *Rohrbach*, Die Entwicklung der Führungsaufsicht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Mecklenburg-Vorpommern (2014); *Ruderich*, Die Entwicklung und Ausgestaltung des Instituts der Führungsaufsicht auch im Hinblick auf die einzelnen Bundesländer sowie die Darstellung und Bewertung der Übergangskonzepte zum Umgang mit rückfallgefährdeten Sexualstraf Tätern (2014).

<sup>2</sup> *Baur*, in: *Baur/Kinzig*, Die reformierte Führungsaufsicht (2015), S. 642 ff.

<sup>3</sup> *Baur*, S. 32 f. (Fn. 2).

<sup>4</sup> *Fuhr*, Strafrechtspflege und Socialpolitik (1892), S. 234 ff.

funktionierende Kooperation, aber auch eine klare Aufgaben- und Verantwortungsabgrenzung voraus.

Der organisatorische Ausgestaltungs- und richterliche Ermessensspielraum soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass an einzelnen Stellen in den geltenden gesetzlichen Regelungen normative Verbesserungsmöglichkeiten erkennbar sind. Nach der großangelegten und im Ergebnis erfolgreichen Reform der Führungsaufsicht 2007<sup>5</sup> kann es sich bei den Verbesserungsmöglichkeiten *de lege ferenda* aber allenfalls noch um Feinjustierungen handeln.

### 1. Verbesserungsmöglichkeiten *de lege lata*

#### a) Führungsaufsichtsstelle

##### aa) Organisatorische Ausgestaltung der Führungsaufsichtsstelle

Nach Art. 295 Abs. 2 EGStGB müssen die Aufgaben der Führungsaufsichtsstelle von Beamten des höheren oder gehobenen Dienstes, anerkannten Sozialarbeitern oder Sozialpädagogen wahrgenommen werden. Nähere Vorgaben macht allein Art. 295 Abs. 2 S. 2 EGStGB, wonach die Leitung der Führungsaufsichtsstelle die Befähigung zum Richteramt oder ein höheres Beamtenverhältnis voraussetzt.

In den Ländern werden diese Vorgaben unterschiedlich umgesetzt. Holzschnittartig lassen sich zwei Umsetzungsmodelle unterscheiden. Personalschwache Führungsaufsichtsstellen beschränken sich regelmäßig auf verwaltende Tätigkeiten und stellen auf Anregung anderer Akteure Strafanträge nach § 145 a StGB.<sup>6</sup> Personell sind diese Führungsaufsichtsstellen nur mit einem nebenamtlichen Leiter besetzt, der – was nach Art. 295 Abs. 2 S. 3 EGStGB ausdrücklich möglich ist – im Hauptamt Richter ist. Die Freistellung für die Tätigkeit als Leiter der Führungsaufsichtsstelle ist regelmäßig gering.<sup>7</sup> Vereinzelt wird die Tätigkeit auf Zivilrichter übertragen, um zu vermeiden, dass der Leiter der Führungsaufsichtsstelle gleichzeitig Gericht i. S. des § 68 a StGB ist.<sup>8</sup> Personalschwache Führungsaufsichtsstellen werden den ihnen gesetzlich zugeordneten Aufgaben kaum gerecht. Die zunehmende Mitwirkung der Polizei an der Umsetzung der Führungsaufsicht stößt just in diese vielfach empfundene Sicherungslücke.

Personalstarke Führungsaufsichtsstellen gestalten die Führungsaufsicht regelmäßig aktiv mit.<sup>9</sup> Sie sind mit Sozialarbeitern und Sozialpädagogen bzw. Rechtspflegern besetzt und unterstehen teilweise hauptamtlichen Leitern.<sup>10</sup> Personalstarke Führungsaufsichtsstellen finden sich unter anderem in Hamburg und seit der Einrichtung einer Zentralen Führungsaufsichtsstelle in Mecklenburg-Vorpommern. Die Erfahrung zeigt, dass die Qualität der Führungsaufsicht von den beteiligten Akteuren höher ein-

geschätzt wird, wenn die Führungsaufsichtsstelle eine aktive Rolle einnimmt. Die Verlagerung von Sicherheitsaspekten auf die Führungsaufsichtsstelle zur Entlastung der Betreuungsarbeit wird in der Praxis nicht als unkoordiniertes Nebeneinander, sondern als sinnvolle Entlastung der Bewährungshilfe erlebt.<sup>11</sup>

Eine aktive Mitwirkung der Führungsaufsichtsstelle führt zur einer deutlichen Erhöhung des Bedarfs an personellen Ressourcen. In Stadtstaaten und Ballungsräumen lässt sich eine personalstarke Führungsaufsichtsstelle aufgrund der hohen Fallzahlen justizökonomisch am ehesten rechtfertigen. Anders ist die Situation in Flächenländern; hier lassen sich personalstarke Führungsaufsichtsstellen meist nur nach (Teil-)Zentralisierungen etablieren. Die Erfahrungen mit zentralisierten Führungsaufsichtsstellen zeigen, dass die positiven Effekte die Nachteile – auch in Flächenländern etwa mit Blick auf Fahrt- und Reisekosten – überwiegen.<sup>12</sup>

##### bb) Mitwirkung an Führungsaufsichtsbeschlüssen

Der Führungsaufsichtsbeschluss ist die zentrale Arbeitsgrundlage für die Akteure der Führungsaufsicht. Im Gros der Führungsaufsichten erteilen die Gerichte von den Justizvollzugsanstalten schematisch vorgeschlagene Weisungen, die bisweilen das Gespür für die praktische führungs-aufsichtsrechtliche Arbeit vermissen lassen. Es ist wünschenswert, dass die Akteure, die in der Praxis mit der Umsetzung der Führungsaufsicht betraut sind, schon früh ihre Erfahrungen einbringen und aus ihrer Perspektive Einfluss auf eine sinnvolle Ausgestaltung der Führungsaufsicht nehmen. Das setzt insbesondere voraus, dass die Führungsaufsichtsstellen sich vor Unterstellung des Probanden auf der Grundlage der bestehenden Informationen zu den Weisungen äußern. Bei Hochrisikoprobanden wird dies teilweise im Rahmen von Fallkonferenzen bereits erfolgreich praktiziert.<sup>13</sup>

##### cc) Strafantragspraxis

Die Strafantragsstellung nach § 145 a S. 2 StGB ist eine der zentralen Aufgaben der Führungsaufsichtsstelle. In der Praxis gibt es Anhaltspunkte für nicht immer sachgerechte Motive bei der Strafantragsstellung. In Einzelfällen wird auf die Stellung eines Strafantrags verzichtet, weil die Führungsaufsichtsstellen nicht mit einer konsequenten Ahndung des Weisungsverstoßes durch die allgemeine Strafjustiz rechnen. Vermehrt lässt sich aber auch eine umgekehrte Tendenz beobachten: Strafanträge werden ohne eingehende Prüfung gestellt, um dem Vorwurf zu entgehen, nicht alles zur Verhinderung erneuter Straffälligkeit getan zu haben.<sup>14</sup>

Dogmatisch ersetzt der Strafantrag das Tatbestandsmerkmal des gröblichen oder beharrlichen Verstoßes, wie es die Parallelnorm des § 67 g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB kennt.<sup>15</sup> Das Recht der Führungsaufsicht geht davon aus, dass es

<sup>5</sup> Baur, S. 642 ff. (Fn. 2).

<sup>6</sup> Kritisch Groß, in: MüKo-StGB, 2. Aufl. (2012), § 68 a Rn. 7; Ostendorf, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 68 a Rn. 10; Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 68 a Rn. 4; empirische Daten bei Baur, S. 131 ff. (Fn. 2).

<sup>7</sup> Baur, S. 126 (Fn. 2).

<sup>8</sup> Krit. Groß, in: MüKo-StGB, § 68 a Rn. 5; Baur, S. 130 (Fn. 2).

<sup>9</sup> Baur, S. 131 ff. (Fn. 2).

<sup>10</sup> Baur, S. 126 ff. (Fn. 2).

<sup>11</sup> Baur, S. 142 ff. (Fn. 2).

<sup>12</sup> Baur, S. 121 ff. (Fn. 2).

<sup>13</sup> Baur, S. 113 ff. (Fn. 2).

<sup>14</sup> Baur, S. 492 (Fn. 2).

<sup>15</sup> BT-Drs. V/4095, S. 46.

zu Weisungsverstößen kommen kann, die nicht zwingend eine strafrechtliche Reaktion erfordern. Daneben kann eine spezialpräventiv ausgerichtete Kosten-Nutzen-Erwägung im Einzelfall zu dem Ergebnis kommen, dass die Zwecke der Führungsaufsicht besser erreicht werden, wenn gar nicht oder jedenfalls unter Verzicht auf einen Aussetzungswiderruf oder eine Sanktionierung nach § 145 a StGB auf den Weisungsverstoß reagiert wird. In § 145 a StGB wird diese Bewertung des Weisungsverstoßes der Führungsaufsichtsstelle überlassen, die sich bei der Strafantragsstellung von einer führungsaufsichtsrechtlichen Opportunität leiten lassen muss.<sup>16</sup> Sie muss erwägen, ob die Sanktionierung eines Weisungsverstoßes unter den konkreten Umständen notwendig und zweckmäßig ist. Um diese führungsaufsichtsrechtliche Opportunität sachgerecht auszuüben, muss die Führungsaufsichtsstelle die Meinung der betreuenden und behandelnden Akteure einholen (§ 68 a Abs. 6 StGB, bei der forensischen Ambulanz i. V. mit § 68 a Abs. 7 S. 2 StGB). Die Strafantragsstellung soll folglich die Sanktionierung nach § 145 a StGB in die Zwecke der Führungsaufsicht einpassen und zu einem Instrument führungsaufsichtsrechtlicher Intervention machen.

Auch wenn formal der Einfluss der Führungsaufsichtsstelle mit der Strafantragsstellung endet, sollte die Führungsaufsichtsstelle nach Möglichkeit versuchen, das Strafverfahren weiter zu begleiten und auf sinnvolle Sanktionierung hinzuwirken. In der Praxis geschieht dies selten – auch weil den Führungsaufsichtsstellen formale Verfahrensrechte fehlen.

#### b) Bewährungshilfe

Die Bewährungshilfe ist sicherlich der zentrale Akteur der Führungsaufsicht. In Zeiten, in denen die Führungsaufsicht ins öffentliche und politische Interesse rückt, erstaunt es, dass die Fallbelastung in der Bewährungshilfe weiterhin hoch bleibt. Führungsaufsichten, bei denen der Betreuungsaufwand wegen einer (qualifiziert) negativen Legalprognose besonders hoch ist, werden vielerorts nicht gesondert in das Betreuungsdeputat eingerechnet.<sup>17</sup> Fallzahlen von über 100 Probanden pro Bewährungshelfer – darunter eine hohe Zahl von Führungsaufsichtsprobanden – sind nicht selten.

Im Kern geht es hier um die Frage, was die sozialen Dienste der Justiz kosten dürfen und was nicht. Die Binsenweisheit, dass kostenträchtige stationäre strafrechtliche Sanktionen durch effektive ambulante Strukturen nachhaltig ersetzt werden könnten, sei hier mit einem Hinweis auf die mittlerweile bestehenden Maßregelambulanzen erlaubt: Es gibt durchaus Anzeichen dafür, dass die Vollstreckung der Maßregeln nach § 63 und § 64 StGB

großzügiger zur Bewährung ausgesetzt wird, seit es belastbare ambulante Betreuungsstrukturen gibt und im Einzelfall kurzfristig nach § 67 h StGB eine erneute stationäre Unterbringung durch- und umgesetzt werden kann.<sup>18</sup>

#### c) Gericht im Sinne des § 68 a StGB

Die Arbeitsgrundlage für die Führungsaufsicht ist der Führungsaufsichtsbeschluss. Das Gesetz gibt kaum eine Handreichung für die individuelle Ausgestaltung der Führungsaufsicht. Das Recht der Führungsaufsicht überlässt es bewusst dem Richter, aus den Handlungsangeboten auszuwählen und die Führungsaufsicht auf das Besserungs- und Sicherungsbedürfnis des Probanden abzustimmen.<sup>19</sup> Diese Offenheit der Führungsaufsicht, die angesichts der Heterogenität der Probanden nicht anders denkbar ist,<sup>20</sup> setzt einen Richter voraus, der die Führungsaufsicht mit Sorgfalt und Augenmaß individuell ausgestaltet. Die in der Praxis vielfach zu beobachtende schematische Erteilung standarisierter Weisungen wird dieser Aufgabe nicht gerecht.<sup>21</sup> Besonders offenbar wird der Schematismus an der Erteilungspraxis der Weisung nach § 68 b Abs. 1 S. 1 Nr. 9 StGB, die – abgesehen von aussetzungsbedingten Führungsaufsichten – in mehr als der Hälfte der Fälle erteilt wird. Das Problem schematischer Weisungen wird durch rechtlich nicht mögliche und schlicht handwerklich fehlerhafte Weisungen verschärft (*„Der Proband wird verpflichtet, jeden Wechsel der Wohnung oder der Arbeitsstelle seinem Bewährungshelfer (!) zu melden, § 68 b Abs. 1 S. 1 Nr. 8 StGB“*).<sup>22</sup> Die Sanktionierung eines Weisungsverstoßes nach § 145 a StGB ist dann zumindest formaljuristisch nicht möglich<sup>23</sup> – die Praxis tut sich freilich auch bei solchen Weisungen mit Verurteilungen nicht immer schwer.<sup>24</sup> Schließlich lässt sich bei Probanden, die als besonders kriminalitätsgefährlich eingeschätzt werden, beobachten, dass eine kaum zu bewältigende Vielzahl von Verhaltensanforderungen formuliert wird: Bei Sexualstraftätern sind 15 und mehr erteilte Weisungen keine Seltenheit.<sup>25</sup>

Die Richter müssen für die sachgerechte Ausgestaltung des Führungsaufsichtsbeschlusses zunächst eine Hypothese zur Kriminalitätsentstehung beim Probanden aufstellen. Auf diese Weise können kriminogene Faktoren erkannt und diesen durch die Erteilung führungsaufsichtsrechtlicher Weisungen gezielt entgegenwirkt werden. Eine Überlastung des Probanden ist dabei schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen zu vermeiden (§ 68 b Abs. 3 StGB). Auch Sicherungsinteressen dürfen bei der Weisungserteilung nicht einseitig zu Lasten der Besserung verfolgt werden; dies widerspräche der Führungsaufsicht als Maßregel, die strafrechtstypisch Besserung und Sicherung gleichberechtigt verfolgt.<sup>26</sup>

<sup>16</sup> So auch die Gesetzesbegründung zum Reformvorhaben 2007, BT-Drs. 16/1993, S. 26 f.; Roggenbrück, in: LK-StGB, Bd. 5, 12. Aufl. (2009), § 145 a Rn. 32; Schild/Kretschmer, in: NK-StGB, § 145 a Rn. 8; Baur, S. 486 ff. (Fn. 2).

<sup>17</sup> Baur, S. 155 ff. (Fn. 2).

<sup>18</sup> Baur, S. 54 ff, insbesondere S. 56 (Fn. 2).

<sup>19</sup> Vgl. dazu Ostendorf, in: NK-StGB, § 68 b Rn. 3.

<sup>20</sup> Baur, S. 37 f. (Fn. 2).

<sup>21</sup> Baur, S. 175, S. 350 ff. (Fn. 2).

<sup>22</sup> Mit einem Überblick zu den einzelnen Weisungen: Baur, S. 374 ff. (Fn. 2).

<sup>23</sup> Zu den Bestimmtheitsanforderungen an die Weisung durch § 145 a StGB Ostendorf, in: NK-StGB, § 68 b Rn. 5; BT-Drs. V/4095, S. 36.

<sup>24</sup> Baur, S. 478 ff. (Fn. 2).

<sup>25</sup> Baur, S. 361 ff. (Fn. 2).

<sup>26</sup> Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 68 b Rn. 15; Rn. 30 f.

#### d) Schaffung einer umfassenden Behandlungsinfrastruktur

Der Gesetzgeber konnte sich in der großen Führungsaufsichtsreform 2007 nicht dazu durchringen, die Länder zur Schaffung forensischer Ambulanzen zu verpflichten. Er beließ es bei einem mit § 68 a Abs. 7 StGB verbundenen Impuls zur Schaffung einer Behandlungsinfrastruktur.<sup>27</sup> Mittlerweile hat sich eine erstaunlich belastbare ambulante Behandlungsinfrastruktur entwickelt. Gerade in Flächenländern sind die Wege bis zur nächsten Behandlungseinrichtung aber nach wie vor lang;<sup>28</sup> eine therapeutische Anbindung kann nicht immer gewährleistet werden. Auch die Therapieangebote zeigen nach wie vor Lücken. Eine Anschlussbehandlung von Maßregelpatienten vor allem aus dem Bereich des § 63 StGB ist weitgehend gewährleistet. Auch aus dem Strafvollzug entlassene Sexualstraftäter finden zunehmend eine passende Behandlungsinfrastruktur.<sup>29</sup> Andere Straftätergruppen bleiben in den Angeboten forensischer Ambulanzen aber bisher häufig noch unberücksichtigt. Das gilt sowohl für Gewaltstraftäter, insbesondere aber auch für Probanden mit nicht remittierter Suchtproblematik.

#### e) Allgemeine Straffjustiz (Staatsanwaltschaften und Strafgerichte)

In vollverbüßungs- und erledigungsbedingten Führungsaufsichten ist das zentrale Reaktionsinstrument bei Fehlverhalten und krisenhaften Entwicklungen des Probanden § 145 a StGB. Der Widerruf einer noch unvollstreckten stationären Sanktion steht hier nicht zur Verfügung. Problematisch an diesem ohnehin schon eher schwachen Reaktionsinstrument ist, dass die Akteure der Führungsaufsicht mit der Stellung des Strafantrags ihren rechtlichen und meist auch faktischen Einfluss auf das weitere Verfahren verlieren. Die Reaktionskompetenz verlagert sich auf die allgemeine Straffjustiz, die sich mit einer sinnvollen Nutzung des § 145 a StGB häufig schwer tut. Zudem sind Strafverfahren in aller Regel ein zu träges Instrument, soll durch die Sanktionierung eines Weisungsverstoßes nach § 145 a StGB wirksam auf (krisenhafte) Maßregelzweckgefährdungen reagiert werden.

Der Informationsfluss zwischen den Akteuren der Führungsaufsicht und der Straffjustiz ist nicht systematisch sichergestellt; konkrete Vorschläge der Führungsaufsichtskräfte zur Sanktionierung finden sich in den Strafverfahren selten.<sup>30</sup> Obwohl die Führungsaufsichtsstelle zur Sanktionierungsnotwendigkeit klar Stellung bezogen hat, kommt es immer noch zu staatsanwaltschaftlichen Verfahrenseinstellungen nach §§ 153 ff. StPO. Dass sich Staatsanwaltschaften mit allgemeinen Opportunitätserwägungen über die Führungsaufsichtsrechtliche Opportunität hinwegsetzen, ist nur schwer erträglich und entwertet das ohnehin schon schwache Reaktionsinstrumentarium in

vollverbüßungs- und erledigungsbedingten Führungsaufsichten zusätzlich.

Grundsätzlich ist zu bedenken, dass zur Bewährung ausgesetzte Strafen im Einzelfall sinnvoll sein können. Für die laufende Führungsaufsicht steht dann eine unvollstreckte strafrechtliche Sanktion zur Verfügung, die die Motivation zur Weisungsbefolgung erhöhen und im Krisenfall für eine rasche Reaktion genutzt werden kann. Ambulant erzielte Betreuungs- und Behandlungserfolge werden nicht durch eine Inhaftierung gefährdet. Eine Maßregelzweckgefährdung zu bejahen und gleichzeitig die für § 56 Abs. 1 und 2 StGB positiven Legalprognose zu stellen, scheint allerdings argumentativ nicht ganz leicht vereinbar.

#### f) Straf- und Maßregelvollzugsanstalten

Die meisten Führungsaufsichtsproubanden kommen aus einer stationär vollstreckten strafrechtlichen Sanktion. Es ist daher wichtig, dass der Informationsfluss und der Übergang zwischen stationären und ambulanten Strukturen gesichert ist.

Im Bereich des Maßregelvollzugs lassen sich zumindest in der Fläche kaum Verbesserungsmöglichkeiten identifizieren. Anders ist die Situation im Strafvollzug. Insbesondere die Stellungnahmen der Vollzugsanstalten und deren Vorschläge zur Ausgestaltung der Führungsaufsicht sind häufig defizitär.<sup>31</sup> Sie sind vermutlich ein Hauptgrund dafür, dass Führungsaufsichtsbeschlüsse häufig schematisch erteilte Weisungen enthalten. Eine enge Kooperation der Strafvollzugsanstalten mit den Akteuren der Führungsaufsicht wäre wünschenswert, ist aber in der Praxis leider eher die Ausnahme.

#### g) Polizei

Mittlerweile ist die Polizei ein wichtiger Führungsaufsichtsexterner Akteur. Die Polizei ist nicht nur anlassbezogen und reaktiv – etwa im Rahmen einer Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung nach § 463 a Abs. 2 StPO – an der Führungsaufsicht beteiligt. Sie ist an bestimmten Führungsaufsichten im Rahmen polizeilicher Flankierungsprogramme zur Führungsaufsicht wie KURS oder HEADS unabhängig von einem konkreten Anlass proaktiv tätig.<sup>32</sup>

Die proaktive Mitarbeit der Polizei in der Führungsaufsicht wird von der Praxis überwiegend positiv bewertet.<sup>33</sup> Art und Umfang der Polizeibeteiligung unterscheiden sich zwischen den Ländern und teilweise den Führungsaufsichtsstellen eines Landes erheblich. Teilweise kann man sich des Eindrucks nur schwer erwehren, dass die Federführung in bestimmten Führungsaufsichten von den Akteuren des § 68 a StGB auf die Polizei verlagert wird.<sup>34</sup>

<sup>27</sup> Groß, in: MüKo-StGB, § 68 a Rn. 9; Ostendorf, in: NK-StGB, § 68a Rn. 24; Schneider, in: LK-StGB, Bd. 3, 12. Aufl. (2008), § 68a Rn. 23.

<sup>28</sup> Baur, S. 189 (Fn. 2).

<sup>29</sup> Baur, S. 182 f., 188 f. (Fn. 2).

<sup>30</sup> Baur, S. 497 ff. (Fn. 2).

<sup>31</sup> Baur, S. 220 f. (Fn. 2).

<sup>32</sup> Baur, „Bessere Dich – oder ich schieße“ – Die Polizei im normativen Handlungsgefüge der Führungsaufsicht, in: Haynert/Kammeier, Wegschließen für immer? (2012), S. 181 ff.

<sup>33</sup> Baur (2012), S. 181 ff. (Fn. 32); teilweise krit. dagegen in der Literatur nur Schneider, in: LK-StGB, § 68a Rn. 9 m.w.N.

<sup>34</sup> Baur, S. 244 (Fn. 2).

Die Einbeziehung der Polizei – nicht zuletzt wegen ihrer personellen Ressourcen und ihrer „Präsenz auf der Straße“ – kann aus Sicht der Führungsaufsicht hilfreich sein. Auch die Amtsautorität der Polizei kann im Einzelfall sinnvoll eingesetzt werden.<sup>35</sup> Der Reformgesetzgeber des Jahres 1975 entschied sich jedoch bewusst gegen die Polizeiaufsicht und löste sich von einem polizeilich-präventiven Konzept bei der Sicherung vor den Gefahren entlassener Straftäter.<sup>36</sup> Mit der Führungsaufsicht unterstellte er diese Aufgabe einem strafrechtlichen und damit immer auch an Resozialisierung und Hilfestellung orientierten Handlungskonzept. Die Bewahrung dieses strafrechtlichen Handlungskonzepts setzt voraus, dass sich die Polizei der Führungsaufsicht und ihren Zwecken unterordnet. Ein am Paradigma möglichst effektiver Gefahrenabwehr orientiertes, unabhängiges Handeln der Polizei bliebe nicht ohne Auswirkung auf die Führungsaufsicht und brächte deren Zwecke – Besserung und Sicherung – ins Ungleichgewicht.<sup>37</sup> Entscheidend ist daher ein instrumentelles Verständnis der polizeilichen Mitwirkung. Fallverantwortung und Federführung müssen bei den Akteuren der Führungsaufsicht bleiben; eigenmächtiges und nicht abgestimmtes Handeln der Polizei gilt es zu vermeiden. Gegen eine punktuelle und ergänzende Mitwirkung der Polizei ist nichts einzuwenden.

Nimmt die Führungsaufsichtsstelle ihre auch koordinierenden Aufgaben ernst, bedarf es nicht zwingend einer gesetzlichen Regelung zur direkten Informationsweitergabe der Bewährungshilfe an die Polizei. Die Informationsweitergabe über Eck, das heißt von den betreuenden und behandelnden Akteuren der Führungsaufsicht an die Führungsaufsichtsstelle und von dort an die Polizei, stellt zugleich sicher, dass nur zu Sicherheitszwecken notwendige Informationen die Polizei erreichen.

## 2. Verbesserungsmöglichkeiten de lege ferenda

### a) Stärkung der Führungsaufsichtsstelle durch zusätzliche Kompetenzen

Die bereits oben auf der Grundlage der geltenden gesetzlichen Regelungen vorgeschlagene Stärkung der Führungsaufsichtsstellen lässt sich durch gesetzliche Ergänzungen flankieren und absichern. Eine Führungsaufsichtsstelle, die Verantwortung für die Umsetzung der Führungsaufsicht übernimmt und nicht nur Fälle verwaltet, muss mit Rechten ausgestattet sein, die ihr die Wahrnehmung ihrer Verantwortung ermöglichen.

#### aa) Antragsrechte

Die Führungsaufsichtsstellen verfügen nach geltender Gesetzeslage über kein formelles Antragsrecht zum Gericht des § 68 a StGB. Es ist den Führungsaufsichtsstellen zwar unbenommen, gerichtliche Maßnahmen anzuregen und Gerichte werden ihnen in der Regel Folge leisten; formell beantragen können sie führungsaufsichtsrechtliche Maßnahmen aber nicht. Dabei sollte es – vergleichbar der

Strafantragsstellung – *officium nobile* der Führungsaufsichtsstellen sein, in enger Rücksprache mit den anderen beteiligten Betreuungs- und Behandlungsakteuren für eine zweckmäßige Ausgestaltung der Führungsaufsicht zu sorgen. Bei der primären Ausgestaltung der Führungsaufsicht sollte die Führungsaufsichtsstelle nach Anhörung der Bewährungshilfe und gegebenenfalls der forensischen Ambulanz eine Stellungnahme zum Führungsaufsichtsbeschluss abgeben oder besser noch einen Antrag zur Ausgestaltung der Führungsaufsicht stellen müssen. Das trifft zumindest in vollverbüßungsbedingten Führungsaufsichten zu, in denen eine sachgerechte Ausgestaltung der Führungsaufsicht besonders häufig am Mangel sinnvoller Vorschlägen scheitert.

#### bb) Ausgestaltungsbefugnisse

Die Führungsaufsicht als ambulante Maßregel ist häufig mit Besserungs- und Sicherheitsbedürfnissen ihrer Probanden konfrontiert, die sich rasch ändern. Der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz, der an systematisch fragwürdiger Stelle<sup>38</sup> in § 68 b Abs. 1 S. 2 StGB nochmals betont wird, setzt detailliert beschriebene Verhaltenserwartungen voraus. Das praktische Bedürfnis nach Flexibilität kollidiert mit dem strafrechtlichen Gebot nach Bestimmtheit. Die Praxis behilft sich regelmäßig mit rein faktischen Anpassungen der Weisungen: Therapie- und Meldeintervalle werden ausgeschlichen, Aufenthaltsverbote und Suchtmittelkonsumverbote immer weniger engmaschig kontrolliert.<sup>39</sup> Vor dem Hintergrund der drohenden Reaktionen bei nicht weisungsgerechtem Verhalten muss eine solche faktische Abänderung auf Bedenken stoßen. Problematisch werden faktische Abänderungen in der Praxis spätestens dann, wenn bestimmte Entwicklungen beim Probanden eine Rückkehr zur ursprünglich erteilten Weisung erfordern. Regelmäßig wird das dem Probanden nur schwer zu vermitteln sein; der Führungsaufsichtsbeschluss verliert damit an Verbindlichkeit. Eine wiederholte Weisungerteilung durch das Gericht scheidet aus, weil der Führungsaufsichtsbeschluss formell ohnehin die ganze Zeit unverändert fortgegolten hat.

Denkbar wäre es, den Führungsaufsichtsstellen innerhalb klar umrissener Grenzen die Befugnis einzuräumen, gerichtlich erteilte Weisungen zu konkretisieren. Dies betrifft insbesondere die Weisungen nach § 68 b Abs. 1 S. 1 Nr. 7 und Nr. 11 sowie nach § 68 b Abs. 2 S. 2 StGB, soweit es um die Festlegung von zeitlichen Melde- und Therapieintervallen geht. Bei Weisungen nach § 68 b Abs. 1 Nr. 11 Alt. 2 StGB könnte die Führungsaufsichtsstelle Art und Häufigkeit von Suchtmittelkontrollen festlegen. Das Gericht würde in diesen Fällen einen äußeren Rahmen vorgeben, innerhalb dessen die Führungsaufsichtsstelle in enger Rücksprache mit der Bewährungshilfe und der forensischen Ambulanz die konkrete Ausgestaltung festsetzen könnte. Gleichzeitig ließen sich die Reaktionsmöglichkeiten gerade in vollverbüßungs- und erledigungsbedingten Führungsaufsichten verbessern: Die Führungsaufsichtsstelle könnte über Nachjustierungen

<sup>35</sup> Baur, S. 243 (Fn. 2).

<sup>36</sup> S. dazu ausf. Baur, S. 293 f. (Fn. 2).

<sup>37</sup> Baur/Burkhardt/Kinzig, JZ 2011, 131 ff.; Baur (2012), S. 181 ff. (Fn. 32).

<sup>38</sup> Baur, S. 342 ff. (Fn. 2).

<sup>39</sup> Baur, S. 550 (Fn. 2).

rasch und unbürokratisch positive Entwicklungen beim Probanden mit Lockerungen belohnen oder auf negative Entwicklungen mit Verschärfungen reagieren. Solange die äußeren Rahmenbedingungen richterlich unmissverständlich vorgegeben werden, bestünden kaum Bedenken wegen eines möglichen Verstoßes gegen den Richtervorbehalt.

#### cc) Mitwirkungsbefugnisse

Nach der Strafantragsstellung verliert die Führungsaufsichtsstelle ihren Einfluss auf das dann folgende Strafverfahren nach § 145 a StGB. Eine aus Sicht der Führungsaufsicht sinnvolle Sanktionierung eines Weisungsverstoßes ist deshalb nicht systematisch sichergestellt. Die Beteiligung der Führungsaufsichtsstelle am Strafverfahren nach § 145 a StGB ist deshalb schon *de lege lata* begrüßenswert. *De lege ferenda* wäre eine Stellung der Führungsaufsichtsstelle in Strafverfahren nach § 145 a StGB vergleichbar der Jugendgerichtshilfe (§§ 38, 50 Abs. 3 JGG) zur Sicherstellung einer führungsaufsichtsoptionen Sanktionierung denkbar.

#### dd) Zwangsbefugnisse

In der aktuellen Praxis der Führungsaufsicht spielt der Vorführungsbefehl nach § 463 a Abs. 3 StPO kaum eine Rolle.<sup>40</sup> Ein Grund mag das umständliche Verfahren sein, das der Führungsaufsichtsstelle nur ein Antragsrecht, nicht aber das Recht einräumt, den Vorführbefehl selbst zu erlassen. Bereits 2007 wurde diskutiert, ob der Führungsaufsichtsstelle ein eigenes Recht zum Erlass eines Vorführbefehls verliehen werden sollte oder nicht. Der Reformgesetzgeber entschied sich bewusst dagegen, weil er befürchtete, dadurch den notwendigen Richtervorbehalt bei freiheitsentziehenden Maßnahmen zu umgehen.<sup>41</sup> Seitdem wurde die Forderung nach einer Kompetenzstärkung an dieser Stelle immer wieder laut.<sup>42</sup> Obwohl die Führungsaufsichtsstellen weit überwiegend mit Richtern besetzt sind, ist das Bedenken einer Umgehung des Richtervorbehalts nicht von der Hand zu weisen. Richter sind als Führungsaufsichtsstellenleiter nicht unabhängig, sondern als Teil der Justizverwaltung weisungsunterworfen.<sup>43</sup> Freiheitsentziehende Maßnahmen setzen nicht den Richter als Person, sondern das Richteramt voraus. Ob diese praktisch sicherlich wünschenswerte Kompetenzstärkung rechtlich unproblematisch ist, muss daher fraglich erscheinen.<sup>44</sup>

#### b) Obligatorische Bewährungshelferunterstellung

Aussetzungsbedingte Führungsaufsichten unterscheiden sich in ihrer praktischen Umsetzung erheblich von vollverbüßungs- und erledigungsbedingten Führungsaufsichten. Das hängt nicht nur mit Unterschieden bei den Probanden zusammen, sondern vor allem auch mit unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben – beispielsweise der Möglichkeit des Aussetzungswiderrufs nach § 67 g Abs. 1

bis 3 StGB – und den beteiligten Betreuungs- und Behandlungsstrukturen. Gerade bei Probanden aus der Maßregel nach § 63 StGB werden Betreuung und Behandlung im Anschluss an den stationären Vollzug häufig von forensischen Ambulanzen und allgemeinspsychiatrischen Einrichtungen übernommen. Die Bewährungshilfe ist in diesem dichten Behandlungsnetzwerk ebenso wie die Führungsaufsichtsstelle marginalisiert. In den 50er und 60er Jahren des 20. Jahrhunderts hat sich die Große Strafrechtsreformkommission – diese Unterschiede vor Augen und teilweise antizipierend – die Frage gestellt, ob aussetzungsbedingte Führungsaufsichten einerseits und vollverbüßungs- oder erledigungsbedingte Führungsaufsichten andererseits überhaupt unter dasselbe gesetzliche Regime fallen sollten oder nicht. Die Frage hat der Gesetzgeber grundsätzlich bejaht und dem Richter ein weites Ausgestaltungsermessen eingeräumt. Dieses Ausgestaltungsermessen endet jedoch bei der Frage, welche Akteure an der Führungsaufsicht zu beteiligen sind. Anders als in § 56 d Abs. 1 und 2 StGB ist die Beteiligung der Bewährungshilfe im Recht der Führungsaufsicht obligatorisch.

Die Frage, ob die Bewährungshilfe in jedem Fall oder nicht nur bei Bedarf an der Führungsaufsicht beteiligt werden sollte, stellt sich zurecht. Zu bedenken ist freilich, dass es gerade die wenig betreuungsintensiven aussetzungsbedingten Führungsaufsichten sind, die der Bewährungshilfe mit ihrer hohen Fallbelastung Freiräume schaffen, um andere Führungsaufsichten intensiver bearbeiten zu können.<sup>45</sup>

#### c) Änderungen im Bereich der Weisungen des § 68 b StGB

Der 2007 und 2013 ergänzte § 68 b Abs. 1 und 2 StGB stellt insbesondere auch im abschließenden Katalog strafbewehrter Weisungen umfangreiche führungsaufsichtrechtliche Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung. Die Praxis empfindet diese Möglichkeiten grundsätzlich als ausreichend.<sup>46</sup>

#### aa) Streichung des § 68 b Abs. 1 S. 1 Nr. 9 StGB

Systematisch lassen sich Besserungs- und Sicherungsweisungen voneinander trennen. Sicherungsweisungen sollen unmittelbar vor der Verwirklichung von Kriminalitätsgefahren schützen. Besserungsweisungen sehen Betreuungs- und Behandlungsmaßnahmen vor. Da Besserungsweisungen die Mitwirkungsbereitschaft des Probanden voraussetzen, ist ihre Strafbewehrung unzulässig.<sup>47</sup> Ein strafbewehrter Zwang, Hilfsangebote anzunehmen, ist ungeeignet und muss daher aus verfassungsrechtlichen Gründen ausscheiden.<sup>48</sup> Der Gesetzgeber macht dies anhand der Unterscheidung der strafbewehrten Vorstellungsweisung (§ 68 b Abs. 1 S. 1 Nr. 11 StGB) von der nicht strafbewehrten Therapieweisung des § 68 b Abs. 2 S. 2 StGB exemplarisch deutlich: Die Vorstellungsweisung dient unmittelbar Sicherungszwecken, nämlich der

<sup>40</sup> Baur, S. 283 ff. (Fn. 2).

<sup>41</sup> BT-Drs. 16/1993, S. 29.

<sup>42</sup> Baur, S. 287 (Fn. 2).

<sup>43</sup> Klarstellend u.a. OLG Zweibrücken, NStZ 2002, 279.

<sup>44</sup> Nach BVerwGE 82, 243 handelt es sich bei einer Vorführung aber nicht um eine Freiheitsentziehung, die dem Richtervorbehalt unterliegt.

<sup>45</sup> Baur, S. 148 (Fn. 2).

<sup>46</sup> Baur, S. 449 f. (Fn. 2).

<sup>47</sup> Baur, S. 331 (Fn. 2).

<sup>48</sup> Baur, S. 331 (Fn. 2).

fachkundigen Überwachung des Probanden und soll dazu dienen, krisenhafte Entwicklungen frühzeitig zu erkennen.<sup>49</sup> Eine Verpflichtung des Probanden, Therapieangebote tatsächlich anzunehmen, ist mit der Weisung nicht verbunden.<sup>50</sup> Die nicht strafbewehrte Therapieweisung schreibt hingegen die tatsächliche Durchführung therapeutischer Maßnahmen vor und dient Besserungszwecken.

Die systematische Verortung der in der Rechtspraxis häufig schematisch erteilten Weisung nach § 68 b Abs. 1 S. 1 Nr. 9 StGB bereitet Schwierigkeiten. Die Weisung soll auf die Erwerbslosigkeit als kriminogenem Faktor reagieren. Die Weisung dient dabei nicht unmittelbar der Sicherung vor Kriminalitätsgefahren, sondern soll die Resozialisierung des Probanden durch die Aufnahme geregelter Arbeit fördern.<sup>51</sup> Die Weisung verpflichtet hierfür zur Inanspruchnahme eines führungsaufsichtsexternen Betreuungsangebots der Agentur für Arbeit. Sie entpuppt sich damit als strafbewehrte Besserungsweisung. In der Praxis lässt sich die Einhaltung der Weisung mangels Einbindung der Agenturen für Arbeit in die Strukturen der Führungsaufsicht kaum kontrollieren. Die Weisung muss daher als strafbewehrte Betreuungsweisung verfassungsrechtlich auf Bedenken stoßen<sup>52</sup> und ist wegen eines Kontrolldefizits in der Praxis ungeeignet. Ihre ersatzlose Streichung ist daher zu empfehlen – zumal Weisungen mit Bezug auf Ausbildung und Arbeit ausdrücklich in § 68 b Abs. 2 S. 1 StGB genannt sind.

#### bb) Regelung zur Kostentragung

Aus dem Veranlasserprinzip folgert der Gesetzgeber und die Rechtsprechung, dass grundsätzlich der Proband selbst die Kosten für die Umsetzung von Weisungen zu tragen hat.<sup>53</sup> Seit der Einführung der Weisungsmöglichkeiten nach § 68 b Abs. 1 S. 1 Nr. 10 (Suchtmittelkontrollweisung), Nr. 11 StGB und § 68 b Abs. 2 S. 2 StGB haben kostenrechtliche Entscheidungen stark zugenommen. Streitgegenstand sind neben den Kosten für die Kontroll- und Behandlungsmaßnahmen selbst, vor allem anfallende Reisekosten des Probanden.<sup>54</sup> Die Praxis sieht von der Auferlegung der Kosten aufgrund der finanziellen Situation der Probanden häufig ab.<sup>55</sup> Begrüßenswert wäre eine gesetzliche Regelung zur Kostentragung in Anlehnung an § 179 a Abs. 2 des österreichischen Strafvollzugsgesetzes. Es läge dann in der Hand des weisungserteilenden Gerichts, über die Kostentragung im Einzelfall zu entscheiden. Maßgeblich für die Entscheidung über die Kostentragung müsste es sein, ob durch die Verpflichtung zur Zahlung der Behandlungskosten i. S. des § 179 a Abs. 2 ÖStVollzG das „Fortkommen“ des Probanden erschwert würde oder mit anderen Worten die Kostentragung den Zwecken der Führungsaufsicht zuwiderliefe. Bei Sicherungswisungen, die im Interesse der Allgemeinheit erteilt werden, müsste dabei – dem Veranlasserprinzip zum Trotz – aus Verhältnismäßigkeitsgründen wohl ein re-

striktiverer Maßstab angelegt werden. Auch nach geltender Rechtslage dürfen jedenfalls ungeklärte Fragen zur Kostentragung der Erteilung von Weisungen, die eine Maßregelauflösung zur Bewährung ermöglichen würden, nicht entgegenstehen.<sup>56</sup>

#### d) Neuregelung zur Dauer der Führungsaufsicht

Probleme zeigen sich in der Praxis beim Umgang mit den gesetzlichen Regelungen zur Führungsaufsichtsdauer. Anders als bei der Bewährungsaufsicht, für die § 56 a Abs. 1 S. 1 StGB aus schuldstrafrechtlichen Gründen die Festsetzung einer bestimmten Bewährungsaufsichtsdauer verlangt, ist die Führungsaufsicht als Maßregel zunächst von unbestimmter Dauer. § 68 c Abs. 1 StGB bestimmt nur eine gesetzliche Mindest- und Höchstdauer. Die Höchstdauer gilt immer dann, wenn das Gericht diese nicht bereits von Anbeginn an oder nachträglich nach § 68 d Abs. 1 StGB verkürzt. Die vielfach in Führungsaufsichtsbeschlüssen zu lesende Formel „Die Dauer der Führungsaufsicht wird auf fünf Jahre festgesetzt“ ist *contra legem* und zeugt von einem bewährungsanalogen, aber gerade nicht maßregelrechtlichen Grundverständnis der Führungsaufsicht.

Führungsaufsichtsdauern von weniger als fünf Jahren sind selten.<sup>57</sup> Wenn eine Führungsaufsicht weniger als fünf Jahre dauert, dann vor allem, wenn die fünfjährige Höchstdauer schon im anfänglichen Führungsaufsichtsbeschluss verkürzt worden ist. Zu Nachtragsentscheidungen ringen sich Gerichte nur in Ausnahmefällen durch.<sup>58</sup> Wenn es zu einer Nachtragsentscheidung nach § 68 d Abs. 1 StGB kommt, besteht diese meistens in einer zeitigen Verlängerung der Führungsaufsicht.<sup>59</sup> Führungsaufsichten enden damit in aller Regel mit dem Ablauf der Höchstfrist. Das widerspricht der Konzeption der Führungsaufsicht durch den Gesetzgeber. Dieser ging davon aus, dass jedenfalls nach Ablauf der zweijährigen Mindestdauer die Führungsaufsichtsakteure fortlaufend prüfen, ob die Führungsaufsicht nicht aufgehoben werden kann. § 68 e Abs. 2 StGB sollte vor diesem Hintergrund der häufigste Grund sein, weshalb die Führungsaufsicht als Maßregel von unbestimmter Dauer endet. Die Gerichte scheinen mit der Vorschrift jedoch ihre Schwierigkeiten zu haben.

Das mag unter anderem damit zusammenhängen, dass man Führungsaufsichtsprobanden nicht ohne Not explizit eine positive Legalprognose stellen möchte. Eine Vermeidungsstrategie, die sich in der Praxis häufig beobachten lässt, ist es, die Führungsaufsicht zwar nicht nach § 68 e Abs. 2 StGB aufzuheben, sondern faktisch ausschleichen zu lassen und die Belastungen des Probanden durch die Führungsaufsicht zu minimieren: Weisungen werden aufgehoben oder schlicht nicht mehr umgesetzt und kontrolliert. Hin und wieder ist auch zu beobachten, dass anstelle

<sup>49</sup> Baur, S. 310 f. (Fn. 2.); kritisch hierzu: Pollähne, KritV 2007, 386 (410).

<sup>50</sup> BT-Drs. 16/1993, S. 19 f.

<sup>51</sup> Stree-Kinzig, in: Schönke/Schröder, § 68 b Rn. 14.

<sup>52</sup> Baur, S. 337 (Fn. 2).

<sup>53</sup> BT-Drs. 16/1993, S. 19; 368 ff. m.w.N.

<sup>54</sup> Vgl. u.a. OLG Brandenburg, Beschl. v. 11.4.2011 – Az. 1 Ws 53/11.

<sup>55</sup> Baur, S. 373 (Fn. 2).

<sup>56</sup> Vgl. dazu aber OLG Dresden, Beschl. v. 2.11.2011 – Az. 2 Ws 433/11.

<sup>57</sup> Baur, S. 533 (Fn. 2).

<sup>58</sup> Baur, S. 534 f. (Fn. 2).

<sup>59</sup> Baur, S. 534 f. (Fn. 2).

des § 68 e Abs. 2 StGB die Höchstfrist im Rahmen einer Nachtragsentscheidung nach § 68 d Abs. 1 StGB verkürzt wird und die Führungsaufsicht dann durch den vorgezogenen Fristablauf *eo ipso* endet.

Mit Blick auf die Dauer der Führungsaufsicht gilt es die argumentativen Gewichte zu verschieben. Eine Dauer von fünf Jahren ohne zuverlässige Möglichkeit der vorherigen Aufhebung der Führungsaufsicht ist nicht nur aus rechtsstaatlichen Gründen bedenklich, sondern bindet auch Ressourcen. Eine Reform der teilweise unübersichtlichen Regelungen der §§ 68 c und 68 e StGB – zur Vermeidung überflüssiger Belastungen der Probanden und aus justizökonomischen Gründen – erscheint daher sinnvoll. Vorzugswürdig ist ein Modell, wonach die Führungsaufsicht grundsätzlich drei Jahre dauert. Die Rechtspraxis zeigt, dass in einem solchen Dreijahreszeitraum recht zuverlässig abgeschätzt werden kann, wie der Proband sich entwickelt. Sollte diese Entwicklung nicht hinreichend positiv sein, wäre vor Ablauf der dreijährigen Regelfrist über die Verlängerung der Führungsaufsicht zu entscheiden.

Der Unterschied zur geltenden Rechtslage bestünde darin, dass das Ende der Führungsaufsicht der Regelfall wäre und die Verlängerung um weitere zwei Jahre zum begründungsbedürftigen Ausnahmefall würde.

Nach Ablauf einer fünfjährigen Dauer wäre bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, wie sie heute schon in § 68 c Abs. 2 und 3 StGB geregelt sind, an eine Entfristung zu denken. Um die künftige Regelung nicht eingriffsin intensiver als die bisherige zu machen, müsste gewährleistet werden, dass nach einer Mindestdauer von zwei Jahren die Aufhebung der Führungsaufsicht ausnahmsweise möglich ist. Dass ein Straftäter, der die Eingangsvoraussetzungen der Führungsaufsicht erfüllt, sich wenigstens zwei Jahre lang zurückhaltend beaufsichtigen lassen muss, ist auch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gut zu rechtfertigen.

### III. Ausblick

Die Führungsaufsicht ist nach der lange geplanten und ausgewogenen Reform 2007 gut aufgestellt. Verbesserungsbedarf *de lege ferenda* zeigt sich in Randbereichen. Eine effektive Ausgestaltung und sachgerechte Umsetzung der Führungsaufsicht lassen sich schon unter der geltenden Rechtslage gut verwirklichen. Das setzt jedoch einen politischen Gestaltungswillen der Landesjustizverwaltungen voraus, an dem es bislang leider noch in vielen Ländern mangelt.

## STELLUNGNAHMEN ZU GESETZENTWÜRFEN

## Die geplanten Änderungen der §§ 177, 179 StGB – ein kritischer Blick

von Prof. Dr. Tatjana Hörnle\*

*Abstract:*

Der Beitrag analysiert den Gesetzentwurf der Bundesregierung, mit dem vor allem durch eine Erweiterung von § 179 StGB der Schutz sexueller Selbstbestimmung verbessert werden soll. Angestrebt wird eine kleine Lösung, die bestimmte „besondere Umstände“ (Überraschungseffekte, Ausnutzung von Furcht des Opfers) erfassen soll. Im Vergleich zur jetzigen Rechtslage wäre dies zwar eine Verbesserung. Der Entwurf beabsichtigt aber nicht eine grundlegende Änderung im Sinne einer Orientierung an Merkmalen wie „gegen den erklärten Willen“ oder „ohne Einverständnis“ des Opfers. Die Verfasserin befürwortet eine größer angelegte Revision hin zu einem Sexualstrafrecht, das nicht mehr von einer Widerstandsobliegenheit des Opfers ausgeht, die nur unter besonderen Umständen aufgehoben wird. Es sollte für die Strafbarkeit ausreichen, dass das Opfer seinen entgegenstehenden Willen erklärt hat. Da auf der Basis des Gesetzentwurfs immer noch Schutzlücken bestehen, wenn ein erklärtes „Nein“ des Opfers ignoriert wird, wäre eine (etwas später kommende) größere Lösung dem jetzigen punktuellen Schließen von Schutzlücken vorzuziehen.

The article analyses the government's proposal for changes in the German Penal Code in the area of sexual offenses. The draft aims for a better protection of sexual autonomy, mainly by extending Sect. 179 German Penal Code. The main change would be to penalize sexual acts under certain circumstances (taking the victim by surprise, exploiting fear of disadvantages) in addition to the traditional elements of violence and threats of violence. The proposal does not opt for offense descriptions based on lack of consent. Compared to the status quo of German law, the proposal should be considered an improvement. The author nevertheless argues for a more extensive reform of the German Penal Code. It should no longer be assumed that victims as a rule have to resist physically and are only exempt from this obligation under exceptional circumstances. Disregard for sexual autonomy, that is, disregard for a declared „no“, should suffice for criminal liability. Even if the „exceptional circumstances“ are extended according to the government's proposal, not all violations of sexual autonomy are criminal offenses. It

would be preferable to proceed with a more thorough reform rather than to hastily patch some gaps in the German Penal Code.

### I. Der Gesetzentwurf und seine Vorgeschichte

Der 13. Abschnitt des StGB (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung) wurde in den letzten Jahren vielfach erweitert, wobei dies vorwiegend die Delikte zu Lasten von Kindern und Jugendlichen betraf. Die Kernvorschrift des deutschen Sexualstrafrechts, § 177 StGB, war in der Nachkriegszeit seltener Gegenstand von Gesetzesänderungen. Zwar wurde im Jahr 1973 die Überschrift des 13. Abschnitts neu gefasst,<sup>1</sup> mit einer Formulierung, die darauf hindeutet, dass die Ratio der Normen nicht mehr dieselbe sein kann wie in wesentlich älteren Rechtsordnungen: Aus den „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ wurden „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“. Die Tatbestandsfassung von § 177 StGB entsprach allerdings weiterhin im Wesentlichen der Fassung durch das RStGB von 1871, deren Grundform wiederum bis ins Mittelalter zurückreicht.<sup>2</sup> Dies verwundert, da vorkonstitutionelle Normen insbesondere im Sexualstrafrecht überprüft werden müssten. Die zentralen verfassungsrechtlichen Leitideen (Gleichberechtigung der Geschlechter und das Recht auf Selbstbestimmung auch und gerade in den persönlichsten Lebensbereichen) stammen aus dem 20. Jahrhundert. Dass der Schutzzweck „sexuelle Selbstbestimmung“ eine Revision älteren Gedankenguts bedeutet, die sich auch in der Tatbestandsfassung niederschlagen sollte, wurde nicht erkannt. Erst im Jahr 1997 erfolgten einige, aber nur punktuelle Modernisierungen von § 177 StGB. Die Reduktion von Vergewaltigung auf „außerehelichen Beischlaf“ und die Beschränkung auf weibliche Opfer wurden aufgegeben, und als weitere Tatmodalität die Ausnutzung einer schutzlosen Lage in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB eingeführt,<sup>3</sup> ferner wurden 1998 die Qualifikationen in Abs. 3 und 4 ausgeweitet.<sup>4</sup>

In den letzten Jahren wird zunehmend eine *grundlegende Überarbeitung* gefordert, da nach geltendem Recht Verhaltensweisen nicht zu erfassen sind, die jeder unbefangene Beobachter als eindeutige Verletzung sexueller Selbstbestimmung einordnen würde. Verdienstvoll ist

\* Die Autorin ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Humboldt-Universität zu Berlin

<sup>1</sup> 4. StRG v. 23.11.1973, BGBl. I, S. 1725.

<sup>2</sup> S. zu den Wurzeln des RStGB Kratzer-Ceylan, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“. Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, S. 81 ff.

<sup>3</sup> Im 33. StrÄndG vom 1.7.1997, BGBl. I, S. 1607.

<sup>4</sup> Durch das 6. StRG vom 26.1.1998, BGBl. I, S. 164.

eine Fallsammlung, die der Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe herausgegeben hat. Sie dokumentiert Fälle, bei denen Staatsanwaltschaften und Gerichte Verfahrenseinstellungen *nicht* mit Beweisschwierigkeiten begründeten, sondern (teilweise ernsthaft bedauernd) damit, dass dieses Verhalten nach deutschem Recht nicht strafbar sei.<sup>5</sup> Ein weiterer neuer Fall (im Folgenden „Arbeitsagentur-Fall“ genannt), den der BGH im Jahr 2015 entschieden hat, verdeutlicht die Schutzlücken und Inkonsistenzen im StGB. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte war Angestellter der Bundesagentur für Arbeit und als Fallmanager im Bereich Stellenvermittlung tätig. Er betreute u.a. die 27-jährige Frau W., die im Urteil als „sehr sensibel und wenig durchsetzungsfähig“ beschrieben wird. Bei einem Termin in seinem Büro fragte er sie, ob sie einen Freund habe, machte ihr Komplimente und forderte sie auf: „Komm, lass uns küssen.“ In der Hoffnung, dann gehen zu können, wehrte sich die Nebenklägerin nicht, als er ihr einen Zungenkuss gab. Der Angeklagte fragte nun aber, „ob sie es ihm mit dem Mund machen würde“. Obwohl die Nebenklägerin die Frage verneinte, entblößte er sein erigiertes Geschlechtsteil und führte es ihr, ohne dass sie Widerstand leistete, in den Mund ein. Er machte eine oder mehrere Vor- und Rückbewegungen, kam aber nicht zum Samenerguss. Der Angeklagte zog nach kurzer Zeit seinen Penis aus dem Mund der Nebenklägerin, stellte sich neben sie und befriedigte sich selbst.<sup>6</sup>

Das LG Siegen sprach frei. Der Oralverkehr sei nicht nach § 177 StGB zu bestrafen, weil der Angeklagte weder Gewalt angewendet oder mit Gefahr für Leib oder Leben gedroht noch sich die Nebenklägerin in einer schutzlosen Lage befunden habe (vermutlich hielten sich andere Angestellte nebenan auf). Der 4. Strafsenat des BGH hat das Urteil aufgehoben – aber nicht deshalb, weil eine sexuelle Nötigung verneint wurde. Beide Instanzen bestätigten: Sexualkontakt trotz erklärtem „Nein“ ist nicht strafbar! Der 4.

Strafsenat monierte, dass die Selbstbefriedigung in Anwesenheit von Frau W. nicht als exhibitionistische Handlung (§ 183 StGB) eingeordnet worden war. Diese Urteile zeigen, dass das deutsche Recht sexuelle Selbstbestimmung nicht in konsistenter Weise schützt. Sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt vor einem damit nicht einverständenen Zuschauer wiegen im Unrecht weniger schwer als ein unerwünschter sexueller Übergriff mit Körperkontakt wie Oralverkehr. Die Strafbarkeit verhält sich jedoch paradoxerweise umgekehrt zur Strafwürdigkeit: Die im Vergleich harmlosere exhibitionistische Handlung wird bestraft; erlaubt ist es dagegen, einer anderen Person trotz deren erklärtem „Nein“ den Penis in den Mund zu stecken.

In manchen Ländern hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass ein auf sexuelle Selbstbestimmung ausgerichtetes Strafrecht andere Verbotsnormen enthalten muss als das historisch gewachsene Recht. In England wurde mit dem Sexual Offences Act 2003 das Sexualstrafrecht grundlegend reformiert. Die Tatbestände mit den Überschriften „rape; assault by penetration; sexual assault“ sehen als zentrale Voraussetzung „ohne Einverständnis“ vor („does not consent“).<sup>7</sup> Eine entsprechende Änderung des American Model Penal Code ist in Arbeit.<sup>8</sup> In Anlehnung an diese modernen Konzepte verlangt Art. 36 Abs. 1 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention),<sup>9</sup> dass die Vertragspartner alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe stellen. Das österreichische Strafgesetzbuch enthält seit diesem Jahr unter der Überschrift „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“ einen Tatbestand (§ 205a öStGB),<sup>10</sup> der auf Handeln „gegen den Willen“ abstellt. Auch in Deutschland mehrten sich die Stimmen aus den Frauenverbänden und der Strafrechtswissenschaft, die eine Gesetzesänderung fordern.<sup>11</sup>

Die Bundesregierung geht mittlerweile ebenfalls davon aus, dass § 177 StGB unzureichend ist. Der „Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches –

<sup>5</sup> Grieger u.a., „Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar“. Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener, hrsg. vom Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff), 2014.

<sup>6</sup> BGH, NSTZ 2015, 337.

<sup>7</sup> Sect. 1-3 Sexual Offences Act, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>.

<sup>8</sup> S. die Homepage des American Law Institute: <https://www.ali.org/projects/show/sexual-assault-and-related-offenses/>.

<sup>9</sup> Article 36 – Sexual violence, including rape  
1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:  
a) engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;  
b) engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;  
c) causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.

<sup>10</sup> § 205a öStGB: (1) Wer mit einer Person gegen deren Willen, unter Ausnutzung einer Zwangslage oder nach vorangegangener Einschüchterung den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.  
(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer eine Person auf die im Abs. 1 beschriebene Weise zur Vornahme oder Duldung des Beischlafs oder einer dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlung mit einer anderen Person oder, um sich oder einen Dritten geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, dazu veranlasst, eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung unfreiwillig an sich selbst vorzunehmen.

<sup>11</sup> S. Rabe/von Normann, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, hrsg. v. Dt. Institut für Menschenrechte, 2014; Pisal/Freudenberg, Stellungnahmen zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts [...] v. 9.5.2014; Stellungnahme zum Entwurf eines [...] Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches v. 25.7.2014, hrsg. v. Deutschen Juristinnenbund (djb); Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, hrsg. v. Dt. Institut für Menschenrechte, 2015; dies., ZIS 2015, 206 ff.; dies., GA 2015, 313 ff.

Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ soll diese Schutzlücken schließen.<sup>12</sup> Die ausführliche Begründung identifiziert Gründe, die zur Folge haben, dass nach geltendem Recht sexuelle Selbstbestimmung nur punktuell geschützt wird. Sie führt eine beeindruckende Vielzahl an Entscheidungen des *BGH* an, in denen eine Verletzung sexueller Selbstbestimmung straffrei blieb.<sup>13</sup>

Als Schwachstellen des § 177 StGB in der Auslegung durch den *BGH* benennt die Entwurfsbegründung:

1. Das Dogma, dass ein „Finalzusammenhang“ erforderlich sei, schließt Fälle aus, in denen sich Täter nach Gewaltanwendung oder Bedrohung zu sexuellen Handlungen entschließen.
2. § 177 StGB erfasst nur Drohungen mit Körperverletzung und Tötung, nicht die Furcht vor anderen Nachteilen.
3. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfordert nach h.M. eine objektiv schutzlose Lage; die Einschätzung des Opfers, schutzlos zu sein, genügt nicht.
4. Das Ausnutzen eines Überraschungsmoments ist (mangels Nötigung) nicht unter § 177 StGB (oder eine andere Norm des 13. Abschnitts) zu subsumieren.<sup>14</sup>

Der Entwurf zielt darauf, solche bislang straffrei bleibenden Konstellationen zu erfassen. Er orientiert sich nicht an den Vorschlägen, die einen neuen Grundtatbestand fordern, dessen zentrales Merkmal „ohne Einverständnis“, „gegen den Willen“ oder „gegen den erklärten Willen“ lauten würde. Eine grundlegende Neuregelung oder *große Lösung* ist *nicht* vorgesehen, sondern eine *kleine Lösung*, die das geltende Recht ergänzt.<sup>15</sup>

Es mag auf den ersten Blick überraschen, dass nach der ausführlichen und kritischen Analyse der Schwachpunkte von § 177 StGB der Entwurf nicht vorschlägt, *diese* Vorschrift auszuweiten. Im Gegenteil: § 177 StGB soll auf die alte Gestaltung vor dem Jahr 1997 zurückgeführt werden, d.h. auf den traditionellen Kern der sexuellen Nötigung (Nötigung mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben) reduziert werden. Auf den zweiten Blick ist aber nachvollziehbar, warum der Anwendungsbereich von § 177 Abs. 1 StGB eng gehalten werden soll: Der Grund liegt im vergleichsweise hohen Strafraumen (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis 15 Jahre, Verbrechen i.S.v. § 12 Abs. 1 StGB). Ein über die massiv nötigen Modalitäten in § 177 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB hinausreichender Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung erfordert einen abgesenkten Strafraumen.<sup>16</sup> Ein

neuer Tatbestand, der nicht mehr auf sexuelle Nötigung beschränkt ist, *könnte* durch eine weitere Differenzierung *innerhalb* des § 177 StGB geschaffen werden (Hinzufügung eines neuen Absatz 1 mit Verschiebung der bestehenden Absätze).<sup>17</sup> Dem Gesetzentwurf liegt allerdings eine andere Idee zugrunde, nämlich § 177 StGB für besonders massive Sexualdelikte zu reservieren und im Übrigen auf § 179 StGB auszuweichen und diese Norm auszubauen. Das ist (verglichen mit einem „Alles-in-§ 177 StGB“-Ansatz) einfacher und übersichtlicher. Demgemäß schlägt der Gesetzentwurf vor, den Anwendungsbereich von § 179 StGB zu vergrößern. Der bisherige Zuschnitt auf Krankheit oder Behinderung würde aufgegeben.

Der breitere Anwendungsbereich kommt in der Überschrift zum Ausdruck: „Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung besonderer Umstände“. Der Vorschlag für eine Neufassung von § 179 Abs. 1 StGB-GesE lautet:

„Wer unter Ausnutzung einer Lage, in der eine andere Person

1. aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands zum Widerstand unfähig ist,
2. aufgrund der überraschenden Begehung der Tat zum Widerstand unfähig ist oder
3. im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet,

sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von dieser Person vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Nummern 2 und 3 mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.“

Außerdem schlägt der Entwurf vor, zum jetzigen unbenannten besonders schweren Fall in § 179 Abs. 3 StGB (Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr) zwei Regelfälle zu benennen, nämlich wenn der Täter eine Lage ausnutzt, in der das Opfer einer Gewalteinwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, oder wenn die Widerstandsunfähigkeit nach Absatz 1 Nummer 1 auf einer Behinderung des Opfers beruht. Eine weitere Strafraumenänderung ist für die minder schweren Fälle der Qualifikationstatbestände nach Absatz 5 vorgesehen: Für bestimmte Konstellationen soll der Mindestrahmen gesenkt werden (was in sich stimmig ist, da auch für manche minder schweren Fälle nach Absatz 1 der Strafraumen etwas niedriger ausfallen soll als im geltenden Recht).

Schließlich soll in § 240 Abs. 4 S. 2 StGB, der Auflistung

<sup>12</sup> [http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_SchutzSexuelleSelbstbestimmung.html?nn=6712350](http://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_SchutzSexuelleSelbstbestimmung.html?nn=6712350). Der Entwurf entspricht inhaltlich weitgehend dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, der im Jahr 2015 erstellt wurde.

<sup>13</sup> GesE (Fn. 12), S. 8-11.

<sup>14</sup> GesE (Fn. 12), S. 11.

<sup>15</sup> Auch in der Literatur wird eine solche „kleine Lösung“, d.h. eine punktuelle Erweiterung, gefordert, s. *Isfen*, ZIS 2015, 217 (231 f.), der auf den Vorschlag Bezug nimmt, den *Jörg Eisele* in einer Anhörung des Rechtsausschusses gemacht hat: *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages: Art. 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen (BT-Drs. 18/1969), S. 11-13, zu finden unter <https://www.bundestag.de/blob/357194/a75ae34f805c0734d3e40b030f4c7b20/eisele-data>.

<sup>16</sup> *Hörnle*, GA 2015, 313 (315).

<sup>17</sup> So mein Vorschlag, *Hörnle*, GA 2015, 313 (315).

von Regelbeispielen für den besonders schweren Fall einer Nötigung, die Nummer 1 gestrichen werden („eine andere Person zu einer sexuellen Handlung nötigt“). Bei einer Einführung von § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE („im Falle ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet“) würde § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB überflüssig. Die bislang nur mit § 240 StGB zu erfassenden Nötigungen durch Drohung mit einem empfindlichen Übel (unterhalb der Schwelle von § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB) fallen dann unter § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE. Es erledigt sich damit auch die für § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB auftretende Auslegungsfrage, ob nur die aktive Vornahme von Handlungen durch das Opfer erfasst wird<sup>18</sup> (was der Wortlaut nahelegt) – § 179 Abs. 1 StGB-GesE schließt explizit sowohl aktives Tun als auch passives Dulden seitens des Opfers ein.

## II. Positive Aspekte des Gesetzentwurfs

*Verglichen mit dem geltenden Recht*, bedeutet der Gesetzentwurf eine *Verbesserung*. Erstens verzichtet § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-GesE auf die Begriffe „Krankheit und Behinderung“. Der Zuschnitt des jetzigen § 179 StGB wird in Kombination mit dem Strafraumen, der niedriger ist als der in § 177 Abs. 1 StGB, teilweise als benachteiligende Sonderbehandlung behinderter und kranker Personen interpretiert.<sup>19</sup> Das ist zwar der Sache nach keine zwingende Kritik, da § 179 StGB nicht mit § 177 StGB zu vergleichen ist: Bei § 177 StGB wird beidseitig einverständlicher Sex nicht erfasst, während es § 179 StGB zulässt, unter bestimmten Umständen faktisch konsentierten Sexualkontakt mit einer geistig schwer behinderten Person zu bestrafen (s. zu diesem Problem unten IV. 2.). Aber es ist eine elegantere Lösung, dass schon der *Eindruck* einer Sonderbehandlung für behinderte und erkrankte Personen vermieden werden kann.

Zweitens ist positiv hervorzuheben, dass § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-GesE die überraschende Begehung eines Sexualdelikts erfasst. Es gibt unterschiedliche Konstellationen, in denen Täter mit dem Modus „Überrumpelung durch schnellen Zugriff“ vorgehen. Dabei kann es sich um den Übergriff eines Fremden handeln, etwa in öffentlichen Verkehrsmitteln oder sonst im öffentlichen Raum, aber auch um einen überraschenden sexuellen Übergriff innerhalb eines sozialen Kontakts voneinander (flüchtig) bekannten Personen, wenn das Opfer abgelenkt ist, etwa dem Täter den Rücken zuwendet.<sup>20</sup> Unter solchen Umständen kann eine erhebliche sexuelle Handlung vollendet sein, ohne dass die verblüffte und erschrockene Person genügend Zeit hatte, das Unerwartete bewusst zu registrieren und darauf zu reagieren. Nach § 177 StGB sind solche Fälle oft nicht zu erfassen. Schutzlose Lage i.S.v. § 177

Abs. 1 Nr. 3 StGB wird von der Rechtsprechung so interpretiert, dass das Opfer Angst vor einer erheblichen Körperverletzung oder Tötung gehabt haben muss und *deshalb* auf Widerstand verzichtete<sup>21</sup> – in den Überrumpelungsfällen macht es der schnelle Zugriff unnötig, Angst auszunutzen. In Konstellationen dieser Art liegt offensichtlich eine Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung vor, deren Straffreiheit nach geltendem Recht nicht rational zu rechtfertigen ist.

Drittens schließt die subjektive Fassung („ein empfindliches Übel befürchtet“) in § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE eine Reihe weiterer Schutzlücken, die nach geltendem Recht in der Interpretation durch den *BGH* bestehen. Bei vielen Sexualdelikten ist der Täter kein Fremder, sondern ein Bekannter, Angehöriger oder Lebenspartner des Opfers, wobei diese Beziehungen oft durch wiederholte Gewalttätigkeiten geprägt sind. Bei einem etablierten „Klima der Gewalt“, d.h. wenn alle Beteiligten wissen, dass der Täter seine Launen und Bedürfnisse gewaltsam durchzusetzen pflegt, bedarf es keiner expliziten Drohung mehr, die unter § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu fassen wäre. Vorstellbar ist in solchen Kontexten zwar, dass konkludent gedroht wird – die Rechtsprechung ist aber mit der Annahme einer konkludenten Drohung sehr zurückhaltend, wenn sich das Opfer über längere Zeit passiv-dulden verhalten hat.<sup>22</sup> Eine weitere Einengung der Strafbarkeit nach § 177 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB ergibt sich aus dem Umstand, dass die Rechtsprechung (unnötigerweise)<sup>23</sup> das Dogma vom Finalzusammenhang begründet hat und Fälle aussondert, in denen das Opfer durch gewalttätiges Verhalten eingeschüchtert war, was der Täter auch wusste, ohne dass er aber bereits bei der Gewaltanwendung die spätere sexuelle Handlung geplant hatte.<sup>24</sup> Nach der vorgeschlagenen Änderung wären diese Konstellationen von § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE erfasst – ein wichtiger Punkt, da die Lehre vom Finalzusammenhang verkennt, dass Gewalttäter oft nicht geplant-zweckrational, sondern impulsiv agieren und erst danach ebenfalls spontan beschließen, das eingeschüchterte Opfer zur Befriedigung sexueller Bedürfnisse zu benutzen. Schließlich ist der Begründung des Gesetzentwurfs in der Beurteilung zuzustimmen, dass § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB die mit der Einführung verbundenen Erwartungen nicht erfüllt hat. Das liegt zum einen an der Rechtsprechung des *BGH*, die die Anforderungen an eine „schutzlose Lage“ zu hoch ansetzt (etwa mit unrealistischen Annahmen dazu, dass Fremde in Rufweite jederzeit helfend herbeieilen würden).<sup>25</sup> Zum anderen legt schon das Gesetz nahe, dass eine schutzlose Lage nicht nur in der subjektiven Einschätzung des Opfers, sondern objektiv bestehen muss: Dies ergibt sich aus dem hohen Strafraumen und der Parallele zur Drohung (die ebenfalls tatsächlich vorliegen muss).<sup>26</sup>

<sup>18</sup> S. dazu *Fischer*, StGB, 63. Aufl. (2016), § 240 Rn. 59; *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 240 Rn. 38.

<sup>19</sup> *Reichenbach*, GA 2003, 557 ff.; *Zinsmeister*, in: dies. (Hrsg.), Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht, 2003, S. 23 (25).

<sup>20</sup> S. für einen solchen Fall z.B. *BGH*, NStZ 2012, 268.

<sup>21</sup> BGHSt 44, 228 (230); 45, 253 (259 f.); 50, 359 (365); 51, 280 (284).

<sup>22</sup> S. z.B. *BGH*, NStZ 2015, 211.

<sup>23</sup> *Hörnle*, in: FS Puppe, 2011, S. 1143 ff.

<sup>24</sup> S. z.B. *BGH*, NStZ 2013, 279.

<sup>25</sup> *BGH*, NStZ 2005, 380; NStZ 2003, 424 (425).

<sup>26</sup> S. zum Streit um die Anforderungen an eine schutzlose Lage einerseits *Renzikowski*, in: MüKo StGB, 3. Bd., 2. Aufl. (2012), § 177 Rn. 44; *Wolters*, in: SK-StGB, 135. Lfg. (August 2012), § 177 Rn. 13b; *Gerhold*, JR 2016, 122 ff.; andererseits (wie hier) *Hörnle*, in: LK-StGB, Bd. 6, 12. Aufl. (2010), § 177 Rn. 104; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 177 Rn. 9.

Viertens ist es schließlich stimmig, die bislang nur als einfache Nötigung in einem besonders schweren Fall (§ 240 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB) erfassbaren Verletzungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung in den 13. Abschnitt einzugliedern.

### III. Der Hauptkritikpunkt: Der Konstruktionsfehler in den §§ 177, 179 StGB bleibt bestehen

Der Gesetzentwurf weist wie das geltende Recht einen Konstruktionsfehler auf: Auch er basiert auf dem Paradigma, dass *eigentlich* ein sexueller Übergriff nur dann strafwürdig sei, wenn das Opfer gegen die Vornahme der sexuellen Handlung Widerstand geleistet habe – wobei aber bei bestimmten Tatmodalitäten die Obliegenheit, Widerstand zu leisten, nicht bestehe. Mittlerweile ist die Liste der Ausnahmen von der Widerstandsregel so gewachsen, dass vielen (auch Juristen) der Grundgedanke nicht mehr klar bewusst ist. Er ist aber sowohl in der historischen Entwicklung als auch im Wortlaut von § 179 StGB und § 179 StGB-GesE zu erkennen.

Die historische Entwicklung des deutschen Sexualstrafrechts kann als kontinuierliche Ausweitung der Ausnahmen von einer Widerstandsobligenheit beschrieben werden. Der mittelalterliche Kern des Vergewaltigungsparagraphen erforderte Gewaltanwendung.<sup>27</sup> Offensichtlich ist überwältigende Gewalt ein Umstand, der die Obliegenheit, Widerstand zu leisten, aufheben muss – Obliegenheiten enden im Falle der faktischen Unmöglichkeit. Im RStGB v. 1871 wurden die Kernumstände des heutigen § 179 StGB (Bewusstlosigkeit, Geisteskrankheit, Willenlosigkeit, s. § 176 Abs. 1 Nr. 2 RStGB) als Gründe anerkannt, welche die Widerstandsobligenheit negieren. Außerdem hatte sich bis zur Formulierung des § 177 im RStGB die Einsicht durchgesetzt, dass die Bedrohung von Leib oder Leben Widerstand unzumutbar macht. Schließlich wurde Passivität des Opfers in bestimmten institutionellen Kontexten wie Gefangenschaft (s. § 174 Abs. 1 Nr. 2, 3 RStGB, nunmehr §§ 174 a – 174 c StGB) und ab 1997 in schutzlosen Lagen akzeptiert. Die dem geltenden Recht zugrundeliegende Regel-Ausnahme-Struktur zeigt sich im Wortlaut des § 179 StGB deutlich. Das Tatbestandsmerkmal „zum Widerstand unfähig“ bezeichnet die Ausnahme von einer Regel. Einen Paradigmenwechsel strebt der vorliegende Gesetzentwurf nicht an. Vielmehr liegt auch diesem die Logik zugrunde, dass Widerstand eigentlich erforderlich sei, aber dass diese Obliegenheit unter Umständen entfällt, die Widerstand unmöglich (§ 179 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB-GesE) oder unzumutbar machen (§ 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE).

Zu kritisieren ist, dass der Gesetzentwurf die Tradition

fortsetzt, die Ausnahmen von der Widerstandsobligenheit zu erweitern, ohne aber diese Obliegenheit auf den Prüfstand zu stellen. Ein solches grundsätzliches Überdenken ist erforderlich. Wenn das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung geschützt wird, liegt der Kern des Unrechts in der Missachtung dieser Selbstbestimmung, d.h. in der Missachtung des dem Täter bekannten entgegenstehenden Willens.<sup>28</sup> Dass in dem oben zitierten Arbeitsagentur-Fall Frau W. dem Ansinnen des Behördenmitarbeiters ein „Nein“ entgegengesetzt hat, genügt, damit der Oralverkehr zum Unrecht wird. In dieser Wertung steckt bereits die Anerkennung einer *begrenzten Obliegenheit*, nämlich der Obliegenheit, auf entsprechende Vorschläge mit Worten oder Verhalten eindeutig zu erklären, dass die sexuelle Handlung unerwünscht ist.<sup>29</sup> Damit enden aber die für die strafrechtliche Bewertung relevanten Opferobligenheiten: Diese erstrecken sich nicht auf Widerstand oder Flucht. Es ist deshalb irrelevant, *warum* sich eine Person körperlich passiv verhalten hat. Die Suche nach Motiven wie Furcht etc. ist *unnötig*, wenn ein erklärtes „Nein“ vorliegt. Entsprechende Tatbestandsmerkmale sollten deshalb nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit des Täters sein.

Anders aber die mit dem Gesetzentwurf verfolgte kleine Lösung, die es nach wie vor als relevant ansieht, *warum* das Opfer auf Widerstand verzichtet hat. Interessanterweise ist in der Literatur eine offensive Verteidigung der Obliegenheit, gegen sexuelle Übergriffe Widerstand zu leisten, nicht zu finden. Der Grund dürfte zum einen sein, dass das Geflecht der Ausnahmen von der Widerstandsobligenheit den Blick auf die Regel verstellt, zum anderen aber auch die halbbewusste Einsicht, dass dies keine einfache Aufgabe wäre. Wenn man allerdings, wie *Thomas Fischer* in der Debatte um eine Änderung des Sexualstrafrechts, auf die fragmentarische Natur des Strafrechts<sup>30</sup> oder auf den Ultima-Ratio-Grundsatz hinweist, dann könnte dies mit Überlegungen präzisiert werden, die mit dem Stichwort „*Viktimo dogmatik*“<sup>31</sup> bezeichnet werden. Die zugrunde liegende These ist, dass ein Einsatz des Strafrechts eine überflüssige Ausdehnung von Staatsgewalt sei, soweit Straftaten durch Selbstschutz vermeidbar seien.<sup>32</sup> Im Arbeitsagentur-Fall könnte ein Verteidiger des geltenden Systems Straffreiheit für den Oralverkehr (auch nach dem Ges-E, s. dazu sogleich) damit rechtfertigen, dass das Strafrecht erst einsetzen sollte, wenn zumutbarer Selbstschutz versagt. Eine energischere Frau hätte vermutlich versucht, den ihr „Nein“ ignorierenden Sachbearbeiter von seinem weiteren Tun abzuhalten, etwa durch lautstarkes Schimpfen, Zurückstoßen oder Verlassen des Raumes.

Nicht überzeugend ist es allerdings, Erwägungen zum Selbstschutz auf das Sexualstrafrecht zu beschränken. Ein

<sup>27</sup> S. Nr. 119 in der *Constitutio Criminalis Carolina* v. 1532, dazu *Kratzer-Ceylan* (Fn. 2), S. 82 ff.; *Hörnle*, ZIS 2015, 206 (208).

<sup>28</sup> A.A. *Herzog*, KritV 2015, 18 (23 f.) der (in Verkennung dessen, was sexuelle Selbstbestimmung ausmacht) den Fokus auf den Willen der beteiligten Personen als „kontraktualistisch“ und „disziplinierend moralisch“ einordnet.

<sup>29</sup> An diesem Punkt besteht ein Unterschied zu „Nur-Ja-Heißt-Ja“-Ansätzen (s. *Herning/Ilgner*, ZRP 2016, 77 ff.), die auch in ambivalenten Situationen mangels erteilter Zustimmung von strafwürdigem Verhalten ausgehen.

<sup>30</sup> *Fischer*, ZIS 2015, 312 (312 f.).

<sup>31</sup> *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, S. 17; *Schünemann*, in: Schneider (Hrsg.), Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege, 1982, S. 407 ff.

<sup>32</sup> *Schünemann* (Fn. 31), S. 411.

beträchtlicher Teil aller Straftaten würde vermutlich verhindert, wenn sich die Opfer im Vorfeld vernünftiger verhalten hätten. Das Strafrecht sieht aber insoweit keine Selbstschutzbliedenheiten vor. Diebstahl und Betrug sind strafbar, auch wenn die Tat nur durch die günstige Gelegenheit (ein offenstehendes Fenster, naive Leichtgläubigkeit) zustande kam.<sup>33</sup> Auch bei Körperverletzungsdelikten gibt es keine Tatbestandsklauseln, die zur Folge haben, dass sich Täter nur strafbar machen, wenn für das Opfer Selbstschutz unmöglich oder unzumutbar war. Als *Minimalgehalt* einer Kritik an den Prämissen des geltenden Sexualstrafrechts ist der Vorwurf der *Inkonsistenz* zu erheben.<sup>34</sup> Wenn Vernachlässigung von Selbstschutz ein strafbarkeitseinschränkendes Kriterium sein sollte, *dann* müsste das auch für andere Delikte gelten. Außerdem gibt es *bei Sexualdelikten* (und vielen Körperverletzungsdelikten) Gründe, warum die Unterstellung einer Obliegenheit zu Widerstand oder zu Flucht besonders fragwürdig ist, wenn man nicht nur die Möglichkeit von Selbstschutz, sondern insbesondere auch den wesentlichen Aspekt der *Zumutbarkeit*<sup>35</sup> berücksichtigt. Zum einen sollte der Maßstab für das Zumutbare nicht am Ideal einer schnell, besonnen und energisch reagierenden Person ausgerichtet werden, weil die Abweichung vom Ideal in einer Situation auftritt, welche die Betroffenen besonders intensivem Stress aussetzt. Der Arbeitsagentur-Fall weist ein typisches Merkmal auf: Der Täter enttäuscht kognitive Erwartungen. Er gibt einer normalerweise asexuellen sozialen Situation plötzlich eine andere Bedeutung. Das Opfer hat sich durch die Wahrnehmung eines Termins bei einer Behörde nicht bewusst und gewollt einer riskanten Situation ausgesetzt, in der man eventuell besondere Umsicht verlangen könnte.<sup>36</sup> Unter solchen Umständen wäre es verfehlt, weniger durchsetzungsstarken oder langsamen Personen Strafrechtsschutz zu versagen. Zum anderen spricht gegen Widerstand und Flucht, dass damit die Gefahr der Selbstverletzung und die Gefahr einer Eskalation verbunden ist, weil Widerstand Aggressionen des Täters weiter schüren kann.

Die dem geltenden Recht und § 179 StGB-GesE zugrunde liegende Regel, dass Widerstand grundsätzlich erforderlich sei, sollte aufgegeben werden. An dieser Stelle ist ein Einwand zu erwarten: Überlegungen zu einem Regel-Ausnahme-Verhältnis seien überflüssig, wenn die „Ausnahmen“ gar keine mehr seien – man könnte erwägen, dass die §§ 174 ff. StGB so viele „besondere Umstände“ enthalten, dass die Regel faktisch abgeschafft sei. Wenn man allerdings den Arbeitsagentur-Fall nach der Maßgabe prüft, dass der jetzige Gesetzentwurf geltendes Recht gewesen wäre, zeigen sich die Grenzen einer kleinen Lösung.

Zu erwägen ist, ob Charaktereigenschaften wie „sehr sensibel, wenig durchsetzungsfähig“, die Frau W. zugeschrieben wurden, (oder Nervosität beim Behördengang) als „psychischer Zustand“ (§ 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-

GesE) zu berücksichtigen wären. Aus der Entwurfsbegründung ergibt sich aber, dass eine solche Auslegung *nicht* intendiert ist. Zwar sind die Ausführungen zum Merkmal „psychisch“ nicht sehr klar (dazu unten IV. 1.). Aber es wird hinreichend deutlich, dass *normal-psychologische* Zustände, die *nicht krankhaft* sind, ausgeschlossen sein sollen. Das stellt folgende Passage in der Entwurfsbegründung klar: „Nicht erfasst werden psychische Disharmonien, die den Sexualpartner Entscheidungen treffen lassen, die er unter anderen Umständen nicht getroffen hätte.“<sup>37</sup>

Wäre der Fall dann unter § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE „im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet“ zu fassen? Das hängt entscheidend davon ab, was Frau W. aussagt, wenn sie aufgefordert wird, ihre körperliche Passivität zu erklären. § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE wäre einschlägig, wenn sie angibt, befürchtet zu haben, dass als Reaktion auf Schimpfen oder Zurückschubsen der Sachbearbeiter sie in Zukunft bei der Arbeitsvermittlung oder bei finanziellen Leistungen schikanieren würde. Es ist vorstellbar, dass eine solche Aussage gemacht würde – vor allem, wenn Anzeigende nach Inkrafttreten von § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE ihre Aussage auf diese „Furcht vor einem empfindlichen Übel“-Klausel zuschneiden (irgendein drohendes Übel wird sich fast immer finden lassen, vor allem, wenn rechtskundige Berater entsprechend nachgehakt haben). Es ist aber auch damit zu rechnen, dass Frau W. und andere Personen in ähnlicher Lage bei ihrer ersten Vernehmung in aller Aufrichtigkeit nur sagen: „Ich war vollkommen perplex und schockiert über dieses unanständige Verhalten“, „Ich habe doch ‚Nein‘ gesagt“, „Ich wusste nicht, was ich tun sollte, ich war mit der Situation überfordert“, „Ich habe einfach zu spät geschaltet“ usw. Das sind stimmige Erklärungen dafür, wie solche Situationen wahrgenommen werden.<sup>38</sup> § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE geht davon aus, dass rationale Akteure schnell Situationen und Optionen bewerten, drohende Nachteile erkennen und abwägen, und solche Überlegungen folgerichtig in Handlungen umsetzen. Das ist zwar keine realitätsfremde Annahme, aber auch *kein vollständiges Modell* menschlichen Verhaltens. Menschen sind unterschiedlich. Manche denken nicht sofort an mögliche zukünftige Übel, weil affektive Reaktionen wie Gefühle der Überforderung und Hilflosigkeit im Vordergrund stehen.

Das bedeutet: Auch mit der geplanten Reform sind nicht alle Situationen erfasst, in denen eine Person ihren entgegenstehenden Willen klar zum Ausdruck gebracht hat und der Täter wissentlich ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung missachtet hat. Körperliche Passivität des Opfers kann auf besondere Umstände nach § 179 Abs. 1 StGB-GesE zurückzuführen sein, dies muss aber nicht immer der Fall sein. Es ist nicht möglich, an der Regel „eigentlich ist körperlicher Widerstand erforderlich“ festzuhalten,

<sup>33</sup> S. zum Schutz erstaunlich leichtgläubiger Opfer durch § 263 StGB *BGH*, NJW 1987, 388 (389); NJW 2003, 313 (314).

<sup>34</sup> S. dazu auch *Lembke*, KJ 2016, 3 (8).

<sup>35</sup> Dazu *Hörnle*, GA 2009, 626 (629 ff.).

<sup>36</sup> Zur Diskussion um Selbstschutz beim Betrug *Hefendehl*, in: MüKo StGB, 2. Aufl. (2014), § 263 Rn. 28.

<sup>37</sup> *GesE* (Fn. 12), S. 14.

<sup>38</sup> S. dazu auch Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff), STREIT 2016, 8 f.

diese aber durch eine gesetzliche Beschreibung „besonderer Umstände“ *vollständig* wieder verschwinden zu lassen. „Besondere Umstände“ sind zwangsläufig punktuell und lassen Schutzlücken für andere Fälle der Verletzung sexueller Selbstbestimmung.<sup>39</sup> Statt punktueller Reparaturen sollte das Sexualstrafrecht konsequent auf den Schutz sexueller Selbstbestimmung zugeschnitten werden.

#### IV. Weitere diskussionswürdige Punkte

##### 1. Was heißt „psychischer Zustand“ (§ 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-GesE)?

Wenn der Entwurf Gesetz wird, wird das Merkmal *psychischer Zustand* in § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-GesE *Auslegungsprobleme* aufwerfen.<sup>40</sup> In der Begründung heißt es: „Das Wort ‚psychisch‘ stellt klar, dass die Vorschrift nur Zustände meint, die mit *medizinisch-psychologischen Kriterien* zu fassen sind.“<sup>41</sup> Was *medizinisch-psychologisch* bedeutet, ist allerdings nicht einfach zu erschließen. Das Element *medizinisch* könnte als Einschränkung von „psychologisch“ zu verstehen sein, d.h. als Verweis darauf, dass es sich um einen Zustand mit Krankheitswert handeln müsse. Die meisten Beispiele in der Begründung sind pathologische Zustände aus der geltenden Fassung von § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB (geistige oder seelische Krankheit oder Behinderung, Suchtkrankheiten, tiefgreifende Bewusstseinsstörung). Dann wird ausgeführt, dass das Verbot zukünftig *nicht mehr* auf Menschen mit Krankheiten oder Behinderungen zugeschnitten sei, sondern nunmehr auch altersbedingte Widerstandsunfähigkeit (bei Kleinstkindern und alten Menschen) erfasse.<sup>42</sup> Wie das zur Definition „medizinisch-psychologisch“ passt, bleibt unklar – ein im medizinischen Sinn pathologischer Zustand sind Kindheit oder Alter nicht.

Wenn man „medizinisch-psychologisch“ als „medizinisch *oder* psychologisch“ liest, wären nicht krankhafte, aber besonders intensive affektive Zustände (große Aufregung, Schock oder Stress, starke Niedergeschlagenheit usw.) als „besonderer psychologischer Zustand“ zu beschreiben. Unser Alltagsverständnis von „psychisch“ und eine darauf basierende, am Wortlaut des Gesetzes orientierte Auslegung legt dies nahe – anders aber explizit die Entwurfsbegründung, die „psychische Disharmonien“ ausdrücklich ausnimmt. Es ist schwer zu prognostizieren, wie Staatsanwaltschaften und Gerichte mit der Divergenz zwischen dem weiten Alltagsverständnis von „psychischem Zustand“ und der engeren, aber im Detail unklaren Gesetzesbegründung umgehen würden.

##### 2. Sexualbeziehungen von Demenzkranken und geistig schwerst behinderten Personen

Der Gesetzentwurf soll Schutzlücken bei der Anwendung

von § 177 Abs. 1 StGB schließen. Bei einer Umgestaltung von § 179 StGB würde es sich allerdings anbieten, Probleme einzubeziehen, die bei der Anwendung *dieser* Norm schon nach geltendem Recht auftreten können. Dazu gehören Auslegungsfragen, die bei *sexuellen Beziehungen mit hochgradig dementen oder geistig schwerst behinderten Personen* entstehen. Selbstverständlich handelt es sich um strafbares Verhalten nach § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB sowie § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-GesE, wenn die demente oder geistig behinderte Person erkennbar eine sexuelle Handlung nicht wollte. Problemfälle liegen aber dann vor, wenn der Sexualkontakt *beiderseits faktisch gewollt* war. In den USA gab es jüngst zwei aufsehenerregende Strafverfahren gegen den Ehemann einer an Alzheimer erkrankten Frau und gegen die Bekannte eines geistig schwer behinderten jungen Mannes, wobei es keine Indizien gab, dass Sexualität in diesen Beziehungen den „Opfern“ unerwünscht war.<sup>43</sup> Überlegungen dazu, wie solche Fälle zu entscheiden wären, fehlen im Gesetzentwurf. Dieser zitiert die etablierte Auslegung von „zum Widerstand unfähig“, die für das geltende Recht entwickelt wurde: Danach sind nicht nur Schwierigkeiten bei der Willensdurchsetzung erfasst, sondern bereits *Probleme bei der Willensbildung*.<sup>44</sup> An einem hinreichend kompetent gebildeten und deshalb selbstbestimmten Willen fehlt es bei gravierenden kognitiven Defekten. Nach dem Gesetzentwurf wird die Entscheidung, ob faktisch einvernehmliche, aber bei einem Beteiligten nicht von genuiner Selbstbestimmung getragene Sexualkontakte strafbar sind oder nicht, von der Auslegung des Merkmals unter „Ausnutzung einer Lage“ abhängen. Wann nutzt ein Sexualpartner fehlende kognitive Kompetenz aus und wann ist das nicht der Fall? Dem Gesetz sind dafür keine Anhaltspunkte zu entnehmen. Für Rechtsanwender wäre es hilfreich, wenn anlässlich einer Änderung von § 179 StGB der Gesetzgeber solche Konstellationen in die Überlegungen einbeziehen würde.

##### 3. Lücken bei überraschenden sexuellen Übergriffen (§ 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-GesE)

Auf den ersten Blick mag es scheinen, dass mit der Einführung von § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-GesE Sachverhalte zu erfassen sind, die um den Jahreswechsel Gegenstand intensiver Medienberichterstattung waren: überraschende sexuelle Übergriffe auf Passantinnen im öffentlichen Raum. Allerdings sind solche Handlungen auch nach der geplanten Gesetzesänderung nur teilweise strafbar. Ein rechtliches Hindernis liegt in der Bestimmung, dass die sexuelle Handlung „im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit“ sein muss (§ 184 h Nr. 1 StGB). Die Rechtsprechung setzt die Schwelle für „erhebliche sexuelle Handlung“ hoch an. Insbesondere seien „kurze Griffe über der Kleidung an

<sup>39</sup> S. zu weiteren Schutzlücken Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff), STREIT 2016, 8 (10 ff.).

<sup>40</sup> S. die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Referententwurf Nr. 7/2016 v. März 2016, S. 8, zu finden unter: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2016/maerz/stellungnahme-der-brak-2016-7.pdf>.

<sup>41</sup> GesE (Fn. 12), S. 14. In einem Klammerzusatz wird auf BT-Drs. VI/3521, S. 16 und Hörnle, in: LK-StGB, § 171 Rn. 16 verwiesen – die Kommentierung des § 171 StGB im LK ist allerdings nicht von mir.

<sup>42</sup> GesE (Fn. 12), S. 15.

<sup>43</sup> Hörnle, ZStW 127 (2016), 851 (877 f.).

<sup>44</sup> S. dazu Eisele, in: Schönke/Schröder, § 179 Rn. 3; Hörnle, in: LK-StGB, § 179 Rn. 28.

Brust oder Gesäß“ nicht erheblich,<sup>45</sup> es sei denn, dass der Täter in brutaler Weise gewalttätig geworden war.<sup>46</sup> Der Gesetzentwurf geht auf solche Sachverhalte nicht ein. Um simple Grapschereien zu erfassen, wäre ein neuer Tatbestand gegen tätliche sexuelle Belästigung zu erwägen<sup>47</sup> oder (was die einfachere Lösung wäre) die Streichung von § 184 h Nr. 1 StGB.

#### 4. Zu weite Reichweite von § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE?

Oben (II.) wurden Vorteile der subjektiven Fassung von § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE („ein empfindliches Übel befürchtet“) angeführt – damit werden u.a. „Klima der Gewalt“-Fälle erfasst, in denen der Täter gegenüber seiner Ehefrau, Lebensgefährtin oder anderen Familienmitgliedern Drohungen nicht mehr verbalisieren muss. Gegen eine auf Befürchtungen abstellende Fassung wird allerdings eingewandt, dass damit auch *andere Konstellationen* erfasst werden, nämlich solche, in denen Furcht *grundlos* ist, weil sich das Opfer das vermeintlich drohende Übel nur *eingebildet* hat.<sup>48</sup> Allerdings setzt Strafbarkeit voraus, dass der Täter die Furcht kennt und ausnutzt – eine nur in der inneren Vorstellungswelt des Opfers gehegte, nicht beiden Seiten bekannte Furcht würde nicht genügen. Wissen alle Beteiligten um das Motiv „Furcht“, ist es nicht notwendigerweise unfair, demjenigen, der die sexuelle Handlung vornimmt oder einfordert, die Ausnutzung dieser Furcht vorzuwerfen.

§ 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE ist aber möglicherweise in anderer Hinsicht zu weit geraten. Die Bewertung des Arbeitsagentur-Falles würde sich verändern, wenn Frau W. nicht „Nein“ gesagt, sondern sich auf die Avancen des Sachbearbeiters zustimmend eingelassen hätte, etwa in der Hoffnung, damit eine bevorstehende Kürzung ihrer Bezüge abwenden zu können. Im Vergleich zum einfachen Fall, dass eine Person den Sexualkontakt *ablehnt*, sich aber trotz erklärtem „Nein“ physisch passiv verhält, wird die Bewertung komplizierter, wenn Betroffene sich *zweckrational-gewollt* für ein „Ja“ entscheiden. Würde mit Blick auf „Ja“-Fälle auch nicht Strafwürdiges unter § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE fallen? Das Merkmal „ein empfindliches Übel befürchtet“ ist immer zu bejahen, wenn jemand mit dem Motiv „Abwendung eines Nachteils“ handelt – subjektiv-psychologisch gesehen, bedeutet jede spürbare *Verschlechterung des Status Quo* ein empfindliches Übel. Die Entwurfsbegründung nimmt ausdrücklich das Motiv: „*Verbesserung des Status Quo*“ aus<sup>49</sup> – das könnten Staatsanwaltschaften allerdings anders sehen, da die (*normativ* gut begründbare) Differenzierung zwischen Verschlechterung und entgangener Verbesserung *psychologisch* weniger wichtig ist – Menschen empfinden beides als „Übel“.

Letztlich hängt es entscheidend von der Interpretation des Merkmals „im Fall ihres Widerstandes“ ab, wann ein

zweckrational kalkuliertes „Ja“ von § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE erfasst würde und wann nicht. Überzeugend ist, dass die Begründung Fälle ausgrenzt, in denen die *Initiative von demjenigen ausgeht*, der ein empfindliches Übel befürchtet und der diesem durch das Angebot „Sex gegen Abwendung des Übels“ zuvorkommen will.<sup>50</sup> Der Wortlaut, d.h. die Klausel „im Fall ihres Widerstandes“, setzt implizit voraus, dass die *Möglichkeit von Widerstand ernsthaft erwogen* wurde. Hätte im Arbeitsagentur-Fall Frau W. den Sachbearbeiter aufgesucht, um ihm zur Abwendung einer Verschlechterung ihrer Situation ein sexuelles Angebot zu machen, wäre dies nicht strafbar.

Die schwierigen Fälle sind solche, in denen das Angebot von der anderen Person gemacht wird und das „Opfer“ daraufhin, nach einer Kosten-Nutzen-Abwägung, seine Bereitschaft zu Sexualkontakt erklärt. Nach meiner Lesart geht die jetzt vorliegende, ausführliche Begründung des Gesetzentwurfs davon aus, dass zwei Konstellationen unterschieden werden sollten. In der ersten Konstellation ist das in der Zukunft drohende Übel nicht von einer neuen Handlung des Täters abhängig, sondern die Kausalkette verläuft unabhängig davon. Die Gesetzesbegründung sagt dazu: Es soll für die Anwendung von § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE nicht genügen, dass das Opfer ein Übel befürchte, *das mit dem Widerstand in keinem Zusammenhang stehe*.<sup>51</sup> Wenn also z.B. betriebsbedingte Kündigungen absehbar sind, die nicht wegen der Weigerung zu Sexualkontakt ausgesprochen werden, oder im Arbeitsagentur-Fall eine gesetzlich zwingend angeordnete Kürzung finanzieller Leistungen dem Opfer als empfindliches Übel vor Augen steht, würde dies nicht unter § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE fallen. In der zweiten Konstellation befürchtet das Opfer dagegen, dass der Täter bei Widerstand eine *neue, zu einem Übel führende Kausalkette* in Gang setzt, falls das Angebot auf Sexualkontakt abgelehnt wird (etwa im Weigerungsfall das Arbeitsverhältnis kündigen wird). § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE ist nach den Erläuterungen in der Entwurfsbegründung für solche Konstellationen vorgesehen.

Auf der Basis *dieser* Auslegungsvorgaben wäre der Anwendungsbereich des § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-GesE für „Ja“-Fälle in angemessener Weise eng: Er wäre auf implizite Drohungen oder das Ausnutzen des Anscheins einer impliziten Drohung beschränkt, d.h. auf Sachverhalte, in denen es sich nicht um selbstbestimmte Entscheidungen handelt. Nicht erfasst würden dagegen Konstellationen, in denen eine Person beschließt, sich durch zweckrational-instrumentell eingesetzten Sex eine Verbesserung des Status Quo zu verschaffen oder eine bereits angelegte Kausalkette zu unterbrechen, die zu einer Verschlechterung des Status Quo führen wird. Fraglich ist allerdings, ob Rechtsanwender den relativ komplizierten Auslegungsvorgaben in der Entwurfsbegründung folgen würden. Der

<sup>45</sup> BGH, NStZ 1983, 553; Urt. v. 20.3.2012 - 1 StR 447/11, BeckRS 2012, 11487.

<sup>46</sup> BGH, NStZ 2012, 269 (270); im Ergebnis auch BGH, Urt. v. 20.3.2012 (Fn. 45).

<sup>47</sup> Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff), STREIT 2015, 189 f.; Hörnle, STREIT 2016, 3 ff.; Lembke, KJ 2016, 3 (8).

<sup>48</sup> S. die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (Fn. 40), S. 9 f.

<sup>49</sup> GesE (Fn. 12), S. 17.

<sup>50</sup> GesE (Fn. 12), S. 16.

<sup>51</sup> GesE (Fn. 12), S. 17.

*Wortlaut der Norm* ließe es zu, auch solche „Ja“-Fälle einzuschließen, in denen das „Opfer“ ohne implizite, vom „Täter“ ausgehende Bedrohung zur Verbesserung der eigenen Lebenssituation ein Angebot annimmt. Bedenken gegen eine zu weitreichende Strafbarkeit<sup>52</sup> sind deshalb nicht ganz von der Hand zu weisen.

#### 5. Regelbeispiel „Behinderung“ (§ 179 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB-GesE)

Das geltende Recht unterscheidet nicht zwischen Krankheit und Behinderung. In der Entwurfsbegründung wird allerdings bei der Beschreibung eines Regelfalls für einen besonders schweren Fall (§ 179 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB-GesE) darauf abgestellt, dass das Ausnutzen einer Behinderung schwerer wiege als das Ausnutzen einer temporär bestehenden Widerstandsunfähigkeit.<sup>53</sup> Das leuchtet nicht unmittelbar ein. Unter dem Aspekt „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“ macht es keinen Unterschied, ob das Opfer z.B. wegen eines Beinbruchs oder einer dauerhaften Querschnittslähmung nicht gehen kann.

#### V. Fazit

Das Fazit fällt gemischt aus. Die geplante Gesetzesänderung würde gegenüber der jetzigen Rechtslage eine Verbesserung bedeuten, auch wenn an einigen Punkten noch nachgebessert werden könnte. Allerdings bleiben auch nach der vorgesehenen Änderung Sachverhalte straflos, in denen die betroffene Person klar ihren entgegenstehenden Willen kommuniziert hat, aber im Übrigen passiv blieb.

Der Entwurf setzt mit der zentralen Stellung von „befürchteten Übeln“ zu sehr auf ein rationalistisches Menschenbild, demzufolge Verhalten ausschließlich über den Beweggrund „Vermeidung von Nachteilen“ gesteuert wird. Eine solche Engführung relevanter Motive entspricht weder der Realität noch ist sie normativ geboten. Es ist nicht erforderlich, die Motive von Opfern für fehlenden Widerstand zu erforschen. Immer dann, wenn vom Opfer ein „Nein“ erklärt und vom Täter ignoriert wurde, sollte diese Missachtung sexueller Selbstbestimmung strafbar sein.

Politisch-pragmatische Erwägungen sprechen gegen eine Zwischenlösung, die einige, aber nicht alle Schutzlücken schließt. In der Entwurfsbegründung wird erwähnt, dass eine Reformkommission derzeit Vorschläge zur Neugestaltung des gesamten Sexualstrafrechts erarbeitet.<sup>54</sup> Wenn allerdings in diesem Jahr eine nach Umfang, Begründungsaufwand und politischem Gegenwind nicht triviale Gesetzesänderung durchgesetzt würde, ist stark zu bezweifeln, dass es möglich sein wird, in absehbarer Zeit wieder Ressourcen für die Arbeit am 13. Abschnitt einzusetzen. Außerdem bedeutet es eine Zumutung für Staatsanwaltschaften und Gerichte, sich in schnellem Wechsel auf geänderte Rechtsvorschriften einstellen zu müssen, wobei für Auslegungsfragen eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung nicht zu erreichen ist. Alles in allem wäre eine etwas später kommende große Lösung der jetzt vorgesehenen, dann womöglich für viele Jahre endgültigen kleinen Lösung vorzuziehen.

<sup>52</sup> S. Bundesrechtsanwaltskammer (Fn. 40), S. 10 f.; ferner Hörnle, ZStW 127 (2016), 851 (885) (dort noch auf der Basis des Referententwurfs von 2015; der jetzt vorliegende Entwurf geht etwas ausführlicher auf die schwierigen Auslegungsfragen ein).

<sup>53</sup> GesE (Fn. 12), S. 18 f.

<sup>54</sup> Die Verf. ist Mitglied der Reformkommission. Die hier vertretenen Auffassungen sind nicht der Kommission zuzurechnen.

## Nach der Reform des Unterbringungsrechts (§ 63 StGB) ist vor der Reform

von Rechtsanwalt Dr. jur. habil.

Helmut Pollähne\*

### Abstract

Die Unterbringung gem. § 63 StGB war seit längerem dringend reformbedürftig, sowohl in der justiziellen und forensisch-psychiatrischen Praxis (Anordnung, Vollstreckung, Vollzug) als auch hinsichtlich der dafür erforderlichen Rechtsgrundlagen. Die jetzt in Kraft getretene Novellierung verzeichnet Schritte in die richtige Richtung (insb. Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes), bleibt aber halbherzig. Wichtige Themen wurden umgangen (z.B. die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention), weshalb bereits jetzt absehbar ist, dass die Forensische Psychiatrie ein „Behandlungsfall“ bleibt.

*Inpatient treatment in forensic psychiatry (acc. to § 63 StGB) has been in need of a reform for quite a while, concerning the judicial and forensic-psychiatric practice (order, enforcement, treatment) as well as its appropriate legal basis. The amendment recently put into force scores some steps forward in the right direction (esp. strengthening the principle of proportionality), remains half-hearted however. Important aspects have been neglected (i.e. the impact of the UN-Convention on the Rights of Persons with Disabilities), so that it is foreseeable, that forensic psychiatry will remain “in need of treatment”.*

### I. Einleitung

Die Unterbringung gem. § 63 StGB war seit längerem dringend reformbedürftig, sowohl in der justiziellen und forensisch-psychiatrischen Praxis (in puncto Anordnung, Vollstreckung und Vollzug) als auch hinsichtlich der dafür erforderlichen Rechtsgrundlagen – und wird es wohl bleiben. Die Entwicklung des psychiatrischen Maßregelvollzuges in den vergangenen rund 30 Jahren war wechselhaft, mittlerweile befindet er sich wieder im Reformstau: Die „Forensische Psychiatrie“ ist selbst zum „Behandlungsfall“ geworden; die überfälligen Reformforderungen wurden im Lichte der aktuellen Reformvorschläge – insb. das Eckpunktepapier des BMJV vom Juli 2013 und der Abschlussbericht der Bund-Länder-AG vom Dezember 2014 – bereits hinlänglich diskutiert.<sup>1</sup>

Nachdem sich das Gesetzgebungsverfahren z.T. recht kontrovers gestaltete und die unterschiedlichen Positionen in der Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestages sowohl auf Seiten der ExpertInnen als auch auf Seiten der Ausschussmitglieder noch einmal deutlich wurden,<sup>2</sup>

haben sich – so war zu vernehmen<sup>3</sup> – die koalitionsinternen Meinungsverschiedenheiten am Ende neutralisiert: Auf Änderungswünsche wurde gegenseitig verzichtet, so dass das Gesetz, wie vom BMJV vorgelegt, vom Rechtsausschuss unverändert in den Bundestag eingebracht und dort bereits am Folgetag ‚durchgewunken‘ werden konnte; es wird in Kürze in Kraft treten.

Im Folgenden wird – anknüpfend an die bereits erwähnten grundlegenden Anmerkungen – ausschließlich auf Details der verabschiedeten Einzelregelungen (s.u. II. zum StGB und III. zur StPO) sowie auf § 67 Abs. 6 und § 64 S. 2 StGB n.F. eingegangen (s.u. IV.).

## II. StGB-Einzelregelungen

### I. Neufassung des § 63 StGB

a) Der Versuch, bereits die Anordnungsvoraussetzungen einzugrenzen (S. 1), ist grundsätzlich zu begrüßen, geht jedoch nicht weit genug. Die drohenden Taten, die die unbefristete (und deshalb potenziell lebenslange) Freiheitsentziehung in der forensischen Psychiatrie legitimieren sollen, auf solche zu reduzieren, „durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird“, bleibt in zweierlei Hinsicht hinter dem Ziel zurück, die Zahl der Unterbringungsanordnungen deutlich zu reduzieren.<sup>4</sup>

Einerseits ist die hiermit konstruierte (wenn auch bereits dem geltenden Recht immanente) „Gefahr der Gefährdung“ zu kritisieren: Als Maßnahme der Gefahrenabwehr kann eine solche freiheitsentziehende Maßregel der Beserung und Sicherung ihre Legitimation allenfalls daraus ableiten, zu erwartende Taten zu verhindern, „durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt“ werden. Werden potenzielle ‚Opfer‘ lediglich „gefährdet“, ohne dass bereits die Gefahr besteht, sie würden seelisch oder körperlich auch „erheblich geschädigt“, so kann der Schutz vor einer solchen Gefährdung das mit der Freiheitsentziehung durch den Betroffenen erbrachte Sonderopfer nicht aufwiegen. Eine solche „Gefahr der Gefährdung“ ist auch kriminalprognostisch derart vage, dass sie nicht geeignet erscheint, die forensisch-psychiatrische Freiheitsentziehung zu legitimieren.

\* Rechtsanwalt und Strafverteidiger in Bremen (Kanzlei *Joster & Partner*) sowie Privatdozent am Institut für Kriminalpolitik der dortigen Universität.

<sup>1</sup> Pollähne, NK 2015, 25 ff.

<sup>2</sup> Vgl. auch BT-Drs. 18/8267, 3 f., wo diese Differenzen jedoch nicht dargelegt werden, sondern lediglich auf das Ausschussprotokoll (der 85. Sitzung am 15.2.2016) verwiesen wird.

<sup>3</sup> So klingen auch die Ausführungen der CDU/CSU einer- und der SPD andererseits (BT-Drs. 18/8267, 9 f.).

<sup>4</sup> Ähnlich Niehaus, in: Müller-Heidelberg u.a. (Hg.), Grundrechte-Report 2016, (2016), S. 200 ff.; Claus spricht in jurisPR-StrafR 6/2016 Anm. 1 C. von einer „im Wesentlichen klarstellenden Funktion“.

Andererseits ist die Gefahr, dass „wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird“, auch dann keine hinreichende Legitimation, wenn „schwerer“ wirtschaftlicher Schaden droht. Es ist kein Zufall, dass sich der nun für § 63 StGB verankerte Maßstab (s.o.) von dem des § 66 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB für die Sicherungsverwahrung abhebt, der auf einen „Hang zu erheblichen Straftaten“ abstellt, „namentlich zu solchen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt“ werden. Einmal abgesehen von sonstigen Problemen in der Gleichstellung der gem. § 63 StGB einerseits und § 66 StGB andererseits Untergebrachten (s. auch u. 2. b), ist der genannte Unterschied aber weder nachvollziehbar noch legitimierbar und birgt die Gefahr der Diskriminierung (s.u. c).

b) Eine tatbestandliche Reduzierung auf der Ebene der „zu erwartenden Taten“ reicht nicht aus, um Unterbringungsanordnungen zu verhindern, die sich im Hinblick auf die „begangenen Tat(en)“ als unverhältnismäßig erweisen. Dies wurde als Problem erkannt,<sup>5</sup> aber nur halbherzig gelöst: Dass eine Anordnung bei Taten, die im Hinblick auf den neuen S. 1 (s.o. a) zukünftig nicht mehr als erheblich gelten, zulässig sein soll, „wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Täter infolge seines Zustandes derartige erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird“ (§ 63 S. 2 StGB n.F.), verschiebt das Verhältnismäßigkeitsproblem auf die Prognoseebene, wo es – wie die Erfahrung zeigt – nicht gut aufgehoben ist. Zwar wird ein Regel-Ausnahme-Verhältnis begründet, so dass die Unterbringungsanordnung in den genannten Fällen die Ausnahme sein soll, was zunächst einmal zu begrüßen ist, es besteht jedoch auch weiterhin die Gefahr, dass es im Hinblick auf die Anlasstat(en) zu unverhältnismäßigen Unterbringungsanordnungen kommt, denen man mit § 62 StGB alleine nur schwer beikommen wird.

In Anbetracht der notorischen kriminalprognostischen Unsicherheiten ist das Gebot der Stunde, jedenfalls solange an unbefristeten kriminalrechtlichen Maßnahmen der Gefahrenabwehr festgehalten werden soll (wogegen weiterhin gute Gründe streiten; vgl. auch u. 2. b zur Befristung), die Stärkung materieller Rechtssicherheit, u.a. durch Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen:<sup>6</sup> Hat der Betroffene m.a.W. keine „erheblichen“ rechtswidrigen Taten begangen, hat die Unterbringung zu unterbleiben.

c) Die Unterbringung gem. § 63 StGB wäre – zumal mit der Bezugnahme auf die §§ 20, 21 StGB – im Hinblick insb. auf die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) grundsätzlich infrage zu stellen gewesen. Das liegt nicht nur an der Unbestimmtheit der §§ 20, 21 StGB,<sup>7</sup> sondern auch an der in ihnen angelegten Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen, zu denen die meisten der

Betroffenen i.S. der UN-BRK zu rechnen sind. Außerdem ist in § 63 StGB die Gefahr angelegt, Freiheitsentziehungen zu begründen, die mit Art. 14 UN-BRK nicht vereinbar sind.<sup>8</sup> Es ist nicht nachvollziehbar, dass sich die Gesetzgeber zu dieser Problematik noch nicht einmal ansatzweise äußerten,<sup>9</sup> oder auch nur insoweit nachvollziehbar, als man die Auseinandersetzung mit dieser Problematik offenbar scheut.

Systemimmanent ist zu kritisieren, dass das Gesetz daran festhält, die Unterbringung (bei Vorliegen der jew. Voraussetzungen) ausschließlich „in einem psychiatrischen Krankenhaus“ vorzusehen: Einerseits wären durchaus andere Institutionen des psychosozialen Versorgungssystems denkbar, um dem angestrebten Zweck – nicht zuletzt i.S. des Subsidiaritätsprinzips – gerecht zu werden;<sup>10</sup> andererseits hätte es nahegelegen, die neuen Diskussionen um den Ausbau der sozialtherapeutischen Anstalt (ehem. § 65 StGB) resp. deren Renaissance als Maßregel aufzugreifen, wie dies in § 63 Abs. 2 StGB i.d.F. von 1969 bereits einmal vorgesehen war.<sup>11</sup>

Nach der Ersetzung des ehem. § 42 e StGB a.F. durch § 63 StGB wurde längere Zeit die Auffassung vertreten, die Geltung des Subsidiaritätsprinzips bereits auf der Anordnungsebene (seinerzeit hervorgehoben durch das Kriterium der „Erforderlichkeit“) sei durch den neuen § 67 b StGB (s.u. 3. b) suspendiert worden; eine Auffassung, die bereits damals verfassungsrechtlich nicht haltbar war.<sup>12</sup> In Rechtsprechung und Literatur ist die Geltung des Subsidiaritätsprinzips auf der Anordnungsebene allerdings nach wie vor umstritten, so dass eine legislative Klarstellung (des verfassungsrechtlich Selbstverständlichen) dringend angezeigt war. Da das Missverständnis auch durch den Wortlaut des § 62 StGB mitbegründet wird, hätte sich eine Bekräftigung des Umfangs der im Maßregelrecht geltenden Verhältnismäßigkeitsprinzipien (insb. Geeignetheit und Erforderlichkeit, und nicht ‚nur‘ Verhältnismäßigkeit i.e.S.) angeboten. Will man an Unterschieden zwischen einzelnen Maßregeln festhalten, wäre auch eine Ergänzung in § 63 StGB angebracht gewesen, die das Kriterium der Erforderlichkeit der (freiheitsentziehenden) Unterbringung wieder explizit zum Ausdruck bringt (so wie dies auch in § 126 a Abs. 1 StPO der Fall ist).<sup>13</sup> Eine weitere vertane Chance zur Eindämmung unverhältnismäßiger Maßregelanelandnungen.

## 2. Neufassung des § 67 d StGB

a) In § 67 d Abs. 2 S. 1 StGB das Wörtchen „erheblichen“ einzufügen, bedarf keiner weiteren Anmerkung, handelt es sich doch im Hinblick auf die völlig einhellige Auffas-

<sup>5</sup> Vgl. auch *Claus* Anm. 1 B.

<sup>6</sup> Dazu *Pollähne*, in: *Pollähne/Rode* (Hg.), *Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen*, 2010, S. 98 ff. sowie *ders.*, *Kriminalprognostik*, 2011, S. 299 ff.

<sup>7</sup> Ausf. dazu *Schiemann*, in: *Pollähne/Lange-Joest* (Hg.), *Verbrechen, Rechtfertigungen, Wahnsysteme*, 2014, S. 101 ff. m.w.N.

<sup>8</sup> Ausf. dazu *Tolmein*, in: *Pollähne/Lange-Joest* (Hg.), *Forensische Psychiatrie – selbst ein Behandlungsfall?*, 2015, S. 79 ff. m.w.N., vgl. auch *Pollähne*, in: *Aichele* (Hg.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht*, 2013, S. 173 und 193.

<sup>9</sup> Vgl. auch den Bericht des BT-RA vom 27.4.2016 (BT-Drs. 18/8267, S. 5).

<sup>10</sup> Auch dazu *Kammeier*, *WSFPP* 2014, 8 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Konrad/Rasch*, *Forensische Psychiatrie*, 4. Aufl. (2014), S. 284 ff. und *ders.*, *WSFPP* 2012, 189 ff.

<sup>12</sup> *Pollähne*, in: *Osterheider* (Hg.), *Behandlungs- und Organisationsmodelle in der Forensik*, 2004, S. 241 ff.

<sup>13</sup> Dazu *Pollähne*, *R&P* 2002, 229 (239 ff.).

sung in Rechtsprechung und Literatur, dass allenfalls weitere „erhebliche rechtswidrige Taten“ die Fortdauer der Unterbringung (ebenso wie ihre Anordnung) rechtfertigen können, nur um eine redaktionelle Klarstellung.<sup>14</sup> Mindestens so wichtig wäre hingegen die Klarstellung gewesen, dass sich jene Erheblichkeit an der Neufassung des § 63 S. 1 StGB zu orientieren hat (ungeachtet der Neuregelung in Abs. 6, s.u.).

b) Für das prinzipiell begrüßenswerte Reformvorhaben, unverhältnismäßigen Freiheitsentziehungen in der forensischen Psychiatrie gem. § 63 StGB vorzubeugen, erlangt die Neuregelung des § 67 d Abs. 6 StGB eine Schlüsselrolle – für (zu) viele Betroffene im wahrsten Sinne des Wortes! Auch hier gilt (wie bei § 63 StGB n.F., s.o. 1.) jedoch: Das Vorhaben ist im Ansatz richtig, bleibt aber auf halber Strecke stehen. Gefordert wäre eine absolute Befristung der Maßregel, die diesen Namen verdient;<sup>15</sup> die Neuregelung bietet demgegenüber nur eine relative Befristung, und die auch nur „in der Regel“:

- Dauert die Unterbringung sechs Jahre, ist ihre Fortdauer „in der Regel nicht mehr verhältnismäßig, wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden oder in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden.“ Damit fällt die Neuregelung – ohne nachvollziehbaren Grund – erheblich hinter die Vorschläge des Eckpunkte-papiers von 2013 zurück, das eine Staffelung von 4 bzw. 8 Jahren vorsah. Um die Brisanz zu erkennen, muss die Regelung umgekehrt gelesen werden: Obwohl nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt oder (auch ‚nur‘) in die Gefahr einer schweren körperlichen oder seelischen Schädigung gebracht werden, könnte er in Ausnahmefällen länger als sechs Jahre (bis max. 10 Jahre, s.u.) untergebracht werden.

- Sind sogar zehn Jahre der Unterbringung vollzogen, gilt die für die Sicherungsverwahrung in § 67 d Abs. 3 S. 1 StGB vorgesehene Regel „entsprechend“: Danach ist auch die Unterbringung nach § 63 StGB für „erledigt“ zu erklären, „wenn nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte erhebliche [rechtswidrige Taten] begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden“. Darin liegt einerseits eine zu begrüßende kriminalprognostische Beweislastumkehr, andererseits ist die Zehnjahresgrenze hier aber – ungeachtet des Umstandes, dass es in diesen Fällen in aller Regel keinen Vorwegvollzug von Freiheitsstrafe gab – ebenso problematisch wie bei der Sicherungsverwahrung.

