

KriPoZ

Kriminalpolitische Zeitschrift

KONTAKT

schriftleitung@kripoz.de

Herausgeber

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

Schriftleitung

Prof. Dr. Anja Schieman
Wiss. Mit. Sabine Horn

Redaktion (national)

Prof. Dr. Alexander Baur
Prof. Dr. Gunnar Duttge
Prof. Dr. Sabine Gless
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Martin Heger
Prof. Dr. Bernd Heinrich
Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub
Prof. Dr. Florian Knauer
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Prof. Dr. Otto Lagodny
Prof. Dr. Carsten Momsen
Prof. Dr. Helmut Satzger
Prof. Dr. Anja Schieman
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. Neha Jain
Prof. Dr. Doaqian Liu
Prof. Dr. Dr. h.c. Francisco
Munoz-Conde
Prof. Dongyi Syn PhD
Prof. Dr. Davi Tangerino
Prof. Dr. Sheng-Wei Tsai
Prof. Dr. Merab Turava
Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver

ALLGEMEINE BEITRÄGE | 3 – 50

- 3 | **Europäische Prozesskostenhilfe im System notwendiger Verteidigung und Pflichtverteidigung**
von Prof. Dr. Reinhold Schlothauer
- 20 | **Soziale Netzwerke als Ort der Kriminalität und von Ermittlungen**
von Prof. Dr. Carsten Momsen und Philipp Bruckmann
- 29 | **Maßstäbe für wissenschaftliche Strafgesetzgebungskritik „Traditionelle Maßstäbe“**
von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch
- 35 | **Maßstäbe wissenschaftlicher Strafgesetzgebungskritik**
von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel und Prof. Dr. Thomas Weigend
- 41 | **Strafprozessrechtliche Vorgaben im Koalitionsvertrag**
von Prof. Dr. Karsten Altenhain
- 47 | **Kriminalpolitische „Lücken“ im Koalitionsvertrag?**
von Prof. Dr. Anja Schieman

AUSLANDSRUBRIK | 51 – 57

- 51 | **Zur gesetzlichen Gewährleistung der Patientenautonomie in Taiwan**
von Assistant Prof. Dr. Chun-Jung Chen

BUCHBESPRECHUNGEN | 58 – 61

- 58 | **Astrid Kempe: Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention**
von RA Priv.-Doz. Dr. Kay H. Schumann
- 60 | **Johann Sieber: Sanktionen gegen Wirtschaftskriminalität**
von Prof. Dr. Anja Schieman

TAGUNGSBERICHT | 62 – 64

- 62 | **Strafen „im Namen des Volkes“? – Expertentagung in Augsburg**
von Wiss. Mit. Lukas Cerny

EDITORIAL

Am 9. November 2018 trafen sich die Mitglieder des Kriminalpolitischen Kreises auf Einladung von *Professor Cornelius Prittwitz* an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. zu ihrer Jahrestagung. Unter dem Titel „Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik“ beschäftigte sich der Kreis mit dem Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft als (kritische) Begleiterin der Strafgesetzgebung. Für die großzügige finanzielle Förderung der Tagung danken die Organisatoren und Teilnehmer dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

Der erste Teil der Tagung diente der Selbstreflexion: Welchen Einfluss haben politische Einstellungen und nebenberufliches Engagement auf die eigenen wissenschaftlichen Positionen?

Nicht nur stark ethisch gefärbte kriminalpolitische Fragen – etwa zur Strafbarkeit von Sterbehilfe oder zum Schwangerschaftsabbruch – werden durch allgemeine politische Überzeugungen geprägt; auch scheinbar rein rechtsdogmatische Ansichten können von einer grundlegenden Einstellung – etwa: liberal oder konservativ, punitiv oder eher permissiv – beeinflusst sein. In der Diskussion nach einem einführenden Referat von *Prittwitz* herrschte im Kreis weitgehend Einigkeit, dass sich politische Ansichten und strafrechtliche Positionen in der Person des Strafrechtswissenschaftlers nicht klar trennen lassen. Für die Arbeit der Strafrechtswissenschaft ist dieser – an sich triviale – Befund nicht unwichtig. Einerseits erleichtert er einen offenen Umgang mit Ansichten, die von der je eigenen abweichen: Akzeptiert man den Einfluss von Vorprägungen und Vorverständnissen, so erweist sich die eigene Auffassung nicht als alternativlos, und andere Meinungen lassen sich von ihren Prämissen her verstehen und einordnen. Andererseits sollten VertreterInnen der Strafrechtswissenschaft, wenn sie den Gesetzgeber kritisieren, stets offenlegen, ob Hintergrund ihrer Kritik tatsächlich normative und rechtsdogmatische Erwägungen oder in Wahrheit kriminalpolitische Überzeugungen sind. Große Sensibilität ist im Bereich der Kriminologie geboten, da im Umgang mit Daten und Statistiken in besonderer Weise der Anspruch auf Wahrheit erhoben wird. Zugleich berührt die Auseinandersetzung mit Phänomenen der Kriminalität nicht selten heikle oder stark politisch besetzte Themen (etwa Ausländerkriminalität, Resozialisierung oder Jugendstrafrecht). Im Bereich der empirischen Forschung dürfen politische Überzeugungen weder bei der Formulierung von Forschungsfragen noch bei der Interpretation der Ergebnisse eine Rolle spielen.