### 3. Verbleibender Reformbedarf

a) Von den zahlreichen Anrechnungsproblemen beim Nebeneinander von Strafe und Maßregel aus einem Verfahren (zu verfahrensfremden Strafen s.u. IV. 2.) wird eines durch die Neufassung des § 67 d Abs. 6 StGB (s.o. 2. b) eher noch verschärft, was die Gesetzgeber offenbar übersehen haben:

Wird eine Maßregel nach §§ 63, 21 StGB infolge Unverhältnismäßigkeit für erledigt erklärt, bleibt von der Begleitstrafe gem. § 67 Abs. 4 StGB ein Strafdrittel über, dessen Vollstreckung in der Regel mangels günstiger Prognose nicht gem. § 57 Abs. 1 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden kann. Der Betroffene muss deshalb nach Beendigung einer unverhältnismäßig langen Freiheitsentziehung noch ein (mehr oder weniger langes, je nach Urteil) Strafdrittel verbüßen. Ihn auf das Gnadenrecht zu verweisen, sollte eines Rechtsstaats unwürdig sein. Da es eine ‚Erledigung‘ der Strafe aus Gründen der (hier: erst recht) Unverhältnismäßigkeit von Gesetzes wegen nicht gibt, wäre der Gesetzgeber gefordert gewesen, dieser Absurdität ein Ende zu bereiten!

b) Für die Verhinderung potenziell unverhältnismäßiger Freiheitsentziehungen in der forensischen Psychiatrie gem. § 63 StGB spielt § 67 b StGB – jenseits der verstärkten Beachtung des Subsidiaritätsprinzips bereits auf der Anordnungsebene (s.o. 1. c) – eine wesentliche Rolle, die legislativ hätte gestärkt werden müssen.<sup>16</sup>

Einerseits verstärkt die Forderung „besonderer Umstände“ (ähnlich § 56 Abs. 2 StGB) die Wahrnehmung der Vorschrift als Ausnahme-Regelung, was nicht sachgerecht ist: Wenn „die Erwartung [zu] rechtfertigen“ ist, dass der „Zweck der Maßregel“ (Besserung und Sicherung) auch durch deren Anordnung mit gleichzeitiger Aussetzung zur Bewährung „erreicht werden kann“, dann bedarf es keiner „besonderen Umstände“, um dieses Vorgehen zu legitimieren.

Andererseits ist das Festklammern an der Zweijahresgrenze (§ 67 b Abs. 1 S. 2 in Anlehnung an § 56 Abs. 2 StGB) im Hinblick auf ggf. verhängte Begleitstrafen sachwidrig, abgesehen von der darin liegenden Diskriminierung derer, die gem. § 63 StGB i.V.m. § 21 StGB untergebracht wurden, im Vergleich mit denjenigen, deren Unterbringung i.V.m. § 20 StGB erfolgte. Selbstverständlich kann sich die Vollstreckung der freiheitsentziehenden Maßregel des § 63 StGB auch bei längeren Begleitstrafen als nicht erforderlich und deshalb als unverhältnismäßig erweisen: Sollte die Gefahr bestehen, dass sich der Verurteilte in Anbetracht längerer Begleitstrafen der Vollstreckung entzieht, wären schon die tatbestandlichen Voraussetzungen der Aussetzung nicht gegeben; der Konflikt mit den §§ 56, 57 StGB (die freilich ihrerseits reformbedürftig sind, gerade auch im Hinblick auf die Zweijahresgrenzen)

<sup>14</sup> Vgl. nur *Pollähne*, in: NK-StGB, 4. Aufl. (2013), § 67 d Rn. 16 m.w.N.

<sup>15</sup> Ähnlich, aber in letzter Konsequenz unklar: *Stübner*, NK 2015, 13 (16).

<sup>16</sup> Ähnlich die Grüne Abg. *Klein-Schmeink* im BT-PlenProt 18/152, 15044 (vgl. auch BT-Drs. 18/8267, S. 8, 10) sowie *Stübner*, NK 2015, 13 (15, 17).

hätte durch eine Anrechnungsregelung ausgeräumt werden können.

c) Dass die noch im Eckpunktepapier 2013 vorgesehene wichtige Neuregelung der Überprüfungsfristen in § 67 e StGB (im Sinne ihrer gestaffelten Verkürzung)<sup>17</sup> vollständig entfallen ist, befremdet. Zur Verhinderung übermäßig langer Unterbringungszeiten braucht es – im Rahmen des Konzepts prozeduraler Rechtssicherheit<sup>18</sup> – kürzerer Prüfungszeiträume, als es die derzeitigen lediglich jährlichen Überprüfungen gewährleisten. Man versetze sich einmal in die Situation eines Untergebrachten, der am Ende der StVK-Anhörung vom Vorsitzenden hört, man sehe sich dann in einem Jahr wieder: Gerade in der forensischen Psychiatrie sollte man sich nicht damit beruhigen, der Untergebrachte könne ja jederzeit einen Antrag auf Überprüfung stellen.

### III. StPO-Einzelregelungen

#### I. § 463 Abs. 4 StPO n.F.

a) Eine „Stellungnahme der Maßregelvollzugseinrichtung einzuholen, in der der Verurteilte untergebracht ist“ (S. 1), bevor die StVK über die Fortdauer der Vollstreckung entscheidet, ist bereits jetzt eine pure Selbstverständlichkeit und hätte eigentlich keiner Vergesetzlichung bedurft. Dass es sich dabei immer um eine „gutachterliche Stellungnahme“ handelt, erscheint fraglich: Soweit die Neuregelung als Appell zu begreifen ist, diese Stellungnahmen fachlich aufzuwerten, wäre dies zu begrüßen, auch wenn dem Missverständnis vorzubeugen ist, jene Stellungnahmen mit (echten) Gutachten zu verwechseln.

In diesem Zusammenhang ist die Schweigepflicht gem. § 203 StGB ein ungelöstes Problem,<sup>19</sup> das die psychiatrische und justizielle Praxis vor ebenso schwierige Entscheidungen stellt, wie den Betroffenen selbst und seine Verteidigung. Hier besteht weiterhin legislativer Klärungsbedarf.<sup>20</sup>

b) Im Rahmen des Konzepts prozeduraler Rechtssicherheit erhalten externe Begutachtungen eine zentrale Rolle.<sup>21</sup> Insoweit ist zu begrüßen, dass ein solches Gutachten nicht erst – wie bisher – nach fünf Jahren, sondern bereits nach jeweils drei Jahren (wie schon jetzt in Teilen des Landes-Maßregelvollzugsrechts)<sup>22</sup> und „ab einer Dauer der Unterbringung von sechs Jahren [sogar] nach jeweils zwei Jahren“ eingeholt werden „soll“.

Es darf jedoch (ohne dass auf Anheb ersichtlich wäre, wie dies legislativ ‚einzufangen‘ ist) nicht übersehen werden, dass externe Gutachten kein ‚Allheilmittel‘ zur Eindämmung unverhältnismäßiger Freiheitsentziehungen in der forensischen Psychiatrie sind<sup>23</sup> und dass sie sich in nicht wenigen Fällen gar als kontraproduktiv erweisen: Umso mehr negative externe Gutachten der Untergebrachte ansammelt, um so unwahrscheinlicher, dass er jemals auf Bewährung entlassen wird; stattdessen muss er auf Unverhältnismäßigkeit hoffen.<sup>24</sup>

Auch vor diesem Hintergrund erscheint die in § 463 Abs. 4 S. 3 StPO n.F. verankerte Klarstellung, wonach der externe Gutachter auch nicht „das letzte Gutachten bei einer vorangegangenen Überprüfung erstellt haben“ soll, über das Ziel hinausgeschossen: Es sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen es nicht nur sachgerecht sondern auch den Interessen des Betroffenen förderlich wäre, den oder die letzte Gutachter/in nach drei Jahren erneut zu beauftragen; dem Untergebrachten dann einen neuen Sachverständigen aufzuzwingen, ist abwegig. Ähnliches gilt für den – ebenfalls ‚gut gemeinten‘ – neuen S. 4, demzufolge der Sachverständige, „der für das erste Gutachten im Rahmen einer Überprüfung der Unterbringung herangezogen wird, ... auch nicht in dem Verfahren beauftragt gewesen sein [soll], in dem die Unterbringung oder deren späterer Vollzug angeordnet worden ist.“ Es gibt durchaus Einweisungsgutachten, die deutlich zurückhaltender sind, als die nachfolgenden „sachverständigen“ Stellungnahmen der Maßregelvollzugseinrichtung. Weshalb jener Gutachter – allemal mit (anwaltlich beratener) Zustimmung des Untergebrachten – nicht erneut dazu gehört werden sollte, ob er sich z.B. das, was sich seit dem Urteil im Maßregelvollzug tat, so vorgestellt hatte, erschließt sich nicht.<sup>25</sup>

Mit der Begutachtung sollen – so § 463 Abs. 4 S. 5 StPO n.F. – nur „ärztliche oder psychologische Sachverständige beauftragt werden, die über forensisch-psychiatrische Sachkunde und Erfahrung verfügen.“ Das ist ein hehres Ziel und mehr kann in einer Strafprozess-Ordnung wohl auch nicht geregelt werden. Worin die „forensisch-psychiatrische Sachkunde und Erfahrung“ besteht und wie sie zertifiziert wird, um der Justiziabilität offen zu stehen, muss wohl andernorts geregelt und gewährleistet werden.<sup>26</sup> Die Veränderungen der gutachterlichen Landschaft verdienen allerdings verstärkt Beachtung.<sup>27</sup> Immer häufiger werden von den Gerichten z.B. niedergelassene Gutachter hinzugezogen, deren klinische und therapeutische

<sup>17</sup> Dazu auch Stübner, NK 2015, 13 (19).

<sup>18</sup> BVerfGE 109, 130 und 117, 71.

<sup>19</sup> Vgl. nur Waider und Tolmein, in: Pollähne/Rode (Hg.), Schweigepflicht und Datenschutz, 2010, S. 99 ff. und 123 ff.

<sup>20</sup> Ein (ansatzweise) entsprechendes Ansinnen des BRates (BT-Drs. 18/7244, S. 50) wurde von der BReg mit dem Hinweis verworfen, der neue § 463 Abs. 4 S. 1 StPO stelle eine hinreichende Rechtsgrundlage für den Bruch der Schweigepflicht dar, alles Weitere sollten die Länder in ihrem Maßregelvollzugsrecht klären (a.a.O. S. 51 sowie S. 36 f.).

<sup>21</sup> Vgl. BVerfG a.a.O.

<sup>22</sup> Dazu Pollähne, in: Kammeier (Hg.), Maßregelvollzugsrecht, 3. Aufl. (2010), Rn. F 142 ff.

<sup>23</sup> Deutlich die Kritik von Neuhaus, in: Grundrechte-Report, S. 205: „Kosmetik“; Claus, jurisPR-StrafR 6/2016 Anm. 1 C. erwartet insoweit die „weitaus größten Auswirkungen ... für die Arbeit der StVK“ und eine „stärkere Belastung für die Gerichte – und den Justizfiskus“ (vgl. auch BT-Drs. 18/7244, S. 45, 47).

<sup>24</sup> Pfäfflin, in: FS Venzlaff, 2006, S. 266 (277) und ders., R&P 2014, 62 f.; Stübner, NK 2015, 13 (20) weist außerdem zu Recht auf die den Untergebrachten treffende steigende Kostenlast hin.

<sup>25</sup> Ob sich die darin angelegten Probleme bei der Anwendung der „soll“-Regelungen lösen lassen, wird sich zeigen.

<sup>26</sup> Dazu auch Stübner, NK 2015, 13 (20 f.).

<sup>27</sup> Pollähne/Lange-Joest (Hg.), Achtung: Begutachtung! Sachverständige in Justiz und Gesellschaft: Erwartungen und Verantwortung, 2016 (in Vorb.).

Erfahrung mehr und mehr verblasst; sie befinden über Diagnosen, Prognosen und Behandlungsaussichten weitgehend vom Schreibtisch aus.<sup>28</sup>

Ungeachtet dessen sei angemerkt, dass nicht ‚nur‘ die psychologischen Sachverständigen auch über forensisch-psychiatrische Sachkunde und Erfahrung verfügen sollten, sondern umgekehrt die ärztlichen Sachverständigen auch über – um im Duktus zu bleiben – ‚forensisch-psychologische‘ Sachkunde und Erfahrung. Darüber hinaus wird sowohl die forensisch-psychiatrische wie -psychologische Sachkunde und Erfahrung nicht ohne kriminologisches Zusatzwissen auskommen: Die gesetzliche Neufassung betont – gerade auch in kriminalprognostischer Hinsicht – zu einseitig die medizinisch-psychowissenschaftliche Dimension.<sup>29</sup>

c) Die Änderung in § 463 Abs. 4 S. 8 (ehedem S. 5) StPO n.F. dient lediglich der Klarstellung, dass bei der „Überprüfung der Unterbringung, bei der nach S. 2 das Gutachten eines Sachverständigen eingeholt werden soll“, eine Verteidigung notwendig ist. Dem Missverständnis, dass es zukünftig nicht mehr um „das Verfahren“ geht, sondern ‚nur‘ noch um „die Überprüfung“, wird durch das Wörtchen „soll“ nur unzureichend entgegengewirkt: Es muss klar sein, dass die Beiordnung bereits für das Verfahren der Auswahl des Gutachters notwendig ist; mehr noch: Bereits die Entscheidung, ob von der in der Soll-Vorschrift angelegten Ausnahmeoption (Verzicht auf externe Begutachtung) Gebrauch gemacht wird, bedarf der Mitwirkung eines Verteidigers.

#### 2. § 463 Abs. 6 n.F.

Die Änderung in S. 1 ist lediglich redaktioneller Natur (Einbeziehung des neuen § 67 Abs. 6 StGB); und dass der Verurteilte „in den Fällen des § 67 d Abs. 6 StGB ... mündlich zu hören“ ist (S. 2 n.F.), sollte schon bisher selbstverständlich gewesen sein – die Klarstellung kann aber nicht schaden.<sup>30</sup>

#### 3. Verbleibender Reformbedarf<sup>31</sup>

Einige Vollstreckungsgerichte halten daran fest, dass nicht bei jeder Überprüfung der § 63-Unterbringung gem. § 67 e StGB ein Fall notwendiger Verteidigung analog § 140 Abs. 2 StPO gegeben sei: Der Gesetzgeber bleibt dringend aufgefordert, dies klarzustellen.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Diff. Saimeh, in: Pollähne/Lange-Joest, Achtung: Begutachtung!

<sup>29</sup> Ausf. Brettel/Höffler, medstra 2016, 67 ff., vgl. auch LG Marburg, StraFo 2015, 429.

<sup>30</sup> Vgl. dazu auch Pollähne, in: HK-StPO, 5. Aufl. (2012), § 454 Rn. 6 ff. und § 463 Rn. 5, 7.

<sup>31</sup> Der bayerische Vorschlag einer „Beteiligung der Öffentlichkeit“ an den mündlichen Anhörungen der StVK (vgl. auch BT-PlenProt 18/152, 15041 sowie BT-Drs. 18/8267, S. 10) wurde zu Recht verworfen.

<sup>32</sup> Dass man dies nicht für erforderlich erachtete, weil es ohnehin „der Praxis in den Ländern“ entspreche, Pflichtverteidiger hinzuzuziehen (so der CDU/CSU-Abg. Grindel am 28.4.2016 vor dem BT), wird man versuchen müssen, wörtlich zu nehmen (in der BT-Drs. 18/8267, 10 klingt das freilich anders)!

<sup>33</sup> Ausf. Pollähne, R&P 2015, 198 ff., dem schloss sich die Linke Fraktion im BT an (BT-Drs. 18/8267, S. 11).

Beschwerden der StA gegen freiheitsentziehungsbeendende StVK-Entscheidungen haben von Gesetzes wegen – also automatisch – aufschiebende Wirkung (§§ 454 Abs. 3 S. 2 sowie 462 Abs. 3 S. 2 StPO); § 307 StPO gilt insoweit nicht. Mit Art. 104 Abs. 2 GG ist dies nicht in Einklang zu bringen, ermöglicht es doch dem Exekutivorgan StA die Möglichkeit, gegen das Gericht die Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. Dies muss dringend korrigiert werden.<sup>33</sup>

#### IV. Weitere Neuregelungen im StGB (§ 64 betreffend)

##### 1. § 67 Abs. 6 StGB n.F.

Die in § 67 Abs. 6 StGB (etwas unsystematisch platzierte) Neuregelung dient der Umsetzung der Härtefall-Entscheidung des BVerfG<sup>34</sup> zur Anrechnung des Maßregelvollzugs auf sog. verfahrensfremde Strafen (und gilt insoweit sowohl für Unterbringungen nach § 63 StGB als auch nach § 64 StGB). Das ist zunächst einmal grundsätzlich zu begrüßen.<sup>35</sup>

Bei der Frage, ob die Nichtanrechnung (und damit ggf. der vollständige Vollzug jener Strafe) eine „unbillige Härte“ wäre, sollen „insbesondere das Verhältnis der Dauer des bisherigen Freiheitsentzugs zur Dauer der verhängten Strafen, der erzielte Therapieerfolg und seine konkrete Gefährdung sowie das Verhalten der verurteilten Person im Vollstreckungsverfahren“ Berücksichtigung finden. Damit orientiert sich das Gesetz sehr eng am BVerfG – und in puncto „Verhalten im Vollstreckungsverfahren“ zu eng<sup>36</sup> wegen des damit verbundenen disziplinarischen Einschlags.<sup>37</sup> Die Anrechnung soll ausgeschlossen sein, wenn „die der verfahrensfremden Strafe zugrundeliegende Tat nach der Anordnung der Maßregel begangen worden ist“. Abgesehen davon, dass dies in der Praxis nur äußerst selten vorkommt, versteht sich keineswegs von selbst, dass in jenen Fällen keine „unbillige Härte“ gegeben sein kann.

##### 2. § 64 S. 2 StGB n.F.

Als gäbe es im Bereich der Anordnung des § 64 StGB sowie seiner Vollstreckung und im Vollzug nicht schon genug Probleme,<sup>38</sup> musste der 3. Strafsenat des BGH noch ein weiteres erfinden: Komme das Gericht nach gutachterlicher Einschätzung – insb. im Zusammenhang mit länge-

<sup>34</sup> E 130, 372, dazu Grabenwarter, EuGRZ 2012, 507 und Fischer, StGB, 63. Aufl. (2016), § 67 Rn. 21a.

<sup>35</sup> Die Vorstellung, „Straftäter [würden] durch Taktieren und beispielsweise vorsätzlichen Verbleib im Maßregelvollzug Vorteile bei der Haftverschonung erlangen“ (so der SPD-Abg. Wiese im BT-PlenProt 18/1532, 15043), ist abwegig.

<sup>36</sup> Zumal es sich dabei nur um eine Übergangsregelung gem. § 35 BVerfGG handelte.

<sup>37</sup> Die vom BRat geäußerte Befürchtung, die Vollstreckungsgerichte könnten übermäßig mit entsprechenden Anträgen behelligt werden (BT-Drs. 18/7244, S. 49), wurde von der BReg bezeichnenderweise mit dem Argument zurückgewiesen, schon die vorgesehenen Kriterien „verdeutlichen, dass hierüber erst gegen Ende des Vollzugs der Maßregel entschieden werden kann“, weshalb die Praxis „verfrühte Anträge wenig aufwendig erledigen“ werde (a.a.O. S. 51).

<sup>38</sup> Exmpl. Pollähne/Kemper, Fehleinweisungen in die Entziehungsanstalt (§ 64 StGB), 2007.

ren Begleitstrafen – zu dem Ergebnis, die Entziehungsbehandlung könne länger als zwei Jahre dauern (was in der Praxis gar nicht so selten ist), dann bestehe von Rechts wegen keine hinreichende Erfolgsaussicht i. S. des § 64 S. 2 StGB, mit der Folge, dass diese Verurteilten (deren Abhängigkeitsprobleme gar nicht in Frage gestellt werden), im Justizvollzug landen.<sup>39</sup> Dazu hätte *Bernd Volckart* – einer der Vordenker des Maßregelvollzugs(rechts) – gesagt: Mit Fug & Recht, das ist Unfug & Unrecht!<sup>40</sup> Hier stand eigentlich eine höchstrichterliche Klärung aus – in einer funktionierenden Demokratie ist es aber vorzugswürdig, wenn der Gesetzgeber von sich aus eingreift. Dass dies mit dem vorliegenden Gesetz geschehen ist, indem in § 64 S. 1 StGB n.F. eingefügt wurde „innerhalb der Frist nach § 67d Abs. 1 S. 1 oder 3“, ist deshalb zu begrüßen. Damit wird – um einem Missverständnis zu begegnen – nicht exorbitanten Unterbringungszeiten im 64er-Maßregelvollzug das Wort geredet; es gilt aber zu verhindern, alkohol- und drogenabhängige Verurteilte, die therapiebedürftig und entsprechend motiviert sind, stattdessen im Strafvollzug unterzubringen. Darum ist die geplante gesetzliche Klarstellung sachgerecht.

## V. Nach der Reform ist vor der Reform!

Eine Reform des Unterbringungsrechts gem. §§ 63, 67 d StGB war, wie einleitend vermerkt, dringend überfällig – insoweit sind die in Kraft getretenen Änderungen prinzipiell begrüßenswerte Schritte in die richtige Richtung. Allerdings handelt es sich um halbherzige Trippelschritte und einige wurden schlicht ausgelassen. Das erweist sich auch deshalb als problematisch, weil das Thema „Reform der §§ 63 ff. StGB“ mit dem vorliegenden Gesetz für längere Zeit ‚ad acta‘ liegen dürfte. Dass die Probleme, die mit dem Reformvorhaben gelöst werden sollten, damit gelöst werden resp. sich lösen lassen, erscheint fraglich.<sup>41</sup> Insofern sind nicht nur die Obergerichte, allen voran der *BGH*, weiterhin aufgerufen, sich um eine Eindämmung des § 63 StGB zu bemühen,<sup>42</sup> vielmehr muss das Reformanliegen – vorzugsweise im Rahmen einer überfälligen systemischen Gesamtreform des Maßregelrechts – unvermindert weiterverfolgt werden. Dabei sind grundlegende Fragen, wie die Bedeutung der UN-BRK und die Ausgestaltung der §§ 20, 21 StGB, um nur zwei Punkte zu nennen, die in der jetzt abgeschlossenen Novellierung offen geblieben sind, endlich anzugehen.

<sup>39</sup> *BGH*, R&P 2011, 32 und NSTZ-RR 2015, 43, vgl. *Pollähne*, in: *Pollähne/Lange-Joest* (Hg.), *Rauschzustände. Drogenpolitik – Strafrecht – Psychiatrie*, 2016, S. 5 (18).

<sup>40</sup> Vgl. auch *Trenckmann*, NSTZ 2011, 322 m.w.N. sowie *Pollähne*, R&P 2012, 178.

<sup>41</sup> Auf die nach fünf Jahren angedachte Evaluation (BT-Drs. 18/7244, S. 17) darf man gespannt sein.

<sup>42</sup> Ebenso *Niehaus*, in: *Grundrechte-Report*, S. 205 f., vgl. auch *Pollähne*, NK 2015, 25 (32).

## AUSLANDSRUBRIK

## Überlegungen zu Strafanstalten und Gewinnerzielung

von Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino\*

*Abstract:*

*Der Beitrag beschäftigt sich mit der Privatisierung brasilianischer Strafanstalten. Es wird daher zunächst der geschichtliche Sachzusammenhang dargestellt, in der Absicht, die ursprüngliche Idee eines privaten Eingriffes ins Gefängnissystem und auch die Argumente aufzudecken, die zu Gunsten dieser Lösung sprechen. Daraufhin werden verschiedene internationale Modelle, sowie auch einige in Brasilien gemachte Erfahrungen vorgestellt. Schließlich kommen noch die wichtigsten kritischen Argumente gegen eine Privatisierung der Strafvollziehung zur Sprache. Die Methodologie beruht auf bibliographischen Forschungen, die besonders in Brasilien sehr spärlich vertreten sind, da hier der private Eingriff in die Strafvollziehung erst seit 15 Jahren existiert und noch sehr vorsichtig, jedoch in ständig wachsender Weise weitergeführt wird. Man kommt dann zur Schlussfolgerung, dass die Privatisierungsmodelle keinen Beitrag zur Hebung der Selbstachtung der Häftlinge geleistet und nichts mit einer echten Vorbeugungspolitik zu tun haben, und dass sie auf noch nicht bewiesenen Prämissen beruhen.*

*The article deals with the privatisation of Brazilian penitentiaries. Therefore, at first the historical context is depicted with the intention to present the original idea of a private intervention in the prison system and also to uncover/reveal the arguments that are indicative for this solution.*

*Subsequently, various international models will be presented as well as some of the experiences made in Brasil. Finally the most important critical arguments against the privatisation of penal systems will come up for discussion. The methodology is based on bibliographical research which is very low in number especially in Brasil because here the private intervention in the penal system exists for only 15 years and is pursued yet very carefully but in a constantly growing way. One concludes that the privatisation models have made little contribution to heighten the self-respect of the inmates and have nothing to do with real prevention politics and that they are based on premises, that are not yet proven.*

### I. Einführung

Im Juni 2013 war der Leitartikel des monatlichen Mitteilungsblattes des Brasilianischen Instituts für Kriminalforschung der ersten in Brasilien verwirklichten öffentlich-

privaten Partnerschaft (PPP) gewidmet, deren Ziel die Verwaltung einer größeren Strafanstalt war, und zwar der Einheit 1 des Gefängnis-Komplexes von Ribeirão das Neves, mit Sitz im Staat Minas Gerais. Es handelte sich in Wirklichkeit um das erste Modell einer gemeinschaftlichen Verwaltung von Gefängnis-Einheiten, denn es gab bei uns schon begrenztere Erfahrungen öffentlich-privater Partnerschaften in diesem Bereich. Die Veröffentlichung brachte damals in ziemlich kritischer Sicht die Idee der Privatisierung von Strafanstalten als politische Alternative zu den verschiedenartigen im Land auftretenden Schwierigkeiten bei der Strafvollziehung zur Sprache, wobei gemäß Daten der Nationalen Behörde für Strafanstalten (DEPEN) diese bis Dezember 2012 bei 318.739 Plätzen mit 548.003 Häftlingen belegt waren, unter Einschluss solcher, die sich im Gefängnissystem und in den Haftanstalten der Polizeikommissariate wortwörtlich anhäufen (inbegriffen die in Untersuchungshaft befindlichen). Die Überbelegung der Strafanstalten ist eine grausame Wirklichkeit, welche die Leiden noch verschärft, die das Strafsystem den Sträflingen auferlegt. Ein einfacher Besuch in einer Strafanstalt legt dies offen. Der Verurteilte ist in den für den Freiheitsentzug bestimmten Anstalten einem vollständigen Mangel an Infrastruktur ausgesetzt.

Man nutzt die Gefängnishaft als prinzipielle Form der Kontrolle, sie führt aber zur sekundären Kriminalisierung der Population.<sup>1</sup> Angesichts dieser Zustände erreicht eine Untersuchung der Privatisierung von Strafanstalten im Hinblick auf die gegenwärtige Situation des Strafvollzuges einen wichtigen Stellenwert, insbesondere angesichts der Tatsache, dass die Überbesetzung der Gefängnisse und der Mangel besserer Lösungen für die im Gefängnissystem bestehenden Probleme zu einem politischen Anliegen wurden, das sich auf private Interessen stützt, wo z.B. die private Intervention mittels öffentlich-privater Partnerschaften (die im brasilianischen Rechtswesen eine relativ neue Erscheinung sind) als ein Ausweg für die gegenwärtigen Zustände der brasilianischen Gefängnisse verteidigt wird.

Vorliegender Artikel setzt sich also zum Ziel, das Thema zu problematisieren, indem er dem Ursprung der privaten Intervention beim Strafvollzug nachgeht, sowie auch den dafürsprechenden Argumenten, den nationalen und internationalen Erfahrungen und den wichtigsten kritischen

\* Professor Adjunto de Direito Penal  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasilien.

<sup>1</sup> Zaffaroni/Batista, Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, S. 47.

Einwänden. Damit soll das Thema bekannt gemacht werden und es soll zu einem Schluss über dessen Pertinenz, Ausführbarkeit und Übereinstimmung mit der brasilianischen Gesetzgebung gekommen werden.

## II. Privatisierung der Strafanstalten

Der Terminus „privatisieren“ bedeutet, dem größten Wörterbuch der portugiesischen Sprache [Houaiss] gemäß, u.a. den Akt, ein öffentliches Gut unter die Kontrolle eines Privatunternehmens zu stellen, wobei sich das Privatinteresse auf die Nutzung der Bewirtschaftung der betreffenden Tätigkeit richtet. Daher bedeutet die Privatisierung einer Strafanstalt im Grunde genommen, dem Unternehmen die Befugnis zur Ausübung der Bestrafung mittels Freiheitsentzug zu übertragen.

Die Befugnis zur Bestrafung ist in drei grundlegende Momente aufgeteilt: die Erschaffung der Strafe (eine vorrangig dem zentralen Bundeparlament unterstehende Aufgabe); das Ergreifen einer Strafmaßnahme (vorrangig der zentralen Rechtssprechungsgewalt vorbehalten); und die Befugnis zur Anwendung der zuvor auferlegten Strafe. Die Anwendung der Strafmaßnahme weist eine gerichtliche Komponente auf (Richter und Staatsanwaltschaft) und außerdem eine verwaltungsmäßige (Landesministerium für Gefängnisverwaltung, sowie, mit geringerem Einfluss, die vom LEP<sup>2</sup> vorgesehenen Vollziehungsorgane wie, z.B. der Gefängnisverwaltungsrat). Auf diese Weise wird nicht die Strafanstalt (als öffentliches Gut) privatisiert, sondern vorwiegend die Ermächtigung, die Verhaltensweisen bei der Anwendung der Strafe zu bestimmen. Nimmt man sich z.B. das Modell der gemeinschaftlichen Verwaltung in Araguaina vor, so wird dort die interne Sicherheit von einer Drittfirma bestritten, so dass sich die Politik der Durchsuchung von Gütern und Personen, die der internen Verhaltensweisen der Insassen, die Verteilung der Häftlinge in Zellen und Flügel, usw. letztendlich in den Händen der Drittfirma (oder Partnerfirma) konzentriert.

Diese ‚Mikro-Zuständigkeit‘ bestimmt, das muss gesagt werden, sehr wichtige Aspekte im Leben der Gefangenen. Um noch beim Beispiel Araguaina zu bleiben, so haben sich Insassen darüber beschwert, dass sie von der Familie keine Kleidungsstücke empfangen können (und diese Aufgabe liege, so wird vorgegeben, in den Händen der Partnerfirma) und dass sie keine Hängematten haben dürfen (wobei die Anzahl Matratzen für die Häftlinge unzureichend ist). So kommt es – außer der normalen Debatte über die Machbarkeit bzw. Zweckmäßigkeit der Übertragung einer staatlichen Aufgabe zum Zweck wirtschaftlicher Gewinnerzielung durch ein Privatunternehmen – noch zu einer weiteren Schwierigkeit. Es geht um die Problematik, dass der Staat einen Aspekt seiner exklusiven und unübertragbaren Strafgewalt an ein Privatunternehmen weitergibt. Das Privatunternehmen legt sein Au-

genmerk aber normalerweise auf den geschäftlichen Aspekt. Dies verstärkt die Polemik ungemein, da es ja nun nicht mehr nur um die Diskussion zwischen Staat, Wirtschaftspolitik und Privatunternehmen geht, sondern Privatpersonen mit ins Spiel kommen, d. h., die Verurteilten, die sich im Gefängnis befinden und ihre Strafe auf diese Weise verbüßen. Für die Verurteilten kann die eingeschränkte Sichtweise privatwirtschaftlicher Unternehmensführung zu einer weiteren Verstärkung der Kriminalisierung führen.

Bevor wir jedoch zur Erörterung der Widersprüchlichkeiten kommen, die das Thema der Privatisierung von Strafanstalten beinhaltet, müssen wir den Ursprung dieser Option und die Argumente kennenlernen, die von den Verteidigern einer Integration Privater in die Strafvollziehung zur Unterbauung ihrer Idee vorgebracht werden.

### 1. Ursprünge und opportune Argumente

In der Geschichte finden wir embryonale Formen der Privatisierung bei der Strafvollziehung – z.B. das *Leasing* Gefangener (in Wirklichkeit ihrer Arbeitskraft) und den Zugriff auf private Strafanstalten. Dies war jahrhundertlang üblich, insbesondere in englischsprachigen Ländern, vor allem in Großbritannien, Australien und in den Vereinigten Staaten von Amerika.<sup>3</sup>

Hervorzuheben sind die englischen ‚Workhouses‘ (fabrikmäßige Werkstätten), die im Laufe des 16. Jahrhunderts in die dortige Gesellschaft eingeführt wurden, anfänglich, um den Armen im Volk zu helfen – indem sie für ihre tägliche Arbeitskraft einen Wohnort und Lohn bekamen – wobei sich diese Orte jedoch allmählich in Sammelinternate für örtliche Delinquenten verwandelten, also Unerwünschte, die dort lebten, um die über sie verhängten Strafen abzutragen, und für die ein Gefängniswächter bezahlt wurde. Da zu jener Zeit kein einziges Land über wirtschaftliche Voraussetzungen verfügte, um Gefängnisse zu bauen und zu betreiben, wurde diese Aktivität zu einer Geldquelle für die damaligen Unternehmer, eine weit zurückliegende Form der Privatisierung von Strafanstalten.<sup>4</sup> In den Vereinigten Staaten war die Nutzung von Privatgefängnissen im 18. und 19. Jahrhundert ziemlich verbreitet, insbesondere in Südstaaten wie Texas, wo das Ausleihen bzw. *Leasing* von Gefangenen das gesamte Gefängnisssystem betraf und in Florida, wo es üblich war, den Großteil der Verurteilten privaten ‚Gefangenenlagern‘ zu überlassen, die an Kohle- und Schwefelabbau-Unternehmen gebunden waren, sowie in Tennessee, einem zu den Vereinigten Staaten gehörenden Territorium, wo 1884 das Unternehmen Tennessee Coal and Iron Company die Gesamtzahl aller Gefängnisinsassen des Staates unter *Leasing* nahm, um sie seinen Arbeitsbedürfnissen entsprechend zu nutzen.<sup>5</sup>

Wie den vorausgehenden Beispielen entnommen werden

<sup>2</sup> Gesetz zum Strafvollzug.

<sup>3</sup> King, A history of private prisons, in: Price/Morris (Eds.), Prison privatization: the many facets of a controversial industry – v.1. The environment of private prisons, 2012, S. 12.

<sup>4</sup> King, 2012, S. 12-13.

<sup>5</sup> Carceral/Bernard (Ed.), Prison, Inc. – A convict exposes life inside a private prison, 2006, S. 10.

kann, ist die Integration zwischen der Notwendigkeit der anzuwendenden Strafmaßnahme von Seiten des Staates und dem geschäftlichen Interesse der Privatinitiative eine Realität, oder, besser gesagt, eine der Gesellschaft seit Jahrhunderten offenstehende Möglichkeit. Im Gegensatz hierzu gilt das Interesse vorliegender Studie weniger altertümlichen und primitiven Privatisierungsideen, sondern vielmehr den in den 70-er und 80-er-Jahren des 20. Jahrhunderts in den USA (wieder-)entstandenen Tendenzen, denn zu dieser Zeit fing Nordamerika an zu erkennen, welche Konsequenzen die von ihren Regierungsmitgliedern praktizierte offizielle Politik zeitigte.

Die Behandlung des Kriminalthemas von Seiten des nordamerikanischen Staates war während der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts durch eine Neigung zu scharfen Strafen gekennzeichnet, die sich in Sachen der Delikte auf eine „Gesetz und Ordnung“ genannte Strategie stützte, eine Tendenz der Kriminalpolitik, die sich durch eine Verschärfung der Strafgesetze und der vom Richter in Strafsachen angelegten Maßnahmen sowie durch die unerbittliche Aktion der Polizeikräfte auszeichnete, die für die Sicherheit der Staatsbürger in der Öffentlichkeit verantwortlich waren. Diese Haltung hatte ihren Ursprung in den 60-er Jahren, als Reaktion auf politisch-soziale Strömungen gegen eine Verstärkung der Strafgewalt, die als perfekte Konfliktlösung auf Strafverschärfungen setzte.<sup>6</sup>

Die kriminalpolitische Haltung „Gesetz und Ordnung“ lässt erkennen, dass die Strafe durch Freiheitsentzug als eine reine Gegenleistung anzusehen sei. Sie kümmert sich nicht um eine mögliche Wiedereingliederung des Gesetzesbrechers. Sie stimuliert auch eine deutlich sichtbare Aktion der Polizei, was soziale Unstimmigkeiten betrifft. Sie wirkt wie ein Kriegsruf gegen Drogen und Drogenhändler, wodurch, im Zusammenspiel mit weiteren Faktoren, in den Vereinigten Staaten eine starke Erhöhung der Häftlingszahl entstand, was wiederum zur Überbesetzung und zur Verschlechterung der Unterbringung in den bis dahin existierenden Gefängnissen führte. Es hatte sich eine Krise im Gefängnisssystem dieses Landes herausgebildet. Angesichts der ständigen Verletzung der Menschenrechte der Gefangenen, musste die rechtssprechende Gewalt einschreiten – welche bis dahin eine Politik der Nichteinmischung in die Verwaltung der Strafanstalten betrieben hatte („hands off“) – und musste Änderungsmaßnahmen hinsichtlich der miserablen Bedingungen anordnen, denen die Gefangenen von Seiten des Staates ausgesetzt waren. Dies betraf insbesondere den Bau neuer Strafanstalten, die beste Art, das Problem der Überbesetzung wieder auszugleichen.<sup>7</sup> Die Erhöhung des Etats der zum Bau von Strafanstalten bestimmten staatlichen Gelder wurde zu einer vorrangigen Angelegenheit, denn das System befand sich in einer heiklen Situation: Die Anzahl der benötigten Freiplätze war groß und im Wachsen begriffen.

An dieser Stelle muss gesagt werden, dass der Bau einer Strafanstalt etwas sehr Kostspieliges ist. Laut Daten aus

São Paulo z. B. kostete der Bau der Zentralanstalt für Untersuchungshaft Franca, die im April 2010 mit einer Kapazität zur Aufnahme von 768 Häftlingen und mit einer Ausdehnung von ca. elftausend Quadratmetern eingeweiht wurde, die Staatskasse ungefähr 29.000.000,00 Reais;<sup>8</sup> die Zentralanstalt für Untersuchungshaft von Riolândia, welche im November 2013 eingeweiht wurde, ebenfalls mit einem Unterbringungsvermögen von 768 Häftlingen und einer Ausdehnung von ca. elftausend Quadratmetern (das ist die von São Paulo befolgte Norm) kostete 37.092.428,67 Reais und die Strafanstalt II für Frauen in Tremembé, die im April 2011 mit einer Kapazität für 660 Häftlinge und einer Ausdehnung von ca. 19 Quadratmetern eingeweiht wurde, kostete 43.039.098,93 Reais, und dies ohne Einbeziehung der von der Regierung für die Unterhaltung der Gefängnisstruktur verauslagten Summen, also ausschließlich der monatlich von der öffentlichen Verwaltung getragenen Kosten pro Häftling. Diese Daten sind aber nicht allgemeingültig, sie variieren je nach Bundesland.

Außer dem Kostenpunkt muss noch hervorgehoben werden, dass eine Strafanstalt ein Ort der Segregation – des Ausschlusses – von Menschen ist, die man als Delinquenten ansieht, die also gefährlich sind und (so wird angenommen) unfähig, sich den jeweiligen gesellschaftlichen Normen anzupassen, die in der Gemeinschaft gelten, der sie angehören. Sie müssen daher über die Strafe des Freiheitsentzuges wieder in die Gesellschaft zurückgeführt werden. Es ist ein Ort der Segregation aus der Gesellschaft, abgesondert wegen seines negativen Charakters, und er wird von der Bevölkerung gemeinhin nicht als Investitionsobjekt betrachtet, das Verbesserungen erfordert. Schließlich leben dort nur Menschen, die eine Straftat begangen und für die Gesellschaft ganz allgemein „unbedeutend“ sind.

Was die grundlegende Erhöhung des Etats in den USA anbetraf, die zur Behebung des Problems der Strafanstalten notwendig gewesen wäre, so war die öffentliche Meinung dagegen, was die logischste aller Lösungen außerordentlich erschwerte. So wurde die Überbelegung der Strafanstalten für die nordamerikanische Regierung ein weiteres Problem, das die Bereitstellung finanzieller Mittel forderte. Trotz alledem war die Verfügbarmachung offizieller Mittel zwecks Strafvollzugs eine schwer zu überwindende Hürde, und diese Schwierigkeit führte schließlich dazu, die Suche nach alternativen Wegen zur Überwindung des Problems zu stimulieren. In diesem Szenarium gewann die Hypothese der Privatisierung von Strafanstalten an Stärke und stand schließlich als die vielversprechendste Antwort auf das Problem der Strafanstalten in den Vereinigten Staaten im Vordergrund.<sup>9</sup> Die private Lösung erschien somit am Horizont der nordamerikanischen Problematik der Strafanstalten, mit dem Versprechen, den Staat bei der Sanierung des Strafvollziehungssystems, das sich in den 80-er-Jahren in einer vollständig chaotischen Situation befand, zu unterstützen.

Die ersten Unternehmen, die sich auf die frisch entdeckte Marktlücke zur Erstellung privater Gefängnisse in den

<sup>6</sup> Batista, *Introdução crítica à criminologia brasileira*, 2011, S. 102.

<sup>7</sup> Cordeiro, *Privatização do sistema prisional brasileiro*, 2006, S. 96.

<sup>8</sup> 1 Euro entspricht ca. 3,99 brasilianischen Real.

<sup>9</sup> Cordeiro, 2006, S. 97-98.

Vereinigten Staaten stürzten, waren die Corrections Corporation of America (CCA) und die Wackenhut Corrections Corporation (WCC).<sup>10</sup> Laut *Laurindo Dias Minhoto* war die CCA Pionierin, als sie sich 1983 für den Kompromiss einsetzte, eine Alternative zum Bau und zur Verwaltung der Strafanstalten zu bieten und zur Problemlösung der Überbelegung der Gefängnisse beizutragen, um eine effektive Rehabilitation der Gefängnisinsassen herbeizuführen.<sup>11</sup>

Heute ist es in Wirklichkeit zum Großteil der Staat, der den Bau von Strafanstalten finanziert, nicht nur über den Nationalen Strafanstalten-Fonds, sondern auch über Mittel der jeweiligen Staaten. Ein logisches Alternativ-Modell wäre der Bau von U- und H-Bahnen. Dabei kommt das den Bau finanzierende Unternehmen eine bestimmte Zeit lang in den Genuss des betreffenden geschäftlichen Gewinnes. Bei der Verwaltung gelingt es bei den Privatisierungsmodellen, die Kosten über den Einsatz von Drittfirmen als Arbeitsvermittler zu senken. Im Prinzip kann der Kostenpunkt beim Kauf fertiger Mahlzeiten niedriger sein als wenn dieselben intern zubereitet würden, und in diesem Punkt kann es sogar eine effiziente Entscheidung sein. Doch in der brasilianischen Realität ist eine sehr häufige Erscheinung besorgniserregend: Die Übertragung der Leistungen an Drittfirmen ist prekär.

Oft wird bemerkt, dass die Drittfirmen weniger verdienen als die über offizielle Ausschreibungen eingesetzten Gefängnislieferanten. Neben dem niedrigen Gehalt erwerben sie zudem keine Pensionsberechtigung, was weitere Kosten bedeutet. Die Kostensenkung durch Übertragung auf Drittfirmen wird jedoch noch von anderen Problemen begleitet, insbesondere von der erhöhten Bereitschaft zur Korruption, wie sie bei prekären Arbeitsverhältnissen stimuliert wird.

Auf jeden Fall tragen die einer Privatisierung günstigen Argumente zum größten Teil wirtschaftlich-finanziellen Charakter. Angesichts der zahllosen Schwierigkeiten (des Wirtschafts-Etats) der Bundesländer scheint – im Fall der USA – bei der Lösung der durch die Überbelegung der Strafanstalten verursachten Infrastruktur-Probleme, insbesondere was den Bau neuer Gefängnisse betrifft – die Übertragung auf private Unternehmen eine kostengünstigere Alternative zu sein. Sie kann zu einer Senkung der Regierungskosten führen und gleichzeitig effizienter sein, da sie auf die Fähigkeit des Unternehmers setzt, der ergebnisorientiert auf Optimierung der Arbeit gerichtet ist und Verwaltungstechniken beherrscht.<sup>12</sup>

Nach Ansicht der Fürsprecher des die Strafanstalten betreffenden Privatisierungsgedankens könnten also die von der Regierung – der öffentlichen Behörde – geleisteten Dienste billiger und effizienter gestaltet werden, wenn sie vom privaten Sektor ausgeführt würden. Dies wäre eine

machbare und interessante Alternative, nicht nur für den Staat, sondern auch für die Häftlinge, die jetzt unter miserablen hygienischen Bedingungen an ungesunden Orten gefangen bleiben. Sie hätten so die Gelegenheit, ihre Strafe auf würdigere Weise hinter sich zu bringen ohne groß zu leiden.

Obgleich diese Idee durch Nordamerika stark verbreitet wurde, ist die Privatisierung, was die Strafvollziehung in den USA betrifft, nicht die Regel, denn nur einige wenige Staaten haben sich die Privatisierung der Strafanstalten zur Vereinfachung ihrer Gefängnisprobleme zu eigen gemacht, und dies bisher nur in einem kleinen Teil der Anstalten, es ist jedoch seit der Einführung der Privatisierung eine unterschiedene Ausdehnung derselben zu verzeichnen.<sup>13</sup>

## 2. Internationale Modelle und Erfahrungen

In der Geschichte der Beteiligung von Privatunternehmen im Bereich der Strafanstalten nahm das Bild, in dem sich dieses Bündnis der Welt zeitige, jeweils unterschiedliche Aspekte an: (a) sei es in der Form des totalen Privatisierungsmodells, wo das Privatunternehmen den Bau, die Verwaltung und die Leitung des Gefängnisses unternimmt und die Häftlinge direkt vom Staat erhält, oder (b) sei es in Form des Leasings der Strafanstalten, wo ein privates Unternehmen seine Mittel der Konstruktion eines Gefängnisses widmet, um es danach an den Staat zu verpachten, der bei Einsatz des eigenen Personals die Verantwortung für die Verwaltung übernimmt, oder sei es (c) durch die Privatisierung der Dienstleistungen, wo der Staat private Unternehmen zur Ausführung bestimmter Dienstleistungen unter Vertrag nimmt, wie z.B. die Bereitstellung von Verpflegung, von Kleidung, Erziehung, Unterhaltung und ärztliche Betreuung – wobei die Strafanstalt von der zuständigen Regierungsbehörde verwaltet wird und dem privaten Sektor keine grundlegenden Funktionen überträgt, wie z.B. die Sicherheit und die Leitung; oder auch (d) durch die Übernahme von Fabrikbetrieben, wie bei den Werks-Gefängnissen, wo das unternehmerische Hauptinteresse auf die Arbeit des Gefangenen gerichtet ist.<sup>14</sup>

Um Beispiele zu nennen: die Gefängnis-Privatisierung in Großbritannien zeichnete sich anfänglich durch eine geringere Intervention der Unternehmen in die Verwaltung der Strafanstalten aus. Aus diesem Grund war es die Privatisierung der Dienstleistungen, die bei diesem Modell vorherrschte: Es war Aufgabe der Privatinitiative, Dienste wie sie als „Hotelservice“ bekannt waren, wahrzunehmen, einschließlich, *verbi gratia*, der Reinigung, Verpflegung, Kleidung und Unterhaltung.<sup>15</sup> So waren die Dinge Anfang der 90-er-Jahre des 20. Jahrhunderts. Mit der Zeit kam es jedoch zu der Tendenz, das Modell in eine totale Privatisierung umzugestalten, und zwar durch die Schaffung der *Designed, Constructed, Managed and Financed Prisons*

<sup>10</sup> *Nathan*, Privatização da prisão: acontecimentos, temas internacionais e suas implicações para a América Latina, in: Carranza, Cárcere e justiça penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações nas Nações Unidas, 2009, S. 239.

<sup>11</sup> *Minhoto*, Prisões do mercado, in: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, CEDEC, n. 55-56, pp. 133-154, 2002a, S. 139.

<sup>12</sup> *Minhoto*, 2002a, S. 140-141.

<sup>13</sup> *Cordeiro*, 2006, S. 91.

<sup>14</sup> *Araújo Júnior*, Prisões privadas, in: Fascículo de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 5, n. 3, pp. 161-167, jul./ago./set., 1992, S. 91.

<sup>15</sup> *Cordeiro*, 2006, S. 111.

(DCMF Prisons) – vom Privatsektor bestellte, erbaute, verwaltete und finanzierte Strafanstalten. Gegenwärtig existieren in Großbritannien 14 private Gefängnisse, die von Unternehmen wie G4S Justice Services, Serco Custodial Services und Sodexo Justice Services verwaltet werden. Die Laufzeit der Verträge zwischen dem Staat Großbritanniens und diesen Unternehmen lautet auf 25 Jahre. Nach Ablauf dieses Verfallszeitraumes geht das Eigentum des Gebäudes, die Strafanstalt, an die staatliche Behörde von Her Majesty's Prison Service über.

Im Fall der USA sind die Erfahrungen ziemlich heterogen. Sie umfassen die Pacht von Strafanstalten, die gesamte Privatverwaltung solcher Strafanstalten und die Untervertragsnahme bestimmter Dienstleistungen. Die Praxis unterliegt hierbei jeweils den im betreffenden Bundesland vorherrschenden Interessen.

Besonders wo es sich um eine totale Privatisierung handelt ist es interessant, hervorzuheben, dass dieses Modell im Grunde genommen in drei Segmenten Anwendung findet: (1) bei der Verwaltung der „halfwayhouses“ (Durchgangsheimen), Anstalten, die für die Verurteilten reserviert sind, die sich in der Endphase ihres Strafvollzuges befinden; (2) bei für jugendliche Delinquenten bestimmten Institutionen und (3) bei Anstalten, die von illegalen Immigranten besetzt werden.<sup>16</sup> Außer den obengenannten gibt es noch eine andere Möglichkeit, die der französischen Rechtsprechung entstammt und wo der Eingriff des Privatunternehmens in die Strafvollziehung einem Partnerschaftsmodell folgen muss:

In Frankreich erfolgt die Beteiligung der Privatinitiative bei der Gefängnisverwaltung über eine gemeinsame Leitung, ein „Modell der doppelten Verantwortlichkeit“, wo zwischen dem Staat und der Privatperson ein Mitbestimmungsvertrag zur Leitung und Verwaltung der Strafanstalt geschlossen wird. Dies alles in vertraglicher Form mit einer durchschnittlichen Laufzeit von zehn Jahren, wobei die freie Konkurrenz gewährleistet ist. Dem Staat obliegt die Verantwortung für die äußere Sicherheit des Gefängnisses und für die Ernennung des Generaldirektors der Anstalt. Der Privatinitiative obliegt außer der Verantwortung für die interne Sicherheit des Gefängnisses die Organisation aller die Gefangenen betreffenden Aufgaben (Arbeit, Erziehung, Verpflegung, ärztliche und juristische Betreuung, Unterhaltung, usw.).<sup>17</sup>

Diese Mitbestimmungs-Modalität, ein für die Privatisierung in Frankreich typisches Modell, kann leicht mit der Privatisierungsmodalität von Dienstleistungen verwechselt werden, über die oben gesprochen wurde, denn es besteht große Ähnlichkeit zwischen beiden. In vorliegender Studie geht es jedoch um das Verständnis einer differenzierten Modalität der Privatisierung, wenn man bedenkt, dass bei der Mitbestimmung zwischen dem Staat und dem Privatbetrieb eine echte Partnerschaft bei der Verwaltung der Strafanstalt entsteht. Diese Partnerschaft hat strukturellen Charakter, während der Staat bei der Privatisierungsmodalität von Dienstleistungen auch lediglich eine

einzig bestimmte Leistung vertraglich abtreten kann (wie z.B. die Verpflegung) und verwaltungsmäßig keine echte Teilung der Verantwortlichkeit besteht. Bei der Mitbestimmung ist das Privatunternehmen zusammen mit der öffentlichen Behörde für die Verwaltung des Gefängnisses verantwortlich und da es für die Leitung bestimmter Aspekte der Strafanstalt vertraglich haftet, kann es bei schlechter Erfüllung Geldstrafen und Gewinnverlusten ausgesetzt sein. Bei der Privatisierung von Dienstleistungen hingegen wird das Privatunternehmen zur Ausführung ganz bestimmter Leistungen unter Vertrag gestellt, wie z.B. die Lieferung von warmen Mahlzeiten zur Verpflegung der Gefangenen. Im ersten Fall steht die Leitung der Strafanstalt in Händen beider Agenten, also der öffentlichen Behörde und dem Privatunternehmen. Im zweiten Fall bleibt die Leitung ausschließlich in Händen des Staates, der ein Privatunternehmen vertraglich zur Ausführung der einen oder anderen spezifischen Aufgabe verpflichtet. Es wird offensichtlich, dass der Einsatz des Privatsektors bei der Strafvollziehung keiner Homogenität gehorcht was seine typischen Charakteristika anbelangt, und dies ist zu erwarten, wenn man in Betracht zieht, dass jedes Land, in dem diese Lösung angewandt wurde, seine eigene kulturelle Prägung, seine einzigartige Weltanschauung und spezifische Staatspolitik besitzt. Es gibt hinsichtlich der dem Privatunternehmen eingeräumten Freiheiten eine Abstufung, die sich zwischen zwei grundlegenden Polen bewegt: zwischen der simplen Privatisierung der im Kontext der Strafanstalt ausgeführten Dienstleistungen und der allumfassenden Privatisierung der Gefängnisse.

### 3. Brasilianische Modelle der Privatverwaltung

In Brasilien wurde einer der ersten Vorschläge zur Einführung der Privatisierung in das Gefängnisssystem im Januar 1992 im Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) (Nationaler Rat für Kriminal- und Gefängnispolitik CNPCP) gemacht. Der von dessen damaligen Mitarbeiter *Edmundo Oliveira* unterbreitete Vorschlag, der auf Studien von Erfahrungen beruhte, die in Strafanstalten anderer Länder gesammelt worden waren – u.a., wie bereits erwähnt, in den Vereinigten Staaten, England und Frankreich – wurde von der Brasilianischen Anwaltskammer (OAB) in den Präliminarien mittels eines zusammen mit den Richtern und Staatsanwälten erstellten Schriftstückes ausgeschlagen. Es gab also damals geteilte Ansichten über die Durchführbarkeit des Vorschlages.<sup>18</sup> Die OAB fand, der Vorschlag sei zur Weiterentwicklung des nationalen Gefängnisystems nicht geeignet, insbesondere wegen der Unübertragbarkeit der Funktion des Strafvollzugs, der ausschließlich dem Staat obliegt. Außerdem könne diese Lösung einer Ausnützung der Arbeitskraft der Häftlinge dienen und somit deren verfassungsmäßige Rechte verletzen. Nach Ansicht der OAB wäre dieser Fall, da verfassungswidrig, ein unbrauchbarer

<sup>16</sup> *Araújo Júnior*, 1995, S. 97-99.

<sup>17</sup> *Cordeiro*, 2006, S. 109.

<sup>18</sup> *Kühne*, *Privatização dos presídios – algumas reflexões*, *Mundo Jurídico*, März 2002, [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=266](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=266) (abgerufen am 7.9.2013).

Vorschlag und außerdem, historisch gesehen, eine Retrozession.<sup>19</sup> Der CNPCP (Nationaler Rat für Kriminal- und Gefängnispolitik) nahm den Privatisierungsvorschlag schließlich nicht an, da ihm seiner Ansicht nach eine breit gefächerte nationale Debatte von Seiten verschiedener Gesellschaftssegmente vorausgehen müsse.<sup>20</sup>

Ein paar Jahre später – genauer gesagt am 30. November 1999 – wurde, auf Grund einer Initiative des damaligen Bundesabgeordneten *Luis Barbosa* (von der Partei, Partido Progressista – PPB/BR<sup>1</sup>) der Gesetzesentwurf Nr. 2.146/99 unterbreitet, der bezweckte, die Exekutivgewalt gesetzlich zur Privatisierung des nationalen Gefängnis-systems zu ermächtigen.<sup>21</sup> Dieses Projekt erlaubte es den Bundesländern, mit Privatunternehmen Konzessionsverträge zum Bau und zur Nutzung von Strafanstalten zur Vollziehung von definitiven Urteilen zu schließen. Die Bedingung war, dass diese von einem für die Logistik der Installationen verantwortlichen Verwaltungsdirektor geleitet würden, der nicht an den Öffentlichen Dienst gebunden war und über einen Dienstleistungsvertrag arbeitete. Außerdem musste es einen zweiten, aus der Strafvollziehung stammenden Direktor geben, dem die Verantwortung für die Strafverbüßung der Häftlinge obliege und der das Landesministerium für Öffentliche Sicherheit vertreten müsse. Der Vorschlag rechtfertigte sich durch den verheerenden Zustand der brasilianischen Strafanstalten, in denen zu jener Zeit ungefähr hundertachtzigtausend Gefangene untergebracht waren (bei etwas weniger als der Hälfte verfügbarer Plätze – ein Defizit von ca. siebenundneunzigtausend Plätzen). Die Privatisierung wurde als eine mögliche Lösung betrachtet, die dem Häftling zu besseren Lebensbedingungen verhelfen könnte. Als der Vorschlag im April 2000 dem Ermessen des CNPCP (s. oben) unterbreitet wurde, wurde er von dessen Mitglied *Kühne* negativ beurteilt, wobei sich schließlich alle restlichen Ratsmitglieder, welche die Stellungnahme des Sachverständigen verfolgt hatten, dieser Meinung anschlossen. Nach Beurteilung von *Kühne* „ist bekannt, dass der die Würde des Gefangenen betreffende Aspekt einer tiefergehenden Analyse bedarf, doch die Lösung hierfür scheint uns nicht in der Privatisierung zu liegen. (...) . Wir sehen also in der grundlegenden Perspektive dieses in unseren Händen liegenden Falles keine Lösung durch den von unserem verehrten Abgeordneten unterbreiteten Vorschlag. Seine Besorgnis ist lobenswert, doch dem Projekt fehlt im Licht unseres Gesetzeswesens verfassungsmäßig und juristisch gesehen jegliche Grundlage. Letztendlich überträgt man dem Privatwesen den Gewahrsam des Gefangenen, und mit dieser Hypothese kann man nicht einig gehen. (...) scheint uns, dass der vorgeschlagene Entwurf, was das Gesetz zur Strafvollziehung anbelangt, große Einwände auf sich zieht, nicht nur verfassungsmäßig, sondern auch juristisch gesehen, weshalb er nicht Gegenstand unserer Empfehlungen sein dürfte.“<sup>22</sup>

Die Haltung des CNPCP blieb im Zeitraum von 1992 bis

2000 unverändert und im Falle des PL 2.146/99 Initiativ-gesetzesentwurf war sie für die Nichtannahme durch das Abgeordnetenhaus entscheidend. Trotzdem kam es in einigen Bundesländern zur Unterzeichnung von Konzessionsverträgen, die eine Absprache zwischen den öffentlichen und den Privatsektoren bei der Nutzung von Strafanstalten beinhalteten.

#### a) Bundesland Paraná

Pionierin der Privatisierungserfahrungen war in Brasilien die industrielle Strafanstalt Guarapuava (PIG), in Paraná – 1999 während des Regierungsmandats von Gouverneur Jaime Lerner eingeweiht – die eine Art Gemeinschaftsverwaltung (oder Leasing) anwandte wo der Öffentlichen Verwaltung die Kontrolle und Überwachung der Strafanstalt oblag, während das vertraglich verpflichtete Unternehmen (Humanitas – Administração Prisional Privada S/C Ltda.) verantwortlich war für: die Verwaltung und interne Sicherheit der Strafanstalt, wobei ihr alle zu deren einwandfreiem Funktionieren notwendigen Dienstleistungen oblagen, also: Unterbringung, Personalwesen, Instandhaltung, Sicherheit, Verpflegung, Gesundheit, Unterhaltung, psychologischer Dienst, Erziehung und Rechtswesen.<sup>23</sup>

Da es sich um eine industrielle Strafanstalt handelt, gibt es in der Einheit Guarapuava noch eine Fabrik für Polstermöbel und eine weitere für Wäscheklammern und Zahnstocher, wo der Großteil der Häftlinge arbeitet. Dies zeigt, dass die Mitverwaltung einer Privatisierung in hybridem Stil ähnelt, einer Kombination zwischen Privatisierung von Dienstleistungen und industrieller Strafanstalt (Modelle, die früher schon erwähnt wurden). Was die dort installierten Fabriken betrifft, so sind die Vorteile der Nutzung der Arbeitskraft von Gefangenen beträchtlich, da hier keine Personalkosten wie z.B. Ferien, 13. Jahresgehalt und Einbehaltung von FGTS (Sicherstellungsfonds) anfallen.

Im Bundesland Paraná erreichte das Experiment in Guarapuava einen ziemlich hohen Stellenwert, so dass es als Modell für die industrielle Strafanstalt in Cascavel, die Staatliche Strafanstalt von Foz do Iguaçu, die Staatliche Strafanstalt von Piraquara und sogar für andere Gefängnis-Institutionen in Londrina und Curitiba diente. Diese Anstalten wurden zwischen den Jahren 2000 und 2002 eingeweiht.<sup>24</sup> Die Verträge wurden bis zu ihrem Verfallsdatum im Jahr 2006 erfüllt, doch dann entschied sich der damalige Gouverneur des Bundeslandes Paraná, *Roberto Requião*, für die Nichterneuerung, so dass die Gesamtkontrolle über die obengenannten Strafanstalten an die Landesregierung zurückfiel.

#### b) Ceará

Auf das Beispiel von Paraná gestützt, entwickelte das

<sup>19</sup> *Cordeiro*, 2006, S. 113.

<sup>20</sup> *Kühne*, 2013.

<sup>21</sup> *Cordeiro*, 2006, S. 113.

<sup>22</sup> *Kühne*, 2013.

<sup>23</sup> *Cordeiro*, 2006, S. 122.

<sup>24</sup> *Cordeiro*, 2006, S. 123.

Bundesland Ceará ein Projekt, das dem Modell der gemeinschaftlichen Verwaltung entsprach. So wurde kurz nach der Fabrik in Guarapuava, in Sitio Touro, einem 10 km von der Stadt Juazeiro do Norte (CE) entfernten landwirtschaftlichen Gebiet, die industrielle Regional-Strafanstalt Cariri (PIRC) für ca. 550 in Kollektivzellen untergebrachte Inhaftierte eingeweiht. Die Verwaltung dieser Anstalt wurde dem gleichen Unternehmen übertragen, das Guarapuava geleitet hatte (Humanitas, später in die Companhia Nacional de Administração Prisional = CONAP [Nationale Gefängnisverwaltungsstelle] umgewandelt). Innerhalb der Strafanstalt sind vier kleine Industriebetriebe ansässig, zu denen u.a. einer für Schmuckarbeiten und einer für die Reparatur von Wasserstandsmessern gehört.<sup>25</sup> Daraufhin wurden zwei weitere Anstalten im gleichen Bundesland gebaut, die industrielle Strafanstalt in Sobral und das Instituto Presídio (Gefängnis-Institut) Professor *Olavo Oliveira II* (IPPO II), die beide 2002 eingeweiht wurden.<sup>26</sup>

2005 haben die Bundesstaatsanwaltschaft und die brasilianische Anwaltskammer eine offizielle gerichtliche Zivilklage gegen das Bundesland Ceará und gegen das oben genannte Unternehmen eingebracht, das die Leitung aller privaten Strafanstalten innehatte (CONAP), mit der Begründung, dass die Strafvollstreckung und die Verwaltung der Strafanstalten typische zum Staat gehörige Aktivitäten sind und nicht der Privatinitiative übertragen werden dürfen und dass auch die Verträge fehlerhaft seien, da die öffentliche Vergabe dem Staat hohe Kosten verursacht hatte. Die Bundesjustizbehörde beschloss im Juli 2007 die Aufhebung der Verträge, so dass die Verwaltung der betreffenden Strafanstalten wieder an den Staat zurückging. 2010 jedoch nahm das TRF-5 (das 5. Bundes-Regionalgericht) eine sofortige Beschwerde an, welche aktive Unrechtmäßigkeit gegen die Brasilianische Anwaltskammer (OAB) des Bundeslandes Ceará und die Bundesstaatsanwaltschaft vorbrachte sowie Unzuständigkeit der Bundesjustizbehörde, wodurch die Angelegenheit ohne jegliche Diskussion über deren Fundierung gelöscht wurde.

### c) Weitere Bundesländer

Im Laufe des 21. Jahrhunderts wurden in Brasilien weitere Privatisierungsexperimente mit Strafanstalten gemacht; es gab verschiedene Bundesländer, die auf Grund der oben beschriebenen Erfahrungen eine gemeinschaftliche Verwaltung der Strafanstalten begrüßten. Im Bundesstaat Amazonas werden der Gefängnis-Komplex Anísio Jobim und die Gefängnis-Einheit von Puraquequara (für Untersuchungshäftlinge) von einem Privatunternehmen verwaltet; im Bundesland Bahia gingen während des Regierungsmandats von Gouverneur *Paulo Souto* (DEM) von 2003 bis 2007 fünf Gefängnisse zur gemeinschaftlichen Verwaltung über: die Gefängnis-Komplexe von Itabuna,

Juazeiro, Lauro de Freitas, Serrinha und Valença. Letzteres, in dem gleichzeitig Verurteilte und Untersuchungshäftlinge untergebracht sind, zieht besondere Aufmerksamkeit auf sich, denn es ist das erste Experiment einer Gemeinschaftsverwaltung zwischen der öffentlich zuständigen Behörde und der Privatinitiative in diesem Bundesland.<sup>27</sup>

Auch auf der geographischen Achse Süd-Südosten kann man Privatisierungsbeispiele finden: Das Bundesland Espírito Santo verfügt über einige gemeinschaftlich verwaltete Gefängnisse wie die Strafanstalt in Colatina und die Bezirksstrafanstalt von São Mateus, letztere wurde erst 2010 eingeweiht. Im Bundesland Santa Catarina ist die industrielle Strafanstalt Joinville (PIJ) hervorzuheben, die 2005 in Anlehnung an das Modell Guarapuava gegründet wurde und deren Verwaltung von fünf Instanzen betrieben wird, darunter die Verwaltungsfirma Laboral, die für die Unterzeichnung von Verträgen mit Unternehmen verantwortlich ist, die bereit sind, innerhalb der Strafanstalt Werkstätten einzurichten und so die Beschäftigung der Häftlinge zu garantieren.<sup>28</sup>

Man kann eine Tendenz feststellen, dass in Brasilien seit 14 Jahren Versuche im Gang sind, im Bereich der Strafvollziehung öffentlich zuständige Behörden und Privatunternehmen zusammenzuführen.

Seit 2004 erhält diese Tendenz unter bestimmten Voraussetzungen einen gewissen gesetzlichen Rückhalt. Trotz verschiedener Experimente, von denen einige von unterschiedlichen Bundesländern (insbesondere Santa Catarina und Paraná) sogar recht positiv bewertet wurden, weil angeblich der Index an Rückfälligkeit zurückging, weil im Gefängnis das Arbeitsangebot erhöht wurde (was für die gesellschaftliche Wiedereingliederung wesentlich ist), oder auch weil die Infrastruktur besser bewertet wird als die der öffentlichen Strafanstalten, gab es immer auch großen Widerstand hinsichtlich der Einführung dieser Modalität in den Strafbereich, wobei die Brasilianische Anwaltskammer (OAB) und die Nationale Kommission für Kriminal- und Gefängnispolitik (CNPCCP) sich offen gegen die Privatisierung stellten. Aus verschiedenen Gründen sind viele Forscher und Vertreter der Justiz gegen die Einführung der Privatinitiative in den Strafvollzug. Trotzdem hat der Erlass des Gesetzes Nr.11.079/2004 im Dezember jenes Jahres dem Bündnis zwischen öffentlich zuständigen Behörden und Privatunternehmen im Partnerschaftssystem endgültig die Türen geöffnet.

### 4. Die öffentlich-privaten Partnerschaften (PPPs) und das brasilianische Strafmodell

Zunächst muss hervorgehoben werden, dass die öffentlich-privaten Partnerschaften auf dem nationalen Szenarium nicht spezifisch mit Hinsicht auf Angelegenheiten

<sup>25</sup> *Minhoto*, Nota crítica à política penal de privatização de presídios, in: Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, Pelotas, v. 1, n. 1, SS. 13-25, Jan-Dec., 2002b, S. 24.

<sup>26</sup> *Cordeiro*, 2006, S. 125.

<sup>27</sup> *Leal*, A privatização das prisões, in: Maia Neto et al (org.), *Notáveis do Direito Penal: livro em homenagem ao emérito professor René Ariel Dotti*, 2006, S. 110-111.

<sup>28</sup> *Gelinski Neto/Franz*, A crise carcerária e a privatização do sistema prisional, in: Encontro de Catarinense, V, 2011, Florianópolis. Crescimento e sustentabilidade. Florianópolis: UDESC/ESAG, 2011, S. 20-23.

[http://www.apec.unesc.net/V\\_EEC/sesoes\\_tematicas/Temas%20Especiais/](http://www.apec.unesc.net/V_EEC/sesoes_tematicas/Temas%20Especiais/) (abgerufen am 2.10.2013).

des Strafrechtes erscheinen. In Wirklichkeit stellen die PPPs die Verbindung zwischen der Öffentlichen Verwaltung und dem Privatunternehmertum dar, dessen Ziel die Verwirklichung eines für den Staat interessanten Projektes ist, das hohe Investitionsmittel erfordert. Es ist eine interessante Lösung, da sie die Teilung von Risiken und Kosten hinsichtlich der von der Regierung zum Wohl der Gesellschaft auszuführenden Projekte erlaubt und außerdem die gleichzeitige Verwirklichung verschiedener Unternehmungen in kürzeren Zeiträumen ermöglicht. Die PPPs sind Abmachungen, die zwischen Privatunternehmern und dem Staat zur Verwirklichung eines großen Projektes geschlossen werden. Im Großen und Ganzen ist die Privatinitiative für den Bau, die Übergabe und die Leitung des Projektes verantwortlich, während der Staat die Verantwortung für die Rentabilität der Investition trägt. Wenn eine PPP geschlossen wird, bestimmt der Staat den Investitionsgegenstand und stellt eine Parzelle der notwendigen Mittel zur Verfügung. Diese öffentlichen Mittel werden von dem für die Unternehmung verantwortlichen Privatpartner ergänzt. Die Bezahlung des Privatpartners kann durch die Benutzungsberechtigten erfolgen, und auch von Seiten des Staates, sofern die von ersteren bezahlten Gelder nicht zur Erhaltung des Projektes ausreichen.<sup>29</sup>

In technischer Hinsicht führte das Gesetz 11.079/04, das die allgemeinen Normen für öffentlich-private Partnerschaften begründete, zwei neue Arten der öffentlichen Untervertragnahme ein: die behördliche Genehmigung zur Förderung (Art. 2º, § 1º) und die behördliche Genehmigung zur Verwaltung (Art. 2º, § 2º). Die zuerst genannte Modalität bezieht sich auf die Genehmigung von Dienstleistungen oder die eines öffentlichen Werkes, bei dem die Dienstbezüge des Konzessionsnehmers (Privatunternehmen) zusätzlich zu dem von den Benutzungsberechtigten zu zahlenden Tarif (die Häftlinge) eine finanzielle Gegenleistung des öffentlichen Partners (Staat) beinhalten. Nach Ansicht *Gustavo Binenbojms*, gründet sich die wirtschaftliche Rechtfertigung zur Institutionalisierung der PPPs bei der Modalität der behördlichen Genehmigung zu Förderungen auf:

1) die vollständige Erschöpfung der staatlichen Verschuldungskapazität, was die staatliche Investitionskraft drastisch reduziert und zur Inanspruchnahme privater Investitionen führt.

2) die Erschöpfung der finanziellen Mittel des selbsttragenden Öffentlichen Dienstes, wie im Falle der Autobahnen, wenn deren Einnahmen über Mautgebühren die Kosten der Bewirtschaftung und Instandhaltung nicht decken, was eine einfache Konzessionsvergabe ohne Gegenleistung des Staates unmöglich macht.<sup>30</sup> Die behördliche Genehmigung zur Verwaltung bestünde jedoch aus Dienstleistungsverträgen, wo der Öffentliche Dienst selbst direkt oder indirekt Benutzungsberechtigter wäre, auch wenn es sich um die Ausführung von Werken oder die Lieferung

und Installation von Gütern handelt.

Im Übrigen ist es nach Maßgabe des PPPs-Gesetzes verboten, Verträge von einem unterhalb von zwanzig Millionen Reals liegenden Wert (Art. 2º, § 4º, Abschnitt I) oder mit einem Dienstleistungstermin unterhalb von fünf Jahren (Art. 2º, § 4º, Abschnitt II) zu schließen, oder wenn der Vertrag ausschließlich die Bereitstellung von Arbeitskraft, die Lieferung und Installation von Ausrüstungen oder die Ausführung eines öffentlichen Werkes zum Gegenstand hat (Art. 2º, § 4º, Abschnitt III). Unter den Partnerschafts-Richtlinien wird die Effizienz hinsichtlich des vom Staat angestrebten Zweckes und der Verwendung der Geldmittel hervorgehoben (Art. 4º, Abschnitt I), aber auch die hinsichtlich der Wahrung der Interessen und Rechte der Empfänger der Dienstleistung und der mit der Ausführung derselben beauftragten Privatunternehmen (Art. 4º, Abschnitt II), sowie die Unübertragbarkeit der Funktionen der juristischen Regelung, der Ausübung der Polizeigewalt und anderer ausschließlich dem Staat vorbehaltenen Aktivitäten (Art. 4º, Abschnitt III).

Die Modalität eines öffentlichen Vertrages über eine öffentlich-private Partnerschaft zum Bau und zur Erhaltung von Strafanstalten unter Beteiligung von öffentlichem und privatem Kapital, welche uns bei vorliegender Untersuchung am meisten interessiert, ist die behördliche Genehmigung zur Verwaltung, wo die Bezahlung des Privatunternehmers ganz oder teilweise aus der Staatskasse stammt. Die Hypothese einer vollständig aus der Staatskasse stammenden Bezahlung wirft keine weiteren Zweifel auf, da dies die typische Lösung für Arbeitsverträge darstellt. Es wurden Beispiele für den Bau und die Instandhaltung von Strafanstalten gegeben. Die Privatunternehmen würden für das öffentliche Werk unter Vertrag genommen und dann, sobald es funktionsfähig ist, zur Lieferung von Dienstleistungen und Gütern zu dessen Nutzung herangezogen. Ihre Bezahlung würde voll auf Kosten der Staatskasse laufen.<sup>31</sup>

Wie schon früher erwähnt, war die erste, mittels eines behördlichen Genehmigungsvertrages zwecks Verwaltung (PPP) privat entstandene brasilianische Strafanstalt die Einheit I des Gefängnis-Komplexes in Ribeirão das Neves im Bundesstaat Minas Gerais, die am 28. Januar 2013 eingeweiht wurde. Die Regierung von Minas Gerais schloss einen Poolvertrag mit verschiedenen Firmen, um diesen Gefängnis-Komplex entstehen zu lassen, wobei 3.040 Plätze zum ganzheitlichen und teilweisen Freiheitsentzug auf 5 Einheiten aufgeteilt wurden. Der Privatpartner wäre für die interne Überwachung, für Dienstleistungen für die Bedürfnisse der Häftlinge, Instandhaltung und alle weiteren, die Infrastruktur betreffenden Einzelheiten verantwortlich (Technische Zeichnung des architektonischen Projektes, Ausarbeitung der Projekte zur Ausführung, zur Finanzierung und zur Konstruktion der Gebäude, usw.).

<sup>29</sup> *Araújo*, *Parcerias Público-Privadas: breve panorama da Lei Federal nº 11.079 de 30/12/2004*, in: Osório, SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, S. 736-737.

<sup>30</sup> *Binenbojm*, *As parcerias público-privadas e a constituição*, in: *Binenbojm*, *Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres*, 2008, S. 124.

<sup>31</sup> *Justen Filho*, *Curso de direito administrativo*, 5. ed., 2010, S. 786.

Die Staatsverwaltung ihrerseits würde die Verantwortung für die externe und interne Sicherheit übernehmen und die logistische Handhabung der Insassen. Der Vertrag wurde im Juni 2009 unterzeichnet, mit einer Gültigkeitsdauer von 27 Jahren. Es vergingen vier Jahre bis zur Einweihung der ersten der fünf vorgesehenen Einheiten, und dies geschah während des Mandats von Gouverneur *Aécio Neves* (begeisterter PPPs-Anhänger). Die private Investition wird auf ungefähr hundertachtzig Millionen Reais geschätzt.

Sollte die Ausführung des Projektes in Minas Gerais der ganzen Vorausplanung seiner Urheber entsprechen, so werden die Gefängnisinsassen über folgende Dienstleistungen verfügen: interne ärztliche Betreuung (für leichtere Fälle), Grund- und Mittelschulbildung, berufliches Training und Berufsschulkurse, sportliche Freizeitgestaltung und außerdem juristische und psychologische Betreuung. Die Bezüge des Privatpartners wären direkt an die verfügbaren Plätze gebunden und an die bei der Ausführung der Dienstleistungen verzeichneten Ergebnissen, d.h.: an die Zahl von Fluchten und Aufständen, an das schulische Niveau der Gefangenen, an die Anzahl arbeitender Insassen sowie an die Quantität und Qualität des Gesundheitsdienstes und der juristischen und psychologischen Betreuung.

In Übereinstimmung mit der vom Staat Minas Gerais und von dem Verwaltungsunternehmen *Gestores Prisionais Associados S/A – GPA* unterzeichneten behördlichen Genehmigung zur Verwaltung Nr. 336039.54.1338.09 besteht die Bezahlung des Privatpartners aus drei Teilen:

- a) einer monatlichen finanziellen Gegenleistung,
- b) einem jährlich zu leistenden Leistungsanteil und
- c) einem monatlich anfallenden Anteil, der sich auf den Exzellenz-Parameter stützt.

All diese finanziellen Anteile werden auf Grund von zuvor vertraglich festgelegten Formeln errechnet, wobei sich der Wert des vom Privatpartner erhaltenen Betrags auf Grund von Faktoren wie die verfügbaren Freiplätze, die Belegung, das Arbeitsangebot und das Nicht-Auftreten von Problemen (wie Aufstände und Fluchten) verändern kann. In Übereinstimmung mit dem Inhalt des elektronischen Standortes der Regierung von Minas Gerais gewann die GPA die Ausschreibung beim Angebot des Tagesbetrages von 74,63 Reais pro verfügbar gemachtem und besetztem Freiplatz bei ganzzweilicher Haft; der Betrag für verfügbare Freiplätze für teilzeitliche Haft wurde nicht veröffentlicht und auch nicht welche Anzahl an Frei-plätzen für ganzzweiliche Haft vorgesehen sind, doch bei einer einfachen Berechnung belaufen sich die monatlichen Kosten für die Staatskasse pro ganzzweilichem Häftling ohne Einbeziehung eventueller Änderungen aufgrund der vorgenannten Berechnungsformeln auf 2.238,90 Reais, wenn wir unter Beachtung der 3.040 Freiplätze, die im Moment der vollen Funktionsfähigkeit des Gefängnis-komplexes geplant sind (worüber jedoch noch einige Jahre vergehen werden, da sich vier der insgesamt fünf Einheiten noch im Bau befinden), bei voller Besetzung der Plätze damit rechnen, dass wenig mehr als die Hälfte

derselben für Ganzzzeit-Häftlinge bestimmt ist (1.824 Plätze). Damit wird sich der Dienstbezug des Privatpartners auf rund 4.083.753,60 Reais belaufen, wobei sich die jährlichen Ausgaben alleine bei Ganzzzeithäftlingen auf ca. 50 Millionen Reais belaufen. Man kann beim derzeitigen Stand der Entwicklung der PPPs in Minas Gerais nicht genau aussagen, wie hoch die dem Privatpartner geschuldeten Beträge sind. Es wäre korrekter, wenn man diese Information offiziell, direkt vom Landesministerium von Minas Gerais für Öffentliche Sicherheit erhalten würde.

Auch andere brasilianische Bundesländer haben sich für die Einführung der PPPs zum Bau und zur Instandhaltung von Strafanstalten interessiert. Im gleichen Zeitraum, als die Regierung von Minas Gerais den Vertrag über eine behördliche Genehmigung zur Gefängnisverwaltung unterzeichnete, tat das Bundesland Pernambuco desgleichen, und zwar zum Bau des Centro Integrado de Ressocialização [NdT: Integrationszentrum zur gesellschaftlichen Wiedereingliederung] von Itaquitinga. Das Projekt des Komplexes war für eine Kapazität von 3.126 Internen vorgesehen. Der Bau sollte zwischen 2009 und 2011 erfolgen, erlitt jedoch Verzögerungen, u.a. wegen Konkurs des Unternehmens, das dem Pool vorstand. Außer dem Bundesland Pernambuco manifestierten zwischen Ende des Jahres 2011 und Anfang des Jahres 2012 auch Alagoas, Ceará, Goiás e Santa Catarina durch Veröffentlichungen ihr Interesse an dem Verfahren (PMI) für Partnerschafts-Projekte zum Bau, zur Instandhaltung, zur Pflege, Führung und zur Verwaltung von Strafanstalten. Es muss hervorgehoben werden, dass angesichts der Befürwortung öffentlich-privater Partnerschaften von Seiten so vieler Bundesländer im Oberhaus bereits ein Gesetzesentwurf läuft, der die allgemeinen Richtlinien der PPPs für Strafanstalten festlegen soll. Es handelt sich um den Gesetzesentwurf PLS Nr. 513 von 2011, der von Senator *Vicentinho Alves* eingebracht wurde. Es scheint, dass seine Bearbeitung im Senat schon in Kürze zu einer spezifischen gesetzlichen Regelung der Angelegenheit führen wird.

Wie den vorausgehenden Informationen und Beispielen zu entnehmen ist, haben sich die PPPs in kurzer Zeit zu einer echten Alternative bei der Lösung des problematischen Mangels an Strukturen bei der Strafvollziehung in Brasilien entwickelt. Da es sich um eine relativ neue Lösung handelt – die erste Einheit des Gefängnis-komplexes in Minas Gerais wurde erst 2014 eingeweiht – wird eine konkrete Bewertung ihrer positiven und negativen Aspekte erst im Laufe der nächsten Jahre möglich sein, d.h. wenn die Regierung und die Pool-Verwalter der bereits funktionierenden Strafanstalten eine genügend große Datenbank verfügbar machen können.

### III. Kritische Stellungnahmen zur privaten Intervention im Strafsystem

Das Thema der Privatisierung der Anstalten zur Strafvollziehung muss sich natürlich auch mit Kritiken auseinandersetzen. Die Dissertationen verschiedener Autoren tra-

gen widerstreitenden Charakter, doch beiderlei Argumenten, den der Lösung günstigen wie auch den kritisch bewertenden fehlt noch eine konkrete Informationsgrundlage. Sie stützen sich nicht immer auf echte Daten, auf empirische Forschungen, welche faktisch die für eine Einführung der Privatintervention in das Strafsystem sprechenden Vorteile und/oder die demselben innewohnende Ungeeignetheit nachweisen. Bei kritischer Beurteilung werden gewöhnlich die mögliche Unvereinbarkeit mit dem geltenden Gesetzeswesen, sowie ideologische Fragen und auch bestimmte politische Haltungen eingebracht. Die Verteidiger des Privatisierungsprogramms wiederum bringen Argumente vor, die sich auf wirtschaftliche Faktoren konzentrieren: Bei der Partnerschaft mit dem Unternehmertum würden die Leistungen für die Gesellschaft effizienter und kostengünstiger ausfallen.

Ohne Gegenüberstellung der Meinungen kommt es zu keiner Debatte. Es ist unerlässlich, die dem Privatisierungsprogramm günstigen und die ihm entgegenlaufenden Argumente zu verstehen, um an diesem Diskussionsvorschlag auf guter Grundlage teilnehmen zu können. Nach Ansicht von *João Marcello de Araújo Júnior* existieren zum Gedanken einer Privatisierung der Strafanstalten in Brasilien Hindernisse ethischen, juristischen und politischen Charakters. Was die ethischen Hindernisse betrifft, meint dieser Autor:

„Dem ethischen Prinzip der persönlichen Freiheit entspricht verfassungsgemäß die Garantie des Rechtsanspruches auf Freiheit. Diese Garantie anerkennt im Bereich der Rechtsordnung den ethischen Anspruch auf moralische Unvertretbarkeit der Ausübung irgendeiner Art von Gewalt von Seiten eines Menschen über einen anderen, weder über einen Macht- noch über einen Gewaltanspruch. [...] Daher ist der Staat weder unter dem moralischen noch unter dem juristischen Gesichtspunkt dazu befähigt, einer physischen oder einer juristischen Person die Macht zu der ihr übertragenen oder ihr ausschließlich angehörenden Gewalt zu übertragen, [...] da dies einer Verletzung des Rechtes auf Freiheit entspricht.“<sup>32</sup>

Daher könne ein Privatunternehmen nicht die Aufgabe der Bestrafung ausüben, die unter einem ethischen Aspekt dem Staat vorbehalten bleibt und bei der Ausübung dieser Macht von Seiten einer Privatperson über eine andere zur Immoralität wird. Außerdem sei unter dem gleichen Gesichtspunkt die Erzielung irgendeines wirtschaftlichen aus der Arbeit der Sträflinge kommenden Vorteils von Seiten eines Unternehmens oder einer Privatperson untragbar. Nach Ansicht von *João Marcello* hätte sich sogar die ONU gegen eine Privatisierung gestellt, da aus ihren Minimalregeln zur Behandlung von Gefangenen aus dem Jahr 1955 in der Regel Nr. 73.1 eine Bestimmung hervorgeht, nach welcher es vorzuziehen sei, dass industrielle Gefängnisse und Gefängnis-Bauernhöfe von der zuständi-

gen öffentlichen Behörde und nicht von privaten Vertragspartnern zu verwalten seien.<sup>33</sup>

Die juristischen Hindernisse entsprächen der Verfassung und dem Gesetz. Die Verfassungswidrigkeit der Privatisierung liege in der Übertragung, von Seiten des Staates, einer demselben ausschließlich zustehenden Gewalt – der Strafgewalt – und die zweite rechtliche Illegalität beziehe sich auf den gerichtlichen Aspekt der brasilianischen Strafvollziehung. Was die politischen Hindernisse angehe, so seien diese auf die Tatsache gestützt, dass die Wiege der Privatisierung in den USA stand, wo sie sich auf die Idee gründete, das Gefängnis könne die Person ‚reformieren‘, nach dem Gedanken der ‚Ideologie der Behandlung‘, welche sich jedoch als Fiasko entpuppte. Daher bedeutet für *João Marcello* „die Privatisierung von Gefängnissen die Verherrlichung eines Strafanstalts-Modells, das die kriminologische Wissenschaft schon als Misserfolg entlarvt hatte und das außerdem als eine Verletzung der grundlegenden Menschenrechte zu betrachten sei.“<sup>34</sup>

Außer den bereits erwähnten Hindernissen, wird scharfe Kritik an dem Versprechen geübt, diese Modalität bringe der Staatskasse wirtschaftliche Vorteile ein. Nach Aussagen von *David Shapiro* existieren Studien, nach denen Privatgefängnisse keinen finanziellen Gewinn erbringen; sie können keine relevanten Gewinnsummen nachweisen oder kommen den Staat häufig sogar teurer zu stehen als öffentliche Strafanstalten. Nach Angaben des Autors berichtete 2007 das Government Accountability Office (GAO) – eine dem Bundesrechnungshof ähnliche Behörde – dass das Federal Bureau of Prisons keine passenden Daten vorweisen konnte, um zu bestimmen, ob private Bundesstrafanstalten teurer oder billiger seien als die auf dem Bundesgebiet von der öffentlichen Verwaltung betriebenen. Im gleichen Jahr wies eine gezielte Analyse der Universität von Utah nach, dass keinerlei Garantie dafür besteht, dass durch die Privatisierung Kosten gesenkt würden und auch nicht dafür, dass sie die Qualität der Dienstleistungen verbessere. 2010 berichtete der Oberste Rechnungsprüfer des Staates Arizona von einer vom Arizona Department of Corrections ausgeführten Analyse, die angab, es sei kostspieliger, Häftlinge in Privatgefängnissen als in öffentlichen Anstalten unterzubringen. Schließlich brachte der Autor noch vor, dass im September 2011 ein Richter aus Florida durch einen Gerichtsentscheid das Department of Corrections daran hinderte, die Gefängnisse von 18 Bezirken zu privatisieren, und zwar weil keine Vorkehrungen zum Nachweis einer bei Einsatz dieser Maßnahme erreichten effektiven Kostensenkung getroffen worden waren.<sup>35</sup>

Und um nochmals zum wirtschaftlichen Argument zu kommen, so führt *Augusto Thompson* an, dass keinerlei stichhaltigen Beweise dafür existieren, dass das private

<sup>32</sup> *Araújo Júnior*, S. 161-162.

<sup>33</sup> *Idem*, S. 162.

<sup>34</sup> *Idem*, S. 165-166.

<sup>35</sup> *Shapiro*, Banking on bondage: private prisons and mass incarceration (Relatório). Nova Iorque: American Civil Liberties Union, 2011; <https://www.aclu.org/prisoners-rights/banking-bondage-private-prisons-and-mass-incarceration> (abgerufen am 2.12.2013), S. 19-20.

System wirtschaftlich interessanter sei als das öffentliche; so dass die Nachteile des Staates weiterhin bestünden, mit dem Unterschied, dass der Privatsektor den Gewinn einstriche.<sup>36</sup>

Eine große Besorgnis richtet sich auch auf die Ausnützung der Arbeitskraft der Häftlinge in den privaten Strafanstalten. Es wird befürchtet, dass das für die Gefängnisverwaltung verantwortliche Unternehmen, ausschließlich motiviert durch den aus der Tätigkeit gezogenen Gewinn, der Gefängnisarbeit den Charakter einer Sklavenarbeit aufzwingen könne. Nach Ansicht von *Celso Barros Leal* ist dies eines der schärfsten kritischen Argumente, die in den Vereinigten Staaten geäußert werden, wo die Gefängnisinsassen „[...] gezwungen seien, für einen unbedeutenden Lohn Alles zu fabrizieren (von Schuhen und Möbeln bis zu Militärhelmen, Flugzeugteilen und Stromkreisleisten für Computer, und zwar in ‚Hunger-Werkstätten‘).“<sup>37</sup>

Weitere relevante Probleme, die häufig von Gegnern der Privatisierung aufgegriffen werden, beziehen sich auf die Schwierigkeit, private Interessen (erwirtschafteter Gewinn) mit den Interessen des Staates zu vereinbaren was die Strafvollziehung betrifft. Da das Unternehmen auf Gewinn zielt, sei es nicht wirklich um die gesellschaftliche Wiedereingliederung des Häftlings bemüht und es sei nicht wirklich daran interessiert, in die Untervertragnahme und persönliche Qualifizierung seiner Angestellten Geldmittel zu investieren, was dann zu prekären Dienstleistungen führe. Es Sorge sich weniger um die Qualität der Dienstleistungen als um die Kontrolle der Kosten, um eine höhere Gewinnausschüttung zu erreichen, was dann Unzulänglichkeiten bei grundlegenden Aspekten eines Gefängnisses, wie, z. B. bei der Verpflegung, Reinigung und Beleuchtung offenlegen würde.<sup>38</sup>

Schließlich gibt es noch einige ziemlich beunruhigende Argumente, wie das Risiko, dass eine kriminelle Organisation die Kontrolle einer Privatstrafanstalt übernehmen könnte – eine Hypothese, die zumindest als plausibel anzusehen ist – sowie auch das Risiko, dass der in Privatstrafanstalten investierende Unternehmer im Hinblick auf den zu erzielenden Gewinn, der in direktem Verhältnis zu der Besetzung der Anstalten steht, nach einer Erhöhung der Inhaftiertenzahl streben kann: Damit private Gefängnisunternehmen ihre Gewinne aufrecht erhalten können, ist es unerlässlich, dass die Anzahl der Plätze, die von ihnen verwaltet werden, voll belegt bleiben. Daher ist es nicht zu verwundern, dass man sich mit aller Kraft der Schützenhilfe von Lobbyisten bedient, damit der Staat in größerem Umfang zu Inhaftierungen schreitet. Den Beweisen nach scheint es unmöglich, die Gesetzgeber und andere Politiker gegen den Einfluss unternehmerischer Lobbys zu immunisieren, weshalb sich dieses Vorgehen schon auf Grund der existierenden Strafen durchsetzt. Die Unternehmen ziehen langjährige Strafen vor, besonders für nicht gewalttätige, sondern gutmütige und erstmalige Gesetzesbrecher, die billiger sind und die man als Arbeiter mit guter Produktivität leicht manipulieren kann.<sup>39</sup>

#### IV. Schlussfolgerungen

Die Einbeziehung von Privatinteressen in den Bereich des Strafrechtes, oder, besser gesagt, in die Infrastruktur der Strafvollziehung ist keine neue Idee. Wie aufgezeigt wurde, handelt es sich um eine Alternative, die über Jahrhunderte nachgewiesen werden kann, insbesondere in angelsächsischen Ländern, und dies aus unterschiedlichen Gründen.

Historisch gesehen, entstand sie in der Absicht, ganz verschiedenartigen Interessen zu entsprechen, ob es sich nun um Interessen des Staates handelte, der Privatmittel benützte, um seinen Verpflichtungen nachzukommen, ob es sich um das private Interesse an der billigen Arbeitskraft der Verurteilten handelte, oder an der finanziellen Gegenleistung, welche vom Staat für die Dienstleistungen geboten werden könnte. Es kann sogar gesagt werden, dass auch der Häftling selbst ein gewisses Interesse an der Privatisierung haben könnte, sei es wegen des Arbeitsangebotes, um seine Zeit auszufüllen, sei es wegen der Bereitstellung besserer struktureller Bedingungen zur Verbüßung seiner Strafe.

Die Argumente zugunsten der Anwendung dieser Lösung bewegen sich zwischen folgendem: einer wesentlichen Kosteneinsparung von Seiten des Staates, was diesem ermöglicht, in andere grundlegende, die Entwicklung der Gesellschaft fördernde Bereiche zu investieren, wie z.B. städtische Kanalisationsanlagen, Gesundheitswesen, Schulbildung, usw.; die Überlegenheit einer privaten im Vergleich zur öffentlichen Verwaltung, nicht nur was die Infrastruktur anbelangt, sondern auch die Wahrung der Rechte und Garantien des Gefangenen, wie sie das Gesetz zur Strafdurchführung (LEP – Gesetz Nr. 7.210 von 1984), umreißt, d.h. die materielle, schulische, juristische, soziale und religiöse Betreuung; ein umfassendes Angebot an produktiver Arbeit für interessierte Häftlinge und schließlich die den Privatunternehmen eigene größere Schnelligkeit bei der Ausführung von Verbesserungen, da dieselben nicht der bürokratischen Langsamkeit des öffentlichen Dienstes unterworfen sind. Gewöhnlich versichern die Verteidiger der Privatisierung, alle würden davon profitieren: der Staat würde die chaotische Situation seiner Strafvollziehung lösen (wo Überbesetzung der Gefängnisse herrscht und Mangel an Infrastrukturen), die Privatinitiative könne ihre Unternehmensgewinne erhöhen und der Häftling bekomme bessere Voraussetzungen, um seine Strafe in würdiger Weise zu verbüßen, bei gleichzeitiger Wahrung der Rechte, die in der spezifischen Gesetzgebung verankert sind.

Andererseits bringen die Skeptiker hinsichtlich der Idee einer Privatisierung der Strafanstalten folgendes vor: Verletzungen ethischer Natur, da der finanzielle Gewinn des Privatunternehmens aus der Arbeit von Menschen stamme, die zur Verbüßung der von ihnen begangenen Straftat im Gefängnis sitzen und dort ihr Kreuz auf sich nehmen. Außerdem sei es eine Verfassungswidrigkeit, denn der Carta Magna gemäß obliegt die Aufgabe, dem

<sup>36</sup> *Thompson*, Privatização prisional, in: Shecaira, Estudos em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século, 2001, S. 86.

<sup>37</sup> *Leal*, S. 118.

<sup>38</sup> *Idem*, S. 119-121.

<sup>39</sup> *Thompson*, S. 91.

Verurteilten die Verbüßung seiner Strafe aufzuerlegen, ausschließlich dem Staat und ist daher unübertragbar. Auch die Kosteneinsparung von Seiten des Staates sei ein irreführendes Argument, wenn man bedenke, dass in den Ländern, wo die Privatisierung schon längere Zeit angewandt wird – insbesondere in den USA –, keinerlei gut fundierte Nachforschung existiert, die bei der Wahl der Privatisierung finanzielle Vorteile nachweisen könnte (sehr im Gegenteil, wie schon oben argumentiert wurde). Des Weiteren gilt die Kritik dem Mangel an Verantwortlichkeit des Privatsektors hinsichtlich der gesellschaftlichen Wiedereingliederung, sowie auch der Indifferenz, was die Qualität der angebotenen Güter und Dienstleistungen angeht, die auf einem rein unternehmerischen Gesichtspunkt beruhen, wo lediglich die Gewinnabsicht im Vordergrund stehe. Es komme noch die Gefahr hinzu, dass die Gefängnisse unter die Kontrolle von kriminellen Organisationen geländen. Die Privatisierung der Strafanstalten habe sich in Ländern, wo es zu einer weiten Verbreitung derselben kam, zu einem ziemlich einträglichen Geschäft entwickelt und sogar Unternehmen bereichert, die börsengängig sind. Ein weiteres Falschargument bestehe in der Aussage, Häftlinge aus Privatstrafanstalten zeigten eine geringere Rückfälligkeit als aus dem nationalen Index hervorgeht, denn gegenwärtig existiert nicht einmal eine einzige verlässliche Angabe über die Rückfälligkeit bei Privatstrafanstalten im Allgemeinen. Es heißt auch, die Privatisierung könne nicht etwa einen Rückgang, sondern sogar eine Erhöhung der bereits erschreckenden Anzahl Gefangener im brasilianischen Gefängnisssystem verursachen, und zwar weil die Privatunternehmen hauptsächlich auf Grund der zur Verfügung gestellten und belegten Plätze bezahlt werden, wobei es auf Grund eines Interessensspiels zu einer Lobby zwecks Erhöhung der Inhaftierungszahl kommen könne. Die Privatisierung von Strafanstalten sei aufgrund von Argumenten kriminologisch-soziologischer Prägung Teil des Neoliberalismus bei der Intensivierung der auf das Elend angewandten Strafmaßnahmen (Kriminalisierung der Armen), insofern als „(...) der Mangel an sozialem Investment die Notwendigkeit eines Super-Investments in Gefängnisse verursacht, das alleine diese vom Abbau des Versorgungs-Staates herrührenden Verzerrungen auffangen kann“,<sup>40</sup> wobei mit Sicherheit gesagt werden kann, dass wir in Brasilien nicht den Wohlstandsstaat kennen, der in Europa und den Vereinigten Staaten herrscht, weshalb Letzteres vielleicht, wie viele andere emphatische Argumente keine auf unser Land anwendbare Kritik darstellt.

Was ganz spezifisch den Fall des brasilianischen Gefängnisystems angeht, so ist die Situation in Wahrheit völlig chaotisch, so dass Brasilien heute als eines der Länder betrachtet wird, dessen Inhaftiertenzahl in den letzten 20 Jahren am stärksten angestiegen ist (von ca. hunderttausend anfangs der Neunzigerjahre auf ca. fünfhundertfünfzigtausend bis Juni 2013, was einem Anwachsen von ca. 550% entspricht, also mehr als dem Fünffachen). Der Anstieg der Gefangenenzahl verursachte einen totalen Zusammenbruch der Struktur des Gefängnisystems, das

sich schon vorher nicht durch seine Großartigkeit auszeichnete und heute angesichts der Gesamtzahl Gefangener ein Defizit von über zweihunderttausend Plätzen ausweist. Angesichts dieser Realität muss zu irgendeiner Alternative gegriffen werden, damit die Verurteilten bei ohnehin vollkommen ungesunden Lebensverhältnissen nicht auch noch länger einer Verletzung ihrer grundlegenden Menschenrechte ausgesetzt bleiben.

Bei diesen Zuständen darf keine einzige Lösung nur auf Grund rein ideologischer Kriterien verworfen werden. Die Analyse hinsichtlich der Zweckmäßigkeit einer Nutzung der Privatisierungsmodalität von Strafanstalten muss auf freie und verantwortliche Weise erfolgen. Dies bedeutet, den Informationen nachzugehen und eine dem brasilianischen Gesetzeswesen entsprechende Privatisierungsart ausfindig zu machen, die dem Staat, der sie bereits einführte, wirtschaftliche Einsparungen und den Verurteilten würdige Bedingungen verschafft hat.

Nach Wortlaut des gesetzten Rechtes gibt es in der brasilianischen Gesetzgebung weder in der Bundesverfassung noch im Strafvollziehungsrecht ein Verbot zum Einsatz vom Privatsektor verwalteter Strafanstalten. Sollte diese Lösung wenigstens dazu verhelfen, die Situation des nationalen Gefängnisystems zu verbessern, so sollte man für ihre Einführung stimmen. Es muss nach einem Modell gesucht werden, das für den brasilianischen Staat als ideal betrachtet werden kann und wo die Dienstleistungen aus der Nähe überprüft und die vorbestimmten Ziele eingehalten werden.

Es ist offensichtlich, dass die Lösung der Frage in Brasilien nicht nur nach der Einführung einer spezifischen Modalität verlangt. Der Privatisierung von Strafanstalten grünes Licht zu geben kann lediglich als Linderungsmittel dienen. Das Problem der Strafvollziehung in Brasilien ist viel tiefgründiger und komplizierter. Ihre Dysfunktion kann nicht einfach durch den Bau von Strafanstalten behoben werden.

Ideologisch kann man der Zustimmung zur Konfliktlösung über die Nutzung privater Beiträge beim Strafvollzug widersprechend gegenüberstehen und diese von vorne herein als eine den Staat schädigende Option verstehen. Doch sollte man trotzdem, bevor man sie effektiv als für eine Verbesserung des Strafsystems untaugliche Alternative verwirft, unbedingt die bereits auf nationaler wie auf internationaler Ebene gemachten Erfahrungen eingehend durchforschen, um festzustellen, wo und wie man zu einer harmonischen Lösung zwischen einer Kostensenkung für den Staat und guten Voraussetzungen zur Strafverbüßung von Seiten der Verurteilten gekommen ist.

Die Modalität der Privatisierung von Strafanstalten ist in Brasilien bereits eine Realität. Daher besteht die Notwendigkeit, die Ergebnisse der laufenden Experimente (PPPs) zu analysieren, was in den kommenden Jahren möglich sein wird. Sollten die privaten Strafanstalten ihre Versprechungen nicht halten, indem sie sich für die Regierung als zu kostspielig erweisen und die Rechte der Häftlinge nicht

<sup>40</sup> Wacquant, *As prisões da miséria*. trad. André Telles, 2001, S. 139.

fördern, so müssen sie umgehend abgeschafft werden.

Manchmal verursacht die Bestätigung bekannter Tatsachen die Einschränkung einer Debatte, und so scheint es hier: Die Gegenpositionen malen das Schreckgespenst privater Strafanstalten an die Wand und stellen so, wie es meist geschieht, die wichtigen unterbauenden Debatten in den Schatten. Anstatt sich die unbeweisbare Maxime größerer verwaltungsmäßiger Effizienz und finanzielle

Rationalität zu eigen zu machen, sollte man sich mit den Experimenten, mit den Prüfungsberichten des CNPCP und den staatlichen Kommissionen befassen sowie mit denen der verschiedenen Regierungs- oder anderweitigen Instanzen, die mit dem System in Verbindung stehen und so zu einer Diagnose über das Bestehen von Privatkapital beim Strafvollzug kommen. Bisher jedoch konnte keine bedeutende Besserung festgestellt werden.

## ENTSCHEIDUNGEN / ANMERKUNGEN

### BKAG teilweise verfassungswidrig *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09

#### Leitsätze

1. a) Die Ermächtigung des BKA zum Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen (Wohnraumüberwachungen, Online-Durchsuchungen, Telekommunikationsüberwachungen, Telekommunikationsverkehrsdatenerhebungen und Überwachungen außerhalb von Wohnungen mit besonderen Mitteln der Datenerhebung) ist zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus im Grundsatz mit den Grundrechten des GG vereinbar.

b) Die Ausgestaltung solcher Befugnisse muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Befugnisse, die tief in das Privatleben hineinreichen, müssen auf den Schutz oder die Bewehrung hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt sein, setzen voraus, dass eine Gefährdung dieser Rechtsgüter hinreichend konkret absehbar ist, dürfen sich nur unter eingeschränkten Bedingungen auf nicht-verantwortliche Dritte aus dem Umfeld der Zielperson erstrecken, verlangen überwiegend besondere Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung sowie einen Schutz von Berufsgeheimnisträgern, unterliegen Anforderungen an Transparenz, individuellen Rechtsschutz und aufsichtliche Kontrolle und müssen mit Löschungspflichten bezüglich der erhobenen Daten flankiert sein.

2. Anforderungen an die Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener Daten richten sich nach den Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung.

a) Die Reichweite der Zweckbindung richtet sich nach der jeweiligen Ermächtigung für die Datenerhebung; die Datenerhebung bezieht ihren Zweck zunächst aus dem jeweiligen Ermittlungsverfahren.

b) 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. Für Daten aus Wohnraumüberwa-

chungen oder einem Zugriff auf informationstechnische Systeme müssen zusätzlich für jede weitere Nutzung auch die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt sein.

c) Der Gesetzgeber kann darüber hinaus eine Nutzung der Daten auch zu anderen Zwecken als denen der ursprünglichen Datenerhebung erlauben (Zweckänderung).

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. Eine konkretisierte Gefahrenlage wie bei der Datenerhebung ist demgegenüber grundsätzlich nicht erneut zu verlangen; erforderlich aber auch ausreichend ist in der Regel das Vorliegen eines konkreten Ermittlungsansatzes.

Für Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen darf die Verwendung zu einem geänderten Zweck allerdings nur erlaubt werden, wenn auch die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an die Gefahrenlage erfüllt sind.

3. Die Übermittlung von Daten an staatliche Stellen im Ausland unterliegt den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen von Zweckänderung und Zweckbindung. Bei der Beurteilung der neuen Verwendung ist die Eigenständigkeit der anderen Rechtsordnung zu achten. Eine Übermittlung von Daten ins Ausland verlangt eine Vergewisserung darüber, dass ein hinreichend rechtsstaatlicher Umgang mit den Daten im Empfängerstaat zu erwarten ist.

#### Tenor

1. § 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. c des BKAG i.d.F. des Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA vom 25.12.2008 (BGBl I, S. 3083) und i.d.F. späterer Gesetze verstößt gegen Art. 13 Abs. 1 des GG und ist nichtig.

2. § 20v Abs. 6 S. 5 BKAG verstößt gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1, jeweils i.V.m. Art. 19 Abs. 4 des GG, und ist nichtig.

3. § 14 Abs. 1 (ohne S. 1 Nr. 2), § 20g Abs. 1 bis 3, §§ 20h, 20j, 20k, 20l, § 20m Abs. 1, 3, § 20u Abs. 1, 2 und § 20v Abs. 4 S. 2, Abs. 5 S. 1 bis 4 (ohne S. 3 Nr. 2), Abs. 6 S. 3 des BKAG sind nach Maßgabe der Urteilsgründe mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 und 3 – auch i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG – nicht vereinbar.

4. Bis zu einer Neuregelung, längstens jedoch bis zum 30.6.2018 gelten die für mit dem GG unvereinbar erklärten Vorschriften mit der Maßgabe fort, dass Maßnahmen gem. § 20g Abs. 2 Nr. 1, 2 b, 4 und 5 BKAG nur durch ein Gericht angeordnet werden dürfen; bei Gefahr im Verzug gilt § 20g Abs. 3 S. 2 bis 4 BKAG entsprechend.

Maßnahmen gem. § 20g Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 20l Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und § 20m Abs. 1 Nr. 2 BKAG dürfen nur angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen des § 20k Abs. 1 S. 2 BKAG in der in den Urteilsgründen dargelegten verfassungskonformen Auslegung vorliegen.

Eine weitere Verwendung von Daten gem. § 20v Abs. 4 S. 2 BKAG oder eine Übermittlung von Daten gem. § 20v Abs. 5 und § 14 Abs. 1 BKAG betreffend Daten aus Wohnraumüberwachungen (§ 20h BKAG) ist nur bei Vorliegen einer dringenden Gefahr und betreffend Daten aus Online-Durchsuchungen (§ 20k BKAG) nur bei Vorliegen einer im Einzelfall drohenden Gefahr für die jeweils maßgeblichen Rechtsgüter zulässig.

5. Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 4. in dem Verfahren 1 BvR 966/09 hat sich durch seinen Tod erledigt.

6. Im Übrigen werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.

7. Die Bundesrepublik Deutschland hat den Beschwerdeführern ihre notwendigen Auslagen aus dem Verfassungsbeschwerdeverfahren zu erstatten.

## Gründe

- 1 A. I. Die Verfassungsbeschwerden richten sich gegen Regelungen des BKAG, die als Unterabschnitt 3a durch das Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA vom 25.12.2008 (BGBl I, S. 3083) mit Wirkung zum 1.1.2009 eingefügt wurden. Der Bundesgesetzgeber hat so auf der Grundlage des hierfür im Jahre 2006 neu geschaffenen Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG (BGBl I, S. 2034) dem BKA über die bisherigen Aufgaben der Strafverfolgung hinaus die bis dahin allein den Ländern vorbehaltene Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus übertragen. Gegenstand der Verfassungsbeschwerden ist daneben eine bereits zuvor bestehende Regelung des BKAG zur

Übermittlung von Daten ins Ausland, die durch die Aufgabenerweiterung ein weiteres Anwendungsfeld erhält.

- 2 II. Die Verfassungsbeschwerden wenden sich zum einen gegen die Einräumung verschiedener Ermittlungsbefugnisse. Angegriffen ist die Ermächtigung zur Befragung von Personen gem. § 20c BKAG sowie zum Einsatz von besonderen Mitteln der Datenerhebung außerhalb von Wohnungen gem. § 20g Abs. 1 bis 3 BKAG, wozu insbesondere das geheime Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes, die Erstellung von Bildaufnahmen, die Anbringung von Peilsendern und der Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern gehören. Weiter richten sich die Verfassungsbeschwerden gegen die Befugnis zur Durchführung optischer und akustischer Wohnraumüberwachungen gem. § 20h BKAG, zur Rasterfahndung gem. § 20j BKAG, zu Zugriffen auf informationstechnische Systeme gem. § 20k BKAG, zur Überwachung der laufenden Telekommunikation gem. § 20l BKAG sowie zur Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten gem. § 20m Abs. 1, 3 BKAG. Angegriffen sind insoweit auch § 20u BKAG, der den Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen regelt, sowie § 20w BKAG, der die Pflicht zur Benachrichtigung der betroffenen Personen nach Abschluss der Überwachungsmaßnahme anordnet.
- 3 Zum anderen wenden sich die Verfassungsbeschwerden gegen Regelungen zur Datennutzung. Dies betrifft zunächst die Regelung zur Nutzung der nach dem Unterabschnitt 3a des Gesetzes erhobenen Daten gem. § 20v Abs. 4 S. 2 BKAG durch die Behörde selbst. Zur Prüfung gestellt sind des Weiteren die Befugnisse gem. § 20v Abs. 5 BKAG – mit Ausnahme des S. 3 Nr. 2 – zur Übermittlung dieser Daten an andere öffentliche Stellen im Inland. Schließlich richten sich die Angriffe auch gegen § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 und S. 2, Abs. 7 BKAG, der allgemein die Übermittlung von Daten an ausländische Stellen erlaubt. Nicht Gegenstand des Verfahrens ist demgegenüber § 14a BKAG, der daneben eine spezielle Befugnis zur Übermittlung personenbezogener Daten an Mitgliedstaaten der Europäischen Union begründet.
- 4 Die für das Verfahren maßgeblichen Normen lauten: *(wird ausgeführt)*  
[...]
- 86 C. Soweit sich die Verfassungsbeschwerden gegen die Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse richten, sind sie in verschiedener Hinsicht begründet.
- 87 I. In kompetenzrechtlicher Hinsicht sind die angegriffenen Vorschriften indes verfassungsgemäß. *(wird ausgeführt)*  
[...]
- 90 II. Die angegriffenen Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse ermächtigen zu Grundrechtseingriffen, die in Abhängigkeit von dem jeweils betroffenen Grundrecht und dem verschiedenen Eingriffsgewicht

je einzeln am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und am Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit zu messen sind. Ihnen gemeinsam ist allerdings, dass die danach möglichen Eingriffe überwiegend schwer wiegen, mit dem Zweck der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus aber ein legitimes Ziel verfolgen und hierfür auch geeignet und erforderlich sind.

91 1. Die angegriffenen Befugnisse ermächtigen das BKA im Rahmen der Gefahrenabwehr und Straftatenverhütung zur heimlichen Erhebung personenbezogener Daten und begründen – unterschieden je nach der in Frage stehenden Befugnis – Eingriffe in die Grundrechte aus Art. 13 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, letzteres sowohl in seiner Ausprägung als Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als auch als Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

92 Es handelt sich bei all diesen Befugnissen um Rechtsgrundlagen für Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen, die meistens ohne Kenntnis der Betroffenen heimlich durchgeführt werden und dabei tief in die Privatsphäre eingreifen können. Auch wenn hierbei berechnete Vertraulichkeitserwartungen in verschiedenem Umfang berührt werden und das Eingriffsgewicht der Befugnisse sich deutlich unterscheidet, haben sie in aller Regel ein Eingriffsgewicht, das jedenfalls schwer wiegt. Anders liegt es nur bei einzelnen Maßnahmen gem. § 20g Abs. 1, 2 BKAG.

93 2. Die Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse hängt von den sich aus diesen Grundrechten jeweils ergebenden Grenzen und den hierbei für die Befugnisse je einzeln zu ermittelnden Verhältnismäßigkeitsanforderungen ab. Dabei muss die Einräumung dieser Befugnisse aber in allen Fällen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einem legitimen Ziel dienen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein (vgl. BVerfGE 67, 157 [173]; 70, 278 [286]; 104, 337 [347 ff.]; 120, 274 [318 f.]; 125, 260 [316]; st. Rspr).

94 Alle angegriffenen Befugnisse sind zudem am Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit zu messen, der der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger, einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte dient (vgl. BVerfGE 113, 348 [375 ff.]; 120, 378 [407 f.]; 133, 277 [336 Rn. 140]; st. Rspr). Für die hier in Frage stehenden Befugnisse zur heimlichen Datenerhebung und -verarbeitung, die tief in die Privatsphäre hineinwirken können, stellt er besonders strenge Anforderungen. Da ihre Handhabung von den Betroffenen weitgehend nicht wahrgenommen und angegriffen werden kann, kann ihr Gehalt – anders als etwa durch Verwaltungsakt zu vollziehende auslegungsbedürftige Begriffe des Verwaltungsrechts sonst

– nur sehr eingeschränkt im Wechselspiel von Anwendungspraxis und gerichtlicher Kontrolle konkretisiert werden. Im Einzelnen unterscheiden sich hierbei die Anforderungen allerdings maßgeblich nach dem Gewicht des Eingriffs und sind insoweit mit den jeweiligen materiellen Anforderungen der Verhältnismäßigkeit eng verbunden (vgl. BVerfGE 110, 33 [55]; 113, 348 [376]).

95 3. Die angegriffenen Vorschriften dienen einem legitimen Ziel und sind hierfür geeignet und erforderlich.

96 a) Die Befugnisse dienen einem legitimen Ziel. Sie geben dem BKA Aufklärungsmittel an die Hand, mit denen dieses seine neue Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus wahrnehmen soll. Der Begriff des internationalen Terrorismus ist dabei durch die Aufgabenbeschreibung des § 4a Abs. 1 BKAG und dessen Verweis auf § 129a Abs. 1, 2 StGB in enger Anlehnung an den EU-Rahmenbeschl. v. 13.6.2002 und die internationale Begrifflichkeit (ABl. EU Nr. L 164, S. 3; Entwurf einer Allgemeinen Konvention zum internationalen Terrorismus, in: Measures to eliminate international terrorism, Report of the Working Group vom 3.11.2010, UN Doc. A/C.6/65/L.10) definiert und – in Übereinstimmung mit den Vorstellungen des verfassungsändernden Gesetzgebers bei Schaffung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 lit. a GG (vgl. BT-Drs. 16/813, S. 12) – auf spezifisch charakterisierte Straftaten von besonderem Gewicht begrenzt. Straftaten mit dem Gepräge des Terrorismus in diesem Sinne zielen auf eine Destabilisierung des Gemeinwesens und umfassen hierbei in rücksichtsloser Instrumentalisierung anderer Menschen Angriffe auf Leib und Leben beliebiger Dritter. Sie richten sich gegen die Grundpfeiler der verfassungsrechtlichen Ordnung und das Gemeinwesen als Ganzes. Die Bereitstellung von wirksamen Aufklärungsmitteln zu ihrer Abwehr ist ein legitimes Ziel und für die demokratische und freiheitliche Ordnung von großem Gewicht (vgl. BVerfGE 115, 320 [357 f.]; 120, 274 [319]; 133, 277 [333 f. Rn. 133]).

97 b) Die Einräumung der fraglichen Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse ist zur Erreichung dieses Ziels geeignet. Sie geben dem BKA Mittel zur Aufklärung an die Hand, die dazu beitragen können, den Gefahren des internationalen Terrorismus entgegenzutreten. Die verschiedenen Befugnisse sind hierfür jedenfalls im Grundsatz auch erforderlich. Jede Befugnis ermöglicht spezifische Maßnahmen, die jedenfalls nicht immer durch andere ersetzt werden können. Mildere Mittel, die gleichermaßen effektiv ebenso weitgehende Aufklärungsmöglichkeiten zur Abwehr des internationalen Terrorismus ermöglichten, sind nicht ersichtlich. Dies lässt freilich unberührt, dass auch die Anwendung der Befugnisse im Einzelfall dem Grundsatz der Geeignetheit und Erforderlichkeit zu folgen hat.

98 III. Begrenzungen ergeben sich maßgeblich aus den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

(wird ausgeführt)  
[...]