Der Kreis sprach, im Anschluss an ein Referat von *Professor Hans Kudlich* (Erlangen-Nürnberg), auch über die Gefahren einer Beeinflussung strafrechtswissenschaftlicher Publikationen durch Verteidigungs- oder Gutachtertätigkeit. Es bestand weitgehend Einigkeit darüber, dass auf solchen Tätigkeiten beruhende Veröffentlichungen nicht zu beanstanden sind, wenn sie einen wissenschaftlichen Mehrwert bieten. Die Wissenschaftsethik gebietet es jedoch, deutlich auf den Hintergrund des Beitrages hinzuweisen. Zudem sollte das Wissen um die eigene Partei-

lichkeit zu Zurückhaltung in der Formulierung der vertretenen Position Anlass geben. Auf einem anderen Blatt steht die Frage, in welchem Umfang eine nebenberufliche Verteidigungs- oder Gutachtertätigkeit rechtlich und ethisch vertretbar ist. Der Kreis hat sich vorgenommen, über die Einführung (und mögliche Regelungsinhalte) eines diesbezüglichen *Code of Conduct* für Wissenschaftler zu diskutieren.

Für einen Kreis, der seine Aufgabe in der kritischen Begleitung von Gesetzgebungspolitik sieht, besteht eine wesentliche Herausforderung darin, Maßstäbe zu entwickeln, anhand derer das Gelingen oder Misslingen legislatorischer Bemühungen (oder deren Ausbleiben) bestimmt werden soll. Mit dieser Frage setzten sich *Professor Wolfgang Mitsch* (Potsdam) sowie in einem gemeinsamen Beitrag die Professoren *Michael Kubiciel* (Augsburg) und *Thomas Weigend* (Köln) auseinander. *Mitsch* (in diesem Heft S. 29 ff.) verteidigte für den Bereich der Gesetzgebungskritik den Wert des Rechtsgutsbegriffs, den er als im Kern individualschützend interpretierte. *Kubiciel* und *Weigend* (in diesem Heft S. 35 ff.) sahen das Potential des Rechtsgutskonzepts dagegen als eher gering an. Sie schlugen als alternative Gesichtspunkte die Fragen vor, ob ein Gesetzgebungsvorhaben der bestehenden „inneren Grammatik“ des Strafrechts gerecht wird und ob es den Freiheits(grund)rechten des potentiellen Täters genügend Spielraum belässt.

In einem weiteren Panel wurde über die Perspektiven von straf- und strafverfahrensrechtlichen Reformen in der laufenden Legislaturperiode diskutiert. Ministerialdirigent *Dr. Matthias Korte* (BMJV) gab einen instruktiven Überblick über die nach dem Koalitionsvertrag auf den Agenda der nächsten Jahre stehenden Reformprojekte, wie beispielsweise eine Verstärkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden sowie eine Regelung zu unternehmensinternen Ermittlungen und zur Verwendung der durch sie gewonnenen Informationen. Er wies außerdem auf die wichtigen Wechselbeziehungen zwischen Gesetzgebungsinitiativen der EU und der nationalen Reformpolitik hin. *Korte* kritisierte, dass Äußerungen aus der Strafrechtswissenschaft häufig erst nach dem Inkrafttreten von Gesetzen erfolgten und sich dann auf den (oft vergeblichen) Versuch konzentrierten, die Verfassungswidrigkeit der Gesetzgebung darzutun. Er regte an, dass sich die Strafrechtswissenschaft möglichst frühzeitig mit Vorschlägen und Stellungnahmen in das Gesetzgebungsverfahren – auch auf europäischer Ebene – einbringen sollte.

Beispielhaft behandelten *Professorin Susanne Beck* (Hannover) die Pläne für eine Überarbeitung des Cyber-Strafrechts und *Professor Karsten Altenhain* (Düsseldorf) mögliche Veränderungen im Strafverfahrensrecht (in diesem Heft S. 41 ff.). *Altenhain* monierte, dass die ins Auge gefassten Änderungen (z.B. Erweiterung der Möglichkeiten des Gerichts, Ablehnungs- und Beweisanträge zurückzuweisen bzw. zurückzustellen; Ausdehnung des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO) hauptsächlich auf Anstöße aus der richterlichen Praxis reagierten und kein Gesamtkonzept einer Modernisierung des Strafverfahrens

erkennen ließen. *Professorin Anja Schiemann* (DHPol Münster) referierte über Sachgebiete, die der Reform bedürfen, aber aus dem Blickfeld der Bundesregierung geraten zu sein scheinen, wie etwa die Lösung der Probleme uneinbringlicher Geldstrafen und der Ersatzfreiheitsstrafe, die Streichung des Tatbestandes der Beförderungserschleichung und die gebotene Neuformulierung der §§ 20 und 211 StGB (in diesem Heft S. 47 ff.).

Die lebhaften Diskussionen unter den Teilnehmern und Teilnehmerinnen machten die Brisanz der in den Referaten angesprochenen grundsätzlichen Fragen für das Un-

ternehmen einer konstruktiven Begleitung der Kriminalpolitik deutlich. Der Kriminalpolitische Kreis greift einige der aktuellen Politikfelder in Arbeitsgemeinschaften (etwa zum Allgemeinen Teil, zur Digitalisierung, zum Medizinstrafrecht und zum Strafprozessrecht) auf, in denen konkrete Vorschläge zur Gesetzgebung entwickelt werden sollen. Auf seiner nächsten Tagung im November 2019 in Berlin wird er sich mit dem Einfluss empirisch-kriminologischer Erkenntnisse auf die Kriminalpolitik beschäftigen.

Prof. Dr. Elisa Hoven, Universität Leipzig
Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität zu Köln

ALLGEMEINE BEITRÄGE

Europäische Prozesskostenhilfe im System notwendiger Verteidigung und Pflichtverteidigung

Zum „Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung
(Referentenentwurf des BMJV v. 11.10.2018)

von Prof. Dr. Reinhold Schlothauer*

Abstract

Die dem Gesetzgeber bis zum 25.5.2019 aufgegebenen Umsetzung der EU-Richtlinie zu „Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen im Strafverfahren“ hat in dem Referentenentwurf des BMJV vom 11.10.2018 Gestalt angenommen. Dem Vorhaben bläst schon jetzt der Wind ins Gesicht: Die Landesjustizverwaltungen sehen eine Kostenlawine auf sich zukommen. Ermittler befürchten eine Erschwerung ihrer Arbeit, weil „Spontangeständnisse“ bei Einschaltung eines Verteidigers nicht mehr zu erlangen seien. Der Entwurf werde dem „Rechtsstaat erheblichen Schaden“ zufügen (bild.de v. 28.12.2018). Umso wichtiger ist ein nüchterner Blick darauf, ob und wie der Entwurf die „alternativlosen“ Vorgaben des europäischen Pflichtenkatalogs umsetzen will. Unter dem Strich wird es zu einer Optimierung unseres Strafverfahrens kommen müssen, das durch frühzeitige Verteidigerbeteiligung Verfahrensfehler, unnötige oder mangelhafte Anklageerhebungen und im Einzelfall Fehlurteile vermeiden hilft. Ein Gewinn für den Rechtsstaat!

I. Einleitung

Der Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung“ des BMJV vom 11.10.2018 dient der bis zum 25.5.2019 in nationales Recht umzusetzenden Richtlinie 2016/1919/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen im Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.¹ Angesichts des zeitlichen Vorlaufs bis zum Inkrafttreten der Richtlinie und der Umsetzungsfrist von gut zweieinhalb Jahren ist die Diskussion über dieses Projekt in der Bundesrepublik Deutschland erst sehr spät in Gang gekommen. Dies ist schon deshalb bemerkenswert, weil die Umsetzung zu erheblichen Änderungen insbesondere des deutschen Strafverfahrensrechts führt, die weitreichende praktische Folgen für die Ermittlungsbehörden, die Strafjustiz und deren Akteure sowie die Anwaltschaft haben werden. Der erst Mitte 2017 zunächst recht zaghaft

einsetzende Diskussionsprozess² nahm erst 2018 richtig Fahrt auf, als das Ende der Umsetzungsfrist immer näher rückte. Die diesem Thema gewidmeten Beiträge machten den tiefgreifenden Änderungsbedarf für das deutsche Rechtssystem zunehmend deutlich³, der dann in ersten nicht amtlichen Gesetzesvorschlägen konkretisiert wurde.⁴

Der folgende Beitrag geht der Frage nach, inwieweit der Referentenentwurf den Anforderungen der PKH-RL gerecht wird und welche Konsequenzen sich daraus und aus vorgeschlagenen Folgeänderungen für die Praxis des Strafverfahrens ergeben. Als Ausgangspunkt ist die umzusetzende Richtlinie in den Zusammenhang der europäischen Rechtsakte zu stellen, durch die die Verfahrensrechte von Verdächtigen und beschuldigten Personen in Strafverfahren gestärkt und vereinheitlicht werden sollen, um das erforderliche Vertrauen der Mitgliedstaaten in die jeweiligen Strafrechtssysteme der jeweils anderen Mitgliedstaaten zu schaffen.