- 145 V. Die angegriffenen polizeirechtlichen Überwachungsbefugnisse genügen den vorstehend dargelegten verfassungsrechtlichen Anforderungen hinsichtlich ihrer jeweiligen Eingriffsvoraussetzungen in verschiedener Hinsicht nicht.
- 146 1. Nur teilweise mit der Verfassung vereinbar ist § 20g Abs. 1 bis 3 BKAG.
- 147 a) § 20g Abs. 1 BKAG erlaubt die Überwachung außerhalb von Wohnungen unter dem Einsatz besonderer, in § 20g Abs. 2 BKAG näher bestimmten Mittel der Datenerhebung. Er ermächtigt das BKA damit zu Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).
- 148 Die Vorschrift ermächtigt demgegenüber nicht auch zu Eingriffen in Art. 10 Abs. 1 GG. Anders als die §§ 20l, 20m BKAG erlauben die in § 20g Abs. 2 BKAG genannten Mittel keine Maßnahmen, die in das Telekommunikationsgeheimnis eingreifen. Sie gestatten auch keine Maßnahmen, die in das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme eingreifen, wie eine Manipulation von solchen Systemen zur Observation. Auch ist die Vorschrift nicht an Art. 13 Abs. 1 GG zu messen. Sie berechtigt allein zur Überwachung außerhalb von Wohnungen (vgl. BT-Drs. 16/9588, S. 23) und setzt damit voraus, dass auf sie gestützte Überwachungsmaßnahmen, wie gegebenenfalls auch technisch sichergestellt werden muss, an der Wohnungstür enden. Die darüber hinausgehenden Befugnisse des § 20g Abs. 4 BKAG sind nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.
- 149 b) Hinsichtlich seines Eingriffsgewichts deckt § 20g Abs. 1, 2 BKAG ein weites Spektrum ab. Es umfasst hierbei auch gravierende Eingriffe.
- 150 Die Vorschrift erlaubt Überwachungen außerhalb von Wohnungen mit den in Abs. 2 genannten Mitteln. Hierzu gehören insbesondere die längerfristige Observation, die Erstellung von heimlichen Bildaufzeichnungen, das Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes, das Nachverfolgen mittels Peilsendern oder der Einsatz von Vertrauenspersonen und Verdeckten Ermittlern.
- 151 Das Eingriffsgewicht dieser Maßnahmen kann sehr unterschiedlich sein. Es reicht von eher geringeren bis mittleren Eingriffen, wie dem Erstellen einzelner Fotos oder der zeitlich begrenzten schlichten Beobachtung, bis zu schweren Eingriffen wie dem langfristige dauerhaften heimlichen Aufzeichnen von Wort und Bild einer Person. Insbesondere wenn diese Maßnahmen gebündelt durchgeführt werden und dabei unter Nutzung moderner Technik darauf zielen, möglichst alle Äußerungen und Bewegungen zu erfassen und bildlich wie akustisch festzuhalten, können sie tief in die Privatsphäre eindringen und ein besonders schweres Eingriffsgewicht erlangen.
- 152 Ebenso wie die Abwendung von anderen gewichtigen Rechtsgutverletzungen oder die Verfolgung von erheblichen Straftaten kann das öffentliche Interesse an einer effektiven Terrorismusabwehr solche Eingriffe jedoch rechtfertigen (s.o. C II 3 a). Vorausgesetzt ist dabei, dass sie verhältnismäßig ausgestaltet sind. Das ist hier allerdings nur teilweise der Fall.
- 153 c) Nicht zu beanstanden ist die an das allgemeine Sicherheitsrecht angelehnte Regelung der Eingriffsvoraussetzungen in § 20g Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BKAG.
- 154 aa) Die Vorschrift begrenzt Überwachungsmaßnahmen auf den Schutz hinreichend gewichtiger Rechtsgüter.
- 155 Dies gilt zunächst insoweit, als sie Maßnahmen zum Schutz des Bestandes oder der Sicherheit des Staates oder von Leib, Leben oder Freiheit einer Person erlaubt. Nichts anderes gilt aber auch, soweit sie Überwachungsmaßnahmen zum Schutz von Sachen von bedeutendem Wert gestattet, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist. Bei verständiger Auslegung kann hierunter nicht schon allein der Schutz von bedeutsamen Sachwerten verstanden werden. Gemeint sind hier im gesetzlichen Zusammenhang mit der Terrorismusabwehr vielmehr etwa wesentliche Infrastruktureinrichtungen oder sonstige Anlagen mit unmittelbarer Bedeutung für das Gemeinwesen (vgl. BVerfGE 133, 277 [365 Rn. 203]).
- 156 Die Eingriffsbefugnisse sind dabei gem. § 20g Abs. 1 Nr. 1 BKAG darüber hinaus weiter dadurch eingeschränkt, dass Maßnahmen zum Schutz der genannten Rechtsgüter nur erlaubt sind, wenn diese durch eine der in § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG genannten Straftaten bedroht sind. Dies ergibt sich schon aus der Aufgabenform des § 4a BKAG selbst, in die die Befugnisse der §§ 20a ff. BKAG eingebunden sind. Die Eingriffsbefugnisse werden so auf die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus begrenzt. Dabei verweist der Gesetzgeber weder lediglich auf einen unbestimmten Begriff des Terrorismus noch pauschal auf § 129a StGB als solchen, sondern bestimmt, dass die Gefahr für die Rechtsgüter von bestimmten, in § 129a StGB einzeln festgelegten und besonders qualifizierten Straftaten ausgehen muss. Die Norm ist so auf den Schutz von besonders gewichtigen Rechtsgütern vor besonders bedrohlichen Angriffen begrenzt. Ungeachtet der Frage, wo diesbezüglich die verfassungsrechtlichen Grenzen für solche Maßnahmen im Allgemeinen – etwa auch für entsprechende Befugnisse nach den Landespolizeigesetzen – liegen, wird damit jedenfalls vorliegend den Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügt.
- 157 Demgegenüber kann die in § 20g Abs. 1 Nr. 1 BKAG erfolgte Bezugnahme auf die in § 20a Abs. 2 BKAG enthaltene Legaldefinition der Gefahr nicht dahingehend verstanden werden, dass § 20a Abs. 2 BKAG die

Begrenzung der Rechtsgüter in § 20g Abs. 1 Nr. 1 BKAG überspielt und schon für sich jede Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Zusammenhang mit Straftaten gem. § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG ausreichen lässt. Zwar konkretisiert § 20a Abs. 2 BKAG den Gefahrenbegriff für alle nachfolgenden Befugnisse hinsichtlich des Erfordernisses der Einzelfallbezogenheit. Er hat bei verständiger und verfassungsrechtlich gebotener Auslegung jedoch nicht die Funktion, die in den Einzelbefugnissen spezifisch begrenzten Anforderungen an den Rechtsgüterschutz aufzuheben.

- 158 bb) § 20g Abs. 1 Nr. 1 BKAG setzt auch einen hinreichend konkretisierten Anlass für die Anordnung der Maßnahmen voraus. Die Vorschrift stellt auf das Vorliegen einer Gefahr ab. Gem. § 20a Abs. 2 BKAG ist hierunter eine „im Einzelfall bestehende Gefahr“ und damit eine konkrete Gefahr i.S.d. allgemeinen Sicherheitsrechts zu verstehen. Angesichts der Konturen, die dieser Begriff durch die fachgerichtliche Rechtsprechung erhalten hat, sind hiergegen unter Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten keine Bedenken zu erheben.
- 159 cc) Keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen weiter gegen die in § 20g Abs. 1 Nr. 1 BKAG vorgenommene Bestimmung der Adressaten der Maßnahmen unter Rückgriff auf §§ 17, 18 und 20 BPolG und damit die Grundsätze der polizeirechtlichen Verantwortlichkeit. Der Gesetzgeber darf auch insoweit auf die Figuren des allgemeinen Sicherheitsrechts zurückgreifen. Ob hierbei im konkreten Kontext der Terrorismusabwehr durch das BKA die Zustandsverantwortlichkeit gem. § 18 BPolG praktisch wirksam werden kann, oder ob die Vorschrift insoweit im Ergebnis leerläuft (vgl. *Bäcker*, Terrorismusabwehr durch das BKA, 2009, S. 75 ff.), ist verfassungsrechtlich unerheblich. Bezogen auf die hier in Frage stehenden Befugnisse des § 20g Abs. 1, 2 BKAG, die weder in Art. 10 Abs. 1 GG noch in die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme noch in Art. 13 Abs. 1 GG eingreifen, ist auch nicht zu beanstanden, dass eine Überwachung gem. § 20 BPolG unter den Voraussetzungen der Notstandspflicht auch gegen den Nichtstörer angeordnet werden darf. Die diesbezüglichen Vorschriften sind eng gefasst und streng auszulegen. Erforderlich ist das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr für die in § 20g Abs. 1 S. 1 BKAG genannten Rechtsgüter, für deren Abwehr die Maßnahme unmittelbar zielführend sein muss. Unter diesen Maßgaben ist eine Inanspruchnahme des Nichtstörers nicht unverhältnismäßig. Insbesondere öffnet sie damit auch keinen Weg, die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Kontaktpersonen zu umgehen.
- 160 dd) Zu unbestimmt oder unverhältnismäßig ist die Vorschrift auch nicht hinsichtlich der in § 20g Abs. 2 BKAG definierten Mittel der Überwachung. Allerdings umfassen diese – ungeachtet ihres unterschiedlichen Eingriffsgewichts im Einzelnen – auch sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe, wie etwa die

Möglichkeit von langfristig angelegten Wort- und Bildaufzeichnungen privater Gespräche und Situationen oder das Ausnutzen von Vertrauen durch Verdeckte Ermittler oder Vertrauenspersonen. Zur Abwehr der in § 20g Abs. 1 Nr. 1 BKAG genannten besonders gewichtigen Gefahren können jedoch auch diese schwerwiegenden Eingriffe – nach Maßgabe einer im Einzelfall vorzunehmenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit – verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

- 161 Keinen Bedenken unterliegt auch die technikoffene Bestimmung der Überwachungsmittel in § 20g Abs. 2 Nr. 2 und 3 BKAG. Der Gesetzgeber ist nicht dazu verpflichtet, die erlaubten Mittel für Überwachungen auf den jeweiligen technischen Stand und Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens zu begrenzen. Soweit die Art der erlaubten Überwachung aus der Norm hinreichend erkennbar ist, kann er in die Ermächtigung auch künftige technische Entwicklungen einbeziehen. Allerdings bleibt die Ermächtigung, wie bei ihrer Auslegung zu beachten ist, auf solche technische Mittel beschränkt, die in ihrer Qualität und in Blick auf das Eingriffsgewicht den bereits bekannten Mitteln entsprechen. Im Übrigen obliegt es dem Gesetzgeber, die technische Entwicklung insoweit aufmerksam zu beobachten und bei Fehlentwicklungen hinsichtlich der konkreten Ausfüllung offener Gesetzesbegriffe korrigierend einzugreifen (vgl. BVerfGE 112, 304 [316 f.]).
- 162 d) Mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht zu vereinbaren ist hingegen § 20g Abs. 1 Nr. 2 BKAG. Die Eingriffsvoraussetzungen genügen weder dem Grundsatz der Bestimmtheit noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.
- 163 aa) § 20g Abs. 1 Nr. 2 BKAG ergänzt die auf die Gefahrenabwehr begrenzte Eingriffsgrundlage des § 20g Abs. 1 Nr. 1 BKAG und soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers schon früher ansetzen und der Straftatenverhütung dienen.
- 164 Nach den oben dargelegten Maßstäben ist der Gesetzgeber hieran nicht grundsätzlich gehindert und zwingt ihn die Verfassung nicht, Sicherheitsmaßnahmen auf die Abwehr von – nach tradiertem Verständnis – konkreten Gefahren zu beschränken. Allerdings bedarf es aber auch bei Maßnahmen zur Straftatenverhütung zumindest einer auf bestimmte Tatsachen und nicht allein auf allgemeine Erfahrungssätze gestützten Prognose, die auf eine konkrete Gefahr bezogen ist. Grundsätzlich gehört hierzu, dass insoweit ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist (vgl. BVerfGE 110, 33 [56 f., 61]; 113, 348 [377 f.]; 120, 274 [328 f.]; 125, 260 [330]). In Bezug auf terroristische Straftaten kann der Gesetzgeber stattdessen aber auch darauf abstellen, ob das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie in überschaubarer Zukunft terroristische Straftaten begeht (s.o. C IV 1 b). Die diesbezüglichen Anforderungen sind normenklar zu regeln.

- 165 bb) Dem genügt § 20g Abs. 1 Nr. 2 BKAG nicht. Zwar knüpft die Vorschrift an eine mögliche Begehung terroristischer Straftaten an. Die diesbezüglichen Prognoseanforderungen sind hierbei jedoch nicht hinreichend gehaltvoll ausgestaltet. Die Vorschrift schließt nicht aus, dass sich die Prognose allein auf allgemeine Erfahrungssätze stützt. Sie enthält weder die Anforderung, dass ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und absehbares Geschehen erkennbar sein muss, noch die alternative Anforderung, dass das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründen muss, dass sie in überschaubarer Zukunft terroristische Straftaten begeht. Damit gibt sie den Behörden und Gerichten keine hinreichend bestimmten Kriterien an die Hand und eröffnet Maßnahmen, die unverhältnismäßig weit sein können.
- 166 e) Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist bei verfassungskonformer Auslegung demgegenüber § 20g Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 20b Abs. 2 Nr. 2 BKAG.
- 167 § 20g Abs. 1 Nr. 3 BKAG erlaubt Maßnahmen auch gegenüber Kontakt- oder Begleitpersonen. Der Begriff der Kontakt- und Begleitpersonen wird dabei in § 20b Abs. 2 Nr. 2 BKAG eingegrenzt und ist bei sachgerechter Auslegung als zusammenfassende Bezeichnung allein der dort genannten Personengruppen zu verstehen.
- 168 In dieser Eingrenzung ist § 20g Abs. 1 Nr. 3 BKAG verfassungsrechtlich tragfähig. Der Gesetzgeber eröffnet hier nicht ins Blaue hinein die Möglichkeit der Überwachung des gesamten Umfelds einer Zielperson, um so – gestützt lediglich auf die Tatsache eines Kontaktes mit dieser – erst herauszufinden, ob sich hierüber weitere Ermittlungsansätze erschließen. Für die Anordnung von Maßnahmen gegenüber Dritten verlangt die Vorschrift vielmehr, dass diese eine besondere, in § 20b Abs. 2 Nr. 2 BKAG näher definierte Tatnähe aufweisen. Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass eines der in § 20b Abs. 2 Nr. 2 BKAG genannten Nähecriteria vorliegt, sind danach eine eigene, in den Gründen der Anordnung darzulegende Voraussetzung für entsprechende Maßnahmen. In dieser Ausgestaltung ist eine Regelung, die Überwachungsmaßnahmen auch gegenüber selbst nicht verantwortlichen Personen erlaubt, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfGE 107, 299 [322 f.]; 113, 348 [380 f.]). Dem entspricht freilich, dass bei der Anwendung der Vorschrift die Voraussetzungen des § 20b Abs. 2 Nr. 2 BKAG nicht ihrerseits aus dem bloßen Kontakt oder der bloßen persönlichen Nähe des Betroffenen zur Zielperson hergeleitet werden können.
- 169 Keine Bedenken sind dabei auch gegen die Merkmale des § 20b Abs. 2 Nr. 2 lit. a bis c BKAG im Einzelnen zu erheben. Freilich dürfen die Merkmale von Verfassung wegen nicht entgrenzend weit verstanden werden, so dass sie jede Person einschließen, die mit der Zielperson im weiten Vorfeld von etwaigen Straftaten in wirtschaftlichem Kontakt steht. Vielmehr begrenzt § 20b Abs. 2 Nr. 2 lit. b BKAG die Vorteilsziehung auf die Verwertung der Tat und damit auf Früchte, die sich gerade aus deren Unrechtsgehalt ergeben, und verlangt auch § 20b Abs. 2 Nr. 2 lit. c BKAG, dass die Instrumentalisierung des Betroffenen in einem engen Konnex zur Tat selbst steht. Liegen diese Voraussetzungen vor, sind entsprechende Anordnungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Dem steht nicht entgegen, dass damit Maßnahmen auch gegen gutgläubige Dritte gerichtet werden können, denen eine Gefahr nicht zugerechnet werden kann. Zwar liegt hierin ein besonders schwerer Eingriff, der jedoch als Inanspruchnahme für überragend wichtige Gemeinwohlinteressen – ähnlich wie Zeugen- oder Notstandspflichten – verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.
- 170 f) Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht in jeder Hinsicht tragfähig sind die verfahrensmäßigen Anforderungen in § 20g Abs. 3 BKAG.
- 171 aa) Keinen Bedenken unterliegt allerdings, dass die Überwachungsmaßnahmen nach dieser Vorschrift zwar jeweils nur für eine vertretbar begrenzte Zeit angeordnet werden dürfen, aber deren Verlängerung nicht durch eine Obergrenze beschränkt wird. Der Gesetzgeber konnte davon ausgehen, dass eine konkretisierte Gefahrenlage, wie sie für die Anordnung oder Verlängerung der Maßnahmen vorausgesetzt ist, in der Regel nicht für einen übermäßig langen Zeitraum vorliegt, so dass eine unverhältnismäßige Dauerüberwachung hierdurch im Allgemeinen nicht droht. Im Übrigen kann eine Begrenzung, auch wenn eine absolute Höchstdauer nicht ausdrücklich bestimmt ist, aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall folgen, da mit zunehmender Dauer der Observationsmaßnahmen der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht immer intensiver wird und auch dazu führen kann, dass eine weitere Verlängerung verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigen ist (vgl. BVerfGE 109, 279 [362]).
- 172 bb) Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten unzureichend ist demgegenüber die Regelung des Richtervorbehalts in § 20g Abs. 3 BKAG.
- 173 § 20g Abs. 3 BKAG sieht einen Richtervorbehalt unmittelbar für die erstmalige Anordnung der Maßnahme nur beim Einsatz Verdeckter Ermittler vor (vgl. § 20g Abs. 3 S. 1 BKAG). In anderen Fällen erlaubt er die erstmalige Anordnung unmittelbar durch das BKA selbst und fordert eine richterliche Entscheidung erst für deren etwaige Verlängerung (§ 20g Abs. 3 S. 8 BKAG). Dies gilt einerseits für das Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes und den Einsatz von Vertrauenspersonen oder Verdeckten Ermittlern (§ 20g Abs. 2 Nr. 2 lit. b, 4 und 5 BKAG) sowie andererseits für längerfristige Observationen (§ 20g Abs. 2 Nr. 1 BKAG), wobei auch die Fälle eingeschlossen sind, in denen diese mittels Bildaufzeichnungen oder dem Einsatz von technischen Mitteln wie Peilsendern (vgl. § 20g Abs. 2 Nr. 2 lit. a, 3 BKAG) durchgeführt werden.
- 174 Diese Regelung genügt den verfassungsrechtlichen

- Anforderungen nur teilweise. Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass für die Anfertigung von Bildaufnahmen sowie für nur kurzfristige Observierungen – auch mittels Bildaufzeichnungen oder technischer Mittel wie Peilsender – ein Richtervorbehalt nicht vorgesehen ist. Bleiben die Überwachungsmaßnahmen in dieser Weise begrenzt, haben sie kein so großes Eingriffsgewicht, dass deren Anordnung durch einen Richter verfassungsrechtlich geboten ist (vgl. strenger für die Observation mittels GPS-Sender *Supreme Court of the United States*, *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 [2012]; zur Überwachung eines Verdächtigen mittels GPS zurückhaltender wiederum *EGMR*, *Uzun v. Deutschland*, Entsch. v. 2.9.2010, Nr. 35623/05, NJW 2011, S. 1333 [1336 f.], zu Art. 8 EMRK). Demgegenüber ist eine unabhängige Kontrolle verfassungsrechtlich aber unverzichtbar, wenn Observierungen i.S.d. § 20g Abs. 2 Nr. 1 BKAG längerfristig – zumal unter Anfertigung von Bildaufzeichnungen oder unter Nutzung besonderer technischer Mittel wie Peilsender – durchgeführt werden, wenn nichtöffentliche Gespräche erfasst oder Vertrauenspersonen eingesetzt werden. Diese Maßnahmen dringen unter Umständen so tief in die Privatsphäre ein, dass deren Anordnung einer unabhängigen Instanz, etwa einem Gericht, vorbehalten bleiben muss. Insoweit reicht es nicht, die Anordnung der Maßnahmen zunächst der Sicherheitsbehörde selbst zu überlassen und die disziplinierende Wirkung wegen des Erfordernisses einer richterlichen Entscheidung erst für deren Verlängerung – möglicherweise auf der Grundlage der so gewonnenen Erkenntnisse – vorzusehen. Soweit für diese Maßnahmen eine erstmalige Anordnung ohne richterliche Entscheidung vorgesehen ist, genügt § 20g BKAG einer verhältnismäßigen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung nicht.
- 175 g) § 20g BKAG genügt schließlich auch insoweit nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, als er keine Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung enthält.
- 176 § 20g BKAG ermächtigt zu Überwachungsmaßnahmen von verschiedener Qualität und Nähe zur Privatsphäre. Indem die Vorschrift dabei aber auch die Erlaubnis zu längerfristigen Bildaufzeichnungen und einem auf eine lange Zeit angelegten Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes umfasst, ermöglicht sie Überwachungsmaßnahmen, die typischerweise tief in die Privatsphäre eindringen können. Zwar handelt es sich bei diesen Maßnahmen immer um eine Überwachung außerhalb von Wohnungen. Das stellt aber nicht in Frage, dass auch insoweit – sei es im Auto, sei es abseits in einem Restaurant, sei es zurückgezogen bei einem Spaziergang – mit einiger Wahrscheinlichkeit höchstvertrauliche Situationen erfasst werden können, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind (vgl. *Poscher*, JZ 2009, S. 269 [271 f.]).
- 177 Die Vorschrift weist demnach hinsichtlich mancher Befugnisse eine Kernbereichsnähe auf, die eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erforderlich macht. Der Gesetzgeber hat hierzu in normenklarer Weise Schutzvorschriften sowohl auf der Ebene der Datenerhebung als auch auf der Ebene der Datenauswertung und Datenverwertung vorzusehen (s.o. C IV 3 c bb, d). An solchen Vorschriften fehlt es, so dass § 20g Abs. 1, 2 BKAG auch insoweit mit der Verfassung nicht zu vereinbaren sind.
- 178 2. § 20h BKAG genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen gleichfalls nur teilweise.
- 179 a) § 20h BKAG erlaubt die akustische und optische Überwachung in Wohnungen. Er greift damit in Art. 13 Abs. 1 GG ein.
- 180 Mit der Befugnis zur Wohnraumüberwachung ermächtigt die Vorschrift zu Grundrechtseingriffen, die besonders schwer wiegen. Sie erlaubt dem Staat auch in Räume einzudringen, die privater Rückzugsort des Einzelnen sind und einen engen Bezug zur Menschenwürde haben (vgl. BVerfGE 109, 279 [313 f.]). Dies schließt, wie sich aus Art. 13 Abs. 3, 4 GG ergibt, Überwachungsmaßnahmen nicht aus. Die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus kann solche Maßnahmen rechtfertigen (s.o. C II 3 a). Sie stehen aber unter besonders strengen Anforderungen, die § 20h BKAG nicht in jeder Hinsicht erfüllt.
- 181 b) Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt § 20h Abs. 1, 2 BKAG allerdings insoweit, als er – in Bezug auf alle möglichen Adressaten übergreifend – die allgemeinen Voraussetzungen der Wohnraumüberwachung regelt.
- 182 aa) Die Vorschrift genügt zunächst insoweit den verfassungsrechtlichen Anforderungen, als sie Maßnahmen auf den Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter beschränkt, dabei das Vorliegen einer dringenden Gefahr erfordert und als Adressaten die Handlungs- und Zustandsverantwortlichen bestimmt.
- 183 § 20h Abs. 1 BKAG erlaubt Wohnraumüberwachungen nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter. Die hier bestimmten Rechtsgüter sind von solchem Gewicht, dass sie auch geeignet sind, eine Wohnraumüberwachung zu rechtfertigen (s.o. C IV 1 a). Das gilt bei einem hier gebotenen engen, auf den Zusammenhang der Terrorismusabwehr bezogenen Verständnis auch für "Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist" (vgl. BVerfGE 133, 277 [365 Rn. 203]).
- 184 bb) In Übereinstimmung mit Art. 13 Abs. 4 GG verlangt die Vorschrift weiter das Vorliegen einer dringenden Gefahr. Zu berücksichtigen sind hierfür sowohl das Ausmaß als auch die Wahrscheinlichkeit des zu erwartenden Schadens (vgl. BVerfGE 130, 1 [32]). An das Vorliegen einer dringenden Gefahr, deren An-

forderungen über die einer konkreten Gefahr noch hinausgehen, sind strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BVerwGE 47, 31 [40]; BGHSt 54, 69 [83 f.]). Damit ist ein unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten hinreichend konkreter Anlass für die Durchführung solcher Maßnahmen gewährleistet (s.o. C IV 1 b).

- 185 cc) Unverhältnismäßig ist die Regelung auch nicht deshalb, weil sie sowohl die akustische als auch die optische Wohnraumüberwachung erlaubt. Dass die Verfassung eine optische Wohnraumüberwachung für Eingriffe zur Gefahrenabwehr nach Art. 13 Abs. 4 GG nicht schon grundsätzlich ausschließt, ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu Art. 13 Abs. 3 GG. Allerdings hat die Verbindung von akustischer und optischer Überwachung ein wesentlich größeres Eingriffsgewicht als etwa nur eine akustische Überwachung und bedarf besonderer Rechtfertigung. Dementsprechend sind die Anforderungen an die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit bei der Anordnung der Maßnahmen für jede der Überwachungsformen eigens und gegebenenfalls auch mit Blick auf deren Verbindung zu prüfen. Dabei reicht es für die zusätzliche Anordnung einer optischen Überwachung regelmäßig nicht, auf bloße Erleichterungen für die Zuordnung von Stimmen zu verweisen, sondern bedarf es gewichtiger, für den Erfolg der Überwachung maßgeblicher eigener Gründe. Diesen Anforderungen kann und muss im Rahmen der Gesetzesanwendung Rechnung getragen werden. § 20h Abs. 1 Nr. 1 und 2 BKAG, der die akustische und die optische Wohnraumüberwachung als eigene und damit auch eigens zu prüfende Überwachungsmaßnahmen ausgestaltet, bietet hierfür eine hinreichende Grundlage.
- 186 c) Teilweise unverhältnismäßig und mit der Verfassung nicht vereinbar ist demgegenüber die Bestimmung der möglichen Adressaten von Wohnraumüberwachungen.
- 187 aa) Keine Bedenken bestehen insoweit freilich gegen § 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. a BKAG, der zur Anordnung von Wohnraumüberwachungen gegen die polizeilich Verantwortlichen nach §§ 17, 18 BPolG als Zielpersonen ermächtigt (s.o. C IV 1 c).
- 188 Nicht zu beanstanden ist gleichfalls, dass § 20h Abs. 2 BKAG dabei die Überwachung solcher Personen nicht nur in deren eigener Wohnung, sondern auch in der Wohnung Dritter erlaubt, wenn sich die Zielperson dort aufhält und Maßnahmen in der Wohnung der Zielperson allein nicht zur Abwehr der Gefahr führen werden. Allerdings hat das *BVerfG* für solche Überwachungsmaßnahmen in Wohnungen Dritter eingrenzende Maßgaben zur Auslegung vorgeschrieben. Es bedarf insoweit eines konkretisierten Verdachts, dass sich die Zielperson zur Zeit der Maßnahme in der Wohnung des Dritten aufhält. Dies ist gegebenenfalls durch andere Maßnahmen, wie eine Observation, sicherzustellen. Nicht auf konkrete Anhaltspunkte gestützte Vermutungen für die Anwesenheit der Zielperson in der Wohnung des Dritten reichen für den Beginn der Maßnahme nicht aus (vgl. BVerfGE 109, 279 [356]). Darüber hinaus muss eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, hierbei verfahrensrelevante Informationen zu gewinnen. Erforderlich sind auch insoweit tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Zielperson in den zu überwachenden Räumlichkeiten im Überwachungszeitraum verfahrensrelevante und im weiteren Verfahren verwertbare Gespräche führen wird. Bloße Vermutungen und eine Überwachung ins Blaue hinein, allein getragen von der Hoffnung auf Erkenntnisse, genügen nicht (vgl. BVerfGE 109, 279 [356 f.]).
- 189 bb) Verfassungsrechtlich tragfähig ist auch § 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. b BKAG, der eine Wohnraumüberwachung gegenüber Personen erlaubt, bei denen konkrete Vorbereitungshandlungen die Annahme der Begehung terroristischer Straftaten rechtfertigen.
- 190 Anders als in § 20g Abs. 1 Nr. 2 BKAG wird hier kein besonders weit ins Gefahrvorfeld vorverlagerter eigener Eingriffstatbestand geschaffen, sondern setzt die Vorschrift – im Einklang mit Art. 13 Abs. 4 GG – eine dringende Gefahr für qualifizierte Rechtsgüter voraus, für deren Abwehr die Überwachung erforderlich sein muss. Darüber hinaus ist auch der Kreis der Adressaten der Maßnahme in dieser Bestimmung hinreichend eingegrenzt: Indem die Vorschrift die Kenntnis von konkreten Vorbereitungshandlungen für – näher qualifizierte – terroristische Straftaten verlangt, setzt sie ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen voraus. Sie stellt damit auf einen den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Anlass für die Durchführung solcher Maßnahmen ab (s.o. C IV 1 b).
- 191 cc) Nicht mit Art. 13 Abs. 1, 4 GG vereinbar ist demgegenüber die Erlaubnis von Wohnraumüberwachungen auch gegenüber Kontakt- und Begleitpersonen (§ 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. c BKAG). Sie ist unverhältnismäßig.
- 192 Die Wohnraumüberwachung ist ein besonders schwerwiegender Eingriff, der tief in die Privatsphäre eindringt. Sie hat ihrer Grundtypik nach eine stärker belastende Wirkung als Überwachungsmaßnahmen außerhalb von Wohnungen oder auch als Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung und findet von ihrem Eingriffsgewicht nur bei Eingriffen in informationstechnische Systeme eine Entsprechung. Deshalb bleibt die Angemessenheit einer solchen Überwachungsmaßnahme nur gewahrt, wenn sie von vornherein ausschließlich auf Gespräche der gefahrenverantwortlichen Zielperson selbst gerichtet ist (vgl. BVerfGE 109, 279 [355]). Eine Erstreckung unmittelbar auf Dritte ist unverhältnismäßig und scheidet für einen solch gravierenden Eingriff aus (s.o. C IV 1 c).
- 193 Unberührt bleibt hiervon, dass, soweit unvermeidbar, durch eine Wohnraumüberwachung in der Wohnung der Zielperson verfassungsrechtlich unbedenklich auch unbeteiligte Dritte erfasst werden dürfen (vgl. § 20h Abs. 2 S. 3 BKAG) und zur Überwachung der

Zielperson, wie dargelegt, sogar Wohnraumüberwachungen in Wohnungen Dritter durchgeführt werden dürfen.

194 d) Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt die Wohnraumüberwachung auch hinsichtlich ihrer verfahrensrechtlichen Ausgestaltung. Insbesondere ist sie durch einen Richter anzuordnen. Wenn das Gesetz dabei die Angabe der "wesentlichen Gründe" verlangt (§ 20h Abs. 4 Nr. 4 BKAG), liegt hierin – wie in den entsprechenden anderen Vorschriften des Gesetzes auch (vgl. § 20k Abs. 6 Nr. 4 BKAG) – keine Zurücknahme der verfassungsrechtlichen Prüfungs- und Begründungspflichten (vgl. BVerfGE 109, 279 [359 f.]), sondern die Betonung, dass alle rechtlich maßgeblichen Gesichtspunkte tragfähig dargelegt werden müssen.

195 Verfassungsrechtlich unbedenklich ist auch das Fehlen einer zeitlichen Obergrenze gegenüber einer wiederholten Anordnung der Wohnraumüberwachung, da eine zeitliche Begrenzung gegebenenfalls einzelfallbezogen aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten herzuleiten ist (vgl. BVerfGE 109, 279 [362]).

196 e) Verfassungsrechtlich unzureichend ist demgegenüber die Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in § 20h Abs. 5 BKAG. Sie genügt den Anforderungen des Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht.

197 aa) Da Wohnraumüberwachungen besonders tief in die Privatsphäre und den persönlichen, zur Wahrung der Menschenwürde besonders wichtigen Rückzugsraum des Einzelnen eindringen können, sind ihnen gegenüber die Anforderungen an den Kernbereichsschutz besonders streng (vgl. BVerfGE 109, 279 [313 ff., 318 ff., 328 ff.]).

198 (1) Besondere Anforderungen gelten zum einen auf der Erhebungsebene. Bei der Prüfung, ob die Wahrscheinlichkeit einer Erfassung höchstprivater Situationen besteht, sind im Interesse der Effektivität des Kernbereichsschutzes Vermutungsregeln zugrunde zu legen (vgl. BVerfGE 109, 279 [320]). Danach gilt die Vermutung, dass Gespräche, die in Privaträumen mit Personen des besonderen persönlichen Vertrauens (s.o. C IV 3 a) geführt werden, dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen und nicht überwacht werden dürfen (vgl. BVerfGE 109, 279 [321 ff.]). Für Räume, in denen solche Gespräche zu erwarten sind, scheidet entsprechend auch eine automatische Dauerüberwachung aus (vgl. BVerfGE 109, 279 [324]). Diese Vermutung kann widerlegt werden, sofern für bestimmte Gespräche konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass sie im Sinne der oben dargelegten Maßstäbe einen unmittelbaren Straftatenbezug – der auch vorliegt, wenn sie mit höchstpersönlichen Inhalten durchsetzt sind – aufweisen oder ihnen insgesamt ein höchstvertraulicher Charakter fehlen wird. Hierfür reicht hingegen nicht schon die Prognose, dass sich in einem Gespräch höchstvertrauliche und alltägliche

Fragen mischen werden (vgl. BVerfGE 109, 279 [330]; s.o. C IV 3 a, d).

199 Besteht danach die Wahrscheinlichkeit, dass eine Überwachungsmaßnahme in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eindringt, ist die Maßnahme zu unterlassen. Fehlen – auch unter Berücksichtigung der Vermutungsregeln – Anhaltspunkte für ein Eindringen in den höchstpersönlichen Privatbereich, dürfen die Maßnahmen demgegenüber durchgeführt werden. Wenn es dabei dennoch zur Erfassung höchstvertraulicher Situationen kommt, sind die Maßnahmen unverzüglich abzubrechen (vgl. BVerfGE 109, 279 [320, 323 f.]). Bestehen in dieser Lage über den höchstvertraulichen Charakter – etwa aus sprachlichen Gründen – Zweifel oder gibt es konkrete Anhaltspunkte, dass im Zusammenhang mit dem Austausch höchstprivater Gedanken auch Straftaten besprochen werden, kann die Überwachung in Form einer automatischen Aufzeichnung fortgeführt werden.

200 (2) Spezifische verfassungsrechtliche Anforderungen ergeben sich zum anderen aber auch auf der Auswertungs- und Verwertungsebene. Hier ist eine Sichtung der Ergebnisse der Überwachung durch eine unabhängige Stelle vorzusehen. Diese Sichtung dient sowohl der Rechtmäßigkeitskontrolle als auch dem Herausfiltern höchstvertraulicher Daten, so dass diese nach Möglichkeit der Sicherheitsbehörde gegenüber nicht offenbar werden. Dabei sind der unabhängigen Stelle Aufzeichnungen aus der Wohnraumüberwachung vollständig vorzulegen (vgl. BVerfGE 109, 279 [333 f.]; anders BVerfGK 11, 164 [178]).

201 Für den Fall, dass ungeachtet aller Schutzvorkehrungen dennoch kernbereichsrelevante Informationen erfasst werden, sind ein Verwertungsverbot und eine Löschungspflicht, einschließlich der Protokollierung der Löschung, vorzusehen (s.o. C IV 3 c bb, d, 7).

202 bb) Hiervon ausgehend genügt § 20h Abs. 5 BKAG zwar den verfassungsrechtlichen Anforderungen auf der Erhebungsebene, nicht aber auf der Verwertungsebene.

203 (1) § 20h Abs. 5 S. 1, 2, 3 und 5 BKAG ordnet der Sache nach an, dass bei Wohnraumüberwachungen eine Prüfung vorzunehmen ist, ob kernbereichsrelevante Informationen erfasst werden. Indem er die Überwachung nur bei der prognosegestützten Annahme erlaubt, dass Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, nicht erfasst werden, und den Abbruch der Maßnahmen vorsieht, wenn es entgegen der Prognose im Zuge der Wohnraumüberwachung Anhaltspunkte dafür gibt, dass es doch zur Erfassung höchstprivater Informationen kommt, genügt die Vorschrift den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Das gilt auch für die Erlaubnis zur automatischen Aufzeichnung nach S. 3, die die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen von S. 1 nicht aufhebt, sondern an die nach S. 2 gebotene Unterbrechung des persönlichen Abhörens und Beobachtens anknüpft. Wenn in § 20h

Abs. 5 S. 1 BKAG kernbereichsrelevante "Äußerungen" unter Schutz gestellt werden, ist dieses sachgerecht so zu verstehen, dass hierunter auch bildlich erfasste entsprechende Situationen fallen können.

- 204 (2) Nicht in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen indes die Regelungen zum Kernbereichsschutz auf der Verwertungsebene. Zwar sieht das Gesetz eine Sichtung von Aufzeichnungen durch ein Gericht vor, jedoch begrenzt es diese Sichtung auf die automatischen Aufzeichnungen in Zweifelsfällen (§ 20h Abs. 5 S. 4 BKAG). Der Gesetzgeber lässt sich insoweit ersichtlich von der Erwägung leiten, dass eine weitere unabhängige Sichtung nicht erforderlich ist, weil die Erfassung von höchstpersönlichen Informationen bei richtiger Gesetzesanwendung auf der Erhebungsstufe durch § 20h Abs. 5 S. 1 und 2 BKAG ausgeschlossen wird. Damit lässt sich eine solche Beschränkung der unabhängigen Sichtung für Aufzeichnungen aus Wohnraumüberwachungen aber nicht rechtfertigen. Denn das Ziel solcher Sichtung liegt nicht allein in dem Herausfiltern von Zweifelsfällen, sondern auch in der Gewährleistung einer unabhängigen Kontrolle der dem Kernbereichsschutz dienenden Anforderungen insgesamt. Dies aber gewährleistet die nur eingeschränkte Kontrollbefugnis des Gerichts gem. § 20h Abs. 5 S. 4 BKAG nicht. Freilich lässt das GG dem Gesetzgeber Raum, bei der Ausgestaltung der im Grundsatz umfassenden Kontrollbefugnis für Ausnahmefälle bei Gefahr im Verzug besondere Regelungen vorzusehen.
- 205 In Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen hat der Gesetzgeber demgegenüber ein Verwertungsverbot sowie die sofortige Löschung, einschließlich deren Protokollierung, für dennoch erfasste höchstpersönliche Daten geregelt. Verfassungswidrig ist jedoch die kurze Frist des § 20h Abs. 5 S. 10 BKAG, innerhalb derer die Lösungsprotokolle zu löschen sind. Diese ist so kurz bemessen, dass während der Aufbewahrungszeit der Lösungsprotokolle typischerweise weder mit einer Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten noch durch die Betroffenen gerechnet werden kann und die Protokollierung der Löschung damit ihren Sinn verliert (vgl. *Bäcker*, a.a.O., S. 88; vgl. hierzu auch BVerfGE 100, 313 [400]; 109, 279 [332 f.]). Weil die Lösungsprotokolle selbst keine die Betroffenen belastenden Daten enthalten, kann diese kurze Frist insbesondere nicht mit deren Schutz gerechtfertigt werden.
- 206 3. Verfassungsrechtlich unbedenklich ist die Regelung der Eingriffsvoraussetzungen der Rasterfahndung gem. § 20j BKAG.
- 207 Die Regelung begründet einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Sie ist hinsichtlich ihrer Eingriffsvoraussetzungen aber hinreichend bestimmt und verhältnismäßig ausgestaltet, so dass der Eingriff gerechtfertigt ist. Insbesondere wird die Rasterfahndung für den Schutz von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern erlaubt (s.o. C IV 1 a, V 1 c aa) und setzt gem. § 20j Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 20a Abs. 2 BKAG eine konkrete Gefahr voraus. Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist insoweit auch das Regelbeispiel in § 20j Abs. 1 S. 1, 2. HS BKAG, mit dem der Gesetzgeber die geforderte Gefahrenlage exemplarisch konkretisiert. Die diesbezüglichen Anforderungen (vgl. BVerfGE 115, 320 [363 ff.]) bleiben hierdurch unberührt. Auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht ist die Regelung verhältnismäßig ausgestaltet, insbesondere verlangt sie die Anordnung durch einen Richter.
- 208 4. § 20k BKAG ist bei verfassungskonformer Auslegung hinsichtlich seiner allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen mit der Verfassung vereinbar. Nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen demgegenüber die Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung.
- 209 a) § 20k Abs. 1 BKAG ermächtigt zu einem Zugriff auf informationstechnische Systeme und erlaubt die geheime Durchführung von Online-Durchsuchungen, mit denen private, von den Betroffenen auf eigenen oder vernetzten fremden Computern (wie etwa der sogenannten Cloud) abgelegte oder hinterlassene Daten erhoben und deren Verhalten im Netz nachvollzogen werden kann. Die Vorschrift begründet damit einen Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).
- 210 Mit dieser eigenständigen Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts trägt die Verfassung der heute weit in die Privatsphäre hineinreichenden Bedeutung der Nutzung informationstechnischer Systeme für die Persönlichkeitsentfaltung Rechnung (vgl. BVerfGE 120, 274 [302 ff.]). Tagebuchartige Aufzeichnungen, intime Erklärungen oder sonstige schriftliche Verkörperungen des höchstpersönlichen Erlebens, Film- oder Tondokumente werden heute zunehmend in Dateiform angelegt, gespeichert und teilweise ausgetauscht. Weite Bereiche auch der höchstpersönlichen Kommunikation finden elektronisch mit Hilfe von Kommunikationsdiensten im Internet oder im Rahmen internetbasierter sozialer Netzwerke statt. Dabei befinden sich die Daten, auf deren Vertraulichkeit die Betroffenen angewiesen sind und auch vertrauen, in weitem Umfang nicht mehr nur auf eigenen informationstechnischen Systemen, sondern auf denen Dritter. Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme schützt dementsprechend vor einem geheimen Zugriff auf diese Daten und damit insbesondere vor Online-Durchsuchungen, mit denen private Computer wie sonstige informationstechnische Systeme manipuliert und ausgelesen, sowie persönliche Daten, die auf externen Servern in einem berechtigten Vertrauen auf Vertraulichkeit ausgelagert sind, erfasst und Bewegungen der Betroffenen im Netz verfolgt werden. Wegen der oft höchstpersönlichen Natur dieser Daten, die sich insbesondere auch aus deren Verknüpfung ergibt, ist ein Eingriff in dieses Grundrecht von besonderer Intensität. Er ist seinem Gewicht nach mit dem Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung

vergleichbar.

- 211 b) Die Anforderungen des § 20k Abs. 1, 2 BKAG für einen Zugriff auf informationstechnische Systeme genügen bei verfassungskonformer Auslegung den verfassungsrechtlichen Anforderungen.
- 212 aa) Eingriffe in das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme stehen allerdings unter strengen Bedingungen (vgl. BVerfGE 120, 274 [322 ff., 326 ff.]). Insbesondere müssen die Maßnahmen davon abhängig sein, dass tatsächliche Anhaltspunkte für eine im Einzelfall drohende konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut vorliegen (vgl. BVerfGE 120, 274 [326, 328]). Dem genügt § 20k Abs. 1 BKAG. Die Vorschrift beschränkt die Maßnahmen auf den Schutz von hinreichend qualifizierten Rechtsgütern. Auch genügt sie den verfassungsrechtlichen Anforderungen insoweit, als sie in S. 1 – i.V.m. § 20a Abs. 2 BKAG – auf das Vorliegen bestimmter Tatsachen abstellt, die die Annahme rechtfertigen, dass eine im Einzelfall bestehende Gefahr vorliegt.
- 213 Einer verfassungskonform einschränkenden Auslegung bedarf allerdings § 20k Abs. 1 S. 2 BKAG. Die in dieser Vorschrift eröffnete Möglichkeit, auch schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr Maßnahmen durchzuführen, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall erst drohende Gefahr einer Begehung terroristischer Straftaten hinweisen, ist dahingehend auszulegen, dass Maßnahmen nur erlaubt sind, wenn die Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, und wenn erkennbar ist, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (vgl. BVerfGE 120, 274 [329]). Ausreichend ist insoweit auch, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten eines Betroffenen eine konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass er solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird (s.o. C IV 1 b).
- 214 Da § 20k Abs. 1 S. 2 BKAG in enger Anlehnung an die Rechtsprechung des *BVerfG* formuliert ist (vgl. BVerfGE 120, 274 [329]), ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber hierauf Bezug nehmen wollte. Die Vorschrift ist damit noch einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich.
- 215 bb) Im Übrigen genügt die Vorschrift hinsichtlich ihrer materiellen Eingriffsvoraussetzungen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Insbesondere regelt § 20k Abs. 2 BKAG, dass die durch den Zugriff bedingten Veränderungen an dem informationstechnischen System zu minimieren, deren Nutzbarkeit durch Dritte zu vermeiden und sie nach Beendigung soweit möglich rückgängig zu machen sind (vgl. hierzu BVerfGE 120, 274 [325 f.]). Dass damit Folgeschäden nicht völlig ausgeschlossen werden können, macht die Maßnahme nicht von vornherein unverhältnismäßig. Zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Einzelfall gehört auch, dass ein offener Zugriff auf die Datenbestände einer Zielperson vor einer heimlichen Infiltration grundsätzlich Vorrang hat.
- 216 c) Keine Bedenken bestehen weiter gegen die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Vorschrift (vgl. § 20k Abs. 5, 6 BKAG). Die Anordnung einer Maßnahme ist nur durch den Richter möglich und dabei sachhaltig zu begründen (vgl. BVerfGE 120, 274 [331 ff.]; s.o. C IV 2). Die mögliche lange Dauer von drei Monaten, für die die Maßnahme angeordnet werden kann, ist verfassungsrechtlich allerdings nur mit der Maßgabe tragfähig, dass es sich hierbei für die jeweilige Anordnung um eine Obergrenze handelt und sich die tatsächliche Dauer der Anordnung nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall richtet.
- 217 d) Nicht in jeder Hinsicht genügen demgegenüber die Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung den verfassungsrechtlichen Anforderungen.
- 218 aa) Da der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme typischerweise die Gefahr einer Erfassung auch höchstvertraulicher Daten in sich trägt und damit eine besondere Kernbereichsnähe aufweist, bedarf es ausdrücklicher gesetzlicher Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (vgl. BVerfGE 120, 274 [335 ff.]). Die diesbezüglichen Anforderungen sind dabei mit denen der Wohnraumüberwachung nicht in jeder Hinsicht identisch und verschieben den Schutz ein Stück weit von der Erhebungsebene auf die nachgelagerte Aus- und Verarbeitungsebene (vgl. BVerfGE 120, 274 [337]). Dies hat seinen Grund in dem spezifischen Charakter des Zugriffs auf informationstechnische Systeme. Schutzmaßnahmen vor Kernbereichsverletzungen zielen hier nicht primär auf die Verhinderung des Erfassens und Festhaltens eines nur flüchtigen, höchstvertraulichen Moments an einem Ort privater Zurückgezogenheit, sondern auf die Verhinderung des Auslesens höchstvertraulicher Informationen aus einem Gesamtdatenbestand von ohnehin digital vorliegenden Informationen, die in ihrer Gesamtheit typischerweise nicht schon als solche den Charakter der Privatheit wie das Verhalten oder die Kommunikation in einer Wohnung aufweisen. Die Überwachung vollzieht sich hier nicht als ein zeitlich gegliedertes Geschehen an verschiedenen Orten, sondern als Zugriff mittels eines Ausforschungsprogramms, sodass – bezogen auf den Zugriff selbst – weitgehend die Alternativen von ganz oder gar nicht bestehen.
- 219 Dementsprechend sind die Anforderungen an den Kernbereichsschutz auf der Erhebungsebene ein Stück weit zurückgenommen. Allerdings ist auch hier vorzusehen, dass die Erhebung von Informationen, die dem

Kernbereich zuzuordnen sind, soweit wie informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich unterbleibt. Insbesondere sind verfügbare informationstechnische Sicherungen einzusetzen; können mit deren Hilfe höchstvertrauliche Informationen aufgespürt und isoliert werden, ist der Zugriff auf diese untersagt (vgl. BVerfGE 120, 274 [338]).

- 220 Können demgegenüber kernbereichsrelevante Daten vor oder bei der Datenerhebung nicht ausgesondert werden, ist ein Zugriff auf das informationstechnische System jedoch auch dann zulässig, wenn hierbei eine Wahrscheinlichkeit besteht, dass am Rande auch höchstpersönliche Daten miterfasst werden. Der Gesetzgeber hat insofern dem Schutzbedarf der Betroffenen durch Sicherungen auf der Aus- und Verwertungsebene Rechnung zu tragen und die Auswirkungen eines solchen Zugriffs zu minimieren. Entscheidende Bedeutung hierfür kommt dabei einer Sichtung durch eine unabhängige Stelle zu, die kernbereichsrelevante Informationen vor ihrer Kenntnisnahme und Nutzung durch das BKA herausfiltert (vgl. BVerfGE 120, 274 [338 f.]).
- 221 bb) Diesen Anforderungen genügt § 20k Abs. 7 BKAG nur teilweise.
- 222 (1) Bei verfassungskonformer Auslegung nicht zu beanstanden sind allerdings die Regelungen auf der Ebene der Datenerhebung. S. 2 der Vorschrift sieht in Einklang mit den genannten Anforderungen vor, dass alle technischen Möglichkeiten zur Vermeidung der Erhebung von kernbereichsrelevanten Informationen zu nutzen sind. Im Übrigen verbietet die Vorschrift den Zugriff auf informationstechnische Systeme dann nur, wenn durch sie "allein" Informationen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst werden. Das ist nach den dargelegten Maßstäben verfassungsrechtlich tragfähig. Hierbei ist die Vorschrift von Verfassungs wegen allerdings so auszulegen, dass eine Kommunikation über Höchstvertrauliches nicht schon deshalb aus dem strikt zu schützenden Kernbereich herausfällt, weil sich in ihr höchstvertrauliche mit alltäglichen Informationen vermischen (vgl. BVerfGE 109, 279 [330]). Die Vorschrift ist insoweit in Einklang mit den verfassungsrechtlichen Schutzanforderungen des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und dem hierbei zugrunde gelegten Begriffsverständnis zu verstehen und anzuwenden (s.o. C IV 3 a, d).
- 223 (2) Demgegenüber fehlt es für die in Rede stehenden Maßnahmen an verfassungsrechtlich hinreichenden Vorkehrungen auf der Ebene des nachgelagerten Kernbereichsschutzes. § 20k Abs. 7 S. 3, 4 BKAG sieht keine hinreichend unabhängige Kontrolle vor.
- 224 Die verfassungsrechtlich gebotene Sichtung durch eine unabhängige Stelle dient neben der Rechtmäßigkeitskontrolle maßgeblich dem Ziel, kernbereichsrelevante Daten so frühzeitig herauszufiltern, dass sie den Sicherheitsbehörden nach Möglichkeit nicht offenbar werden. Dies setzt voraus, dass die Kontrolle im We-

sentlichen von externen, nicht mit Sicherheitsaufgaben betrauten Personen wahrgenommen wird. Hierdurch wird eine – durch gesonderte Verschwiegenheitspflichten abgesicherte – Hinzuziehung auch eines Bediensteten des BKAs zur Gewährleistung von ermittlungsspezifischem Fachverstand nicht ausgeschlossen. Ebenso kann darüber hinaus für die Sichtung auf technische Unterstützung – etwa auch zur Sprachmittlung – durch das BKA zurückgegriffen werden. Die tatsächliche Durchführung und Entscheidungsverantwortung muss jedoch maßgeblich in den Händen von dem BKA gegenüber unabhängigen Personen liegen.

- 225 Das sichert die derzeitige Regelung nicht. Sie überlässt die Sichtung im Wesentlichen Bediensteten des BKA selbst. Dass einer der Bediensteten als behördeninterner Datenschutzbeauftragter weisungsfrei ist, ändert daran ebenso wenig wie die Unterstellung der Sichtung unter eine allgemein bleibende "Sachleitung" des anordnenden Gerichts.
- 226 Demgegenüber stellt § 20k Abs. 7 S. 5 bis 7 BKAG die weiteren auf Verwertungsebene gebotenen Vorkehrungen an einen wirksamen Kernbereichsschutz verfassungsrechtlich tragfähig sicher. Verfassungswidrig ist allerdings auch hier die übermäßig kurze Dauer für die Aufbewahrung der Lösungsprotokolle gem. § 20k Abs. 7 S. 8 BKAG (s.o. C IV 3 d).
- 227 5. Nur teilweise mit der Verfassung zu vereinbaren ist § 20l BKAG.
- 228 a) § 20l BKAG regelt die Telekommunikationsüberwachung und begründet damit Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG. An Art. 10 Abs. 1 GG ist dabei nicht nur § 20l Abs. 1 BKAG zu messen, der die herkömmliche Telekommunikationsüberwachung regelt, sondern auch § 20l Abs. 2 BKAG, der die Quellen-Telekommunikationsüberwachung erlaubt, sofern durch technische Maßnahmen sichergestellt ist, dass ausschließlich laufende Telekommunikation erfasst wird. Zwar setzt diese technisch einen Zugriff auf das entsprechende informationstechnische System voraus. Jedoch erlaubt § 20l Abs. 2 BKAG ausschließlich Überwachungen, die sich auf den laufenden Telekommunikationsvorgang beschränken. Die Vorschrift hat damit lediglich die Aufgabe, den technischen Entwicklungen der Informationstechnik zu folgen und – ohne Zugriff auf weitere inhaltliche Informationen des informationstechnischen Systems – eine Telekommunikationsüberwachung auch dort zu ermöglichen, wo dies mittels der alten Überwachungstechnik nicht mehr möglich ist. Von daher ist sie nicht am Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, sondern an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen (vgl. BVerfGE 120, 274 [309]).
- 229 Eine Überwachung der Telekommunikation begründet Eingriffe, die schwer wiegen (vgl. BVerfGE 113, 348 [382]; 129, 208 [240]). Sie sind jedoch zur Abwehr des internationalen Terrorismus gerechtfertigt (s.o. C II 3

- a), sofern die Eingriffsgrundlagen im Einzelnen verhältnismäßig begrenzt sind. Dies ist durch § 20l BKAG nur teilweise sichergestellt.
- 230 b) § 20l Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BKAG regelt verschiedene Eingriffstatbestände gegenüber verschiedenen Adressaten. Nicht alle genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen.
- 231 Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt freilich auch hier die auf den Schutz qualifizierter Rechtsgüter gerichtete und allein auf die Abwehr dringender Gefahren beschränkte Befugnis zur Überwachung gegenüber den polizeirechtlich Verantwortlichen gem. § 20l Abs. 1 Nr. 1 BKAG.
- 232 Mit der Verfassung nicht zu vereinbaren ist demgegenüber die nicht näher eingeschränkte Erstreckung der Telekommunikationsüberwachung nach § 20l Abs. 1 Nr. 2 BKAG auf Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie terroristische Straftaten vorbereiten. Die Vorschrift, die über die Abwehr einer konkreten Gefahr hinaus die Eingriffsmöglichkeiten mit dem Ziel der Straftatenverhütung vorverlagert, verstößt in ihrer konturenarmen offenen Fassung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und ist unverhältnismäßig weit. Es gelten insoweit die gleichen Erwägungen wie zu § 20g Abs. 1 Nr. 2 BKAG (s.o. C V 1 d). Die geringfügigen Formulierungsunterschiede gegenüber jener Vorschrift begründen keinen substantiellen Unterschied. Dies erhellt auch die Gesetzesbegründung, die den Gehalt des § 20l Abs. 1 Nr. 2 BKAG zum Teil mit den Worten, die der Gesetzgeber in § 20g Abs. 1 Nr. 2 BKAG benutzt, paraphrasiert (vgl. BT-Drs. 16/10121, S. 31). Soweit sich § 20l Abs. 2 BKAG auf diese Vorschrift bezieht, kann nichts anderes gelten.
- 233 Demgegenüber ist die mögliche Erstreckung der Telekommunikationsüberwachung auf Nachrichtenmittler gem. § 20l Abs. 1 Nr. 3 und 4 BKAG bei verfassungskonformer Auslegung mit Art. 10 Abs. 1 GG vereinbar. Die Vorschrift, die in ihrer Formulierung eng an § 100a Abs. 3 StPO angelehnt ist, ist hinreichend auslegungsfähig und genügt den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes. Wie die Regelung zu den Kontakt- und Begleitpersonen in § 20b Abs. 2 Nr. 2 BKAG erlaubt die Vorschrift nicht, Überwachungsmaßnahmen ins Blaue hinein auf alle Personen zu erstrecken, die mit der Zielperson Nachrichten ausgetauscht haben, sondern setzt eigene, in der Anordnung darzulegende Anhaltspunkte voraus, dass der Nachrichtenmittler von der Zielperson in die Tatdurchführung eingebunden wird und somit eine besondere Tat- oder Gefahrennähe aufweist.
- 234 c) Keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegen die zusätzlichen weiteren Voraussetzungen, unter denen § 20l Abs. 2 BKAG subsidiär eine Quellen-Telekommunikationsüberwachung erlaubt. Insbesondere ist die Vorschrift nicht deshalb
- verfassungswidrig, weil sie, wie die Beschwerdeführer meinen, in ihrer Nr. 1 unerfüllbare Anforderungen stellt. Ob oder wie sich durch technische Maßnahmen sicherstellen lässt, dass ausschließlich die laufende Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet wird, betrifft die Anwendung der Norm, nicht aber ihre Gültigkeit. Insoweit ist es nicht Aufgabe des vorliegenden Verfahrens, hierüber eine Klärung herbeizuführen. Das Gesetz lässt jedenfalls keinen Zweifel, dass eine Quellen-Telekommunikationsüberwachung nur bei einer technisch sichergestellten Begrenzung der Überwachung auf die laufende Telekommunikation erlaubt ist. Andernfalls kommt allein ein Vorgehen auf der Grundlage des § 20k Abs. 1 BKAG in Betracht. Sollten zum gegenwärtigen Zeitpunkt diese Anforderungen nicht erfüllbar sein, liefe die Vorschrift folglich bis auf weiteres leer. Auch dies machte sie jedoch nicht widersprüchlich und verfassungswidrig, weil damit nicht ausgeschlossen ist, dass die nötigen technischen Voraussetzungen in absehbarer Zukunft geschaffen werden können. Dabei schließt der für die Quellen-Telekommunikationsüberwachung erforderliche Zugriff auf das informationstechnische System eine Erfüllung dieser Voraussetzungen auch nicht etwa schon begrifflich aus mit der Folge, dass die Vorschrift selbstwidersprüchlich wäre. Denn maßgeblich ist nicht, ob durch eine technisch aufwendige Änderung des Überwachungsprogramms selbst – sei es durch die Behörde, sei es durch Dritte – dessen Begrenzung auf eine Erfassung der laufenden Telekommunikation aufgehoben werden kann, sondern ob das Programm so ausgestaltet ist, dass es – hinreichend abgesichert auch gegenüber Dritten – den mit der Überwachung betrauten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des BKA inhaltlich eine ausschließlich auf die laufenden Kommunikationsinhalte begrenzte Kenntnisnahme ermöglicht.
- 235 d) Verfahrensrechtlich normiert § 20l Abs. 3 BKAG in Einklang mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen einen Richtervorbehalt (vgl. BVerfGE 125, 260 [337 f.]). Es fehlt indes eine gesetzliche Regelung, die – wie verfassungsrechtlich geboten (s.o. C IV 2) – für die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung eine Mitteilung der Gründe verlangt. Dies lässt sich auch nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung überwinden. Denn jedenfalls vor dem Hintergrund, dass das Gesetz in anderen Vorschriften eine Pflicht zur Begründung ausdrücklich anordnet (vgl. § 20g Abs. 3 S. 6, § 20h Abs. 4, § 20k Abs. 6 BKAG), ist seine Deutung, nach der das Absehen von einer Regelung über die Mitteilung der Gründe hier als bewusste Entscheidung zu verstehen ist, nicht hinreichend sicher ausgeschlossen.
- 236 e) Die Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gem. § 20l Abs. 6 BKAG sind mit der Verfassung im Wesentlichen vereinbar.
- 237 aa) Die Telekommunikationsüberwachung ist ein schwerer Eingriff, der eine besondere Kernbereichsnähe aufweist. Als inhaltliche Überwachung jeder Art

von telekommunikationsbasiertem Austausch begründet sie typischerweise die Gefahr, auch höchstprivate Kommunikation, die dem Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung unterliegt, zu erfassen. Insofern bedarf es besonderer gesetzlicher Schutzvorkehrungen (vgl. BVerfGE 113, 348 [390 f.]; 129, 208 [245]).