II. Hintergrund der umzusetzenden Richtlinie

Die „Rechtsbeistand und Prozesskostenhilfe“ betreffende Maßnahme C des „Fahrplans“ des Rates vom 30.11.2009⁵ weist darauf hin, dass „das Recht auf Rechtsbeistand (durch einen Rechtsberater) für einen Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren zum frühest geeigneten Zeitpunkt des Verfahrens zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens von grundlegender Bedeutung (ist); das Recht auf Prozesskostenhilfe sollte sicherstellen, dass tatsächlich Zugang zum vorgenannten Recht auf Rechtsbeistand besteht“.⁶

Der erste Teil dieser Maßnahme war Gegenstand der Richtlinie 2013/48/EU vom 22.10.2013 zum „Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren“.⁷ Diese wurde mit einiger Verspätung in der Bundesrepublik Deutschland durch das „Zweite Gesetz zur Stärkung

* Reinhold Schlothauer ist Rechtsanwalt/Fachanwalt für Strafrecht in Bremen und Honorarprofessor an der Universität Bremen.

¹ ABl. L 297 vom 04.11.2016, S. 1 ff. (im Folgenden zitiert als PKH-RL).

² Siehe zunächst Pieplow, Freispruch, März 2017 (Heft 10), S. 20; Brodowski, Editorial StV 2017, Heft 8.

³ Jahn/Zink, in: FS Graf-Schlicker, 2018, S. 475; Schlothauer, StV 2018, 169.

⁴ Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski, HRRS 2018 (Heft 2), S. 55; Bahns/Burkert/Guthke/Kitlikoglu/Scherzberg, Neuordnung der Pflichtverteidigerbestellung, Policy Paper der Strafverteidigervereinigungen, Mai 2018.

⁵ Vgl. die Entschließung des Rates vom 30.11.2009 über einen „Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren“, ABl. C 295/1 vom 4.12.2009.

⁶ Entschließung des Rates vom 30.11.2009 (Fn. 5), S. 3.

⁷ ABl. L 294/1 vom 6.11.2013.

der Verfahrensrechte von Beschuldigten in Strafverfahren“ pp. vom 27.08.2017 umgesetzt.⁸ Durch dieses Gesetz erhielt der Verteidiger eines Beschuldigten erstmalig das Recht auf Anwesenheit bei einer Gegenüberstellung mit dem Beschuldigten (§ 58 Abs. 2 S. 2 StPO) sowie bei polizeilichen Vernehmungen (§ 163a Abs. 4 S. 3 StPO). Bis dato stand ihm ein solches Recht nur bei richterlichen (§ 168c Abs. 1 StPO) und staatsanwaltschaftlichen (§ 163a Abs. 3 StPO) Beschuldigtenvernehmungen zu. Zusätzlich wurden die Vernehmungspersonen nunmehr verpflichtet, dem Beschuldigten auf dessen Wunsch Informationen zur Verfügung zu stellen, die es ihm erleichtern sollen, einen Verteidiger zu kontaktieren (§§ 136 Abs. 1 S. 3, 163a Abs. 3 S. 2 u. Abs. 4 S. 2 StPO).

Die nunmehr umzusetzende Richtlinie betreffend Prozesskostenhilfe soll dem Beschuldigten über das *Recht* auf Zugang zu einem Rechtsbeistand zum frühest geeigneten Zeitpunkt hinaus die effektive Wahrnehmung dieses Rechts, also den *tatsächlichen* Zugang zu einem solchen gewährleisten. Zugangs- und Prozesskostenhilfe-Richtlinie sind somit zwei Seiten derselben Medaille der Gewährleistung eines fairen Verfahrens.⁹

Die Prozesskostenhilferichtlinie will die Effektivität des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand vorrangig dadurch gewährleisten, dass Verdächtige und Beschuldigte an der Wahrnehmung dieses Rechts nicht aus finanziellen Gründen gehindert werden. Aus diesem Grund sollen die Mitgliedstaaten solchen Betroffenen, die nicht über ausreichende Mittel zur Bezahlung eines Rechtsbeistands verfügen, die dafür erforderlichen finanziellen Mittel bereitstellen (Art. 3, Art. 4 Abs. 1; Erwägungsgrund (8) der PKH-RL).

Folgerichtig soll es nach der Richtlinie von einer Bedürftigkeitsprüfung abhängen, ob Verdächtigen und Beschuldigten die erforderlichen finanziellen Mittel für die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand seitens des Staates zur Verfügung gestellt werden (Art 4 Abs. 2 u. Abs. 3 PKH-RL). Im Hinblick darauf, dass manche Mitgliedstaaten für bestimmte Strafvorwürfe und Verfahrenskonstellationen eine Unterstützung von Beschuldigten durch eine professionelle Verteidigung unabhängig von ihrem Willen und ihren wirtschaftlichen Verhältnissen für notwendig erachten,¹⁰ eröffnet die Richtlinie eine gleichwertige Alternative, unter welchen Voraussetzungen ihnen ein Rechtsbeistand zur Verfügung zu stellen ist. Danach kann auch nach Maßgabe sogenannter materieller Kriterien entschieden werden, wer in den Genuss von Rechtsbeistand kommen muss (Art. 4 Abs. 2 u. Abs. 4 PKH-RL). Die Fassung der Richtlinie verrät deutlich den dieser Alternative zugrundeliegenden Kompromisscharakter. Denn Art. 4 Abs. 2 PKH-RL lässt eine „Bedürftigkeitsprüfung“ auch anhand „materieller Kriterien“ zur Entscheidung darüber

zu, „ob Prozesskostenhilfe nach (Art. 4) Abs. 1 zu bewilligen ist“. Letzterer wiederum macht einen Anspruch auf Prozesskostenhilfe aber ausschließlich davon abhängig, ob Verdächtige und beschuldigte Personen „über ausreichende Mittel zur Bezahlung eines Rechtsbeistands verfügen“.

Gleichwohl eröffnet die Richtlinie damit die Möglichkeit, Verdächtigen und beschuldigten Personen auch im Rahmen des Systems notwendiger Verteidigung unabhängig von ihrem Willen und ihren wirtschaftlichen Verhältnissen einen Pflichtverteidiger als Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Rechte zu bestellen. Da der Referentenentwurf von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, sind die Vorgaben der Richtlinie in das bestehende System der notwendigen Verteidigung zu implementieren mit der Folge, dass unter dessen Voraussetzungen unverteidigten Beschuldigten ein (zunächst staatlich finanzierter) Pflichtverteidiger zu bestellen ist. Wenn der Referentenentwurf dies als ein „von paternalistischen Gedanken getragenes System“ bezeichnet¹¹, scheint dies noch der Vorstellungswelt des Obrigkeitsstaates verhaftet zu sein. Für ein aufgeklärtes Staatsverständnis resultiert das System der notwendigen Verteidigung aus dem Bekenntnis zu einem rechtsstaatlichen Strafprozess, der durch das Prinzip der Verfahrensfairness und damit dem der Waffengleichheit charakterisiert wird.¹² Dies spiegelt sich sowohl in der Zugangs- als auch in der Prozesskostenhilferichtlinie wider, wonach Beschuldigte schon zu einem frühen Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens als Verfahrenssubjekte zu behandeln sind, die ihre Rechte mit Unterstützung professioneller Verteidigung wahrnehmen können sollen.

Diesem Ansatz ist letztlich auch der Referentenentwurf verpflichtet, der die Umsetzung der Richtlinie zum Anlass nimmt, diesen bislang zu erheblichen Teilen richterrechtlich geprägten Bereich umfassend zu normieren und systematisch klarer zu strukturieren, um die Verständlichkeit und Handhabbarkeit zu verbessern.¹³ Das Ergebnis ist Gegenstand der nachfolgenden Erörterung.¹⁴

III. Umsetzung des Europarechtlichen Pflichtenkatalogs

1. Voraussetzungen für den Anspruch auf Rechtsbeistand

a) Für Beschuldigte

Nach Art. 3 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 PKH-RL haben Beschuldigte in den Grenzen des Anwendungsbereichs der Richtlinie gemäß Art. 2 PKH-RL Anspruch auf Unterstützung durch einen Rechtsbeistand, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist und sie nicht über ausreichende Mittel zur Bezahlung eines Rechtsbeistands verfügen. Über die Fälle einer finanziellen Bedürftigkeit hinaus kann nach Art. 4 Abs. 2 PKH-RL die Richtlinie aber auch

⁸ BGBl. I vom 4.09.2017, S. 3295.

⁹ Diesem Ziel flankierend im Strafverfahren gegen Jugendliche auch Art. 6 der Richtlinie 2016/800 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.05.2016 (ABl. L132/1 vom 21.5.2016) dienen.

¹⁰ Neben der Bundesrepublik Deutschland (§§ 140 ff. StPO) ist auf die Republik Österreich (hierzu *Todor-Kostic*, in: Kier/Wess (Hrsg.), Handbuch Strafverteidigung, Wien, 2017, S. 26) sowie auf die Republik Italien (hierzu *Helfer*, StV 2007, 326 [329]) zu verweisen.

¹¹ Referentenentwurf S. 19.

¹² S. nur *Wohlers*, in: SK-StPO, 5. Aufl. (2016), vor § 137 Rn. 37 m.w.N.

¹³ Referentenentwurf S. 1.