- 238 Allerdings ist die Telekommunikationsüberwachung ihrem Gesamtcharakter nach nicht in gleicher Weise durch ein Eindringen in die Privatsphäre geprägt wie die Wohnraumüberwachung oder auch die Online-Durchsuchung (vgl. BVerfGE 113, 348 [391]). Sie erfasst Kommunikation aller Art in allen Situationen, die immer technisch vermittelt ist. Höchstvertrauliche Kommunikation ist ein kleiner Teil von ihr, der bei der Überwachung miterfasst zu werden droht, nicht aber – wie die Überwachung des Rückzugsbereichs der privaten Wohnung – typusprägend ist. Sie unterscheidet sich insoweit auch von Online-Durchsuchungen. Denn während diese oft gesamthaft über lange Zeit angesammelte Informationen einschließlich höchstprivater Aufzeichnungen erfassen und dabei unter Umständen durch deren Verknüpfung sowie das Nach- oder Mitverfolgen der Bewegungen im Internet auch geheim gehaltene Schwächen und Neigungen erschließen können, bezieht sich die Telekommunikationsüberwachung auf einzelne Akte unmittelbarer Kommunikation. Ihre Kernbereichsnähe beschränkt sich vor allem darauf, dass sie hierbei auch den höchstpersönlichen Austausch zwischen Vertrauenspersonen umfasst (vgl. BVerfGE 129, 208 [247]).
- 239 Dem kann der Gesetzgeber durch weniger strenge Anforderungen an den Kernbereichsschutz Rechnung tragen. Allerdings ist auch hier auf der Erhebungsstufe eine Prüfung geboten, ob die Wahrscheinlichkeit der Erfassung höchstprivater Gespräche besteht, deren Überwachung gegebenenfalls zu verbieten ist. Können solche nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit identifiziert werden, darf die Überwachung durchgeführt werden – nach Maßgabe einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall auch in Form einer automatischen Dauerüberwachung (vgl. BVerfGE 113, 348 [391 f.]; 129, 208 [245]).
- 240 Für den nachgelagerten Kernbereichsschutz sind zwar Verwertungsverbote und Löschungspflichten einschließlich einer diesbezüglichen Protokollierungspflicht vorzusehen, nicht aber in jedem Fall auch die Sichtung durch eine unabhängige Stelle (vgl. BVerfGE 129, 208 [249]). Der Gesetzgeber kann eine solche Sichtung für die Telekommunikationsüberwachung vielmehr davon abhängig machen, in welchem Ausmaß mit einer etwaigen Erfassung höchstprivater Informationen zu rechnen ist. Dies kann auch in Wechselwirkung mit den Schutzvorkehrungen auf der Ebene der Datenerhebung stehen.
- 241 Der Gesetzgeber hat hierbei nicht unerheblichen Gestaltungsspielraum. So hat das *BVerfG* im Zusammenhang mit einer Regelung, die auf der Stufe der Daten-

erhebung wie vorliegend § 201 Abs. 6 S. 1 BKAG ausgestaltet war, sogar den vollständigen Verzicht auf eine unabhängige Sichtung als verfassungsmäßig beurteilt; es hat dabei freilich das auf der Erhebungsstufe geregelte Verbot von Telekommunikationsüberwachungen bei einem ausschließlichen Kernbereichsbezug sehr streng verstanden und danach eine Telekommunikationsüberwachung immer schon dann als verboten angesehen, wenn den Behörden erkennbar ist, dass es sich um die Kommunikation zwischen Personen des höchstpersönlichen Vertrauens handelt (vgl. BVerfGE 129, 208 [247]). Wenn in dieser Weise die Erfassung kernbereichsrelevanter Gespräche schon bei der Datenerhebung vermieden wird und so Zweifelsfälle weitgehend ausgeschlossen werden, ist eine Sichtung durch eine unabhängige Stelle für die Telekommunikationsüberwachung nicht erforderlich. Ein derart strenger Schutz auf der Erhebungsebene ist verfassungsrechtlich jedoch nicht geboten. Der Gesetzgeber muss nicht für jedes Gespräch zwischen Vertrauenspersonen ein Erhebungsverbot vorsehen, sondern kann dieses von weiteren Voraussetzungen abhängig machen und Widerlegungsmöglichkeiten für die Schutzbedürftigkeit solcher Kommunikation zulassen (s.o. C IV 3 d). Erlaubt der Gesetzgeber in dieser Weise auch die Erhebung von Informationen, für die Zweifel bestehen können, ob sie dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unterfallen, bedarf es für solche Aufzeichnungen dann aber auch der Sichtung durch eine unabhängige Stelle.

- 242 bb) § 201 Abs. 6 BKAG genügt diesen Anforderungen im Wesentlichen.
- 243 (1) § 201 Abs. 6 S. 1 BKAG ordnet der Sache nach an, dass vor einer Telekommunikationsüberwachung im Hinblick auf den Kernbereichsschutz eine Prüfung stattfindet und Maßnahmen zu unterlassen sind, wenn tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, dass allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden. Da auch dieser Vorschrift ein verfassungsrechtliches Begriffsverständnis zugrunde zu legen ist, nach dem Gespräche mit Personen engsten Vertrauens nicht schon dann aus dem strikten Schutz herausfallen, wenn sich in ihnen Höchstpersönliches und Alltägliches vermischt (vgl. BVerfGE 109, 279 [330]), ist hiergegen nichts zu erinnern. In Einklang mit der Verfassung sieht das Gesetz auch vor, dass die Maßnahme abzubrechen ist, wenn höchstvertrauliche Gespräche den überwachenden Personen unmittelbar zur Kenntnis kommen, und begrenzt das Gesetz die Überwachung bei aufkommenden Zweifel auf eine automatische Aufzeichnung, § 201 Abs. 6 S. 2, 3 BKAG.
- 244 Allerdings erlaubt das Gesetz darüber hinaus automatische Aufzeichnungen auch allgemein, also auch, wenn hierbei neben anderen kernbereichsrelevante Gespräche erfasst werden können (vgl. § 201 Abs. 6 S. 2, 1. HS BKAG). In Bezug auf Telekommunikationsüberwachungen ist dies verfassungsrechtlich jedoch noch hinnehmbar. Die diesbezüglichen strengeren Vorgaben der Wohnraumüberwachung (vgl. BVerfGE

- 109, 279 [324]), die ihrem Grundtypus nach eine noch größere Kernbereichsnähe aufweisen, gelten hier nicht. Freilich bedarf die Anordnung einer solchen automatischen Überwachung hinsichtlich ihres zeitlichen und sachlichen Umfangs einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall. Ebenso setzt die mit dieser Regelung in Kauf genommene Erfassung von höchstpersönlichen Informationen wirksame Schutzvorkehrungen auf der Stufe der Aus- und Verwertung voraus.
- 245 (2) Auch diesbezüglich erfüllt die Vorschrift die verfassungsrechtlichen Anforderungen weitgehend. Sie sieht nicht nur die erforderlichen Verwertungsverbote und Löschungspflichten, sondern für automatische Aufzeichnungen auch eine der Datenverwendung vorgelagerte Sichtung durch ein Gericht vor. Dass diese auf automatische Aufzeichnungen und damit die Erfassung von Zweifelsfällen beschränkt ist, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Anders als für die Wohnraumüberwachung kann die unabhängige Sichtung für die Telekommunikationsüberwachung auf Zweifelsfälle beschränkt werden.
- 246 Verfassungswidrig ist demgegenüber auch hier die zu knappe Aufbewahrungsfrist der Lösungsprotokolle gem. § 20l Abs. 6 S. 10 BKAG (s.o. C IV 3 d).
- 247 6. § 20m Abs. 1, 3 BKAG teilt, soweit er sich mit § 20l BKAG deckt, dessen verfassungsrechtliche Mängel und ist insoweit auch seinerseits verfassungswidrig. Darüber hinaus ist die Vorschrift mit der Verfassung vereinbar.
- 248 a) § 20m Abs. 1, 3 BKAG, der die Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten erlaubt, begründet einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis gem. Art. 10 Abs. 1 GG. Dieses schützt nicht nur die Inhalte der Kommunikation, sondern auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs, zu denen insbesondere gehört, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 130, 151 [179]; st. Rspr.).
- 249 Ein Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG durch Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten wiegt, auch wenn hierdurch nicht unmittelbar der Inhalt der Kommunikation erfasst wird, schwer (vgl. BVerfGE 107, 299 [318 ff.]; für die vorsorgliche Speicherung solcher Daten vgl. auch BVerfGE 125, 260 [318 ff.]). Er kann bei verhältnismäßiger Ausgestaltung zur Terrorismusabwehr jedoch gerechtfertigt sein. Wie bei § 20l BKAG ist dies auch hier nicht in jeder Hinsicht der Fall.
- 250 b) Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Vorschrift, deren Eingriffsvoraussetzungen sich mit denen des § 20l Abs. 1, 3 bis 5 BKAG im Wesentlichen decken, gelten die diesbezüglichen Ausführungen entsprechend. Da insoweit Anforderungen verfehlt werden, die sich für eingriffsintensive Ermittlungs- und Überwachungsmaßnahmen schon übergreifend aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergeben (s.o. C IV 1 b, 2), gilt für die Telekommunikationsverkehrsdatenerhebung nichts anderes als für die inhaltliche Überwachung der Telekommunikation.
- 251 Danach ist § 20m Abs. 1 Nr. 2 BKAG mit der Verfassung nicht vereinbar und bedarf § 20m Abs. 1 Nr. 3 und 4 BKAG einer verfassungskonformen Auslegung; auch fehlt es an einer gesetzlichen Pflicht, die Anordnung der Maßnahme sachhaltig zu begründen (s.o. C V 5 b, d).
- 252 Im Übrigen ist § 20m Abs. 1, 3 BKAG mit der Verfassung vereinbar. Soweit er auf § 113a TKG (a.F.) verweist, läuft er leer, da das BVerfG § 113a TKG (a.F.) für nichtig erklärt hat (vgl. BVerfGE 125, 260 [347 ff.]). Die Vorschrift entfaltet insoweit keine Beschwer. Die Neufassung des Telekommunikationsgesetzes durch Gesetz vom 10.12.2015 (BGBl I, S. 2218), dessen § 113a schon vom Regelungsgegenstand nicht identisch ist mit dem des § 113a TKG (a.F.), wird durch den Verweis nicht erfasst und ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt auch § 20m Abs. 3 S. 2 BKAG, der für die Anordnung der Maßnahme Erleichterungen bezüglich der Bezeichnung der zu erhebenden Daten vorsieht; hierdurch bleibt unberührt, dass gem. § 20m Abs. 1 BKAG nur auf einzelne Personen bezogene Datenerhebungen zulässig sind.
- 253 VI. Die angegriffenen Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse sind in verschiedener Hinsicht auch hinsichtlich der weiteren, gleichartig an sie zu stellenden Anforderungen (s.o. C IV 4 bis 7) nicht mit der Verfassung vereinbar. Es fehlt an flankierenden Regelungen, ohne die die Verhältnismäßigkeit dieser Eingriffe nicht gewahrt ist.
- 254 1. Keinen Bedenken unterliegt allerdings, dass das Gesetz keine ausdrückliche Regelung enthält, die mit Blick auf das Zusammenwirken der verschiedenen Befugnisse das Verbot der Rundumüberwachung näher ausformt (s.o. C IV 4). Das Verbot der Rundumüberwachung gilt als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Wahrung eines in der Menschenwürde wurzelnden unverfügbaren Kerns der Person unmittelbar von Verfassungs wegen und ist von den Sicherheitsbehörden im Rahmen ihrer Befugnisse von sich aus zu beachten (vgl. BVerfGE 109, 279 [323]; 112, 304 [319]; 130, 1 [24]; st. Rspr.). Weiterer gesetzlicher Konkretisierung bedarf es insoweit nicht. Soweit es um die hierfür erforderliche Koordination der Befugnisse innerhalb des BKA selbst geht, durfte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass diese angesichts der vergleichsweise übersichtlichen Größe und Strukturen des BKA im Rahmen der Leitungsverantwortung hinreichend gewährleistet ist. Soweit es demge-

genüber um die Abstimmung mit Überwachungsmaßnahmen anderer Behörden geht, ist zu berücksichtigen, dass Beschränkungen des Informationsflusses zwischen den Sicherheitsbehörden auch eine grundrechtsschützende Dimension haben (vgl. BVerfGE 133, 277 [323 Rn. 113]). Es ist deshalb verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Gesetz zur Verhinderung einer Rundumüberwachung auf eine Abstimmung im Rahmen der allgemeinen Vorschriften sowie insbesondere gem. § 4a Abs. 2 BKAG vertraut.

255 2. Nicht in jeder Hinsicht mit den Anforderungen der Verfassung vereinbar ist dagegen die Ausgestaltung des Schutzes von Berufs- und anderen Personengruppen, deren Tätigkeit von Verfassungs wegen eine besondere Vertraulichkeit ihrer Kommunikation voraussetzt.

256 a) Allerdings hat der Gesetzgeber in § 20u BKAG eine Regelung geschaffen, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen diesbezüglich weithin entspricht. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass § 20u Abs. 2 BKAG – in enger Anlehnung an § 160a StPO – die Überwachung von Berufsgeheimnisträgern grundsätzlich nicht strikt, sondern nur nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall ausschließt, und ein strikteres Überwachungsverbot in § 20u Abs. 1 BKAG nur für einen kleinen Personenkreis vorgesehen ist, für den der Gesetzgeber besonderen Schutzbedarf sieht (vgl. BVerfGE 129, 208 [258 ff.]). Bei der nach § 20u Abs. 2 BKAG vorzunehmenden Abwägung sind die Grundrechte der Betroffenen angemessen zu gewichten. Dabei ist die Abwägung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz strukturiert. In Entsprechung zu § 160a Abs. 2 S. 1, 2. Halbs. StPO gebietet die Verfassung insoweit die Vermutung, dass von einem Überwiegen des Interesses des BKA an der Erhebung der Daten in der Regel nicht auszugehen ist, wenn die Maßnahme nicht der Abwehr einer erheblichen Gefahr dient.

257 b) Verfassungsrechtlich nicht tragfähig ist insoweit allerdings die Ausgestaltung des Schutzes der Vertrauensverhältnisse von Rechtsanwälten zu ihren Mandanten. Die vom Gesetzgeber herangezogene Unterscheidung zwischen Strafverteidigern und den in anderen Mandatsverhältnissen tätigen Rechtsanwälten ist als Abgrenzungskriterium für einen unterschiedlichen Schutz schon deshalb ungeeignet, weil die in Frage stehenden Überwachungsmaßnahmen nicht der Strafverfolgung, sondern der Gefahrenabwehr dienen, die Strafverteidigung also hier gerade nicht entscheidend ist.

258 c) Darüber hinaus sind Grundrechtsverletzungen durch § 20u BKAG nicht zu erkennen. Ein Anspruch auf strikteren Schutz ergibt sich insbesondere nicht aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG für Medienvertreter (vgl. BVerfGE 107, 299 [332 f.]). Weitere Grenzen ergeben sich auch nicht aus Art. 3 Abs. 1 GG. Der Gesetzgeber darf die Zuerkennung eines strengeren Schutzes vor Überwachungsmaßnahmen als Ausnahme für spezifische Schutzlagen verstehen, hinsichtlich derer er einen

erheblichen Einschätzungsspielraum hat. Die Anerkennung einer solchen besonderen Schutzbedürftigkeit von Geistlichen und Abgeordneten gegenüber anderen Berufsgruppen wurde durch die Entscheidung des *Zweiten Senats* vom 12.10.2011 als zumindest tragfähig angesehen. Eine Pflicht zur Ausweitung dieses besonders strikten Schutzes auf weitere Gruppen kann hieraus nicht abgeleitet werden (vgl. BVerfGE 129, 208 [258 ff., 263 ff.]). Unberührt bleibt, dass in die für die anderen Berufsgeheimnisträger gebotene Abwägung auch unter Berücksichtigung des Art. 12 Abs. 1 GG die Vertrauensbedürftigkeit der jeweiligen Kommunikationsbeziehungen im jeweiligen Einzelfall maßgeblich einzufließen hat und darüber hinaus eine Überwachung – etwa für psychotherapeutische Gespräche – auch unter dem Gesichtspunkt des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ausgeschlossen sein kann (s.o. C IV 3 a).

259 3. Die Regelungen zur Gewährleistung von Transparenz, Rechtsschutz und aufsichtlicher Kontrolle genügen gleichfalls den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht in jeder Hinsicht.

260 a) Bei sachgerechter Auslegung nicht zu beanstanden ist allerdings die Regelung der Benachrichtigungspflichten in § 20w BKAG. Die in enger Anlehnung an § 101 Abs. 4 bis 6 StPO formulierte Vorschrift genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen (vgl. BVerfGE 129, 208 [250 ff.]).

261 Dies gilt auch für § 20w Abs. 2 S. 1, 2. Halbs. BKAG, der das Absehen von einer Benachrichtigung zur Sicherung des weiteren Einsatzes eines Verdeckten Ermittlers erlaubt. Denn anders als für die Zurückstellung der Benachrichtigung über den Einsatz von Verdeckten Ermittlern im Rahmen einer Wohnraumüberwachung, für die dieser Gesichtspunkt nicht ausreicht (vgl. BVerfGE 109, 279 [366 f.]), geht es bei dieser Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht um den Einsatz von Verdeckten Ermittlern als solchen. Allerdings ist die Vorschrift so auszulegen, dass nicht schon jede bloß abstrakte Möglichkeit einer Beeinträchtigung der weiteren Verwendung der betreffenden Ermittlungsperson ausreicht, um von der Benachrichtigung abzusehen, sondern die Notwendigkeit eines solchen Schutzes für eine absehbare weitere Verwendung der betreffenden Person konkretisierbar sein muss.

262 Verfassungsmäßig ist auch das endgültige Absehen von einer Benachrichtigung nach Ablauf von mindestens fünf Jahren gem. § 20w Abs. 3 S. 5 BKAG. In Übereinstimmung mit der derzeitigen Praxis, wie sie in der mündlichen Verhandlung von Vertretern des BKA geschildert wurde, setzt die Entscheidung über ein endgültiges Absehen von der Benachrichtigung bei verfassungskonformer Auslegung voraus, dass eine weitere Verwendung der Daten gegen den Betroffenen ausgeschlossen ist und die Daten gelöscht werden.

263 b) Auskunftsrechte sowie die Möglichkeit einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle und gegebenenfalls

Wiedergutmachung werden in Bezug auf die angegriffenen Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse gleichfalls in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise gewährleistet.

- 264 Vom Grundsatz her ist ein Auskunftsrecht in § 19 BDSG anerkannt, dessen Anwendbarkeit für das BKAG nach § 37 BKAG nicht ausgeschlossen ist. Dass dabei im Zusammenhang mit Ermittlungen des BKA zur Terrorismusabwehr häufig die Ausnahmetatbestände des § 19 Abs. 4 BDSG greifen dürften, nimmt diesen Rechten in tatsächlicher Hinsicht zwar erheblich an Wirksamkeit, ist aber für eine effektive Aufgabenwahrnehmung unvermeidlich und verfassungsrechtlich hinzunehmen (vgl. BVerfGE 133, 277 [367 f. Rn. 210]).
- 265 Die von der Verfassung geforderte Eröffnung nachträglichen Rechtsschutzes im Falle der unrechtmäßigen Überwachung ergibt sich aus Verwaltungsprozessrecht, hier der Feststellungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklage, für die in solchen Fällen in der Regel ein Feststellungsinteresse anzuerkennen ist (vgl. *Happ*, in: Eyermann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 43 Rn. 34; *Schmidt*, in: Eyermann, a.a.O., § 113 Rn. 87 ff., 93; vgl. hierzu auch BVerfGE 96, 27 [39 f.]); Ansprüche auf Wiedergutmachung lassen sich auf die zivilrechtlichen Grundsätze zur Entschädigungspflicht bei schweren Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht stützen (s.o. C IV 6 c).
- 266 c) Nicht verfassungsrechtlich hinreichend ausgestaltet ist demgegenüber die aufsichtliche Kontrolle (s.o. C IV 6 d). Zwar ist nach den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes eine Kontrolle durch die Bundesdatenschutzbeauftragte eröffnet und verfügt diese insoweit auch über ausreichende Befugnisse (vgl. BVerfGE 133, 277 [370 Rn. 215]). Es fehlt jedoch an einer hinreichenden gesetzlichen Vorgabe zu turnusmäßigen Pflichtkontrollen, deren Abstand ein gewisses Höchstmaß, etwa zwei Jahre, nicht überschreiten darf (vgl. BVerfGE 133, 277 [370 f. Rn. 217]).
- 267 Auch fehlt es an einer umfassenden Protokollierungspflicht, die es ermöglicht, die jeweiligen Überwachungsmaßnahmen sachhaltig zu prüfen (vgl. BVerfGE 133, 277 [370 Rn. 215]). Das Gesetz sieht zwar vereinzelt Protokollierungspflichten vor wie § 20k Abs. 3 BKAG für den Eingriff in informationstechnische Systeme oder § 20w Abs. 2 S. 3 BKAG für die Zurückstellung einer Benachrichtigung. Selbst dort, wo eine Protokollierung der Benachrichtigung vorgesehen ist, bleibt unklar, ob sie sich auch auf die Gründe für das Absehen bezieht. Die Regelungen bleiben jedenfalls punktuell und stellen eine nachträgliche Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen nicht hinreichend sicher. Zwar werden zumindest wichtige Ergebnisse der Datenerhebung auf der Grundlage der allgemeinen Regeln zur Aktenführung dokumentiert. Jedoch ist dies weder umfassend klar noch in Bezug auf die datenschutzrechtlichen Erfordernisse einer wirksamen Kontrolle gesetzlich geregelt. Dies fällt umso

mehr für den Bereich der Gefahrenabwehr ins Gewicht, wo die Aufklärung und Abwehr von Gefahren nicht wie im Strafprozess als Ermittlungsverfahren gegen bestimmte einzelne Personen durchgeführt werden müssen. Es ist insoweit nicht ersichtlich, dass die Nachvollziehbarkeit der Datenerhebung – auch für Betroffene in etwaigen späteren Strafverfahren – sichergestellt ist. Daran ändert die richterliche Anordnung der Maßnahme nichts. Denn aus dieser ergibt sich nur die Erlaubnis zu deren Durchführung, nicht aber, ob und wie hiervon Gebrauch gemacht wurde. Im Übrigen ist anders als für das Strafverfahren in § 100b Abs. 4 S. 2 StPO noch nicht einmal eine Unterrichtung des anordnenden Gerichts über die Ergebnisse der Ermittlungen vorgesehen.

- 268 d) Schließlich fehlt es für eine verhältnismäßige Ausgestaltung der angegriffenen Überwachungsbefugnisse auch an Berichtspflichten gegenüber Parlament und Öffentlichkeit (vgl. BVerfGE 133, 277 [372 Rn. 221 f.]). Weder sieht das Gesetz Berichte darüber vor, in welchem Umfang von den Befugnissen aus Anlass welcher Art von Verdachtslagen Gebrauch gemacht wurde, noch darüber, wieweit die Betroffenen hierüber benachrichtigt wurden. Da sich die Wahrnehmung der in Frage stehenden Befugnisse sowohl dem Betroffenen als auch der Öffentlichkeit weitgehend entzieht, sind solche Berichte zur Ermöglichung einer öffentlichen Diskussion und demokratischen Kontrolle in regelmäßigen Abständen verfassungsrechtlich geboten (s.o. C IV 6 e).
- 269 4. Verfassungsrechtlich nicht in jeder Hinsicht tragfähig ist auch die Regelung zur Löschung der Daten gem. § 20v Abs. 6 BKAG.
- 270 a) Die Grundstruktur der Regelung ist freilich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Daten sind nach Erfüllung des der Datenerhebung zugrundeliegenden Zwecks zu löschen (S. 1). Dies verweist auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze zur Zweckbindung (siehe unten D I). Mit Blick auf eine weitere Verwendung der Daten gem. § 20v Abs. 4 S. 2 BKAG kommt danach bei verfassungskonformer Auslegung ein Absehen von einer Löschung über den unmittelbaren Anlassfall hinaus nur insoweit in Betracht, als sich aus ihnen konkrete Ermittlungsansätze für die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus ergeben. Die Löschung ist aktenkundig zu machen (S. 2). Die Löschung kann für eine etwaige gerichtliche Überprüfung zurückgestellt werden; die Daten sind dann zu sperren (S. 4). Verfahrensrechtlich steht die Vorschrift in Kontext mit § 32 BKAG. Nach dessen Abs. 3 sind neben der Einzelfallbearbeitung auch periodisierte Prüfungen der Löschungspflichten vorgesehen.
- 271 Für Maßnahmen der Rasterfahndung sind in § 20j Abs. 3 BKAG entsprechende eigene Löschungspflichten vorgesehen, die diese Regelung in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise konkretisieren.

- 272 b) Verfassungsrechtlich nicht tragfähig ist demgegenüber die Anordnung der sehr kurzen Frist zur Löschung der „Akten“ in § 20v Abs. 6 S. 3 BKAG, mit der das Gesetz die Löschung der Lösungsprotokolle regelt. Lösungsprotokolle dienen der Ermöglichung der späteren Nachvollziehbarkeit und Kontrolle. Die Frist ihrer Aufbewahrung muss demnach so bemessen sein, dass die Protokolle bei typisierender Betrachtung nach der Benachrichtigung der Betroffenen und im Rahmen der nächsten periodisch anstehenden Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragte noch vorliegen (vgl. hierzu auch BVerfGE 100, 313 [400]).
- 273 Entsprechendes gilt für die Frist des § 20j Abs. 3 S. 3 BKAG.
- 274 c) Verfassungswidrig ist darüber hinaus § 20v Abs. 6 S. 5 BKAG. Die Vorschrift sieht ein Absehen von der Löschung auch nach Zweckerfüllung vor, soweit die Daten zur Verfolgung von Straftaten oder – nach Maßgabe des § 8 BKAG – zur Verhütung oder zur Vorsorge für die künftige Verfolgung einer Straftat mit erheblicher Bedeutung erforderlich sind. Sie erlaubt damit die Speicherung der Daten in Blick auf eine Nutzung zu neuen, nur allgemein umschriebenen Zwecken, für die das Gesetz keine Ermächtigungsgrundlage enthält und in dieser Offenheit auch nicht schaffen kann.
- 275 D. Soweit sich die Verfassungsbeschwerden gegen die Befugnisse zur weiteren Nutzung der Daten und zu ihrer Übermittlung an inländische und ausländische Behörden richten, greifen die Rügen gleichfalls in verschiedener Hinsicht durch.
- 276 I. Die Anforderungen an die weitere Nutzung und Übermittlung staatlich erhobener Daten richten sich nach den Grundsätzen der Zweckbindung und Zweckänderung (vgl. BVerfGE 65, 1 [51, 62]; 100, 313 [360 f., 389 f.]; 109, 279 [375 ff.]; 110, 33 [73]; 120, 351 [368 f.]; 125, 260 [333]; 130, 1 [33 f.]; 133, 277 [372 ff. Rn. 225 f.]; st. Rspr.).
- 277 Erlaubt der Gesetzgeber die Nutzung von Daten über den konkreten Anlass und rechtfertigenden Grund einer Datenerhebung hinaus, muss er hierfür eine eigene Rechtsgrundlage schaffen (vgl. nur BVerfGE 109, 279 [375 f.]; 120, 351 [369]; 130, 1 [33]; st. Rspr.). Er kann insoweit zum einen eine weitere Nutzung der Daten im Rahmen der für die Datenerhebung maßgeblichen Zwecke vorsehen; stellt er sicher, dass die weitere Nutzung der Daten den näheren verfassungsrechtlichen Anforderungen der Zweckbindung genügt, ist eine solche Regelung verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig (1.). Er kann zum anderen aber auch eine Zweckänderung erlauben; als Ermächtigung zu einer Datennutzung für neue Zwecke unterliegt sie spezifischen verfassungsrechtlichen Anforderungen (2.).
- 278 1. Der Gesetzgeber kann eine Datennutzung über das für die Datenerhebung maßgebende Verfahren hinaus als weitere Nutzung im Rahmen der ursprünglichen Zwecke dieser Daten erlauben. Er kann sich insoweit auf die der Datenerhebung zugrundeliegenden Rechtfertigungsgründe stützen und unterliegt damit nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Zweckänderung.
- 279 a) Die zulässige Reichweite solcher Nutzungen richtet sich nach der Ermächtigung für die Datenerhebung. Die jeweilige Eingriffsgrundlage bestimmt Behörde, Zweck und Bedingungen der Datenerhebung und definiert damit die erlaubte Verwendung. Die Zweckbindung der auf ihrer Grundlage gewonnenen Informationen beschränkt sich folglich nicht allein auf eine Bindung an bestimmte, abstrakt definierte Behördenaufgaben, sondern bestimmt sich nach der Reichweite der Erhebungszwecke in der für die jeweilige Datenerhebung maßgeblichen Ermächtigungsgrundlage. Eine weitere Nutzung innerhalb der ursprünglichen Zwecksetzung kommt damit nur seitens derselben Behörde im Rahmen derselben Aufgabe und für den Schutz derselben Rechtsgüter in Betracht wie für die Datenerhebung maßgeblich: Ist diese nur zum Schutz bestimmter Rechtsgüter oder zur Verhütung bestimmter Straftaten erlaubt, so begrenzt dies deren unmittelbare sowie weitere Verwendung auch in derselben Behörde, soweit keine gesetzliche Grundlage für eine zulässige Zweckänderung eine weitergehende Nutzung erlaubt.
- 280 b) Nicht zu den Zweckbindungen, die für jede weitere Nutzung der Daten seitens derselben Behörde je neu beachtet werden müssen, gehören grundsätzlich die für die Datenerhebung maßgeblichen Anforderungen an Einschreitschwellen, wie sie traditionell die hinreichend konkretisierte Gefahrenlage im Bereich der Gefahrenabwehr und der hinreichende Tatverdacht im Bereich der Strafverfolgung darstellen. Das Erfordernis einer hinreichend konkretisierten Gefahrenlage oder eines qualifizierten Tatverdachts bestimmt den Anlass, aus dem entsprechende Daten erhoben werden dürfen, nicht aber die erlaubten Zwecke, für die die Daten der Behörde dann zur Nutzung offen stehen.
- 281 Folglich widerspricht es nicht von vornherein dem Gebot einer dem ursprünglichen Erhebungszweck entsprechenden Verwendung, wenn die weitere Nutzung solcher Daten bei Wahrnehmung derselben Aufgabe auch unabhängig von weiteren gesetzlichen Voraussetzungen als bloßer Spurenansatz erlaubt wird. Die Behörde kann die insoweit gewonnenen Kenntnisse zum Schutz derselben Rechtsgüter und im Rahmen derselben Aufgabenstellung – allein oder i. V. m. anderen ihr zur Verfügung stehenden Informationen – als schlichten Ausgangspunkt für weitere Ermittlungen nutzen. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass sich die Generierung von Wissen – nicht zuletzt auch, wenn es um das Verstehen terroristischer Strukturen geht – nicht vollständig auf die Addition von je getrennten, nach Rechtskriterien formell ein- oder ausblendbaren Einzeldaten reduzieren lässt. In den dargelegten Grenzen erkennt das die Rechtsordnung an. Diese Grenzen gewährleisten zugleich, dass damit keine Datennutzung ins Blaue hinein eröffnet ist.

Durch die Bindung an die für die Datenerhebung maßgeblichen Aufgaben und die Anforderungen des Rechtsgüterschutzes hat auch eine Verwendung der Daten als Spurenansatz einen hinreichend konkreten Ermittlungsbezug, den der Gesetzgeber nicht durch weitere einschränkende Maßgaben absichern muss.

282 Für die Wahrung der Zweckbindung kommt es demnach darauf an, dass die erhebungsberechtigte Behörde die Daten im selben Aufgabenkreis zum Schutz derselben Rechtsgüter und zur Verfolgung oder Verhütung derselben Straftaten nutzt, wie es die jeweilige Datenerhebungsvorschrift erlaubt. Diese Anforderungen sind erforderlich, aber grundsätzlich auch ausreichend, um eine weitere Nutzung der Daten im Rahmen der Zweckbindung zu legitimieren.

283 Weiter reicht die Zweckbindung allerdings für Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen: Hier ist jede weitere Nutzung der Daten nur dann zweckentsprechend, wenn sie auch aufgrund einer den Erhebungsvoraussetzungen entsprechenden dringenden Gefahr (vgl. BVerfGE 109, 279 [377, 379]) oder im Einzelfall drohenden Gefahr (vgl. BVerfGE 120, 274 [326, 328 f.]) erforderlich ist. Das außerordentliche Eingriffsgewicht solcher Datenerhebungen spiegelt sich hier auch in einer besonders engen Bindung jeder weiteren Nutzung der gewonnenen Daten an die Voraussetzungen und damit Zwecke der Datenerhebung. Eine Nutzung der Erkenntnisse als bloßer Spuren- oder Ermittlungsansatz unabhängig von einer dringenden oder im Einzelfall drohenden Gefahr kommt hier nicht in Betracht.

284 2. Der Gesetzgeber kann eine weitere Nutzung der Daten auch zu anderen Zwecken als denen der ursprünglichen Datenerhebung erlauben (Zweckänderung). Er hat dann allerdings sicherzustellen, dass dem Eingriffsgewicht der Datenerhebung auch hinsichtlich der neuen Nutzung Rechnung getragen wird (vgl. BVerfGE 100, 313 [389 f.]; 109, 279 [377]; 120, 351 [369]; 130, 1 [33 f.]; 133, 277 [372 f. Rn. 225]).

285 a) Die Ermächtigung zu einer Nutzung von Daten zu neuen Zwecken begründet einen neuen Eingriff in das Grundrecht, in das durch die Datenerhebung eingegriffen wurde (vgl. BVerfGE 100, 313 [360, 391]; 109, 279 [375]; 110, 33 [68 f.]; 125, 260 [312 f., 333]; 133, 277 [372 Rn. 225]; vgl. auch *EGMR*, Weber und Saravia v. Deutschland, Entsch. v. 29.6.2006, Nr. 54934/00, § 79, NJW 2007, S. 1433 [1434], zu Art. 8 EMRK). Zweckänderungen sind folglich jeweils an den Grundrechten zu messen, die für die Datenerhebung maßgeblich waren. Das gilt für jede Art der Verwendung von Daten zu einem anderen Zweck als dem Erhebungszweck, unabhängig davon, ob es sich um die Verwendung als Beweismittel oder als Ermittlungsansatz handelt (vgl. BVerfGE 109, 279 [377]).

286 b) Die Ermächtigung zu einer Zweckänderung ist dabei am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Hierbei orientiert sich das Gewicht, das einer solchen

Regelung im Rahmen der Abwägung zukommt, am Gewicht des Eingriffs der Datenerhebung. Informationen, die durch besonders eingriffsintensive Maßnahmen erlangt wurden, können auch nur zu besonders gewichtigen Zwecken benutzt werden (vgl. BVerfGE 100, 313 [394]; 109, 279 [377]; 133, 277 [372 f. Rn. 225] m.w.N.).

287 aa) Während nach der früheren Rechtsprechung des *BVerfG* insoweit als Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung darauf abgestellt wurde, ob die geänderte Nutzung mit der ursprünglichen Zwecksetzung „unvereinbar“ sei (vgl. BVerfGE 65, 1 [62]; 100, 313 [360, 389]; 109, 279 [376 f.]; 110, 33 [69]; 120, 351 [369]; 130, 1 [33]), ist dies inzwischen durch das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung konkretisiert und ersetzt worden. Für Daten aus eingriffintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen wie denen des vorliegenden Verfahrens kommt es danach darauf an, ob die entsprechenden Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben neu auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln erhoben werden dürften (vgl. BVerfGE 125, 260 [333]; 133, 277 [373 f. Rn. 225 f.]; der Sache nach ist diese Konkretisierung nicht neu, vgl. bereits BVerfGE 100, 313 [389 f.], und findet sich unter der Bezeichnung „hypothetischer Ersatzeingriff“ auch in BVerfGE 130, 1 [34]). Das Kriterium der Datenneuerhebung gilt allerdings nicht schematisch abschließend und schließt die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte nicht aus (vgl. BVerfGE 133, 277 [374 Rn. 226]). So steht die Tatsache, dass die Zielbehörde bestimmte Datenerhebungen, zu denen die Ausgangsbehörde berechtigt ist, ihrerseits wegen ihres Aufgabenspektrums nicht vornehmen darf, einem Datenaustausch nicht prinzipiell entgegen (vgl. BVerfGE 100, 313 [390]). Auch können Gesichtspunkte der Vereinfachung und der Praktikabilität bei der Schaffung von Übermittlungsvorschriften es rechtfertigen, dass nicht alle Einzelanforderungen, die für die Datenerhebung erforderlich sind, in gleicher Detailliertheit für die Übermittlung der Daten gelten. Das Erfordernis einer Gleichgewichtigkeit der neuen Nutzung bleibt hierdurch jedoch unberührt.

288 bb) Voraussetzung für eine Zweckänderung ist danach aber jedenfalls, dass die neue Nutzung der Daten dem Schutz von Rechtsgütern oder der Aufdeckung von Straftaten eines solchen Gewichts dient, die verfassungsrechtlich ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 100, 313 [389 f.]; 109, 279 [377]; 110, 33 [73]; 120, 351 [369]; 130, 1 [34]).

289 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. Als neu zu rechtfertigender Eingriff bedarf aber 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 i.V.m. weiteren Kenntnissen der Behörde – ein konkreter Ermittlungsansatz ergibt.
- 290 Der Gesetzgeber kann danach – bezogen auf die Datennutzung von Sicherheitsbehörden – eine Zweckänderung von Daten grundsätzlich dann erlauben, wenn es sich um Informationen handelt, aus denen sich im Einzelfall konkrete Ermittlungsansätze zur Aufdeckung von vergleichbar gewichtigen Straftaten oder zur Abwehr von zumindest auf mittlere Sicht drohenden Gefahren für vergleichbar gewichtige Rechtsgüter wie die ergeben, zu deren Schutz die entsprechende Datenerhebung zulässig ist.
- 291 Anderes gilt allerdings auch hier für Informationen aus Wohnraumüberwachungen oder dem Zugriff auf informationstechnische Systeme. Angesichts des besonderen Eingriffsgewichts dieser Maßnahmen muss für sie jede neue Nutzung der Daten wie bei der Datenerhebung selbst auch durch eine dringende Gefahr (vgl. BVerfGE 109, 279 [377, 379]) oder eine im Einzelfall hinreichend konkretisierte Gefahr (s.o. C IV 1 b) gerechtfertigt sein.
- 292 cc) In diesen Anforderungen an die Zulässigkeit einer Zweckänderung liegt eine konkretisierende Konsolidierung einer langen Rechtsprechung beider Senate des *BVerfG* (vgl. BVerfGE 65, 1 [45 f., 61 f.]; 100, 313 [389 f.]; 109, 279 [377]; 110, 33 [68 f., 73]; 120, 351 [369]; 125, 260 [333]; 130, 1 [33 f.]; 133, 277 [372 f. Rn. 225]). Hierin liegt keine Verschärfung der Maßstäbe, sondern eine behutsame Einschränkung, indem das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung nicht strikt angewandt (vgl. bereits BVerfGE 133, 277 [374 Rn. 226]), sondern in Blick auf die – die zu fordernde Aktualität der Gefahrenlage bestimmenden – Eingriffsschwellen gegenüber früheren Anforderungen (vgl. insb. BVerfGE 100, 313 [394]; 109, 279 [377]) teilweise zurückgenommen wird. Wollte man, wie es in einem Sondervotum befürwortet wird, darüber hinaus auch auf das Erfordernis eines vergleichbar gewichtigen Rechtsgüterschutzes verzichten, würden die Grenzen der Zweckbindung als Kernelement des verfassungsrechtlichen Datenschutzes (vgl. BVerfGE 65, 1 [45 f., 61 f.]) – erst recht wenn zugleich die Voraussetzung eines konkreten Ermittlungsansatzes als zu streng angesehen wird – für das Sicherheitsrecht praktisch hinfällig (oder beschränkten sich allenfalls noch rudimentär auf Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen).
- 293 II. Ausgehend von den vorstehenden Maßstäben genügt § 20v Abs. 4 S. 2 BKAG, der die Verwendung der vom BKA erhobenen Daten durch dieses selbst regelt, den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Die Vorschrift ist verfassungswidrig.
- 294 1. Die in § 20v Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BKAG allein zur Wahrnehmung der Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus geregelte Datennutzung ist zwar im Grundsatz mit verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar; es fehlt jedoch an einer hinreichenden Begrenzung für Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen.
- 295 a) Im Grundsatz bestehen gegen die Regelung keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.
- 296 aa) Die Vorschrift erlaubt dem BKA eine Verwendung der von ihm zur Terrorismusabwehr erhobenen Daten zur Wahrnehmung seiner Aufgabe nach § 4a Abs. 1 S. 1 BKAG. Damit eröffnet sie zunächst – als innere Konsequenz der Ermächtigung zur Datenerhebung – eine Nutzung der Daten zu dem ihrer Erhebung konkret zugrundeliegenden Zweck. Darüber hinaus eröffnet sie aber auch eine über das jeweilige Ermittlungsverfahren hinausreichende Nutzung der Daten. Mit dem Verweis auf § 4a Abs. 1 S. 1 BKAG ist diese weitere Nutzung der Daten auf die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus begrenzt. Bei sachgerechtem Verständnis dieser Verweisung ergibt sich hieraus zugleich, dass die Daten allein zur Verhinderung der in § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG qualifizierten Straftaten und damit zum Schutz nur von solchen hochrangigen Rechtsgütern genutzt werden dürfen, zu deren Schutz auch die Datenerhebungsbefugnisse des Unterabschnitts 3a – einschließlich der besonders eingriffintensiven Überwachungsbefugnisse der §§ 20g ff. BKAG – eingesetzt werden dürfen.
- 297 (1) Die Verweisung auf § 4a Abs. 1 S. 1 BKAG wirft hinsichtlich ihrer Bedeutung allerdings Zweifel auf. Sie können im Wege der Auslegung jedoch überwunden werden, so dass die Vorschrift nicht an Bestimmtheitsanforderungen scheitert. Zwar ist unklar, wie sich § 4a Abs. 1 S. 1 und 2 BKAG voneinander abgrenzen: Während sich S. 1 für die Zuweisung der Aufgabe der Gefahrenabwehr an den Wortlaut des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 lit. a GG anlehnt, der auch die Straftatenverhütung mitumfasst (s.o. C I 1), wird die Straftatenverhütung in S. 2 von der Gefahrenabwehr bewusst unterschieden. Da § 4a Abs. 1 S. 1 BKAG angesichts seines Charakters als Aufgabennorm für die Gefahrenabwehr jedoch Ermittlungen im Vorfeld konkreter Gefahren einschließt, ist der Verweis in § 20v Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BKAG letztlich doch hinreichend auslegungsfähig: Die Vorschrift will eine Nutzung der Daten allgemein, gegebenenfalls auch als Spurenansatz, zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus eröffnen.
- 298 Die Regelung ist auch nicht insoweit zu unbestimmt, als § 4a Abs. 1 BKAG nur allgemein auf „Gefahren des internationalen Terrorismus“ abstellt. Auch wenn § 20v Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BKAG allein auf S. 1 der Vorschrift verweist, ist für die Konkretisierung der dort genannten Gefahren auf die nähere Definition in S. 2 zurückzugreifen, der bestimmte Straftaten abschließend aufführt und näher qualifiziert. Dass die dort un-

- ter dem Gesichtspunkt der Straftatenverhütung aufgeführten Straftaten auch für die Gefahrenabwehr nach S. 1 maßgeblich sind, entspricht der Systematik des Gesetzes auch sonst (vgl. nur § 20a Abs. 2 BKAG).
- 299 (2) Indem § 20v Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BKAG eine Datennutzung nur zur Abwehr von Gefahren durch terroristische Straftaten i.S.d. § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG erlaubt, ist zugleich gewährleistet, dass diese Nutzung allein zum Schutz von Rechtsgütern eröffnet wird, zu deren Schutz auch von den Datenerhebungsbefugnissen Gebrauch gemacht werden darf. Dies gilt auch für Daten aus besonders eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen, die nur zum Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter gerechtfertigt sind.
- 300 Fast alle in § 4a Abs. 1 S. 2 BKAG i.V.m. § 129a Abs. 1, 2 StGB genannten Straftaten betreffen Delikte, die unmittelbar gegen Leib und Leben gerichtet sind oder – etwa als gemeingefährliche Delikte – ihren Unrechtsgehalt maßgeblich aus solchen Gefahren beziehen beziehungsweise Sachen von bedeutendem Wert betreffen, deren Erhaltung als wesentliche Infrastrukturen im öffentlichen Interesse geboten ist. Soweit dies hinsichtlich einzelner in § 129a StGB genannter Delikte nicht zwangsläufig der Fall ist, ist zu berücksichtigen, dass die Verhinderung solcher Straftaten gem. § 4a Abs. 1 S. 1, 2 BKAG nur dann in den Aufgabenbereich des BKA fällt, wenn diese eine gesetzlich näher bestimmte terroristische Dimension haben. Damit ist bei sachgerechtem Verständnis der Norm hinreichend gesichert, dass die durch die einzelnen Ermittlungsbefugnisse gewonnenen Informationen auch bei der weiteren Verwendung gem. § 20v Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BKAG stets dem Schutz solcher Rechtsgüter dienen, zu deren Schutz auch bei eingriffsintensiven Maßnahmen schon die Erhebung der Daten gerechtfertigt wurde.
- 301 bb) Nicht zu beanstanden ist grundsätzlich auch, dass § 20v Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BKAG die weitere Nutzung der Daten allgemein und damit unabhängig von konkreten Gefahren oder konkreten Ermittlungsansätzen auch als Spurenansatz erlaubt. Soweit nicht Daten aus Wohnraumüberwachungen oder Online-Durchsuchungen betroffen sind (s.u. D II 1 b), hält sich dies im Rahmen der Zweckbindung. Es handelt sich um Daten, die das BKA im Rahmen seiner Befugnisse zur Terrorismusabwehr erhoben hat, die es für diese Aufgabe weiter nutzen können soll und die dem Schutz derselben Rechtsgüter dienen, für deren Schutz sie erhoben werden durften. In dieser Situation muss ihre weitere Nutzung nach den oben entwickelten Maßstäben grundsätzlich nicht jeweils erneut von einer konkretisierten Gefahrenlage abhängig gemacht werden, sondern konnte der Gesetzgeber dem BKA die weitere Nutzung dieser Daten für die Terrorismusabwehr ohne weitere Einschränkungen erlauben (s.o. D I 1 b). Hier von unberührt bleiben freilich die Löschungspflichten nach Erreichung des mit der Datenerhebung verfolgten Zwecks (s.o. C IV 7, VI 4 a).
- 302 b) Unverhältnismäßig weit ist § 20v Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BKAG hingegen insoweit, als er sich undifferenziert auf alle Daten erstreckt und damit auch die weitere Verwendung von Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen einschließt. Die Vorschrift eröffnet damit die weitere Verwendung solcher Informationen auch unabhängig von dem Vorliegen einer dringenden (vgl. BVerfGE 109, 279 [377, 379]) oder im Einzelfall hinreichend konkretisierten Gefahrenlage (s.o. C IV 1 b; D I 2 b bb). Dies ist mit den Anforderungen des Übermaßverbots nicht vereinbar. Für Informationen aus diesen besonders intensiven Überwachungsmaßnahmen bedarf jede über das ursprüngliche Ermittlungsverfahren hinausgehende Nutzung jeweils erneut des Vorliegens aller Eingriffsvoraussetzungen, wie es für eine Datenneuerhebung mit diesen Mitteln verfassungsrechtlich geboten wäre (s.o. D I 1 b).
- 303 2. Unvereinbar mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen ist auch § 20v Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BKAG zur Verwendung der Daten zum Zeugen- und Personenschutz. Der einschränkungslos allgemeine Verweis auf die Aufgaben des BKA nach §§ 5 und 6 BKAG genügt den oben entwickelten Maßstäben schon mangels Bestimmtheit nicht.
- 304 III. § 20v Abs. 5 BKAG, der die Übermittlung von Daten an andere Behörden regelt, genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen bezüglich verschiedener Regelungen nicht.
- 305 1. § 20v Abs. 5 BKAG stellt verschiedene Rechtsgrundlagen zur Übermittlung von zur Terrorismusabwehr erhobenen Daten an andere Behörden bereit. Es handelt sich hierbei um Ermächtigungen, mit denen der Gesetzgeber im Einzelfall anlassbezogen eine Zweckänderung der Datennutzung erlaubt. Er öffnet damit die Datennutzung durch andere Behörden, die – nach dem Bild einer Doppeltür – dabei auch ihrerseits zur Abfrage und Verwendung dieser Daten berechtigt sein müssen (vgl. BVerfGE 130, 151 [184]). Die Vorschrift eröffnet somit Grundrechtseingriffe, die jeweils an den Grundrechten zu messen sind, in die bei Erhebung der übermittelten Daten eingegriffen wurde (vgl. BVerfGE 100, 313 [360, 391]; 109, 279 [375]; 110, 33 [68 f.]; 125, 260 [312 f., 333]; 133, 277 [372 Rn. 225]; vgl. auch *EGMR*, *Weber und Saravia v. Deutschland*, *Entsch. v. 29.6.2006*, Nr. 54934/00, § 79, *NJW* 2007, S. 1433 [1434], zu Art. 8 EMRK).
- 306 2. § 20v Abs. 5 BKAG verstößt nicht gegen die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots. Das gilt auch insoweit, als die Vorschrift übergreifend eine Übermittlung an „sonstige öffentliche Stellen“ erlaubt. Welche Stellen hierunter zu verstehen sind, richtet sich nach den jeweiligen Übermittlungszwecken, die die verschiedenen Übermittlungsbefugnisse näher regeln. Die möglichen Adressaten einer Übermittlung sind damit auf der Grundlage der Zuständigkeitsvorschriften hinreichend verlässlich bestimmbar.

- 307 3. Die Übermittlungsbefugnisse sind indes insoweit verfassungswidrig, als ihre Voraussetzungen den oben entwickelten Anforderungen in Bezug auf das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung (s.o. D I 2 b) nicht genügen.
- 308 a) Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt allerdings § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 1 BKAG. Die Datenübermittlung zur Herbeiführung des gegenseitigen Benehmens ist schon keine Zweckänderung. Sie dient der Koordinierung der Gefahrenabwehr in einer Weise, wie sie für die Aufgabenwahrnehmung durch das BKA gem. § 4a Abs. 2 BKAG stets geboten ist und ist damit in der Datenerhebungsvorschrift notwendig enthalten. Dies rechtfertigt auch die Weite der Regelung, die Einschränkungen der Datenübermittlung nicht enthält. Da eine Abstimmung nur hinsichtlich solcher Maßnahmen in Betracht kommt, die auf einer rechtmäßigen Datennutzung beruhen, ist auch ein Unterlaufen der Zweckbindung von Informationen aus Wohnraumüberwachungen oder Online-Durchsuchungen, deren Nutzung stets auch das Vorliegen einer hinreichend konkretisierten Gefahrenlage voraussetzt, nicht zu befürchten.
- 309 Die Vorschrift ist allerdings funktional eng auszulegen. Sie erlaubt allein die Übermittlung von Informationen für die Koordination der Aufgabenwahrnehmung zwischen den Bundes- und Landesbehörden. Auf diese interne Abstimmung ist die Nutzung der Daten nach dieser Vorschrift beschränkt. Sollen demgegenüber die Daten von der Zielbehörde auch operativ genutzt werden können, richtet sich die Übermittlung nach § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 2 ff. BKAG.
- 310 b) § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BKAG, der die Übermittlung von Daten zur Gefahrenabwehr regelt, genügt im Wesentlichen den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Unverhältnismäßig ist die Vorschrift allerdings insoweit, als sie eine Datenübermittlung allgemein schon zur Verhütung bestimmter Straftaten erlaubt.
- 311 aa) § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BKAG erlaubt zum einen die Übermittlung von Daten aus Maßnahmen gem. §§ 20h, 20k oder 20l BKAG zur Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Mit dieser Schwelle, die unmittelbar Art. 13 Abs. 4 GG entnommen ist, orientiert sich der Gesetzgeber für die Zweckänderung an den Voraussetzungen einer hypothetischen Datenneuerhebung und ist eine Übermittlung auch von Informationen aus besonders eingriffsintensiven Maßnahmen einschließlich Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen gerechtfertigt. Zwar ist es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers, die zu schützenden Rechtsgüter im Rahmen der Eingriffsvoraussetzungen näher zu konkretisieren und so auch dem offenen Begriff der öffentlichen Sicherheit des Art. 13 Abs. 4 GG, der nur einen Rahmen vorgibt, näheres Profil zu geben (vgl. entsprechend für Art. 14 Abs. 3 GG BVerfGE 134, 242 [294 Rn. 177]). Vorliegend lässt sich eine solche Konkretisierung jedoch aus dem Regelungszusammenhang ableiten. Bei verständiger Auslegung muss es sich bei der dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit um eine Gefahr für die in §§ 20h, 20k und 20l BKAG genannten besonders hochrangigen Rechtsgüter handeln (vgl. hierzu auch BVerfGE 109, 279 [379]).
- 312 bb) Nicht zu beanstanden ist auch, dass für die Übermittlung von Daten, die durch andere Maßnahmen erhoben wurden, nur eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit verlangt wird. Unbedenklich ist dies zunächst in Bezug auf Daten, die durch niederschwelligere Eingriffe (vgl. etwa §§ 20b ff. oder §§ 20q ff. BKAG) erlangt werden. Diese dürfen schon grundsätzlich unter weniger strengen Anforderungen übermittelt werden. Verfassungsmäßig ist die Vorschrift aber auch in Bezug auf Daten aus eingriffsintensiven Maßnahmen wie gem. §§ 20g, 20j oder 20m BKAG. Denn der Begriff der öffentlichen Sicherheit bezieht sich auch hier nicht im umfassenden Sinne der polizeilichen Generalklausel auf die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung (vgl. *Schoch*, in: *Schoch*, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2013, 2. Kap., Rn. 109 f. m.w.N.), sondern erhält seine Konturen in der Verbindung mit dem Begriff der „erheblichen“ Gefahr. Nach dem Verständnis des allgemeinen Sicherheitsrechts setzt dieser voraus, dass eine Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut gegeben sein muss, zu denen insbesondere Leib, Leben, Freiheit oder der Bestand des Staates gerechnet werden (vgl. *Schoch*, in: *Schoch*, a.a.O., 2. Kap., Rn. 150 m.w.N.). Auch hier ergibt sich bei einer verfassungsgeleiteten Auslegung der Vorschrift, dass für die Übermittlung von Daten aus besonders eingriffsintensiven Maßnahmen ein hinreichend gewichtiger Rechtsgüterschutz vorausgesetzt wird.
- 313 cc) Unverhältnismäßig weit und damit verfassungswidrig ist § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BKAG demgegenüber insoweit, als er eine Übermittlung auch allgemein zur Verhütung der in § 129a Abs. 1, 2 StGB genannten Straftaten erlaubt. Zwar sind dies nur besonders schwerwiegende Straftaten. Indem das Gesetz eine Übermittlung aber allgemein zur Verhütung solcher Straftaten erlaubt, fehlt es an jeder eingrenzenden Konkretisierung des Übermittlungsanlasses und können Informationen, auch wenn sie aus eingriffsintensiven Maßnahmen stammen, schon mit Blick auf einen nur potentiellen Informationsgehalt als Spurenansatz übermittelt werden. Dies genügt nach den oben entwickelten Maßstäben verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht (s.o. D I 2 b bb). Eine Übermittlung von Daten aus eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen an andere Sicherheitsbehörden ist eine Zweckänderung und kommt nur dann in Betracht, wenn sich aus ihnen zumindest ein konkreter Ermittlungsansatz für die Aufdeckung entsprechender Straftaten ergibt. Dies stellt die Vorschrift nicht sicher.
- 314 c) Nicht mit der Verfassung vereinbar ist auch § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 BKAG, der die Übermittlung von Daten zur Strafverfolgung regelt.