¹⁴ Diese beschränkt sich auf die vorgeschlagenen Änderungen der StPO; die Umsetzung der PKH-RL im Hinblick auf Prozesskostenhilfe für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls in Gestalt von Änderungen des IRG und des ISGHHG muss aus Umfangsgründen unberücksichtigt bleiben.

in der Weise umgesetzt werden, dass es von sog. materiellen Kriterien abhängig gemacht werden darf, ob Beschuldigte bei der Wahrnehmung ihres Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand Unterstützung erhalten müssen. Dabei ist nach Art. 4 Abs. 4 S. 1 PKH-RL „der Schwere der Straftat, der Komplexität des Falles und der Schwere der zu erwartenden Strafe Rechnung“ zu tragen. Diese Voraussetzungen sind nach Art. 4 Abs. 4 S. 2 PKH-RL in jedem Fall erfüllt, „a) wenn ein Verdächtiger oder eine beschuldigte Person in jeder Phase des Verfahrens im Anwendungsbereich dieser Richtlinie einem zuständigen Gericht oder einem zuständigen Richter zur Entscheidung über eine Haft vorgeführt wird und b) wenn er sich in Haft befindet“.

Der Referentenentwurf will die Vorgaben der Richtlinie unter grundsätzlicher Beibehaltung des „bewährten Systems der notwendigen Verteidigung umsetzen“. Deshalb sollen die Voraussetzungen, unter denen die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist (§ 140 Abs. 1 StPO-E) bzw. „geboten erscheint“ (§ 140 Abs. 2 StPO-E), soweit erforderlich an die Vorgaben von Art. 4 Abs. 4 PKH-RL angepasst werden.¹⁵

Die zwingende Vorgabe von Art. 4 Abs. 4 lit. a PKH-RL, wonach bei Vorführung eines Beschuldigten zwecks gerichtlicher „Entscheidung über eine Haft“ die materiellen Kriterien für seine Unterstützung durch einen Rechtsbeistand in jedem Fall als erfüllt gelten, zwingt zur Änderung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO. Denn danach ist die Mitwirkung eines Verteidigers erst notwendig, wenn gegen den Beschuldigten „Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a oder einstweilige Unterbringung nach § 126a oder § 275a Abs. 6 (StPO) vollstreckt wird“. Konsequenterweise soll nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO-E ein Fall notwendiger Verteidigung deshalb schon dann vorliegen, wenn „der Beschuldigte nach den §§ 115, 115a, 128 Abs. 1 oder § 129 (StPO) einem Gericht zur Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung vorzuführen ist“.

Von der Neuregelung wird jede Art der Vorführung erfasst, also auch die nach vorläufiger Festnahme zwecks Durchführung eines beschleunigten Verfahrens (§§ 127b, 417 ff. StPO).

Weiterer zwingender Änderungsbedarf ergibt sich in den Fällen, in denen sich der Beschuldigte in Haft befindet (Art. 4 Abs. 4 lit. b PKH-RL). Hier ist nach § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO die Mitwirkung eines Verteidigers erst notwendig, wenn sich der Beschuldigte mindestens drei Monate aufgrund richterlicher Anordnung oder Genehmigung in einer Anstalt befindet. Nach Art. 4 Abs. 4 lit. b PKH-RL bedarf es aber in jeglichem Fall der Haft unabhängig von ihrer Dauer der Unterstützung durch einen Rechtsbeistand.

Dementsprechend soll unabhängig von der vorangegangenen Dauer der Haft nach § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO-E ein

Fall notwendiger Verteidigung immer dann vorliegen, wenn sich „der Beschuldigte aufgrund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befindet“. Dabei muss es sich nicht um eine Anstaltsunterbringung im anhängigen Verfahren handeln. Strafhafte, Untersuchungshaft oder (einstweilige) Unterbringung, auch in anderer Sache, begründen ebenfalls einen Fall notwendiger Verteidigung.¹⁶ Auch die Hauptverhandlungshaft nach §§ 230 Abs. 2, 329 Abs. 3 StPO macht die Mitwirkung eines Verteidigers erforderlich und begründet zumindest für die Dauer des Freiheitsentzugs (siehe § 143 Abs. 2 StPO-E) einen Fall notwendiger Verteidigung.

Den Anforderungen von Art. 4 Abs. 4 S. 1 PKH-RL, wonach bei der Prüfung der materiellen Kriterien die „Schwere der Straftat“ und die „Schwere der zu erwartenden Strafe“ zu berücksichtigen sind, sollen – ergänzend zu dem insoweit unveränderten § 140 Abs. 2 S. 1 StPO („Schwere der Tat“) – die Änderungen in § 140 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 StPO-E Rechnung tragen. In § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO-E soll ergänzend zu den vor dem Oberlandesgericht oder dem Landgericht durchzuführenden erstinstanzlichen Hauptverhandlungen eine vor dem Schöffengericht zu erwartende Hauptverhandlung einen Fall notwendiger Verteidigung begründen. Unbeschadet der Tatsache, dass bei Verbrechensvorwürfen und damit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr (§ 12 Abs. 1 StGB) weiterhin ein Fall notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO gegeben ist, soll damit der Umstand Berücksichtigung finden, dass auch bei Vergehensvorwürfen mit einer zu erwartenden Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren (§§ 28, 25 Nr. 2 GVG) die Mitwirkung eines Verteidigers im Hinblick auf die Schwere der Straftat und die Schwere der zu erwartenden Strafe geboten ist.

Ausschließlich auf das Kriterium der Schwere der zu erwartenden Strafe stellt die Ergänzung des § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO ab, wonach die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist, wenn das Verfahren zu einem Berufsverbot führen kann. Dieser schwerwiegenden Rechtsfolge sollen nunmehr die Fälle gleichgestellt werden, in denen die Verhängung einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zu erwarten ist (§ 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E). Bei der Beurteilung dieser Straferwartung wird auch eine zu erwartende (ggfls. nachträgliche) Gesamtstrafenbildung im Falle einer anderweitigen Verurteilung (§ 55 Abs. 1 StGB, § 460 StPO) zu berücksichtigen sein.¹⁷ Ob die Vollstreckung der zu erwartenden ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird oder nicht, hat bei der Beantwortung der Frage nach der Notwendigkeit der Verteidigung unberücksichtigt zu bleiben.

Soweit nach Art. 4 Abs. 4 S. 1 PKH-RL die „Komplexität des Falles“ als materielles Kriterium für die Notwendigkeit der Unterstützung durch einen Rechtsbeistand Berücksichtigung finden muss, wird diesem bereits durch

¹⁵ Schreiben des BMJV vom 11.10.2018 an die Verbände mit der Bitte um Kenntnisnahme von dem Referentenentwurf und der Gelegenheit zu einer Stellungnahme, S. 2.

¹⁶ Zur Frage, ob Untersuchungshaft in anderer Sache nach geltendem Recht einen Fall notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 oder erst unter den weiteren Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO begründet, siehe die Nachw. bei Beulke, in: SSW-StPO, 2. Aufl. (2016), § 140 Rn. 22.

¹⁷ Siehe § 143 Abs. 1 StPO-E zur Dauer der Bestellung eines Pflichtverteidigers.

den weiterhin geltenden § 140 Abs. 2 StPO Rechnung getragen. Danach liegt bei Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage ein Fall notwendiger Verteidigung vor.

Den nach Art. 9 PKH-RL zu berücksichtigenden besonderen Bedürfnissen von schutzbedürftigen Beschuldigten wird für hör- und sprachbehinderte Beschuldigte bereits durch § 140 Abs. 2 S. 2 StPO Rechnung getragen. Die Bedeutung dieser Beeinträchtigung soll nunmehr dadurch besonders hervorgehoben werden, dass sie als Nr. 11 in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO-E aufgenommen und – neu – um sehbehinderte – und damit ebenfalls schutzbedürftige – Beschuldigte ergänzt wird.

Soweit nach § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegen soll, wenn „bei einer richterlichen Vernehmung die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint“, könnte auch dies dem Kriterium der „Komplexität des Falles“ zugeordnet werden. Jedoch soll diese Regelung nur aus dem geltenden § 141 Abs. 3 S. 4 StPO nach § 140 Abs. 1 StPO-E überführt werden, was der von den Entwurfsverfassern intendierten klareren systematischen Strukturierung des Rechts der notwendigen Verteidigung und Pflichtverteidigung geschuldet ist.¹⁸

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass durch die in § 140 StPO-E vorgesehenen Änderungen und Ergänzungen der Mindestvorschrift des Art. 4 Abs. 4 PKH-RL entsprochen wird.

b) Verdächtige

Unterstützung durch einen Rechtsbeistand sollen im Anwendungsbereich der Richtlinie nicht nur Beschuldigte, sondern auch Verdächtige erhalten (Art. 4 Abs. 1 PKH-RL), bei denen die entsprechenden Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 2 PKH-RL vorliegen. Nach Erwägungsgrund (10) der Richtlinie soll diese Regelung auf Personen wie beispielsweise Zeugen Anwendung finden, die im Laufe einer Befragung durch die Polizei oder eine andere Strafverfolgungsbehörde zu Verdächtigen oder gar Beschuldigten werden und das Recht haben, sich nicht selbst belasten zu müssen und die Aussage verweigern zu dürfen. Nimmt man auch hier auf die materiellen Kriterien gemäß Art. 4 Abs. 4 PKH-RL Bezug, bedarf es mindestens dann der Unterstützung durch einen Rechtsbeistand, wenn Verdächtige sich im Zeitpunkt ihrer Vernehmung (in anderer Sache) in Untersuchungs- oder Strafhaft oder (einstweiliger) Unterbringung befinden (Art. 4 Abs. 4 lit. b PKH-RL). Ferner wird die Schwere der in Betracht kommenden Straftat, die Komplexität des Falles und die Schwere der im Hinblick auf den Verdachtswortwurf zu erwartenden Strafe zu berücksichtigen sein (Art. 4 Abs. 4 S. 1 PKH-RL).