- 315 aa) Unverhältnismäßig ist die Regelung zum einen insoweit, als sie in ihrer ersten Fallgruppe eine Übermittlung von Daten allgemein an die Maßstäbe eines Auskunftsverlangens nach der Strafprozessordnung knüpft und sich damit auch auf Daten aus nicht in Nr. 3 S. 2 eigens geregelten, aber eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen wie nach §§ 20g, 20j oder 20m BKAG bezieht. Mit der Anknüpfung an die Strafprozessordnung nimmt die Vorschrift insbesondere auf § 161 Abs. 1, 2 StPO Bezug. Dieser sichert die verfassungsrechtlich geforderte Begrenzung der Datenübermittlung jedoch nicht. Insbesondere folgt aus dieser Vorschrift nicht, dass die Daten nur zur Verfolgung solcher Straftaten genutzt werden dürfen, für die sie mit entsprechenden Mitteln erhoben werden dürfen (s.o. D I 2 b). § 161 Abs. 1 StPO regelt vielmehr eine Auskunfts- und damit Datenübermittlungspflicht für die Verfolgung von Straftaten aller Art. Die Beschränkungen des § 161 Abs. 2 StPO beziehen sich allein auf eine Verwertung der Daten zu Beweis Zwecken im Strafverfahren. Demgegenüber schließen sie nicht aus, dass die Daten als Ermittlungsansatz auch zur Aufklärung aller, auch geringfügiger Straftaten genutzt werden dürfen (vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 161 Rn. 18d f.). Dies stellt die verfassungsrechtlich gebotene Begrenzung der geänderten Datennutzung auf einen gleichgewichtigen Rechtsgüterschutz nicht sicher. Überdies gewährleistet die Vorschrift nicht, dass nur solche Daten übermittelt werden dürfen, die konkrete Ermittlungsansätze zur Aufdeckung der fraglichen Straftaten erkennen lassen.
- 316 bb) Unverhältnismäßig ist die Regelung zum anderen aber auch insoweit, als sie in S. 2 für die Nutzung von Daten aus Maßnahmen gem. §§ 20h, 20k und 20l BKAG eigene Anforderungen stellt. Der Gesetzgeber erlaubt deren Übermittlung zur Verfolgung von Straftaten, die im Höchstmaß mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind (§ 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 3, S. 2 BKAG). Für Daten aus Maßnahmen gem. §§ 20k und 20l BKAG wirkt dies gegenüber dem allgemeinen Verweis auf die Vorschriften der Strafprozessordnung und damit auf § 161 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 StPO als Einschränkung, für Daten aus Wohnraumüberwachungen hingegen, deren Verwendungsänderung in § 161 Abs. 2 S. 2, § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO enger geregelt ist, als Erweiterung. Unabhängig hiervon genügt diese Schwelle dem Kriterium der hypothetischen Datenerhebung nicht. Für die Wohnraumüberwachung hat das BVerfG ausdrücklich festgestellt, dass eine Höchststrafe von mindestens fünf Jahren keine hinreichende Schwelle für die Anordnung einer solchen Maßnahme bildet und dies auch für jede weitere Verwendung der Daten, einschließlich einer solchen als Spurenansatz gilt (vgl. BVerfGE 109, 279 [347 f., 377]). Nichts anderes kann für den Zugriff auf informationstechnische Systeme gelten, der als vergleichbar schwerer Eingriff unter denselben Anforderungen steht. Weniger streng sind zwar die Anforderungen an die Telekommunikationsüberwachung. Doch setzen die Datenerhebung und entsprechend eine zweckändernde Übermittlungsbefugnis auch hier zumindest die Ausrichtung an schweren Straftaten voraus (vgl. BVerfGE 125, 260 [328 f.]; 129, 208 [243]). Es ist deshalb unverhältnismäßig, wenn § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 3, S. 2 BKAG schon Straftaten mit einer Höchststrafe von mindestens fünf Jahren genügen lässt, womit auch Delikte eingeschlossen sind, die nur zur mittleren Kriminalität zu rechnen sind und unter Umständen auch Delikte der Massenkriminalität wie den einfachen Diebstahl, die öffentliche Verleumdung oder die einfache Körperverletzung umfassen.
- 317 Verfassungsrechtlich zu beanstanden ist weiterhin, dass Daten aus optischen Wohnraumüberwachungen von einer Übermittlung an die Strafverfolgungsbehörden nicht ausgeschlossen sind. Art. 13 Abs. 3 GG erlaubt für die Strafverfolgung nur den Einsatz der akustischen Wohnraumüberwachung. Dies darf durch eine Übermittlung von Daten aus einer präventiv angeordneten optischen Wohnraumüberwachung nicht unterlaufen werden.
- 318 cc) Während an die Übermittlung von Daten aus besonders eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen qualifizierte Anforderungen zu stellen sind, ist eine Übermittlung von Daten, die durch niederschwelligere Eingriffe erhoben wurden (vgl. etwa §§ 20b ff., §§ 20q ff. BKAG), in weitergehendem Umfang verfassungsrechtlich erlaubt. Die Voraussetzungen des § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 BKAG können hierfür eine tragfähige Grundlage bilden. Der Gesetzgeber muss hier jedoch zwischen den verschiedenen Daten unterscheiden. In der derzeitigen Fassung ist die Vorschrift undifferenziert weit und damit unverhältnismäßig.
- 319 d) Nicht mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar ist auch § 20v Abs. 5 S. 3 Nr. 1 BKAG, der die Übermittlung von Daten an die Verfassungsschutzbehörden und den Militärischen Abschirmdienst erlaubt.
- 320 Die Vorschrift, die für alle Daten außer solche aus Wohnraumüberwachungsmaßnahmen gilt (vgl. § 20v Abs. 5 S. 5 BKAG), erlaubt eine Übermittlung an die vorgenannten Behörden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Daten zur Sammlung und Auswertung von Informationen erforderlich sind über Bestrebungen, die in den Aufgabenbereich der Verfassungsschutzbehörden oder des Militärischen Abschirmdienstes fallen. Damit genügt sie dem für eine zweckändernde Datenübermittlung maßgeblichen Kriterium der hypothetischen Neuerhebung nicht (s.o. D I 2 b). Zwar dient die Datenübermittlung angesichts der insoweit in Bezug genommenen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden und des Militärischen Abschirmdienstes grundsätzlich dem Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter. Auch kann eine Übermittlung von bestimmten Daten wie solchen aus Maßnahmen gem. § 20g BKAG mit Blick auf den für eine hypothetische Neuerhebung maßgeblichen § 8

- BVerfSchG – über dessen Verfassungsmäßigkeit hier nicht zu entscheiden ist – in relativ weitem Umfang gerechtfertigt sein. Eine Regelung jedoch, die für praktisch alle Daten ohne konkretisierende Eingriffsschwelle die Übermittlung zur allgemeinen Unterstützung bei der Aufgabenwahrnehmung erlaubt, ist unverhältnismäßig weit. Das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung verlangt zwar grundsätzlich nicht, dass eine für die Datenerhebung geforderte konkretisierte Gefahrenlage – wie sie ungeachtet ihres im Wesentlichen auf das Vorfeld von Gefahren beschränkten Handlungsauftrags grundsätzlich auch für Datenerhebungen der Verfassungsschutzbehörden verlangt wird (vgl. BVerfGE 100, 313 [383 f.]; 120, 274 [329 f.]; 130, 151 [205 f.]) – jeweils neu auch immer zur Voraussetzung einer Übermittlung gemacht werden muss (s.o. D I 2 b bb). Verfassungsrechtlich geboten ist jedoch, dass nur Daten übermittelt werden dürfen, die aus Sicht des BKA als konkrete Ermittlungsansätze für die Aufdeckung von Straftaten oder Gefahren für hochrangige Rechtsgüter zugleich konkrete Erkenntnisse zu einer Gefährdung hochrangiger Rechtsgüter erkennen lassen (vgl. für die Datenübermittlung von Nachrichtendiensten an das BKA BVerfGE 133, 277 [329 Rn. 123]), die für die Lagebeurteilung nach Maßgabe der Aufgaben des Verfassungsschutzes bedeutsam sind. Für die Übermittlung von Daten aus Online-Durchsuchungen bedarf es darüber hinaus – ebenso wie für die vom Gesetzgeber insoweit bereits gesondert geregelten Daten aus Wohnraumüberwachungen – des Vorliegens der für die Datenerhebung maßgeblichen Eingriffsschwelle selbst, das heißt einer im Einzelfall drohenden Gefahr (vgl. BVerfGE 120, 274 [326, 328 f.]).
- 321 e) Entsprechend genügt auch § 20v Abs. 5 S. 4 BKAG den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Die Vorschrift erlaubt eine Übermittlung von Daten an den Bundesnachrichtendienst unter entsprechenden Maßgaben wie § 20v Abs. 5 S. 3 Nr. 1 BKAG. Die Unterschiede in den Formulierungen haben – auch unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 16/9588, S. 34) – keinen erkennbar sachlichen Gehalt und vermögen jedenfalls die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht zu ändern. Die verfassungsrechtlichen Mängel des § 20v Abs. 5 S. 3 Nr. 1 BKAG gelten auch für diese Vorschrift.
- 322 4. Hinsichtlich aller Übermittlungsbefugnisse fehlt es übergreifend schließlich an gesetzlichen Regelungen, die eine hinreichende aufsichtliche Kontrolle sicherstellen. Die für die Datenerhebung geltenden Anforderungen an eine sachhaltige Protokollierung und eine effektive Kontrolle durch die Bundesdatenschutzbeauftragte gelten auch hier (vgl. oben C IV 6 d).
- 323 IV. § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3, S. 2 BKAG, der – sofern nicht für Mitgliedstaaten der Europäischen Union die hier nicht Streitgegenständliche Regelung des § 14a BKAG einschlägig ist – die Übermittlung von Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten regelt, genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen teilweise gleichfalls nicht.
- 324 1. Die Übermittlung von personenbezogenen Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten ist, wie die Übermittlung an innerstaatliche Stellen auch, eine Zweckänderung. Sie ist insoweit nach den allgemeinen Grundsätzen jeweils an den Grundrechten zu messen, in die bei der Datenerhebung eingegriffen wurde (s.o. D I 2 a). Für die Übermittlung ins Ausland gelten aber auch mit Blick auf die Achtung fremder Rechtsordnungen und -anschauungen eigene verfassungsrechtliche Bedingungen.
- 325 a) Eine Übermittlung von Daten ins Ausland führt dazu, dass die Gewährleistungen des GG nach der Übermittlung nicht mehr als solche zur Anwendung gebracht werden können und stattdessen die im Ausland geltenden Standards Anwendung finden. Dies steht einer Übermittlung ins Ausland jedoch nicht grundsätzlich entgegen. Das GG bindet die Bundesrepublik Deutschland mit der Präambel, Art. 1 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 16 Abs. 2, Art. 23 bis Art. 26 und Art. 59 Abs. 2 GG in die internationale Gemeinschaft ein und hat die deutsche öffentliche Gewalt programmatisch auf internationale Zusammenarbeit ausgerichtet (vgl. BVerfGE 63, 343 [370]; 111, 307 [318 f.]; 112, 1 [25, 27]). Hierzu gehört ein Umgang mit anderen Staaten auch dann, wenn deren Rechtsordnungen und -anschauungen nicht vollständig mit den deutschen innerstaatlichen Auffassungen übereinstimmen (vgl. BVerfGE 31, 58 [75 ff.]; 63, 343 [366]; 91, 335 [340, 343 ff.]; 108, 238 [247 f.]). Ein solcher Datenaustausch zielt auch darauf, die zwischenstaatlichen Beziehungen im gegenseitigen Interesse wie auch die außenpolitische Handlungsfreiheit der Bundesregierung zu erhalten (vgl. BVerfGE 108, 129 [137]).
- 326 Auch bei der Entscheidung über eine Übermittlung von personenbezogenen Daten ins Ausland bleibt die deutsche Staatsgewalt im Ausgangspunkt allerdings an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG); die ausländische Staatsgewalt ist nur ihren eigenen rechtlichen Bindungen verpflichtet.
- 327 Von daher ergeben sich zum einen Grenzen einer Übermittlung in Blick auf die Wahrung datenschutzrechtlicher Garantien. 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 durch eine Übermittlung der von deutschen Behörden erhobenen Daten ins Ausland und an internationale Organisationen ebenso wenig ausgehöhlt wird wie durch eine Entgegennahme und Verwertung von durch ausländische Behörden menschenrechtswidrig erlangten Daten.
- 328 Zum anderen ergeben sich Grenzen in Blick auf die Nutzung der Daten durch den Empfängerstaat, wenn dort Menschenrechtsverletzungen zu besorgen sind. Zwingend auszuschließen ist danach jedenfalls die Datenübermittlung an Staaten, wenn zu befürchten ist, dass elementare rechtsstaatliche Grundsätze verletzt werden (vgl. BVerfGE 108, 129 [136 f.]). Keinesfalls

- darf der Staat seine Hand zu Verletzungen der Menschenwürde reichen (vgl. *BVerfG*, Beschl. d. *Zweiten Senats* v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 62 m.w.N.).
- 329 b) Die Übermittlung von Daten an das Ausland setzt danach eine Begrenzung auf hinreichend gewichtige Zwecke, für die die Daten übermittelt und genutzt werden dürfen (aa), sowie die Vergewisserung über einen rechtsstaatlichen Umgang mit diesen Daten im Empfängerland voraus (bb). Im Übrigen bedarf es auch hier der Sicherstellung einer wirksamen inländischen Kontrolle (cc). Die Anforderungen sind durch normenklare Grundlagen im deutschen Recht sicherzustellen (dd).
- 330 aa) Für die Anforderungen an den Übermittlungs- und Nutzungszweck gelten grundsätzlich die nach deutscher Rechtsordnung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Kriterien der Zweckänderung (s.o. D I 2): Eine Übermittlung ist zulässig, soweit die übermittelten Daten auch für den Übermittlungszweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln erhoben werden dürften (Kriterium der hypothetischen Datenenerhebung). Die Übermittlung muss damit der Aufdeckung vergleichbar gewichtiger Straftaten oder dem Schutz vergleichbar gewichtiger Rechtsgüter dienen, wie sie für die ursprüngliche Datenerhebung maßgeblich waren. Sie ist allerdings grundsätzlich nicht an das Vorliegen der für die Datenerhebung erforderlichen Konkretisierung der Gefahrenlage oder des Tatverdachts gebunden; es reicht, dass sich aus den übermittelten Informationen oder der Anfrage des Empfängerstaats im Einzelfall konkrete Ermittlungsansätze zur Aufdeckung solcher Straftaten oder zur Abwehr von zumindest auf mittlere Sicht drohenden Gefahren für solche Rechtsgüter ergeben. Strenger sind insoweit die Voraussetzungen für die Übermittlung von Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen, für die die für die Datenerhebung maßgeblichen Eingriffsschwellen vollständig vorliegen müssen (s.o. D I 2 b bb; vgl. ferner *BVerfGE* 109, 279 [377, 379]; 120, 274 [329 ff.]).
- 331 Hinsichtlich der damit verbundenen Beurteilung der für das Empfängerland zu eröffnenden Nutzung der Daten, wie sie insbesondere bei einem ausländischen Übermittlungsersuchen erforderlich ist, ist die Eigenständigkeit der jeweils anderen Rechtsordnung zu berücksichtigen. Für die Frage der Gleichgewichtigkeit der Nutzungszwecke ist insoweit einzustellen, dass die deutsche Rechtsordnung hier auf eine andere Rechtsordnung trifft, deren Abgrenzungslinien, Kategorien und Wertungen mit denen der deutschen Rechtsordnung und auch des GG nicht identisch sind und auch nicht sein müssen. Dass Zweckbegrenzungen in der ausländischen Rechtsordnung insoweit im Einzelnen nicht identisch zur deutschen Rechtsordnung abgebildet werden, steht einer Übermittlung nicht von vornherein entgegen. Verwendungsbeschränkungen sind den Empfangsbehörden bei der Übermittlung klar und ausdrücklich mitzuteilen.
- 332 bb) Die Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland setzt weiter einen datenschutzrechtlich angemessenen und mit elementaren Menschenrechtsgewährleistungen vereinbaren Umgang mit den übermittelten Daten im Empfängerstaat (1) und eine entsprechende Vergewisserung hierüber seitens des deutschen Staates (2) voraus.
- 333 (1) Eine Übermittlung von Daten ins Ausland verlangt, dass ein hinreichend rechtsstaatlicher Umgang mit den Daten im Empfängerstaat zu erwarten ist.
- 334 (a) Für die Anforderungen an den datenschutzrechtlichen Umgang mit den übermittelten Daten ist allerdings nicht erforderlich, dass im Empfängerstaat vergleichbare Regelungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten wie nach der deutschen Rechtsordnung gelten oder ein gleichartiger Schutz gewährleistet ist wie nach dem GG. Das GG anerkennt vielmehr die Eigenständigkeit und Verschiedenartigkeit der Rechtsordnungen und respektiert sie grundsätzlich auch im Rahmen des Austauschs von Daten. Abgrenzungen und Wertungen müssen nicht mit denen der deutschen Rechtsordnung und auch des deutschen GG übereinstimmen.
- 335 Erlaubt ist eine Übermittlung der Daten ins Ausland jedoch nur, wenn auch durch den dortigen Umgang mit den übermittelten Daten nicht die Garantien des menschenrechtlichen Schutzes personenbezogener Daten unterlaufen werden. Dies bedeutet nicht, dass in der ausländischen Rechtsordnung institutionelle und verfahrensrechtliche Vorkehrungen nach deutschem Vorbild gewährleistet sein müssen; insbesondere müssen nicht die formellen und institutionellen Sicherungen vorhanden sein, die datenschutzrechtlich für deutsche Stellen gefordert werden (s.o. C IV 6). Geboten ist in diesem Sinne die Gewährleistung eines angemessenen materiellen datenschutzrechtlichen Niveaus für den Umgang mit den übermittelten Daten im Empfängerstaat (vgl. ähnlich *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015 - C-362/14 -, *Schrems/Digital Rights Ireland*, *NJW* 2015, S. 3151 [3155], Rn. 73; vgl. auch Art. 8 EMRK; dazu *EGMR* [GK], *Zakharov v. Russland*, Urt. v. 4.12.2015, Nr. 47143/06, §§ 227 ff.; Art. 17 Abs. 1 S. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, *BGBI* 1973 II, S. 1534, UNTS 999, S. 171; Art. 12 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte v. 10.12.1948, Res. 217 A III der UN-Generalversammlung, *GAOR* III, Doc. A/810, S. 71; vgl. dazu *The right to privacy in the digital age*, UN General Assembly Resolution 68/167 vom 18.12.2013, UN Doc. A/Res/68/167 [2014], Z. 4). In Betracht zu nehmen ist insoweit insbesondere, ob für die Verwendung der Daten die – bei der Übermittlung mitgeteilten – Grenzen durch Zweckbindung und Löschungspflichten sowie grundlegende Anforderungen an Kontrolle und Datensicherheit wenigstens grundsätzlich Beachtung finden. Maßgeblich für diese Beurteilung sind die innerstaatlichen Rechtsvorschriften und die internationalen Verpflichtungen des Empfän-

- gerstaats sowie ihre Umsetzung in der täglichen Anwendungspraxis (vgl. ähnlich *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015 - C-362/14, Schrems/Digital Rights Ireland, NJW 2015, S. 3151 [3155], Rn. 75).
- 336 (b) Hinsichtlich der Besorgnis etwaiger Menschenrechtsverletzungen durch die Nutzung der Daten im Empfängerstaat muss insbesondere gewährleistet erscheinen, dass sie dort weder zu politischer Verfolgung noch unmenschlicher oder erniedrigender Bestrafung oder Behandlung verwendet werden (vgl. Art. 16a Abs. 3 GG). Der Gesetzgeber hat insgesamt Sorge zu tragen, dass der Schutz der Europäischen Menschenrechtskonvention und der anderen internationalen Menschenrechtsverträge (vgl. Art. 1 Abs. 2 GG) durch eine Übermittlung der von deutschen Behörden erhobenen Daten ins Ausland und an internationale Organisationen nicht ausgehöhlt wird.
- 337 (2) Die Gewährleistung des geforderten Schutzniveaus im Empfängerstaat muss nicht für jeden Fall einzeln geprüft und durch völkerrechtlich verbindliche Einzelzusagen abgesichert werden. Der Gesetzgeber kann diesbezüglich auch eine generalisierende tatsächliche Einschätzung der Sach- und Rechtslage der Empfängerstaaten durch das BKA ausreichen lassen. Diese kann so lange Geltung beanspruchen, wie sie nicht durch entgegenstehende Tatsachen in besonders gelagerten Fällen erschüttert wird (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 69 m.w.N.).
- 338 Lassen sich Entscheidungen mit Blick auf einen Empfängerstaat nicht auf solche Beurteilungen stützen, bedarf es aber einer mit Tatsachen unterlegten Einzelfallprüfung, aus der sich ergibt, dass die Beachtung jedenfalls der grundlegenden Anforderungen an den Umgang mit Daten hinreichend gewährleistet ist (s.o. D IV 1 b bb [1]). Erforderlichenfalls können und müssen verbindliche Einzelgarantien abgegeben werden. Grundsätzlich ist eine verbindliche Zusicherung geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Datenübermittlung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung nicht eingehalten wird (vgl. *BVerfGE* 63, 215 [224]; 109, 38 [62]; *BVerfG*, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 70). Welche Anforderungen im Einzelnen gelten, kann der Gesetzgeber auch von einer Einzelfallabwägung abhängig machen.
- 339 Die Vergewisserung über das geforderte Schutzniveau – sei es generalisiert, sei es im Einzelfall – ist eine nicht der freien politischen Disposition unterliegende Entscheidung deutscher Stellen. Sie hat sich auf gehaltvolle wie realitätsbezogene Informationen zu stützen und muss regelmäßig aktualisiert werden. Ihre Gründe müssen nachvollziehbar dokumentiert werden. Die Entscheidung muss durch die Datenschutzbeauftragten überprüfbar sein und einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden können (vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015 – C-362/14, Schrems/Digital Rights Ireland, NJW 2015, S. 3151 [3155 ff.], Rn. 78, 81, 89).
- 340 cc) Auch ansonsten gelten in Deutschland die Anforderungen an eine wirksame aufsichtliche Kontrolle einschließlich einer hierfür geeigneten Protokollierung der jeweiligen Übermittlungsvorgänge sowie das Erfordernis von Berichtspflichten (s.o. C IV 6 d, e).
- 341 dd) Die vorstehend entwickelten Maßgaben müssen in einer den Grundsätzen der Bestimmtheit und Normenklarheit entsprechenden Weise gesetzlich ausgeformt sein. Dazu gehört auch, dass Ermächtigungsgrundlagen, die, soweit zulässig, eine Übermittlung von Daten zur Informationsgewinnung durch einen Abgleich mit Daten ausländischer Behörden und einen Rückfluss ergänzender Erkenntnisse herbeiführen sollen, als solche normenklar ausgestaltet sind.
- 342 2. Die Übermittlungstatbestände des § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 3 und S. 2 BKAG sind mit diesen Anforderungen nicht vereinbar.
- 343 a) § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BKAG genügt, soweit er als eigene Ermächtigungsgrundlage zu verstehen ist (vgl. *Graulich*, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, 2014, § 14 BKAG Rn. 6), den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Zweckänderung nicht. Indem er dem BKA eine Datenübermittlung allgemein zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben erlaubt, fehlt es an Maßgaben, die sicherstellen, dass Daten aus eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen nur für Zwecke übermittelt werden dürfen, die dem Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung entsprechen (vgl. D I 2 b). Die Befugnis ist damit nicht hinreichend eingegrenzt und unverhältnismäßig.
- 344 b) Gleichfalls zu weit und deshalb mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht vereinbar ist § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BKAG in Bezug auf Daten aus Wohnraumüberwachungen. Nach den oben entwickelten Maßgaben ist für diese sicherzustellen, dass sie nur bei Vorliegen einer dringenden Gefahr übermittelt werden dürfen (s.o. D I 2 b bb; vgl. ferner *BVerfGE* 109, 279 [377, 379]). Eine solche Begrenzung enthält die Vorschrift nicht.
- 345 Hinsichtlich anderer Daten ist die Vorschrift bei sachgerechter Auslegung demgegenüber verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Indem die Vorschrift in Anknüpfung an die Terminologie des allgemeinen Sicherheitsrechts eine „erhebliche Gefahr“ für die öffentliche Sicherheit verlangt, erlaubt sie eine Übermittlung nur zum Schutz besonders qualifizierter Rechtsgüter und kann – entsprechend der Regelung des § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BKAG (s.o. D III 3 b bb) – im Lichte der entsprechenden Datenerhebungsvorschriften ausgelegt werden. Da die Vorschrift überdies klarstellt, dass es sich hierbei um eine auch im Einzelfall bestehende Gefahr handeln muss, erfüllt sie auch die Anforderungen an die Übermittlung von Daten aus Online-Durchsuchungen (s.o. D I 2 b bb).
- 346 c) Mit den Anforderungen an eine Zweckänderung

nicht vereinbar ist schließlich der Übermittlungstatbestand des § 14 Abs. 1 S. 2 BKAG.

347 Die Vorschrift stellt nicht hinreichend sicher, dass die Übermittlung von Daten in Anknüpfung an das Kriterium der hypothetischen Datenenerhebung auf den Schutz hinreichend gewichtiger Rechtsgüter begrenzt bleibt (vgl. D I 2 b). Sie erlaubt eine Übermittlung allgemein zur Verhütung von Straftaten von erheblicher Bedeutung, ohne zu unterscheiden, mit welchen Mitteln die jeweiligen Daten erhoben wurden. Diese Schwelle rechtfertigt jedoch die Übermittlung von Daten aus besonders eingriffsintensiven Maßnahmen nicht. Knüpft der Gesetzgeber bei Übermittlungen zur Gefahrenabwehr wie hier zur Straftatenverhütung für die Bestimmung der neuen Zwecke nicht unmittelbar an Rechtsgütern, sondern an der Art der zur verhütenden Straftaten an, so ist insoweit an die entsprechenden Gewichtungen, die für die strafprozessuale Datenerhebung gelten, anzuknüpfen. Danach ist etwa die Übermittlung von Daten aus Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung auf die Verhütung von schweren Straftaten und von Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen auf die Verhütung von besonders schweren Straftaten beschränkt (vgl. BVerfGE 109, 279 [343 ff.]; 125, 260 [328 f.]; 129, 208 [243]; auch oben C IV 1 a). Entsprechende Anforderungen sieht die Vorschrift für die Übermittlung indessen nicht vor.

348 Darüber hinaus genügt die Vorschrift auch hinsichtlich des geforderten Konkretisierungsgrads der Gefahrenlage nicht in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Indem sie zur Übermittlung von Daten unterschiedslos dann ermächtigt, wenn „Anhaltspunkte“ für eine künftige Straftatenbegehung bestehen, erlaubt sie auch eine Übermittlung von Daten aus Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen, ohne eine dringende Gefahr (vgl. BVerfGE 109, 279 [377, 379] zur Wohnraumüberwachung) oder eine im Einzelfall hinreichend konkretisiert drohende Gefahr (vgl. BVerfGE 120, 274 [326, 328 f.] zur Online-Durchsuchung) zur Voraussetzung zu machen. Dies ist mit den oben dargelegten Anforderungen nicht vereinbar (vgl. D I 2 b bb). Soweit hingegen andere Daten betroffen sind, ist gegen diese Eingriffsschwelle nichts zu erinnern. Indem die Vorschrift Anhaltspunkte über eine Straftatenbegehung verlangt, macht sie die Übermittlung davon abhängig, dass sich aus den übermittelten Daten zumindest konkrete Ermittlungsansätze ergeben. Dies steht mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen in Einklang.

349 d) Keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt demgegenüber die übergreifende Regelung des § 14 Abs. 7 BKAG.

350 aa) Indem § 14 Abs. 7 S. 7 BKAG anordnet, dass die Übermittlung unterbleibt, soweit im Einzelfall schutzwürdige Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung überwiegen, lässt die Regelung Raum

für die von Verfassungs wegen geforderte Vergewisserung, dass die gebotenen menschenrechtlichen Standards eingehalten werden.

351 bb) Den datenschutzrechtlichen Anforderungen des GG trägt § 14 Abs. 7 BKAG Rechnung, indem er die Übermittlung verfahrensrechtlich ausgestaltet und Anforderungen an die Vergewisserung über ein angemessenes Datenschutzniveau im Empfängerstaat festlegt.

352 (1) Die Vorschrift begründet eine Verantwortung des BKA für die Zulässigkeit der Datenübermittlung und verlangt damit insbesondere auch die Prüfung, ob sich aus den übermittelten Informationen selbst oder im Zusammenhang mit einem Ermittlungersuchen hinreichend plausible Anhaltspunkte ergeben, nach denen die Übermittlung der Daten für die jeweiligen Zwecke erlaubt ist. Bei sachgerechtem Verständnis stellt die Norm zugleich sicher, dass der Übermittlungszweck förmlich mitgeteilt sowie darauf hingewiesen wird, dass die Daten nur zu diesem Zweck genutzt werden dürfen. Nicht zu beanstanden ist insoweit, dass die Zweckbindung nur in Form eines Hinweises, nicht aber durch eine förmliche Verpflichtung abgesichert wird und auch über den Lösungszeitraum nur ein informatorischer Hinweis auf die deutsche Rechtslage vorgeschrieben ist. Grundsätzlich reicht es, wenn sich die Behörden mit Blick auf die Sach- und Rechtslage im Empfängerstaat in tatsächlicher Hinsicht über das Vorhandensein eines angemessenen Datenschutzniveaus im Empfängerstaat vergewissern.

353 (2) Eine solche Vergewisserung sieht § 14 Abs. 7 S. 7 bis 9 BKAG vor. Bei verfassungskonformer Auslegung ist diese Regelung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar. Sie verbietet eine Übermittlung, wenn nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall schutzwürdige Interessen der betroffenen Person überwiegen und zählt hierzu das Vorhandensein eines angemessenen Datenschutzniveaus im Empfängerstaat. Bei einer Auslegung im Licht der Verfassung ist die Beachtung der grundrechtlichen Anforderungen an einen angemessenen datenschutzrechtlichen Umgang im Empfängerstaat allerdings nicht lediglich ein Abwägungsgesichtspunkt, der im Einzelfall zur Disposition der Behörden steht. Vielmehr sind insoweit grundrechtliche Mindestanforderungen stets zur Geltung zu bringen. Ist eine Vergewisserung über einen zumindest elementaren Anforderungen genügenden rechtsstaatlichen Umgang des Empfängerstaats mit den übermittelten Daten nicht anders zu erreichen, bedarf es insoweit des Rückgriffs auf eine Einzelfallgarantie nach § 14 Abs. 7 S. 9 BKAG. Bei diesem Verständnis sind gegen die Verfassungsmäßigkeit der Regelung keine Bedenken zu erheben. Die allgemeine Vorschrift des § 27 Abs. 1 Nr. 1 BKAG stützt die Regelung dabei ergänzend ab.

354 e) Im Übrigen genügen die Übermittlungsregelungen des § 14 Abs. 1 BKAG insoweit nicht den verfas-

sungsrechtlichen Anforderungen, als es an einer hinreichenden Regelung der aufsichtlichen Kontrolle sowie der Anordnung von Berichtspflichten zur Übermittlungspraxis fehlt (s.o. C IV 6 d, e). Demgegenüber ist eine Protokollierungspflicht, wie verfassungsrechtlich geboten, in § 14 Abs. 7 S. 3 BKAG vorgesehen (vgl. BVerfGE 133, 277 [370 Rn. 215]). Angesichts der Anwendbarkeit des § 19 BDSG fehlt es auch nicht an Auskunftsrechten der Betroffenen (vgl. BVerfGE 120, 351 [364 f.]; s.o. C IV 6 b; C VI 3 b).

- 355 E. I. 1. Die Feststellung einer Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Vorschriften führt grundsätzlich zu deren Nichtigkeit. Allerdings kann sich das *BVerfG*, wie sich aus § 31 Abs. 2 S. 2 und 3 BVerfGG ergibt, auch darauf beschränken, eine verfassungswidrige Norm nur für mit der Verfassung unvereinbar zu erklären (BVerfGE 109, 190 [235]). Es verbleibt dann bei einer bloßen Beanstandung der Verfassungswidrigkeit ohne den Ausspruch der Nichtigkeit. Die Unvereinbarkeitserklärung kann das *BVerfG* dabei zugleich mit der Anordnung einer befristeten Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung verbinden. Dies kommt in Betracht, wenn die sofortige Ungültigkeit der zu beanstandenden Norm dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohls die Grundlage entziehen würde und eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten ergibt, dass der Eingriff für eine Übergangszeit hinzunehmen ist (vgl. BVerfGE 33, 1 [13]; 33, 303 [347 f.]; 40, 276 [283]; 41, 251 [266 ff.]; 51, 268 [290 ff.]; 109, 190 [235 f.]). Für die Übergangszeit kann das *BVerfG* vorläufige Anordnungen treffen, um die Befugnisse der Behörden bis zur Herstellung eines verfassungsmäßigen Zustandes durch den Gesetzgeber auf das zu reduzieren, was nach Maßgabe dieser Abwägung geboten ist (vgl. BVerfGE 40, 276 [283]; 41, 251 [267]).
- 356 2. Danach sind § 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. c und § 20v Abs. 6 S. 5 BKAG für verfassungswidrig und nichtig zu erklären. Die Vorschriften genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht und eine Regelung mit vergleichbarem Regelungsgehalt kann der Gesetzgeber auch durch Nachbesserung nicht herbeiführen.
- 357 Demgegenüber sind § 20g Abs. 1 bis 3, §§ 20h, 20j, 20k, 20l, § 20m Abs. 1, 3 – diesbezüglich auch § 20v Abs. 6 S. 3, 2. HS – und § 20u Abs. 1, 2 sowie § 20v Abs. 4 S. 2, Abs. 5 S. 1 bis 4 (ohne S. 3 Nr. 2), § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3, S. 2 BKAG lediglich für mit der Verfassung unvereinbar zu erklären; die Unvereinbarkeitsklärung ist mit der Anordnung ihrer vorübergehenden Fortgeltung bis zum Ablauf des 30.6.2018 zu verbinden. Die Gründe für die Verfassungswidrig-

keit dieser Vorschriften betreffen nicht den Kern der mit ihnen eingeräumten Befugnisse, sondern nur einzelne Aspekte ihrer rechtsstaatlichen Ausgestaltung; die Reichweite ihrer Beurteilung als insgesamt verfassungswidrig ergibt sich dabei maßgeblich daraus, dass es an einzelnen übergreifend die Verhältnismäßigkeit sichernden Regelungen, etwa zur Gewährleistung einer effektiven Aufsicht, fehlt. Der Gesetzgeber kann in diesen Fällen die verfassungsrechtlichen Beanstandungen nachbessern und damit den Kern der mit den Vorschriften verfolgten Ziele auf verfassungsmäßige Weise verwirklichen. Angesichts der großen Bedeutung einer wirksamen Bekämpfung des internationalen Terrorismus für den freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaat ist unter diesen Umständen ihre vorübergehende Fortgeltung eher hinzunehmen als deren Nichtigkeitserklärung, die dem BKA bis zu einer Neuregelung zentrale Ermittlungsbefugnisse bei der Abwehr des internationalen Terrorismus nehmen würde.

- 358 Die Anordnung der Fortgeltung bedarf mit Blick auf die betroffenen Grundrechte jedoch einschränkender Maßgaben. Anzuordnen ist zum einen, dass Maßnahmen gem. § 20g Abs. 2 Nr. 1, 2 b, 4 und 5 BKAG nur durch das Gericht angeordnet werden dürfen; bei Gefahr im Verzug gilt § 20g Abs. 3 S. 2 bis 4 BKAG entsprechend. Zum anderen dürfen Maßnahmen gem. § 20g Abs. 1 Nr. 2, § 20l Abs. 1 Nr. 2 und § 20m Abs. 1 Nr. 2 BKAG nur angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen des § 20k Abs. 1 S. 2 BKAG in der in den Urteilsgründen dargelegten verfassungskonformen Auslegung vorliegen. Schließlich ist eine weitere Verwendung von Daten gem. § 20v Abs. 4 S. 2 BKAG oder eine Übermittlung von Daten gem. § 20v Abs. 5 und § 14 Abs. 1 BKAG betreffend Daten aus Wohnraumüberwachungen (§ 20h BKAG) nur bei Vorliegen einer dringenden Gefahr und betreffend Daten aus Online-Durchsuchungen (§ 20k BKAG) nur bei Vorliegen einer im Einzelfall drohenden Gefahr für die jeweils maßgeblichen Rechtsgüter zulässig.
- 359 II. Die Entscheidung ist teilweise mit Gegenstimmen ergangen. Dies gilt insbesondere für die Verwerfung von § 20g Abs. 1 Nr. 2, § 20l Abs. 1 Nr. 2 und § 20m Abs. 1 Nr. 2 BKAG als verfassungswidrig (anstatt sie einer verfassungskonformen Auslegung zuzuführen), für die Annahme der Ermittlungsbefugnisse des § 20g BKAG als kernbereichstypisch, für die Beanstandung unzureichender Aufsichtsbefugnisse, Berichts- und Sanktionspflichten und teilweise auch fehlender Richtervorbehalte, die mit 5:3 Stimmen ergangen sind. (*wird ausgeführt*)  
[...]

# Polizeiliche Gefahrenabwehr mit heimlichen Überwachungsmaßnahmen

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

von Dr. Kurt Graulich.\*

## I. Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA

Der Bund verfügt infolge des föderalen Staatsaufbaus nur über eingeschränkte Kompetenzen bei der Gesetzgebung im Polizeirecht und der Einrichtung von Polizeibehörden. Was auch immer an Normierungen im Bereich von Bundespolizei und Bundeskriminalamt zusammengekommen ist, bewegt sich dennoch im Regel-Ausnahme-Verhältnis zum Polizeirecht der Länder. Den Gesetzen über die Polizeien des Bundes fehlen deshalb die von den entsprechenden Landesgesetzen vertrauten Generalmachtigungen sowie die umfangreich gewordenen Kataloge von Standardbefugnissen. Die Rechtsprechung des *BVerfG* zu den Normierungen des modernen Polizeirechts ist aus diesem Grund weitgehend anhand landesrechtlicher Einzelfälle entstanden. Diese Beurteilung gilt mit einer bestimmten Einschränkung, die zum Urteil des *BVerfG* vom 20.4.2016 geführt hat. Zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus hat das Bundeskriminalamt nämlich eine normative Ausstattung erhalten, die typologisch derjenigen in den Länderpolizeigesetzen zumindest ebenbürtig, allerdings bereichsspezifisch beschränkt ist. Und diese Normen haben nun Gelegenheit zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung gegeben, deren Auswirkung das BKAG deutlich übersteigt, weil die Ausführungen in dem Urteil in vielen Fällen die Länder zu einer Schwachstellenanalyse ihrer entsprechenden Regelungen zwingen.

### 1. Schaffung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die Gesetzgebungs- und Behördenkompetenz des Bundes zum Erlass des BKAG ergibt sich ursprünglich aus Art. 73 Nr. 10 GG i.V.m. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG. Diese ausschließliche Gesetzgebungskompetenz ist mit der „Föderalismusreform I“<sup>1</sup> verbreitert worden. Durch Einführung von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG ist dem Bund nämlich die ausschließliche Gesetzgebung für die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA in Fällen übertragen worden, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht. Die damit verliehene Gesetzgebungskompetenz bezieht sich ausweislich des Zusatzes „durch das Bundeskriminalpolizeiamt“ nur auf die Aufgabewahrnehmung durch das BKA. Die Beschränkung auf den internationalen Terrorismus nimmt auf Deutschland begrenzte terroristische Phänomene aus.<sup>2</sup>

### 2. Das Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA

Die Einzelheiten des Zusammenwirkens von BKA und Landespolizeibehörden sowie die Befugnisse des BKA waren nach der Vorstellung des Verfassungsgesetzgebers einfachgesetzlich zu regeln.<sup>3</sup> Und dies ist durch das Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25.12.2008<sup>4</sup> geschehen. Eine Reihe von Regelungen ermächtigt das BKA danach zu Einzelmaßnahmen im Rahmen der Gefahrenabwehr und Straftatenverhütung. Die einschlägige Aufgabenübertragung auf das BKA unternimmt § 4a BKAG; danach kann das BKA die Gefahren des internationalen Terrorismus in den von Abs. 1 Nr. 1 bis 3 bestimmten Fällen abwehren. Die ihm bei der Wahrnehmung der Aufgabe zukommenden Befugnisse sind im Wesentlichen in den §§ 20a bis 20x BKAG geregelt. Diese bereichsspezifischen Standardbefugnisse enthalten erstmals für eine der Polizeien des Bundes das gesamte Arsenal an polizeilichen Handlungsermächtigungen, die – ausgehend von der Entwicklung der Länderpolizeigesetze – in den letzten vier Jahrzehnten entstanden sind.

## II. Das Urteil des *BVerfG* zu den heimlichen Überwachungsmaßnahmen

### 1. Entscheidungsgegenstand und Ergebnis

Das Gesetz vom 25.12.2008 ist in einigen wesentlichen Teilen mit Verfassungsbeschwerden angegriffen worden. Diese wendeten sich gegen die Einräumung verschiedener Ermittlungsbefugnisse, aber auch gegen Regelungen zur Datennutzung sowie gegen Vorschriften zur Datenübermittlung, nicht zuletzt an ausländische Stellen. Der inhaltliche Schwerpunkt des nachgesuchten Rechtsschutzes lag auf den Befugnissen zur Wohnraumüberwachung – sog. großer Lauschangriff –, der Online-Durchsuchung – sog. Trojaner –, der Telekommunikationsüberwachung, der Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten sowie der Überwachung außerhalb von Wohnungen mit besonderen Mitteln der Datenerhebung – sog. kleiner Lauschangriff. Das *BVerfG* hält die Vorschriften teilweise für zu unbestimmt und zu weit. Auch fehle es zum Teil an flankierenden rechtsstaatlichen Absicherungen, insbesondere zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung oder zur Gewährleistung von Transparenz, individuellem Rechtsschutz und aufsichtlicher Kontrolle. Die Vorschriften zu Übermittlung von Daten

\* Der Verfasser ist Richter am BVerwG a.D.

<sup>1</sup> BGBl. I 2006, S. 2034.

<sup>2</sup> Graulich, in: Schenke/Graulich/Ruthig, Sicherheitsrecht des Bundes, BKAG, Vorb. § 1 Rn. 3 ff.

<sup>3</sup> BT-Dr. 16/813, S. 12.

<sup>4</sup> BGBl. I 2008, S. 3083.

seien an etlichen Stellen nicht hinreichend begrenzt. Die Vorschriften gelten dennoch bis zum Ablauf des 30.6.2018 fort, weil nach den Erwägungen des *BVerfG* die Gründe für die Verfassungswidrigkeit nicht den Kern der eingeräumten Befugnisse betreffen.<sup>5</sup>

## 2. Prüfungsmaßstab

Die angegriffenen Normen ermächtigen das BKA zu Eingriffen in die Grundrechte aus Art. 13 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG ist sowohl in seiner Ausprägung als Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als auch als Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen.<sup>6</sup> Die Befugnisse sind in Abhängigkeit von dem jeweils betroffenen Grundrecht und dem verschiedenen Eingriffsgewicht je einzeln an den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit, der Normenklarheit und der Bestimmtheit zu messen.<sup>7</sup>

Die Einräumung der Befugnisse muss in allen Fällen einem legitimen Ziel dienen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.<sup>8</sup> Mit dem Zweck der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus wird nach dem Urteil ein legitimes Ziel verfolgt.<sup>9</sup> Die Einräumung der fraglichen Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse ist zur Erreichung dieses Ziels geeignet. Die verschiedenen Befugnisse sind hierfür jedenfalls im Grundsatz auch erforderlich. Mildere Mittel, die gleichermaßen effektiv ebenso weitgehende Aufklärungsmöglichkeiten zur Abwehr des internationalen Terrorismus ermöglichen, sind nicht ersichtlich. Dies lässt aber unberührt, dass auch die Anwendung der Befugnisse im Einzelfall dem Grundsatz der Geeignetheit und Erforderlichkeit zu folgen hat.<sup>10</sup>

## 3. Kompositionsmerkmale des Urteils

Das Urteil über die Anti-Terrorregelungen im BKAG erinnert an den Beschluss zur Bestandsdatenauskunft, in dem es um die Verfassungsmäßigkeit der sicherheitsbehördlichen Praxis zu §§ 111 bis 113 TKG ging. In beiden Entscheidungen werden die Grundrechte als Stimmgabeln an den einfachgesetzlichen Normen zum Schwingen gebracht und auf ihre Stimmigkeit abgehört. Es werden nicht mit grobem Werkzeug legislative Bauwerke abgerissen, sondern dem Gesetzgeber die erkannten Bedenklichkeiten in allen Details auseinandergesetzt, damit er selbst nach Maßgabe der rechtlichen Analyse tätig werde. Die Verfassungsmäßigkeit seines Ansatzes wird ausdrücklich bescheinigt: Die Ermächtigung des BKA zum Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen (Wohnraumüberwachungen, Online-Durchsuchungen,

Telekommunikationsüberwachungen, Telekommunikationsverkehrsdatenerhebungen und Überwachungen außerhalb von Wohnungen mit besonderen Mitteln der Datenerhebung) ist zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus im Grundsatz mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar.<sup>11</sup> Das verfassungsrechtliche Verdikt betrifft in geringer Zahl Regelungen, die für verfassungswidrig und nichtig erklärt werden und in größerer Zahl solche, die lediglich für mit der Verfassung unvereinbar erklärt werden.<sup>12</sup> Das *BVerfG* hat aber auch eigene Hausaufgaben erledigt: Die Entscheidung führt die bisherige Rechtsprechung zu den für den Ausgleich – zwischen der Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und der Achtung von Würde und Eigenwert des Einzelnen – maßgeblichen verfassungsrechtlichen Anforderungen in grundsätzlicher Weise zusammen.<sup>13</sup> Ebenso wie bei der Entscheidung zur Bestandsdatenauskunft wird dem Gesetzgeber hinsichtlich der lediglich mit der Verfassung unvereinbaren Regelungen eine Frist gesetzt, bis zu deren Ablauf die geprüften Vorschriften weitergelten. Vorliegend läuft diese Frist bis zum bis zum 30.6.2018.<sup>14</sup> Der Bundesgesetzgeber hat es damit sogar in der Hand, noch in der laufenden 18. Wahlperiode zu handeln oder es dem nachfolgenden Parlament zu überlassen, die Neuregelungen zu gestalten.

## 3. Zu den einzelnen Prüfungskomplexen

Die mit den Verfassungsbeschwerden im Einzelnen angegriffenen Rechtsnormen des BKAG werden in zwei großen Abschnitten überprüft (I. und II.).

### 1. Überprüfung von Ermittlungs- und Überwachungsbefugnissen

#### a) Verfassungswidrigkeit von Regelungen zur Datenerhebung nach der bisherigen Rechtsprechung

In einem ersten Abschnitt prüft das Urteil die mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen polizeirechtlichen Überwachungsbefugnisse und stellt fest, dass diese den verfassungsrechtlichen Anforderungen hinsichtlich ihrer jeweiligen Eingriffsvoraussetzungen in verschiedener Hinsicht nicht genügen.<sup>15</sup>

#### aa) Besondere Mittel der Datenerhebung (§ 20g BKAG)

Das trifft auf Teile des § 20g BKAG zu, der bei Verfassungsmäßigkeit im Übrigen an drei Stellen für verfassungswidrig gehalten wird. Zum ersten erlaubt § 20g Abs. 1 BKAG die Überwachung außerhalb von Wohnungen unter dem Einsatz besonderer, in § 20g Abs. 2 BKAG näher bestimmter Mittel der Datenerhebung<sup>16</sup> und ermächtigt das BKA damit zu Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m.

<sup>5</sup> Tenor des Urteils in BGBl. I 2016, 1136.

<sup>6</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 91.

<sup>7</sup> A.a.O., Rn. 90.

<sup>8</sup> A.a.O., Rn. 93.

<sup>9</sup> A.a.O., Rn. 90.

<sup>10</sup> A.a.O., Rn. 97.

<sup>11</sup> A.a.O., Ls 1.

<sup>12</sup> A.a.O. Rn. 356 ff.

<sup>13</sup> Pressemitteilung Nr. 19/2016 vom 20.4.2016 zum *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09.

<sup>14</sup> In der Entscheidung zur Bestandsdatenauskunft war es der 30.6.2013 (*BVerfG*, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05, BVerfGE 130, 151-212, Rn. 188).

<sup>15</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 145.

<sup>16</sup> *Schenke*, in: *Schenke/Graulich/Ruthig*, BKAG, § 20g Rn. 1.

Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>17</sup> § 20g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BKAG erstreckt die Befugnis zur Datenerhebung auf Personen, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie einer Straftat nach § 4a S. 1, S. 2 BKAG verdächtig sind; damit wird die Befugnis – ähnlich wie in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BPolG auf den umstrittenen Vorfeldbereich ausgedehnt.<sup>18</sup> Die Eingriffsvoraussetzungen genügen weder dem Grundsatz der Bestimmtheit noch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.<sup>19</sup>

Zum zweiten ist eine unabhängige Kontrolle verfassungsrechtlich unverzichtbar, wenn Observationen i.S.d. § 20g Abs. 2 Nr. 1 BKAG längerfristig, zumal unter Anfertigung von Bildaufzeichnungen oder unter Nutzung besonderer technischer Mittel wie Peilsender, durchgeführt werden, wenn nichtöffentliche Gespräche erfasst oder Vertrauenspersonen eingesetzt werden. Diese Maßnahmen dringen unter Umständen so tief in die Privatsphäre ein, dass deren Anordnung einer unabhängigen Instanz, etwa einem Gericht, vorbehalten bleiben muss.<sup>20</sup> Soweit für diese Maßnahmen eine erstmalige Anordnung ohne richterliche Entscheidung vorgesehen ist, genügt § 20g BKAG einer verhältnismäßigen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung nicht.<sup>21</sup>

Zum dritten weist § 20g BKAG hinsichtlich mancher Befugnisse eine Kernbereichsnähe auf, die eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung erforderlich macht.<sup>22</sup> Der Gesetzgeber hat hierzu in normenklarer Weise Schutzvorschriften sowohl auf der Ebene der Datenerhebung als auch auf der Ebene der Datenauswertung und Datenverwertung vorzusehen. An solchen Vorschriften fehlt es, so dass § 20g Abs. 1, 2 BKAG auch insoweit mit der Verfassung nicht zu vereinbaren sind.<sup>23</sup> Die Beanstandungen und Nachbesserungsverlangen des BVerfG hinsichtlich § 20g BKAG treffen in gleicher Weise auf § 9 BVerfSchG zu und müssten auch dort eine Novellierung auslösen.

#### *bb) Besondere Bestimmungen über den Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen (§ 20h BKAG)*

§ 20h BKAG erlaubt die akustische und optische Überwachung in Wohnungen und greift damit in Art. 13 Abs. 1 GG ein.<sup>24</sup> Die Regelung wird im Urteil überwiegend für verfassungsmäßig gehalten bis auf zwei Ermächtigungen. Zum einen wird für teilweise unverhältnismäßig und nicht mit Art. 13 Abs. 1, 4 GG vereinbar die Bestimmung der möglichen Adressaten von Wohnraumüberwachungen gehalten,<sup>25</sup> nämlich, soweit sie zur Wohnraumüberwachung auch gegenüber Kontakt- und Begleitpersonen (§ 20h Abs. 1 Nr. 1 lit. c BKAG) befugt; sie ist insofern unverhältnismäßig.<sup>26</sup> Dem kann aus Gründen der

Rechtsklarheit sicher gefolgt werden; in der Literatur wurde eine verhältnismäßige Anwendung durch Auslegung der Vorschrift noch für möglich gehalten.<sup>27</sup> Zum anderen ist nach dem Urteil die Regelung zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in § 20h Abs. 5 BKAG verfassungsrechtlich unzureichend. Sie genügt den Anforderungen des Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht.<sup>28</sup> Das BVerfG folgt damit in der Literatur bereits geäußerten Vorstellungen, den Grundrechtsschutz insofern nicht auf der Erhebungs-, sondern auf der Verwertungsebene anzusiedeln.<sup>29</sup> Nach Durchführung einer Maßnahme gem. § 20h müssen – außer bei Gefahr im Verzug – zunächst alle Daten von einer unabhängigen Stelle darauf gesichtet werden, ob sie höchst private Informationen enthalten, bevor sie vom BKA verwertet werden dürfen.<sup>30</sup> Die Regelung muss der Gesetzgeber schaffen.

#### *cc) Rasterfahndung (§ 20j BKAG)*

Für verfassungsrechtlich unbedenklich hält das Urteil die Regelung der Eingriffsvoraussetzungen der Rasterfahndung gemäß § 20j BKAG. Insbesondere ist die in der Entscheidung vom 6.4.2006<sup>31</sup> verlangte Voraussetzung der konkreten Gefahr berücksichtigt. Und darüber hinaus stellt das Gesetz die Anordnung der Maßnahme unter Richtervorbehalt.<sup>32</sup>

#### *dd) Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme (§ 20k BKAG)*

§ 20k Abs. 1 BKAG ermächtigt zu einem Zugriff auf informationstechnische Systeme – sog. Trojaner – und erlaubt die geheime Durchführung von Online-Durchsuchungen, mit denen private, von den Betroffenen auf eigenen oder vernetzten fremden Computern (wie etwa der sogenannten Cloud) abgelegte oder hinterlassene Daten erhoben und deren Verhalten im Netz nachvollzogen werden kann. Die Vorschrift begründet damit einen Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>33</sup> Das Urteil hält die Regelung für verfassungsgemäß bis auf zwei Regelungen. Dazu zählt zunächst diejenige zum Schutz des Kernbereichs des privaten Lebens. Demnach fehlt es an verfassungsrechtlich hinreichenden Vorkehrungen auf der Ebene des nachgelagerten Kernbereichsschutzes. § 20k Abs. 7 S. 3, 4 BKAG sieht ferner keine hinreichend unabhängige Kontrolle vor.<sup>34</sup> Verfassungswidrig ist außerdem die übermäßig kurze Dauer für die Aufbewahrung der Lösungsprotokolle gem. § 20k Abs. 7 S. 8 BKAG.<sup>35</sup>

<sup>17</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 147.

<sup>18</sup> Schenke, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 20g Rn. 9.

<sup>19</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 162.

<sup>20</sup> In diesem Sinn schon Gusy, A-Dr. 16(4)460, S. 8 f.

<sup>21</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 174.

<sup>22</sup> Schenke, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 20g Rn. 23.

<sup>23</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 177.

<sup>24</sup> A.a.O., Rn. 179.

<sup>25</sup> A.a.O., Rn. 186.

<sup>26</sup> A.a.O., Rn. 191.

<sup>27</sup> Schenke, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 20h Rn. 13.

<sup>28</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 196.

<sup>29</sup> So Schenke unter Bezugnahme auf BVerfGE 129, 208, (245), in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 20h Rn. 35.

<sup>30</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 205.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, BVerfGE 115, 320-381.

<sup>32</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 206.

<sup>33</sup> A.a.O., Rn. 209.

<sup>34</sup> A.a.O., Rn. 223.

<sup>35</sup> A.a.O., Rn. 226.

*ee) Überwachung der Telekommunikation (§ 20l BKAG)*  
 § 20l BKAG regelt die Telekommunikationsüberwachung und begründet damit Eingriffe in Art. 10 Abs. 1 GG. An Art. 10 Abs. 1 GG ist dabei nicht nur § 20l Abs. 1 BKAG zu messen, der die herkömmliche Telekommunikationsüberwachung regelt, sondern auch § 20l Abs. 2 BKAG, der die Quellen-Telekommunikationsüberwachung erlaubt, sofern durch technische Maßnahmen sichergestellt ist, dass ausschließlich laufende Telekommunikation erfasst wird.<sup>36</sup> Nach dem Urteil ist die Regelung des § 20l BKAG nur teilweise mit der Verfassung zu vereinbaren.<sup>37</sup> Im Wesentlichen leidet die Vorschrift an drei zu reparierenden verfassungsrechtlichen Mängeln. Zum ersten nicht mit der Verfassung zu vereinbaren ist die nicht näher eingeschränkte Erstreckung der Telekommunikationsüberwachung nach § 20l Abs. 1 Nr. 2 BKAG auf Personen, bei denen bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie terroristische Straftaten vorbereiten; der Sache nach handelt es sich nicht um eine Maßnahme der Gefahrenabwehr, sondern um eine Vorfeldbefugnis.<sup>38</sup> Die Vorschrift, die über die Abwehr einer konkreten Gefahr hinaus die Eingriffsmöglichkeiten mit dem Ziel der Straftatenverhütung vorverlagert, verstößt in ihrer konturenarmen offenen Fassung gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und ist unverhältnismäßig weit.<sup>39</sup> Weitere verfassungsrechtliche Einwände heften sich an § 20l Abs. 3 BKAG, wo zwar in Einklang mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen verfahrensrechtlich ein Richtervorbehalt normiert ist.<sup>40</sup> Es fehlt indes eine gesetzliche Regelung, die wie verfassungsrechtlich geboten für die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung eine Mitteilung der Gründe verlangt. Dieser Mangel lässt sich aber auch nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung überwinden.<sup>41</sup> Und schließlich hält das Urteil die zu knappe Aufbewahrungsfrist der Löschungsprotokolle gemäß § 20l Abs. 6 S. 10 BKAG für verfassungswidrig.<sup>42</sup> Auch insoweit muss der Gesetzgeber aktiv werden.

*ff) Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten sowie Funkzellenabfrage (§ 20m BKAG)*  
 § 20m Abs. 1 BKAG erlaubt die Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Abs. 3 die sog. Funkzellenabfrage.<sup>43</sup> Die Vorschrift begründet somit einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis gem. Art. 10 Abs. 1 GG, denn dieses schützt nicht nur die Inhalte der Kommunikation, sondern auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs.<sup>44</sup> Dabei handelt es sich um bereits gefestigte Rechtsprechung des *BVerfG*.<sup>45</sup> Im Übrigen stellt das *BVerfG* zu § 20m Abs. 1, 3 BKAG fest, dieser teile, soweit er sich mit § 20l BKAG decke, dessen verfassungsrechtliche Mängel und sei insoweit auch seinerseits verfassungswidrig. Darüber hinaus sei die Vorschrift mit der Verfassung vereinbar.<sup>46</sup>

*b) Verfassungswidrigkeit von Regelungen zur Datenverwendung nach Maßgabe neu entwickelter Differenzierungen*

In einem weiteren Abschnitt prüft das Urteil die mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse und stellt fest, dass diese in verschiedener Hinsicht auch hinsichtlich der weiteren, gleichartig an sie zu stellenden Anforderungen nicht mit der Verfassung vereinbar seien. Es fehle an flankierenden Regelungen, ohne die die Verhältnismäßigkeit dieser Eingriffe nicht gewahrt sei.<sup>47</sup>

*aa) Zum Verbot der Rundumüberwachung*

Ein wichtiges Problem der heimlichen Überwachungsmaßnahmen verweist das Urteil auf die Plätze. Keinen Bedenken unterliege es nämlich, dass das Gesetz keine ausdrückliche Regelung enthalte, die mit Blick auf das Zusammenwirken der verschiedenen Befugnisse das Verbot der Rundumüberwachung näher ausforme. Das Verbot der Rundumüberwachung gelte als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Wahrung eines in der Menschenwürde wurzelnden unverfügbaren Kerns der Person unmittelbar von Verfassungs wegen und sei von den Sicherheitsbehörden im Rahmen ihrer Befugnisse von sich aus zu beachten. Weiterer gesetzlicher Konkretisierung bedürfe es insoweit nicht.<sup>48</sup>

*bb) Schutz von zeugnisverweigerungsberechtigten Berufs- und Personengruppen (§ 20u BKAG)*

Der Gesetzgeber hat in § 20u BKAG eine Regelung zur Ausgestaltung des Schutzes von Berufs- und anderen Personengruppen geschaffen, deren Tätigkeit von Verfassungs wegen eine besondere Vertraulichkeit ihrer Kommunikation voraussetzt, und die den verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Ansicht des *BVerfG* weithin entspricht.<sup>49</sup> Als verfassungsrechtlich nicht tragfähig hat es allerdings die Ausgestaltung des Schutzes der Vertrauensverhältnisse von Rechtsanwälten zu ihren Mandanten angesehen. Bei der Novellierung wird der Gesetzgeber darauf verzichten müssen, auf die Gruppe der Strafverteidiger als besonders schützenswert abzustellen, weil die in der Gefahrenabwehr nicht typischerweise eine Rolle auftreten.<sup>50</sup> Er hat aber Spielraum, nach welcher Seite er die Regelung abrundet. Der Diskretionsschutz bleibt allerdings auch für die nicht gelisteten Berufsgruppen materiell erhalten. Denn in die für die anderen Berufsgeheimnisträger gebotene Abwägung hat – auch unter Berücksichtigung des Art. 12 Abs. 1 GG – die Vertrauensbedürftigkeit der jeweiligen Kommunikationsbeziehungen im jeweiligen Einzelfall maßgeblich einzufließen, und darüber hinaus kann eine Überwachung – etwa für psychotherapeutische Gespräche – auch unter dem Gesichtspunkt des Kernbereichs privater Lebensgestaltung ausgeschlossen sein.<sup>51</sup>

<sup>36</sup> A.a.O., Rn. 228.

<sup>37</sup> A.a.O., Rn. 227.

<sup>38</sup> Schenke, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 20l Rn. 13.

<sup>39</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 232.

<sup>40</sup> vgl. *BVerfGE* 125, 260 (337 f.).

<sup>41</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 235.

<sup>42</sup> A.a.O., Rn. 246.

<sup>43</sup> Schenke, in: Schenke/Graulich/Ruthig, BKAG, § 20m Rn. 24 ff.

<sup>44</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 248.

<sup>45</sup> vgl. *BVerfGE* 67, 157 (172); 130, 151 (179); st. Rspr.

<sup>46</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 247.

<sup>47</sup> A.a.O., Rn. 253.

<sup>48</sup> A.a.O., Rn. 254.

<sup>49</sup> A.a.O., Rn. 256.

<sup>50</sup> A.a.O., Rn. 257.

<sup>51</sup> A.a.O., Rn. 258.

*cc) Benachrichtigung (§ 20w BKAG)*

Die Regelung in § 20w BKAG über die Benachrichtigung von stattgefundenen polizeilichen Maßnahmen wird zwar für sich genommen verfassungsrechtlich nicht beanstandet. Sie wird jedoch unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht für ausreichend gehalten. Je weniger - wegen Heimlichkeit der Maßnahmen - die Gewährleistung subjektiven Rechtsschutzes möglich ist, desto größere Bedeutung erhalten nämlich Anforderungen an eine wirksame aufsichtliche Kontrolle und an die Transparenz des Behördenhandelns gegenüber der Öffentlichkeit.<sup>52</sup> Aus diesem Grund wird die Benachrichtigungsregelung in § 20w BKAG für unzureichend gehalten. Es fehle an einer hinreichenden gesetzlichen Vorgabe zu turnusmäßigen Pflichtkontrollen, deren Abstand ein gewisses Höchstmaß, etwa zwei Jahre, nicht überschreiten dürfe. Auch fehle es an einer umfassenden Protokollierungspflicht, die es ermögliche, die jeweiligen Überwachungsmaßnahmen sachhaltig zu prüfen.<sup>53</sup> Und schließlich fehle es für eine verhältnismäßige Ausgestaltung der angegriffenen Überwachungsbefugnisse auch an regelmäßig zu erfüllenden Berichtspflichten gegenüber Parlament und Öffentlichkeit, um eine öffentliche Diskussion und demokratische Kontrolle zu ermöglichen.<sup>54</sup>

*dd) Löschung von Daten (§ 20v BKAG)*

Die Regelung in § 20v Abs. 6 BKAG, wonach die Daten nach Erfüllung des der Datenerhebung zugrundeliegenden Zwecks zu löschen sind, ist Ausdruck der verfassungsrechtlichen Grundsätze zur Zweckbindung.<sup>55</sup> Beanstandet werden aber die Regelungen über die zu kurze Aufbewahrungsfrist für Protokolldaten in § 20v Abs. 6 S. 3 BKAG und das Absehen von einer Löschung nach Zweckerfüllung in § 20 Abs. 6 S. 5 BKAG. Die Lösungsfrist muss demnach so bemessen sein, dass die Protokolle bei typisierender Betrachtung nach der Benachrichtigung der Betroffenen – zur Wahrnehmung seines Rechtsschutzes – und im Rahmen der nächsten periodisch anstehenden Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragte noch vorliegen.<sup>56</sup>

*2. Überprüfung von Befugnissen zur Nutzung und Übermittlung von Daten*

Das Urteil fasst in einem zweiten Abschnitt solche Normen des BKAG zur verfassungsrechtlichen Überprüfung zusammen, die Befugnisse zur weiteren Nutzung der Daten durch das BKA selbst sowie zu ihrer Übermittlung an andere inländische und ausländische Behörden betreffen.<sup>57</sup> Angelpunkt der Erwägungen ist dabei die mit der anderweitigen Nutzung und Übermittlung von Daten verbundene Zweckänderung. Die Ermächtigung zu einer Nutzung von Daten zu neuen Zwecken begründet einen

neuen Eingriff in das Grundrecht, in das durch die Datenerhebung eingegriffen wurde.<sup>58</sup> 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>59</sup> Die Ermächtigung zu einer Zweckänderung ist dabei am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen.<sup>60</sup> Als Kriterium für die Verhältnismäßigkeit des in der Zweckänderung liegenden zusätzlichen Eingriffs dient dabei die hypothetische Datenneuerhebung. Für Daten aus eingriffintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen kommt es danach darauf an, ob die entsprechenden Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben neu auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln erhoben werden dürften.<sup>61</sup> Die Einzelprüfungen werden zur konkretisierenden Konsolidierung einer langen Rechtsprechung der beiden *Senate* des BVerfG genutzt.<sup>62</sup> Neben einer Reihe von Verstößen gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird als übergreifendes Manko hinsichtlich aller Übermittlungsbefugnisse das Fehlen von gesetzlichen Regelungen beanstandet, die eine hinreichende aufsichtliche Kontrolle sicherstellen. Die für die Datenerhebung geltenden Anforderungen an eine sachhaltige Protokollierung und eine effektive Kontrolle durch die Bundesdatenschutzbeauftragte gelten auch hier.<sup>63</sup>

*a) Verwendung der vom Bundeskriminalamt erhobenen Daten durch dieses selbst (§ 20v Abs. 4 S. 2 BKAG)*

§ 20v Abs. 4 Satz 2 BKAG regelt die Verwendung der vom BKA erhobenen Daten durch dieses selbst. Die Vorschrift ist nach dem Urteil aus zwei Gründen verfassungswidrig.<sup>64</sup> Es fehlt in § 20v Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BKAG an einer hinreichenden Begrenzung für Daten aus Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchungen.<sup>65</sup> Als unvereinbar mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen wird auch § 20v Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BKAG zur Verwendung der Daten zum Zeugen- und Personenschutz angesehen. Denn der einschränkungslose allgemeine Verweis auf die Aufgaben des BKA nach §§ 5 und 6 BKAG sei schon zu unbestimmt.<sup>66</sup> Eine ähnlich gefasste Regelung ist § 10 Abs. 1 BVerfSchG, die in entsprechender Weise gesetzlich überarbeitet werden müsste, um genügend verhältnismäßig und bestimmt zu sein.

*b) Übermittlung der vom Bundeskriminalamt erhobenen Daten an andere nationale Behörden (§ 20v Abs. 5 BKAG)*

§ 20v Abs. 5 BKAG normiert die Übermittlung vom BKA erhobener Daten an andere Behörden. Nach dem Urteil genügen verschiedene darin enthaltene Regelungen nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

<sup>52</sup> A.a.O., Rn. 135.

<sup>53</sup> A.a.O., Rn. 267.

<sup>54</sup> A.a.O., Rn. 268.

<sup>55</sup> A.a.O., Rn. 270.

<sup>56</sup> A.a.O., Rn. 272.

<sup>57</sup> A.a.O., Rn. 275.

<sup>58</sup> A.a.O., Rn. 285.

<sup>59</sup> A.a.O., Rn. 277.

<sup>60</sup> A.a.O., Rn. 286.

<sup>61</sup> A.a.O., Rn. 287; in der Entscheidung wird darauf hingewiesen, dass der Sache nach diese Konkretisierung nicht neu sei, vgl. bereits BVerfGE 100, 313 (389 f.) und findet sich unter der Bezeichnung "hypothetischer Ersatzeingriff" auch in BVerfGE 130, 1 (34).

<sup>62</sup> A.a.O., Rn. 292.

<sup>63</sup> A.a.O., Rn. 322.

<sup>64</sup> A.a.O., Rn. 293.

<sup>65</sup> A.a.O., Rn. 294 und 302.

<sup>66</sup> A.a.O., Rn. 303.

Maßgeblicher Ausgangspunkt ist die aus dem Beschluss über die Bestandsdatenauskunft bekannte Metapher,<sup>67</sup> wonach das BKA damit die Datennutzung durch andere Behörden ermögli- che, die – nach dem Bild einer Doppeltür – dabei auch ihrerseits zur Abfrage und Verwendung dieser Daten berechtigt sein müssen.<sup>68</sup> Die Übermittlungsbefugnisse sind insoweit verfassungswidrig, als ihre Voraussetzungen den Anforderungen in Bezug auf das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung nicht genügen.<sup>69</sup> Danach ist unverhältnismäßig weit und damit verfassungswidrig § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BKAG insoweit er eine Übermittlung auch allgemein zur Verhütung der in § 129a Abs. 1, 2 StGB genannten Straftaten erlaubt.<sup>70</sup> Ebenso nicht mit der Verfassung vereinbar ist § 20v Abs. 5 S. 1 Nr. 3 BKAG, der die Übermittlung von Daten zur Strafverfolgung regelt.<sup>71</sup>

Nicht mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar ist auch § 20v Abs. 5 S. 3 Nr. 1 BKAG, der die Übermittlung von Daten an die Verfassungsschutzbehörden und den Militärischen Abschirmdienst erlaubt. Die Vorschrift, die für alle Daten außer solche aus Wohnraumüberwachungsmaßnahmen gilt (vgl. § 20v Abs. 5 S. 5 BKAG), erlaubt eine Übermittlung an die vorgenannten Behörden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Daten zur Sammlung und Auswertung von Informationen erforderlich sind über Bestrebungen, die in den Aufgabenbereich der Verfassungsschutzbehörden oder des Militärischen Abschirmdienstes fallen. Damit genügt sie dem für eine zweckändernde Datenübermittlung maßgeblichen Kriterium der hypothetischen Neuerhebung nicht.<sup>72</sup> Entsprechendes gilt für § 20v Abs. 5 S. 4 BKAG; die Vorschrift erlaubt eine Übermittlung von Daten an den Bundesnachrichtendienst unter den Maßgaben wie § 20v Abs. 5 S. 3 Nr. 1 BKAG.<sup>73</sup>

#### *c) Übermittlung von Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten (§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3, S. 2 BKAG)*

Und schließlich genügt § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3, S. 2 BKAG, der – sofern nicht für Mitgliedstaaten der Europäischen Union die von den Verfassungsbeschwerden nicht angegriffene Regelung des § 14a BKAG einschlägig ist – die Übermittlung von Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten regelt, den verfassungsrechtlichen Anforderungen teilweise gleichfalls nicht.<sup>74</sup> Die Übermittlung von Daten an staatliche Stellen im Ausland unterliegt nämlich den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen von Zweckänderung und Zweckbindung. Bei der Beurteilung der neuen Verwendung ist die Eigenständigkeit der anderen Rechtsordnung zu achten. Eine Übermittlung von Daten ins Ausland verlangt eine Vergewisserung darüber, dass ein hinreichend rechtsstaatli-

cher Umgang mit den Daten im Empfängerstaat zu erwarten ist.<sup>75</sup> § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BKAG genügt, soweit er als eigene Ermächtigungsgrundlage zu verstehen ist, den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Zweckänderung nicht. Indem er dem BKA eine Datenübermittlung allgemein zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben erlaubt, fehlt es an Maßgaben, die sicherstellen, dass Daten aus eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen nur für Zwecke übermittelt werden dürfen, die dem Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung entsprechen. Die Befugnis ist damit nicht hinreichend eingegrenzt und unverhältnismäßig.<sup>76</sup>

### **IV. Zusammenfassende Bewertung: Verhältnismäßigkeit und Öffentlichkeit**

#### *1. Die Reichweite des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*

Die Entscheidungsgründe des Urteils sind teils auf überwölbende Weise grundsätzlich und teils in minutiöser Weise kleinteilig. Ein großer Teil der Ausführungen gilt nach der Art eines großformatigen Obersatzes dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>77</sup> mit seinen Auswirkungen nicht nur auf die Anforderungen an Normenklarheit und Bestimmtheit,<sup>78</sup> sondern auch an den Kernbereich privater Lebensgestaltung<sup>79</sup> sowie die Transparenz;<sup>80</sup> der zuletzt genannte Grundsatz verlangt gesetzlich angeordnete Benachrichtigungspflichten und Auskunftsrechte zur Ermöglichung von Individualrechtsschutz.<sup>81</sup> Die mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Normen werden nicht „am Stück“ geprüft und für gut oder schlecht befunden, sondern in ihren unterschiedlichen Verwendungszusammenhängen analysiert. Dies ist nicht der Detailliebe des Gerichts geschuldet, sondern der Komplexität der gesetzlichen Konstruktionen. Allein die Unterscheidung von Erhebung und Verwendung, insbesondere der weiteren Nutzung und Übermittlung von Daten führt im Falle der Überprüfung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Erfordernis verschiedener Eingriffsvoraussetzungen, weil damit jeweils Zweckänderungen verbunden sind. Als Kriterium für das Gewicht der Zweckänderung wird nunmehr – in Fortentwicklung früherer Rechtsprechung des *BVerfG* – das Kriterium der Datenneuerhebung eingeführt.<sup>82</sup> Die Detailliertheit der Prüfung ist auch der Grund dafür, dass der ganz überwiegende Teil der untersuchten Normen dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit entgangen ist. Unter quantitativen Gesichtspunkten liest sich das Urteil eher wie eine Bekräftigung des legislativen Anliegens und legitimen Ziels, dem BKA Aufklärungsmittel an die Hand zu geben, mit denen dieses seine neue Aufgabe der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus wahrnehmen soll.<sup>83</sup>

<sup>67</sup> BVerfGE 130, 151 (184).

<sup>68</sup> *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 305.

<sup>69</sup> A.a.O., Rn. 307.

<sup>70</sup> A.a.O., Rn. 31.

<sup>71</sup> A.a.O., Rn. 314.

<sup>72</sup> A.a.O., Rn. 319 ff.

<sup>73</sup> A.a.O., Rn. 321.

<sup>74</sup> A.a.O., Rn. 323.

<sup>75</sup> A.a.O., Ls. 3.

<sup>76</sup> A.a.O., Rn. 343.

<sup>77</sup> A.a.O., Rn. 90 bis 144.

<sup>78</sup> A.a.O., Rn. 90 ff.

<sup>79</sup> A.a.O., Rn. 119 ff.

<sup>80</sup> A.a.O., Rn. 134 ff.

<sup>81</sup> A.a.O., Rn. 136 ff.

<sup>82</sup> A.a.O., Rn. 287.

<sup>83</sup> A.a.O., Rn. 95 ff.

## 2. Auswirkungen auf die Datenübermittlung durch die Nachrichtendienste

Die Entscheidung kommt zum richtigen Zeitpunkt. Die Nachrichtendienste des Bundes wurden und werden aktuell mit weiteren Befugnissen zur Datenverwendung und -übermittlung ausgestattet. Das Gesetz zur Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich des Verfassungsschutzes vom 17.11.2015 (BGBl. I 2015, S. 1938) hat insbesondere die informationelle Zusammenarbeit im Verbund des Bundesamts für Verfassungsschutz neu gefasst. Seine Regelungen wären heute an denselben Verfassungsgrundsätzen zu messen wie diejenigen des BKAG, und die Prüfung würde ähnliche Defizite zeigen. Zur Verdeutlichung des Gemeintens soll ein Hinweis auf die vom BVerfG festgestellte Verfassungswidrigkeit von § 20v Abs. 5 S. 4 BKAG dienen. Dabei geht es um die Übermittlung von Daten durch das BKA an den BND,<sup>84</sup> die gegenläufigen Fälle in § 9 BNDG und §§ 19 ff. BVerfSchG wären im verfassungsgerichtlichen Streitfall an denselben Grundsätzen zu messen. Eine weitere Neuregelung der Übermittlung personenbezogener Daten sieht der Entwurf der Bundesregierung vom 30.5.2016 für ein Gesetz zum besseren Informationsaustausch bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus vor. Als zu lösendes Problem beschreibt er, bei der Aufklärung des transnational operierenden und vernetzten Terrorismus seien eine Vielzahl von Behörden – national und insbesondere auch international – tätig, deren Erkenntnisse zusammengeführt und übergreifend analysiert werden müssten. Es geht also um die transnationale Datenübermittlung sowie die Einrichtung transnationaler Datenbanken, und nach dem Gesetzesentwurf sollen von den Regelungen die Nachrichtendienste und die Polizeien des Bundes sein. Sämtliche Probleme der Verhältnismäßigkeit bei Zweckänderungen treten in diesem Fall verstärkt auf, ebenso die Validitätsprüfung von Menschenrechtsstandards bei der Übermittlung und dem Empfang von Daten in das oder aus dem Ausland.<sup>85</sup> Noch ohne Beschlussdatum des Kabinetts, dafür aber nicht weniger dringend – in der laufenden Legislaturperiode – erwartet ist der Entwurf zur Neuregelung der Kontrolle der Nachrichtendienste im Bund. Der Bundesgesetzgeber sollte die Chance ergreifen und die Dienstgesetze dem Stand des BKAG-Urteils anpassen, bevor – mit absehbarem Erfolg – das BVerfG dazu angerufen wird.

## 3. Der verfassungspolitisch notwendige öffentliche Diskurs über die Praxis heimlicher Informationsbeschaffung

Das Urteil erzwingt außerdem eine Veränderung der Kontrolllandschaft. Dies dürfte verfassungspolitisch sein größter Ertrag sein. Allerdings verblüfft dogmatisch die Herleitung aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dieser ist im Ausgangspunkt eine individualrechtliche Kategorie. So moderiert er die Tiefe bei gerechtfertigten Eingriffen in den Schutzbereich von Individualrechten, nicht zuletzt in Grundrechte. Mit der vorliegenden Entschei-

dung gewinnt ihm das BVerfG eine politisch-gesellschaftliche Dimension ab. Die gegenwärtige Kontrolle heimlicher Sicherheitsmaßnahmen wird in der Öffentlichkeit nicht mit Befriedigung wahrgenommen. Dies liegt zum einen daran, dass Heimliches eben auch im Falle der Überprüfung meistens nicht völlig offengelegt wird. Zum anderen liegt dies daran, dass ein Bedrohungsempfinden entstehen kann, wenn das tatsächliche Ausmaß heimlicher Sicherheitseingriffe durch staatliche Stellen nur unzulänglich bekannt ist. Diese Unzulänglichkeit liegt sowohl am Fehlen ausreichender Zahlenangaben als auch an ihrer nicht sinnvollen Aufbereitung in der Öffentlichkeit. Die politische Ökonomie des Medienwettbewerbs begünstigt die Skandalisierung und behindert die sachkritische Analyse. An dieser Stelle muss die parlamentarische Auseinandersetzung erklärend und fordernd aushelfen. So fehlt es bislang an zumindest statistischen Übersichten der zahlreich gewordenen „Besonderen Auskunftsverlangen“<sup>86</sup> und „Besonderen Formen der Datenerhebung“<sup>87</sup> in den Sicherheitsgesetzen von Bund und Ländern. Es gibt regelmäßige Berichte des Bundesamtes für Justiz über die Anzahl der nach §§ 100a, 100b StPO angeordneten Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen. Außerdem kann den Jahresübersichten entnommen werden, aufgrund welcher einzelnen Katalogtat des § 100a StPO die Überwachungen angeordnet wurden sowie über die Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten nach § 100g StPO. Aber es fehlt eine problematisierende Aufbereitung der Zahlenfülle. Außerdem erstattet das Parlamentarische Kontrollgremium nach § 14 Abs. 1 S. 2 G 10 dem Deutschen Bundestag jährlich einen Bericht über die Durchführung sowie die Art und den Umfang der Maßnahmen nach den §§ 3, 5, 7a und 8 G 10. Diese Zahlen werden allerdings auf unterschiedlich intelligible Weise der Öffentlichkeit vorgestellt und führen kaum zu einer bewussten Debatte über das Gesamtthema von Rechtsgüterschutz und Freiheitseingriffen aufgrund staatlicher Maßnahmen. Diese Diskussion muss aber dauernd geführt werden, damit nicht nur ein verfassungsgerichtliches Urteil den Legalitätsrahmen festgestellt hat, sondern auch ein gesellschaftlicher Konsens über die Verhältnismäßigkeit gesetzlicher Befugnisse für heimliche Eingriffe hergestellt werden kann. In der Diktion des BKAG-Urteils: „Da sich die Durchführung von heimlichen Überwachungsmaßnahmen der Wahrnehmung der Betroffenen und der Öffentlichkeit entzieht und dem auch Benachrichtigungspflichten oder Auskunftsrechte mit der Möglichkeit anschließenden subjektiven Rechtsschutzes nur begrenzt entgegenwirken können, sind hinsichtlich der Wahrnehmung dieser Befugnisse regelmäßige Berichte des BKA gegenüber Parlament und Öffentlichkeit gesetzlich sicherzustellen. Sie sind 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>88</sup>

<sup>84</sup> A.a.O., Rn. 321.

<sup>85</sup> A.a.O., Rn. 323 ff.

<sup>86</sup> Z.B. § 8a ff. BVerfSchG.

<sup>87</sup> Z.B. § 9 BVerfSchG, §§ 20g ff. BKAG, § 28 BPolG.

<sup>88</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, Rn. 143, juris.

## BUCHBESPRECHUNGEN

## Stephanie-Alexandra Meier: § 238 StGB Nachstellung/Stalking Eine polizeiliche Sicht nach 6 Jahren

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2015, Diplomica Verlag, Hamburg, ISBN: 978-3-95850-845-3, S. 132, Euro 44,99.

Gerade im Hinblick auf die aktuellen Gesetzesentwürfe zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellung vom BMJV vom 15.2.2016 und vom Bundesrat vom 26.3.2016 (BT-Dr. 193/1/14) erschien es interessant, einen Einblick in die polizeiliche Sicht zur Wirksamkeit der bisherigen Regelung des § 238 StGB zu erhalten.

*Meier* legt – vermutlich – eine Bachelorarbeit vor, die leider relativ oberflächlich bleibt, was allerdings auch der begrenzten Zeit geschuldet ist, die der Autorin zur Bearbeitung zur Verfügung stand. Dennoch, der Umfang täuscht schon deswegen, weil die Verlagsangabe von 132 Seiten sich auch auf den Anlagenteil bezieht, der Ausarbeitungsteil von 57 Seiten ist dagegen recht überschaubar. Die spannenden Forschungsfragen, ob durch die geltende Rechtslage ein wirksamer Schutz für die Opfer von Stalking erreicht wurde und was zu der hohen Einstellungsquote führt, verliert sich zunächst in etwas unübersichtlichen Begriffsklärungen und einem kriminalpolitischen Abriss zum Wandel des Themas Stalking. Die Schilderung der rechtlichen Auslegungsprobleme der Tatbestandsmerkmale und deren Konkretisierung durch die Rechtsprechung erfolgt äußerst knapp.

Die Ausführungen zur polizeilichen Kriminalstatistik machen deutlich, dass im Vorfeld bei der Staatsanwaltschaft ein hoher Anteil der Nachstellungs-/Stalkingfälle eingestellt wird (S. 21). Die folgenden Darstellungen zu Täter- und Opfertypologie und Modus Operandi lassen die Frage aufkommen, inwieweit diese Angaben zielführend für die Forschungsfragestellung sind. So bleibt nur noch wenig Raum für die Wiedergabe zweier Studien (S. 28 ff.) und dem eigentlichen Kern der Arbeit, nämlich die Beantwortung der Forschungsfrage unter Auswahl der qualitativen Analysemethoden in Form von Experteninterviews (S. 34 ff.).

Es wurden sieben Experteninterviews aus unterschiedlichen Zielgruppen geführt, dem Weißen Ring, der Rechtsanwaltschaft, Familienrichter, Staatsanwaltschaft, Sachbearbeiter der Polizei im Bereich häuslicher Gewalt und Stalking, Opferschutzbeauftragte der Polizei und Opfer. Schade ist, dass jeweils nur mit einer Person aus diesen Zielgruppen ein Interview geführt wurde. So ist eine Generalisierbarkeit dieser Aussagen nicht möglich.

Insgesamt wurde nach Ansicht der befragten Experten

durch Schaffung des § 238 StGB eine Gesetzeslücke geschlossen. Negativ wird allerdings die hohe Einstellungsquote beurteilt. Dies läge zum einen an der unzureichenden Schulung von Polizeibeamten, die Handlungen nicht detailgenau dokumentieren würden. Zum anderen würden die Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere die hohe Hürde des Erfolgseintritts, häufig einer Strafbarkeit von Nachstellungshandlungen entgegenstehen. Positiv hebt *Meier* hervor, dass die Polizei durch die Einführung des § 238 StGB mehr Handlungssicherheit erhalten hat und begleitende Maßnahmen zur Verhinderung von Gewalteskalationen ergreifen kann (S. 53).

Als Fazit ihrer Arbeit fordert *Meier* die Umgestaltung des § 238 StGB vom Erfolgsdelikt in ein Eignungsdelikt, um eine Senkung der Einstellungsquote zu erreichen. Genau diese Umwandlung vom Erfolgs- in ein Eignungsdelikt wird in den beiden Gesetzesentwürfen vorgenommen, da die Erfahrungen der Praxis gezeigt hätten, dass der Tatbestand in einer nicht unerheblichen Zahl strafwürdiger Fälle eine Verurteilung nicht ermöglicht (BR-Dr. 193/1/14, S. 1). Insofern werden diese Erfahrungen der Praxis durch die von *Meier* ausgewerteten Interviews und Statistiken bestätigt.

Durch die Umwandlung des § 238 StGB in ein Gefährdungsdelikt soll nicht mehr länger entscheidend sein, ob die Tat eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung des Opfers verursacht hat, sondern „nur“ noch, ob sie geeignet ist, eine solche Beeinträchtigung herbeizuführen. Ob diese Ausweitung dann auch in der Praxis zu einer häufigeren Verurteilung wegen Nachstellung führt, bleibt abzuwarten. Hierfür müsste sicherlich auch die Bearbeitungspraxis optimiert und die Dokumentation der Tathandlungen verbessert werden (S. 55).

Unter Hinweis auf das Bremer Modell spricht sich *Meier* für eine interdisziplinäre Zusammenarbeit im Sinne von Netzwerkarbeit aus, um einen wirksamen Opferschutz zu erreichen (S. 56). Beratungs- und Hilfsmöglichkeiten in Verbindung mit Gefährderansprachen könnten hier präventiv wirksam werden und bereits im Vorfeld deeskalierend wirken.

Insofern ist die gesetzliche Neuregelung ein repressiver Schritt, der andere präventive Interventionsmöglichkeiten nicht entbehrlich macht. Es bleibt abzuwarten, ob einer der Gesetzesentwürfe umgesetzt wird. Zusätzlich zur Neuformulierung des § 238 StGB fordern beide Entwürfe,

das für Taten der Nachstellung die Einordnung als Privatklagedelikt aufgehoben wird. Darüber hinaus sieht der Referentenentwurf des BMJV noch eine Einfügung in das FamFG und eine Anpassung der Strafvorschrift des § 4 GewSchG vor. Nach diesen Gesetzesentwürfen könnte man meinen, die Arbeit von *Meier* sei überholt. Dies wäre jedoch zu voreilig. Schließlich setzen beide Entwürfe das

um, was *Meier* fordert. Daneben liegt der Mehrwert der Arbeit in dem Einblick in die polizeiliche Bearbeitungspraxis und der Forderung nach einer Optimierung der Zusammenarbeit und Aktenführung. Diese Forderung bleibt auch nach einer Neufassung der gesetzlichen Regelung zur Nachstellung weiter aktuell.

## **Matthias Bäcker: Kriminalpräventionsrecht Eine rechtsetzungsorientierte Studie zum Polizeirecht, zum Strafrecht und zum Strafverfahrensrecht**

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2015, Mohr-Siebeck, Tübingen, ISBN: 978-3-16153738-7, S. 595, Euro 114,00.

Die Habilitationsschrift von *Bäcker* widmet sich einem Thema, das aktuell besonders intensiv und konträr diskutiert wird. Unter dem Deckmantel „ziviler Sicherheit“ wird in den letzten Jahren eine Ausdehnung der Strafbarkeit betrieben, die vielfach als unzulässige Vorfeldkriminalisierung für sich gesehen sozialadäquater Verhaltensweisen kritisiert wird. Mit der Vorfeldkriminalisierung öffnet sich ein weitreichender strafprozessualer und polizeirechtlicher Maßnahmenkatalog. Die Auseinandersetzung mit diesem Problemfeld erfolgt häufig mit eingeschränktem Fokus entweder auf das materielle Strafrecht, das Strafprozessrecht oder das Polizeirecht. Dass *Bäcker* gleich alle Rechtsfelder in den Blick nimmt, macht es möglich, eine rechtssetzungsorientierte, umfassende Studie vorzulegen, die nicht nur akribisch genau die geltende Rechtslage analysiert, sondern auch Ausblick in eine Neuordnung des Kriminalpräventionsrechts liefert.

*Bäcker* mahnt schon einleitend an, dass sich das Recht der öffentlichen Sicherheit in einer Regelungskrise befindet. Es wird aber weniger eine Überregulierung kritisiert, als vielmehr ein konzeptionelles Defizit durch mangelhafte, weil höherrangiges Recht verletzende, Gesetzestexte. Daher ist es primäres Anliegen der Habilitation, ein besseres Sicherheitsrecht zu entwickeln (S. 6).

Hierzu untersucht *Bäcker* zunächst ausführlich, inwieweit Polizeirecht, materielles Strafrecht und Strafverfahrensrecht kriminalpräventive Aufgaben übernehmen. Da sich parallel in den unterschiedlichen Gesetzestexten Vorverlagerungen ergeben, drängt sich die Frage auf, ob die derzeitige Aufgabenverteilung in den einzelnen Regelungsmaterien überzeugt (S. 379). Zuvor wäre allerdings schon kritischer zu hinterfragen gewesen, ob nicht nur die Aufgabenverteilung, sondern die sich immer weiter ausbreitende Vorverlagerung an sich zu überdenken und ggf. zurückzusetzen ist. Kritik wird hier zwar stellenweise geübt, jedoch sehr zurückhaltend. Die Kritik äußert sich primär

zum Punkt des faktischen und praktischen Leerlaufens der Vorschriften und nicht im Hinblick auf die grundsätzliche Verfassungsgemäßheit der Regelungen.

So wird z.B. das kürzlich vom *BVerfG* teilweise für verfassungswidrig erklärte BKAG (s. in diesem Heft S. 47 ff.) zwar als „regelungstechnisch misslungen“ angesehen (S. 241), jedoch nicht im Hinblick auf das Grundgesetz einer kritischen Prüfung unterzogen. Verfassungsrechtliche Grenzen der Vorfeldermächtigungen zeigt *Bäcker* dann aber beispielhaft für vier präventivpolizeiliche Landesregeln zur Wohnraumüberwachung auf, um im Anschluss daran grundgesetzliche Grenzen von Überwachungsmaßnahmen mit hoher Eingriffsintensität zu setzen.

Danach richtet *Bäcker* seine Arbeit aber wieder praktisch aus und fragt nach Handlungskonzepten, die den Vorfeldermächtigungen Wirksamkeit verschaffen können. Hier geht es um die Ausarbeitung eines eigenen „Planungsrechts“ der Kriminalprävention (S. 291). Eine solche Konzeptionierung hält *Bäcker* aufgrund besonderer Steuerungsprobleme im Gefahrenvorfeld für erforderlich, die auf der Ebene der einzelnen Vorfeldermächtigungen nicht bewältigt werden könnten. Dagegen könnte ein Planungsrecht, so *Bäcker*, die „verfahrensleitenden Vorentscheidungen der Polizei vorprägen“ (S. 293). Werden Vorentscheidungen – vor den „eigentlichen“ Entscheidungen – vorgeprägt, so suggeriert dies zumindest sprachlich eine Vorverlagerung der Vorverlagerung. Dieser Befürchtung beugt der Verfasser dadurch vor, dass er auf den Bezug der Präventionsplanung einzelner Präventionsmaßnahmen zum konkreten polizeilichen Vorfeldverfahren abstellt (S. 295). Dennoch bleibt ein fader Beigeschmack, können doch Planungskonzepte von Maßnahmen, die es im Grunde genommen nicht geben sollte, diese nicht legitimieren. Hier setzt *Bäcker* aber konsequent seine Vorverlagerungen prinzipiell gut heißende Meinung weiter fort.

Sehr kritisch beleuchtet *Bäcker* die verfassungsrechtlichen Grenzen des kriminalpräventiven Strafrechts. Hier geht er auf das Terrorismusstrafrecht ein und erörtert auch den – mittlerweile Gesetz gewordenen – § 89 a Abs. 2 lit. a StGB. § 91 Abs. 1 Nr. 1 StGB wahrt nach Auffassung des Autors dann nicht mehr die Grenzen des Übermaßverbots (S. 377). Insgesamt hält *Bäcker* das Präventionsstrafrecht aber für unentbehrlich. Da anderen Ordnungen eine Regelungsmöglichkeit aus verfassungs- und konventionsrechtlichen Gründen zu versagen ist, könne ein Präventionsstrafrecht nur im Strafrecht verankert werden und müsse es auch. Daher geht es dem Autor auch nicht um eine Abschaffung des Präventionsstrafrechts, sondern um seine Verbesserung. „Ein reduziertes materielles Präventionsstrafrecht sollte durch ein strafprozessuales Vorfeldrecht ergänzt und teilweise ersetzt werden“ (S. 387). Wichtig sei die Verknüpfung der materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorverlagerungen durch ein übergreifendes Regelungskonzept. Die Verortung des strafverfahrensrechtlichen Vorfeldrechts sieht *Bäcker* nicht – wie bisher – in den Polizeigesetzen, sondern in der Strafprozessordnung. Zwar erkennt er den Bruch mit der hergebrachten Systematik des Strafverfahrensrechts, jedoch sei eine andere „realistische und rechtsstaatlich tragfähige Alternative“ nicht ersichtlich (S. 389). Warum solche systemwidrigen Verortungen von Ermächtigungsgrundlagen rechtsstaatlich unbedenklich sein könnten, erklärt *Bäcker* – zunächst – nicht.

Die Auflösung erfolgt aber in einem exemplarischen dritten Teil, in dem vier Einzelmaßnahmen näher untersucht werden: das Aufenthaltsverbot, die stationäre Videoüberwachung im öffentlichen Raum, die Schleierfahndung und der Einsatz von Vertrauenspersonen (S. 397 ff.). Die geltende Rechtslage beklagt *Bäcker* als defizitär. Beim Einsatz von Vertrauenspersonen hat dies auch der Gesetzgeber erkannt und im Rahmen der großen Strafprozessrechtsreform angedacht, hier parallel zu der Vorschrift zu den verdeckten Ermittlern eine Vorschrift in der Strafprozessordnung zu verankern.

*Bäcker* weist abschließend darauf hin, dass der Regelungsauftrag des Gesetzgebers für das Kriminalpräventionsrecht eine polizeirechtliche und strafprozessuale Informationsordnung umfassen muss, die den Grundrechten

der Betroffenen bei der Verwendung und Erhebung personenbezogener Daten genügt (S. 475). Hierzu macht er Ausführungen und rechtliche Vorgaben an die Ordnungen zur Datenverwendung im Ausgangsverfahren und die Ordnung für die verfahrensexterne Datensammlung für polizeiliche Zwecke.

Die Habilitation von *Bäcker* zeichnet sich dadurch aus, dass nicht bei einer reinen Kritik an als defizitär erkannten gesetzlichen Regelungen stehen geblieben wird, sondern Handlungskonzepte formuliert werden, um ein aufeinander abgestimmteres, rechtsstaatlich unbedenklicheres Kriminalpräventionsrecht zu schaffen. Abstimmungsbedarf sieht er vor allem bei materiell-rechtliche Vorfeldkriminalisierung flankierendem Strafprozessrecht. Auch ist er für eine teilweise Neuverortung von Ermächtigungsgrundlagen weg vom Polizeirecht hin zum Strafverfahrensrecht. Man kann über die Zulässigkeit und Unzulässigkeit der sich ausbreitenden Vorfeldkriminalisierung trefflich streiten. Doch solange die beklagten Vorschriften nicht für verfassungswidrig erklärt werden, müssen Strafverfolgungsbehörden mit diesen Vorschriften umgehen. Da sind Handlungskonzepte hilfreich.

Allerdings müssen auch diese auf rechtsstaatlich sicheren Füßen stehen. Die Arbeit von *Bäcker* regt zur Diskussion über den richtigen Rahmen an und weist auch neue, eher ungewöhnliche Wege hin zu einem Präventionsstrafprozessrecht. Dass sich dieses durchsetzt, wünsche ich mir nicht. Allerdings legt die Arbeit den Finger in die Wunde allzu sorglosen Umgangs der Strafverfolgung von Vorfeldkriminalität. Nicht umsonst weist *Fischer* in seinem Kommentar darauf hin, dass z.B. den Normen zur Terrorismusbekämpfung eine erhebliche Bedeutung als verfahrensrechtliche Bezugsnorm zukommt (*Fischer*, StGB, 63. Aufl., 2016, § 129a Rn. 3). Insofern wird es Zeit, die kritisierte Vorfeldkriminalisierung in dem prozessualen Kontext zu betrachten, in den sie eingebunden ist. *Bäckers* Habilitationsschrift kommt hier sicher eine Vorreiterrolle zu, so dass eine klare Leseempfehlung auszusprechen ist. Die Monographie wird dazu beitragen, die Diskussion um Vorfeldkriminalisierung und Präventionsstrafrecht weiter anzufachen. Sicher müssen wir nicht lange auf die ein oder andere weitere Idee eines Handlungs- oder Unterlassungskonzepts warten.

## TAGUNGSBERICHTE

## „Reform der Tötungsdelikte – Ein ungerechtes Gesetz gibt es nicht“ Bericht zur Podiumsdiskussion am 11.02.2016 an der Georg-August-Universität Göttingen

von Rechtsanwältin Simone Klaffus und  
Rechtsanwältin Melanie Steuer\*

„Lex injusta non est – Ein ungerechtes Gesetz gibt es nicht“: So lautete der Titel der von „The European Law Students' Association“ (elša) organisierten Podiumsdiskussion zur aktuellen Thematik der Reform der Tötungsdelikte am 11.02.2016 im Zentralen Hörsaalgebäude der Georg-August-Universität Göttingen.

Bis heute ist dieses Reformprojekt eines der meist diskutierten juristischen Themen in der Öffentlichkeit. Kritikpunkte an den geltenden §§ 211 ff. StGB sind insbesondere die sprachliche Fassung, die „vom Ungeist der Nazizeit“ geprägt sei, sowie der Umstand, dass der Mordparagraf einzig die lebenslange Haft als absolute Strafe festlegt und Ausnahmen nicht vorgesehen sind. Als äußerst problematisch sehen viele Kritiker zudem das Mordmerkmal der „Heimtücke“, welches bei den sog. „Haustyrannen-Fällen“ regelmäßig den Schwerpunkt der Betrachtung bildet. Das geltende Recht benachteilige „die physisch Unterlegenen, und das sind oft Frauen“, kritisierte Justizminister Maas zum Auftakt der Beratungen der eigens hierzu eingesetzten Expertenkommission im Mai 2014. Der Bericht der Kommission liegt seit Ende Juni 2015 vor, ein erster Referentenentwurf befindet sich derzeit in der Ressortabstimmung.

Vor diesem Hintergrund und aufgrund der hochkarätigen Referenten wunderte es nicht, dass die Veranstaltung auf breites Interesse in der Öffentlichkeit und unter den Studierenden stieß. Als Gäste und Referenten waren eingeladen worden Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan, frühere Vorsitzende des 2. Strafsenats des BGH und Mitglied der Expertenkommission, Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie der Universität Potsdam, Vorsitzender Richter am Landgericht Göttingen Tobias Jakubetz und Prof. Dr. Stefan König, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, zugleich Honorarprofessor an der Georg-August-Universität Göttingen und ebenfalls Mitglied der Expertenkommission.

Die Podiumsdiskussion wurde von Prof. Dr. Gunnar Duttge, Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen, moderiert.

„Was ist Gerechtigkeit?“ „Kann es gebilligt werden, gegen den Täter, der als ‚Opfer‘ den sog. ‚Haustyrannen‘

tötet, eine lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen?“ „Ist die aktuelle Gesetzeslage, die seit dem Jahr 1941 unverändert fortbesteht, noch zeitgemäß?“

Diese Kernfragen des Moderators aufgreifend, wies Prof. Dr. Rissing-van Saan in ihrem Eingangsvortrag darauf hin, dass sowohl das RG als auch der BGH der Tätertypenlehre eine Absage erteilt haben und mehrere Reformvorschläge in den letzten Jahrzehnten, die unterschiedlicher nicht hätten sein können, keinen Niederschlag gefunden haben. Dies habe u. a. auch an der Höhe der zu nehmenden Hürden gelegen. Die Rechtsprechung habe es insoweit leichter, da diese das Gesetz „nur auslegen“ müsse. Sie habe im Laufe der Jahre ihren eigenen „Lösungsweg“ für die vielfach bemängelten Ungerechtigkeiten gefunden und den Anwendungsspielraum genutzt, z. B. in Form der Rechtsfolgenlösung. Über §§ 20, 21 StGB seien Strafrahmenverschiebungen durch die Gerichte vorgenommen worden, um Ungerechtigkeiten beim Vorliegen eines Mordmerkmals zu vermeiden. Für diese „Kunstgriffe“ sei der BGH vielfach kritisiert worden, teilweise, wie die Referentin meint, sogar zu Recht, da es sich bei dieser Vorgehensweise offensichtlich um Umgehungsstrategien handele. Angesichts diverser Einwände der Wissenschaft gegen die Rechtsprechung des BGH habe sich daher ein Korrekturbedarf über die Eliminierung der Worte „Mörder“ und „Totschläger“ hinaus ergeben. Aus Sicht von Prof. Dr. Rissing-van Saan erscheint zur Herstellung einer größeren Einzelfallgerechtigkeit das Regelbeispielsmodell vorzugswürdig, weil dieses einen Einschätzungsspielraum für den Tatrichter biete, der Rechtssicherheit dienlich und auch mit Art. 103 Abs. 2 GG zu vereinbaren sei. Das Modell gehe von vorsätzlicher Tötung als Grundtatbestand aus, ergänzt um strafscharfende Regelbeispiele. Erforderlich sei natürlich, dass die Voraussetzungen der Regelbeispiele im Gesetz hinreichend bestimmt werden.

Dem Regelbeispielskonzept stimmt auch Jakubetz zu, der einführend seine Sichtweise aus der tatrichterlichen Praxis darstellte und eine Auflösung des starren Zusammenhangs zwischen Tatbestand und Rechtsfolge für notwendig erachtet. Die lebenslange Freiheitsstrafe solle grundsätzlich erhalten bleiben. Zur Lösung des Problems des großen Abstands zwischen der höchsten zeitigen Freiheitsstrafe von 15 Jahren und der lebenslangen Freiheitsstrafe könne erstere angehoben werden. Auch er stellt sich in diesem

\* Die Autorinnen sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht, Georg-August-Universität Göttingen (Prof. Dr. Gunnar Duttge)

Zusammenhang jedoch die Fragen, wie drängend der Reformbedarf und warum Jahrzehnte nichts passiert sei. Gründe hierfür sieht *Jakubetz* darin, dass sich zum einen durch die Rechtsprechung eine Kasuistik entwickelt habe, mit der sich die Justiz „halbwegs wohlfühlt“, zum anderen nähmen die Totschlagsdelikte nur einen geringen Anteil an der Gesamtkriminalität ein und es gebe bereits die Möglichkeit der Strafmilderung bspw. im Rahmen des § 21 StGB oder aber einer Verkürzung der Vollstreckung gem. § 57a StGB. Zudem werde häufig neben der Strafe eine Maßregel angeordnet und bei Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus die Strafe oft nicht vollstreckt. Daraus folge, dass sich die praktische Relevanz einer Reform reduziere, dennoch sei – so *Jakubetz* – eine solche notwendig, da speziell das Mordmerkmal der „Heimtücke“ bei den „Haustyrannen-Fällen“ problematisch sei.

In Abgrenzung zu den vorgenannten Ansichten hob Rechtsanwalt *Prof. Dr. König* das von ihm favorisierte Privilegierungsmodell hervor, welches sich vor allem durch eine grundlegende Umgestaltung der aktuellen Rechtslage auszeichne: Es müsse von einem nicht steigerbaren Grundtatbestand der Tötung ausgegangen werden, der lediglich eine Öffnung „nach unten“ vorsehe. Damit werde Mord zum Grundtatbestand gem. § 211 StGB und der Totschlag zur Privilegierung nach § 212 StGB. Gerade dadurch, dass nach diesem Konzept die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe bereits dann möglich sei, wenn eine vorsätzliche Tötung vorliege und täterbegünstigende Aspekte nicht vorhanden seien, erfahre das Rechtsgut Leben eine Aufwertung. Er wies insoweit jedoch ebenso darauf hin, dass im Rahmen des Reformprojekts nicht nur der Fokus auf das materielle Strafrecht zu legen sei, sondern auch verfahrensrechtliche Änderungen notwendig seien, wie bspw. die frühzeitige Einbeziehung eines Verteidigers ab der ersten Vernehmung des Beschuldigten und die audiovisuelle Dokumentation der Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen. Fraglich sei jedoch, ob die lebenslange Freiheitsstrafe abgeschafft werden solle, denn das gesamte Gefüge der geregelten zeitigen Freiheitsstrafen sei damit zur Disposition gestellt, was aus Sicht des Verteidigers nicht wünschenswert sei. Dies solle eher auf der Vollstreckungsebene gelöst werden.

Letzteres wurde auch von *Prof. Dr. Wolfgang Mitsch* goutiert, der die Flexibilisierung auf der Vollstreckungsseite ebenfalls für sachgerecht erachtet. Allerdings wäre seiner Ansicht nach bei den Reformüberlegungen der Expertenkommission mehr Einfallsreichtum bei der Ausgestaltung der Mordmerkmale wünschenswert gewesen. Mord werde gerade durch die Mordmerkmale bestimmt und bedürfe angesichts des Umstandes, dass der Allgemeine Teil des Strafrechts die starke Tendenz zur Strafbarkeitsausdehnung habe – bspw. bei der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs –, einer engen Umgrenzung. Insgesamt bewertet *Prof. Dr. Mitsch* den Abschlussbericht als „recht vernünftig“. Die von der Expertenkommission vorgenommenen Präzisierungen und Ergänzungen bedeuten seiner Auffassung nach bereits einen Fortschritt.

Nach den kurzen Eingangsstatements stellte *Prof. Dr. Duttge* noch einmal die beiden Hauptkritikpunkte, d. h. die lebenslange Freiheitsstrafe auf der Rechtsfolgen- und

die Unbestimmtheit einzelner Mordmerkmale auf der Tatbestandsseite, heraus und leitete in die Podiumsdiskussion mit den Grundfragen über: „Was ist die Zielrichtung der Reform?“ „Ist insbesondere eine stärkere Gesetzesförmlichkeit durch detaillierte Regelung der Mordmerkmale überhaupt erreichbar oder sollte Unbestimmtes akzeptiert und die nötige Konkretisierung der Rechtsprechung überlassen, d. h. auf Gesetzesesebene Flexibilität ermöglicht werden?“. Nach Auffassung von *Prof. Dr. Rissing-van Saan* bietet sich gerade mit Blick auf die vorgenannten Fragen das von ihr favorisierte Regelbeispielsmodell an, denn die Rechtsprechung handhabe ja – wie auch von *Jakubetz* ausgeführt – die Mordmerkmale schon längst nicht mehr wie einen starren Katalog, der unterschiedliche Wertungen der Gerichte ausschließe, sondern versuche durch einschränkende oder ausweitende Subjektivierungen und Normativierungen dem jeweiligen Einzelfall gerecht zu werden. Das Hauptproblem in der Praxis liege beim Sachverhalt, der eine vorsätzliche Tötung betreffe: Mit Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestandes sei die Rechtsfolge zwingend; beim Regelbeispielsmodell hingegen fänden sich im Gesetz lediglich beispielhaft Anwendungsfälle benannt. Wenn ein Mordmerkmal gegeben sei, komme man jedenfalls nach geltendem Recht an der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht vorbei. Diese habe generell Symbolkraft. Wenn ihr der Boden entzogen werde, stehe der Rest des Systems in Frage.

Was das etwaige Auftreten von Gerechtigkeitsproblemen anbelangt, betonte *Prof. Dr. Mitsch*, dass das bestehende Strafrecht insoweit in Gänze unterentwickelt sei. So fallen z. B. die Tötungsfälle von Babys regelmäßig nicht unter das Mordmerkmal „Heimtücke“. Das Strafrecht sei fragmentarisch. Vor diesem Hintergrund sei die Schaffung einiger neuer Mordmerkmale in jedem Fall erforderlich. Nur ein Leitgedanke sei wenig zielführend, stattdessen die Entwicklung mehrerer Leitideen für das gesteigerte Unrecht des § 211 StGB geboten. So erscheine beim Heimtückemerkmal eine Ausdehnung auf andere Fälle, in denen eine besondere Wehrlosigkeit des Opfers die Tötung erleichtere, sinnvoll. Insofern würde das Mordmerkmal auf bestimmte Opfergruppen wie Kranke und Gebrechliche abstellen und damit Wertungen aufgreifen, die z. B. in § 221 StGB bereits im geltenden Strafrecht Niederschlag gefunden haben. Ein weiteres Leitprinzip könne die Übermacht des Täters sein, wie bei der gefährlichen Körperverletzung i. S. des § 224 Nr. 4 StGB. Es gehe insgesamt gar nicht darum, einen abschließenden Katalog zu entwerfen, sondern vielmehr einzelne Mordmerkmale neu und umfassender zu regeln.

*Jakubetz* sprach sich grundsätzlich für mehr Flexibilität aus, deren Grundlage aber bestimmte Vorgaben sein müssen, denn es habe keinen Sinn, unbestimmte Tatbestände zu schaffen, um diese dann wiederum von der Justiz ausfüllen zu lassen.

Die Frage, warum die lebenslange Freiheitsstrafe nicht gänzlich abgeschafft werde, veranlasste Rechtsanwalt *Prof. Dr. König* zu der Überlegung, dass dies zwangsläufig eine Ausweitung der Diskussion auch auf andere Tatbestände zur Folge hätte. Darüber hinaus seien die Fälle, in denen tatsächlich eine lebenslange Freiheitsstrafe ver-

hängt werde, gar nicht so häufig. Denn, so *Jakubetz* insofern weiterführend, jedes Gericht würde sich, sofern ihm nach zulässigen Kriterien die Wahl bleibe, eher für eine zeitige Freiheitsstrafe entscheiden.

Mit Blick auf die seitens des Auditoriums hernach kritisierte Erhöhung der Mindeststrafe bei beiden Modellen sprach sich *Prof. Rissing-van Saan* im Sinne des Regelbeispielsmodells konkret dafür aus, die Strafandrohung auf 10 Jahre anzuheben, da das Rechtsgut „Leben“ nicht zuletzt auch aus Symbolgründen herausgehoben werden müsse. Eine Androhung von lediglich 5 Jahren sei dafür zu gering. Daher sollen der Grundtatbestand auch zugleich in „Mord“ umbenannt und die einzelnen Abstufungen angemessen ausgestaltet werden. Mit der gleichen Zielrichtung erachtet Rechtsanwalt *Prof. Dr. König* i. S. des Privilegierungsmodells eine Mindeststrafandrohung von 8 Jahren Freiheitsstrafe als sachgerecht. Dahinter stehe die Überlegung, dass die Abgrenzung zu einem minder schweren Fall deutlich werden müsse.

„Hat das Mordmerkmal der ‚niedrigen Beweggründe‘ eine Zukunft?“, so ein weiterer Einwurf aus dem Auditorium und daran unmittelbar anknüpfend die Frage des Moderators, ob nicht gerade dieses Mordmerkmal anfällig für außerrechtliche „Moralisierung“ sei. Mordmerkmale seien generell anfällig für Moralisierungen – so die Feststellung von *Prof. Dr. Mitsch*. Um dem entgegenzuwirken, könne die Einführung gewisser Gefährlichkeitskriterien, die an den Täter anknüpfen, zielführend sein. Wenn man insgesamt an den Mordmerkmalen festhalten wolle, müsse man deren Inhalt konkretisieren. Dies bestätigte auch *Prof. Dr. Rissing-van Saan*: Beispiele bzw. Motive müssen im Rahmen einer gesetzlichen Neuregelung in jedem Fall konkret benannt werden, dieses sei gerade auch das Bestreben der Expertenkommission gewesen. Nach Ansicht von Rechtsanwalt *Prof. Dr. König* solle hingegen das Mordmerkmal der „niedrigen Beweggründe“ schon als Öffnungsklausel erhalten bleiben. Eine evtl. Strafbarkeit des „versuchten Regelbeispiels“ könne allerdings, so *Prof. Dr. Rissing-van Saan* auf eine entsprechende Anmerkung aus dem Publikum hin, nicht explizit geregelt werden: Dies sei Aufgabe der insoweit sachgerecht entscheidenden Rechtsprechung. Diesem beipflichtend betonte *Jakubetz* auch aus praktischer Sicht, dass dieser Punkt keiner gesetzlichen Regelung bedürfe.

„Wie aber lässt sich nun das ‚Haustyrannenszenario‘ im Zuge einer gesetzlichen Neuregelung befriedigend lösen und muss nicht nach Maßgabe des Bestimmtheitsgebotes auf tatbestandlicher Seite sichergestellt werden, dass solche Fälle vom Mordtatbestand ausgespart bleiben?“ Nach Rechtsanwalt *Prof. Dr. König* werde dieses Problem bei beiden Modellen dadurch gelöst, dass die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe „gelockert“ und den Gerichten damit ein größerer Einschätzungsspielraum im Rahmen der Strafzumessung zugestanden werde. Gemäß *Prof. Dr. Mitsch* müsse eine entsprechende Berücksichtigung jedoch bereits auf Tatbestandsseite erfolgen, bspw. durch Hinzufügung bestimmter Voraussetzungen, wie dies auch in § 213 StGB erfolgt sei. *Prof. Dr. Rissing-van Saan* zeigte sich insoweit verwundert über den Umstand, dass die „Haustyrannenfälle“ in der Öffentlichkeit und

auch unter Juristen so sehr im Vordergrund stünden, obgleich doch deren praktische Relevanz unter 1% liege. Zum Abschluss der inspirierenden Podiumsdiskussion betonten die Experten in ihren Schlussworten einhellig, dass sie sich für den weiteren Gang der Reformbestrebungen und den letztendlichen Gesetzesinhalt erhoffen, dass überhaupt Reformvorschläge umgesetzt werden. *Prof. Dr. Rissing-van Saan* wünschte sich zudem ein „Aufbrechen“ der bisherigen Mordmerkmale wie auch des Grundsatzes lebenslanger Freiheitsstrafe als absoluter Sanktion beim Vorliegen eines Mordmerkmals.

Inwieweit finden sich nun die vorstehenden Überlegungen in den kürzlich bekannt gewordenen Kernpunkten des Referentenentwurfs des BMJV wieder? In welchem Maße wurden dabei die Vorschläge der Expertenkommission umgesetzt? Wie zu vermuten war, soll offenkundig die bisherige Systematik der Tötungsdelikte (im Verständnis der h. L.) beibehalten werden, d. h. mit dem Totschlag als Grunddelikt und dem Mord als Qualifikation. Dabei sollen jedoch die überholten Bezeichnungen „Mörder“ bzw. „Totschläger“ entfallen, die lebenslange Freiheitsstrafe beim Mordtatbestand weiterhin den Regelfall darstellen, allerdings mit der Möglichkeit einer Strafmilderung bis hin zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren. Im Hinblick auf den Totschlagtatbestand ist offenbar beabsichtigt, die lebenslange Freiheitsstrafe besonders schweren Fällen vorzubehalten und minder schwere Fälle in einem weiteren Absatz zu erfassen. Zudem sollen einzelne Mordmerkmale neu gefasst (wie die „Heimtücke“, die bei Verzicht auf die Arglosigkeit allein die „Ausnutzung der Wehrlosigkeit des Opfers“ beinhaltet) oder ergänzt (wie die Motivgeneralklausel, die ausdrücklich auch rassistische und fremdenfeindliche Motive einbezieht) werden.

Eine Quadratur des Kreises? Mit Blick auf die in Rechtspolitik und Literatur vorherrschenden, unterschiedlichen Ansichten hinsichtlich des Reformbedarfs ist festzustellen, dass die bekannten Aspekte des Referentenentwurfs das Bemühen dokumentieren, einerseits seit langem bestehende Kritikpunkte an dem aktuellen System aufzugreifen, andererseits aber radikale Lösungen in die eine oder andere Richtung zu vermeiden. Anerkennenswert dürfte sein, dass es gelungen ist, die weitgehende Einigkeit über die Notwendigkeit einer Reform nach etlichen Plänen in der Vergangenheit nunmehr in einen Gesetzesentwurf münden zu lassen und hierbei auch Vorschläge der Expertenkommission zu berücksichtigen. Dass keine der konträren Meinungen vollumfänglich abgebildet wird, dürfte kaum anders zu erwarten gewesen sein, kann aber vor dem Hintergrund des regelmäßigen Verlaufs demokratischer Prozesse und darin implizierter Konsens-erfordernisse nicht überraschen. Mit dem Referentenentwurf ist die Reform noch längst nicht abgeschlossen, sondern der Gesetzgebungsprozess hat gerade erst begonnen. Bis zur tatsächlichen Änderung der Tötungsdelikte wird es noch einige Zeit dauern, sodass nunmehr Gelegenheit zu konstruktiver Kritik besteht.

## Zweitägige internationale Konferenz an der Universität Trier: Herausforderungen der Organisierten Kriminalität an das Strafrecht

von Wiss. Mit. Monique Schmidt\*

Am 05. und 06. März 2016 rückte eine zweitägige internationale Konferenz an der Universität Trier zum Thema „Herausforderungen der Organisierten Kriminalität (OK) an das Strafrecht – Brasilien, Italien, Deutschland“ die OK-Bekämpfung in den Fokus aktueller wissenschaftlicher Diskussionen.

Bei der von Prof. Dr. Pierre Hauck konzipierten Konferenz betrachteten neben Referenten aus der nationalen Wissenschaft, vom Landeskriminalamt und von den nationalen Staatsanwaltschaften auch Referenten aus Brasilien und Italien die aktuellen Bestrebungen der Bekämpfung Organisierter Kriminalität aus der Sicht ihrer Institutionen.

Die Veranstaltung begann mit einer Begrüßung der Gäste, u.a. dem Präsidenten des Landgerichts Trier Thomas Henrichs und einer Delegation der Hochschule der Polizei RLP, sowie einer Vorstellung der Referenten durch Prof. Dr. Hauck. Nach einer Einführung in das Tagungsthema durch Prof. Dr. Hauck hielt Kriminalhauptkommissar Dominique Brisbois vom Landeskriminalamt Mainz seinen Vortrag zum Thema „Aktuelle Herausforderungen der OK-Bekämpfung aus Sicht der Polizei“. Daran anschließend folgte der Beitrag von Oberstaatsanwalt Egbert Büllles von der Staatsanwaltschaft Köln zum Thema der „Aktuellen Herausforderungen der OK-Bekämpfung aus Sicht der Staatsanwaltschaft“. Diese hochkarätigen Praktikervorträge boten einen ersten Blick in die Herausforderungen, welche die OK an das Strafrecht in Deutschland aktuell stellt. Exemplarisch zu nennen wären in diesem Fall:

- Die zunehmende Ausrichtung der OK auf den „Normalbürger“
- Die zunehmende Spontaneität der Täterkooperation und die OK als „Crime-as-a-Service“
- Die weitere Zunahme der Internetkriminalität
- Die „Exportleistung“ der OK anhand der Rockerkriminalität

Nach einer kurzen Mittagspause rückte dann Brasilien in den Fokus. Hierzu erörterte Prof. Dr. Sven Peterke, Universitätsprofessor für Völkerrecht an der Universidade de Paraiba (Joao Pessoa), wichtige Aspekte zur „Gewaltsamen Organisierten Kriminalität von Drogenbanden in Rio de Janeiro“. Nach diesem spannenden und überaus lehrreichen Vortrag gelang es Herrn stv. Generalbundesanwalt Prof. Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão (Brasilia) mit seinem Vortrag zu dem Thema „Private Finanzie-

rung von Parteien und Wahlkampagnen im Ursprung systematischer Korruption und Organisierter Kriminalität in Brasilien“ noch einen weiteren wichtigen Aspekt der Organisierten Kriminalität in Brasilien in den Fokus des Nachmittags zu rücken.

Während damit am Samstagnachmittag die Organisierte Kriminalität in Brasilien thematisiert wurde, beleuchteten am Sonntag zwei italienische Wissenschaftler aktuelle Entwicklungen und Missstände in ihrem Land. Hierzu begann Prof. Dr. Giuseppina Panebianco, Universitätsprofessorin für Strafrecht an der Universität Messina, einer Partneruniversität der Uni Trier, mit ihrem Vortrag zum Thema „Die Verfolgung der Organisierten Kriminalität in Italien: Aktuelle Entwicklungen und Missstände im materiellen Recht (unter Einbezug des EU-Rechts): Strafbarkeit und Gewinnabschöpfung“. Dieser Vortrag stellte sich nicht nur als gelungene Einführung in das italienische System der OK-Bekämpfung dar, vielmehr zeigte Prof. Dr. Panebianco auch weitere interessante Bekämpfungsvorschläge auf, welche auch der deutschen OK-Bekämpfung neue Anknüpfungspunkte bieten. Dazu zählen vor allem materiellrechtliche Vorgaben zur Strafbarkeit der Mitgliedschaft in einer mafiösen Vereinigung gemäß Art. 416-bis iStGB und die Pflicht zur Vermögensabschöpfung in solchen Fällen. Im Anschluss an diesen gelungenen Vortrag erläuterte Prof. Dr. Stefano Ruggeri, ebenfalls Universitätsprofessor für Strafrecht an der Universität Messina, in seinem Vortrag zum Thema „Die Ermittlung und Verfolgung von Organisierter Kriminalität in Italien – Aktuelle Entwicklungen im Prozessrecht“ wichtige Aspekte innerhalb des italienischen Prozessrechts. Auch dieser beachtenswerte Vortrag brachte neue Sichtweisen sowohl auf das italienische als auch auf das deutsche Prozessrecht. Namentlich wurden die Regeln zum Tatnachweis, die Voraussetzungen für die Untersuchungshaft und die menschenrechtlichen Implikationen solcher Verfahren eingehend erörtert.

Am Ende dieses informationsreichen Tages stellten sich in der wiederum von Prof. Dr. Hauck geleiteten Sammlung des wissenschaftlichen Ertrags erhebliche Unterschiede im Bestand und in der Reichweite des strafbaren Verhaltens, aber auch viele Überschneidungen der Denk- und Sichtweisen der einzelnen Länder auf die OK-Bekämpfung heraus. Dies zeigte sich insbesondere in der gemeinsamen Überzeugung, solchen Organisationen die Finanzmittel zwar wirkungsvoll entziehen zu müssen, dabei aber auch mögliche Folgeschäden für die Volkswirtschaften nicht außer Betracht zu lassen. Daher muss man

\* Die Verfasserin ist Referendarin und Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Pierre Hauck an der Universität Trier.

schlussendlich feststellen, dass diese zweitägige internationale Konferenz nicht nur wissenschaftlich wertvoll war, sondern darüber hinaus auch gezeigt hat was durch internationale Zusammenarbeit im Bereich von neuen wissenschaftlichen Denkanstößen erreicht werden kann.

Die Gruppe der beteiligten Wissenschaftler wird die Vorträge und Ergebnisse dieser Tagung demnächst veröffentlichen und auch in Zukunft eng zusammenarbeiten.