Der Referentenentwurf verhält sich nicht zur Notwendigkeit der Umsetzung dieser Vorgabe der Richtlinie. Es steht zu vermuten, dass die nach geltendem Recht bestehende Möglichkeit der Bestellung eines Zeugenbeistands (§ 68b Abs. 2 StPO) als ausreichend angesehen wird. Da-

nach ist einem Zeugen bei seiner ohne anwaltlichen Beistand durchgeführten Vernehmung für deren Dauer ein Beistand unter der Bedingung beizugeben, dass besondere Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, dass der Zeuge seine Befugnisse bei seiner Vernehmung nicht selbst wahrnehmen und seinen schutzwürdigen Interessen nicht auf andere Weise Rechnung getragen werden kann. In Betracht kommt hier insbesondere eine Belehrung über sein Recht zur Verweigerung der Auskunft (§ 55 Abs. 2 StPO) oder sein Schweigerecht (§ 136 Abs. 1 StPO). Sieht man davon ab, dass die Voraussetzungen für eine solche Belehrungspflicht nur diejenigen Fälle abdecken, in denen sich aus der Sicht der Vernehmungsperson der Zeuge oder ein Angehöriger i.S.d. § 52 Abs. 1 StPO der Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden und dass die Reichweite des Auskunftsverweigerungsrechts vielfach von den Umständen des Einzelfalles abhängt, trägt der Entwurf den materiellen Kriterien des Art. 4 Abs. 4 S. 1 PKH-RL, nämlich der Schwere der potentiellen Straftat und der Schwere der möglicherweise zu erwartenden Strafe auch nicht ansatzweise Rechnung. Dies gilt gleichermaßen, wenn die Vernehmung eines Zeugen dazu führt, ihn zum Beschuldigten zu machen.

Ein Zeuge, der im Rahmen seiner Vernehmung in Gefahr gerät, wegen einer Straftat verfolgt zu werden, muss deshalb Anspruch auf Unterstützung durch einen Rechtsbeistand erhalten, wenn auch für einen Beschuldigten ein Fall notwendiger Verteidigung vorläge. Das wird abgesehen von einer Inhaftierung in anderer Sache (§ 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO-E) bei potenziellen Vorwürfen in Betracht kommen, die unter § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO-E, § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO, § 140 Abs. 1 Nr. 3 oder Nr. 11 StPO-E sowie unter § 140 Abs. 2 StPO-E fallen. Hier bedarf es zur Umsetzung der Richtlinie einer ergänzenden Regelung, die vorzugswürdig in § 68b Abs. 2 StPO zu verorten wäre.

2. Zeitpunkt der Entscheidung über die Unterstützung und der Bestellung eines Rechtsbeistands

Nach Art. 4 Abs. 5 und Art. 6 Abs. 1 PKH-RL ist die Entscheidung über die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand (Bewilligung) und deren organisatorische Umsetzung (Bestellung eines Rechtsbeistands) „unverzüglich von einer zuständigen Behörde“ zu treffen. Die Pflicht zum unverzüglichen Vorgehen beginnt in dem Augenblick, in dem die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand notwendig wird, im Falle des Art. 4 Abs. 4 PKH-RL also die dort angesprochenen Kriterien erfüllt sind. Spätestens ist die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsbehörde oder eine Justizbehörde oder vor Durchführung einer Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlung in Form einer Identifizierungs- oder Vernehmungsgegenüberstellung oder einer Tatortrekonstruktion (Art. 2 Abs. 1 lit. c PKH-RL) zu bewilligen (Art. 4 Abs. 5 PKH-RL).

Erwägungsgrund (19) der PKH-RL unterstreicht die Bedeutung des Unverzüglichkeitsgebots, weil er deutlich

¹⁸ Zu dieser Änderung ausführlich nachfolgend unter IV. 1.

macht, dass spätestens vor einer Befragung oder Durchführung der genannten Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen zumindest eine – wenn auch nur provisorische – Unterstützung durch einen Rechtsbeistand bewilligt worden sein muss.

Mit dieser Vorgabe werden die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung und für die Bestellung eines Rechtsbeistands in einer Weise in das Ermittlungsverfahren vorverlagert, die weit über den bislang in § 141 Abs. 3 StPO geregelten Rechtszustand hinausgeht. Liegt nicht ausnahmsweise ein Fall notwendiger Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO vor (Vollstreckung von Untersuchungshaft oder einstweiliger Unterbringung), hat lediglich fakultativ („kann“) eine Verteidigerbestellung in den Fällen notwendiger Verteidigung „auch schon während des Vorverfahrens“ zu erfolgen. Die von dem zuständigen Gericht zu treffende Ermessensentscheidung setzt nach h.M.¹⁹ zusätzlich einen diesbezüglichen Antrag der Staatsanwaltschaft voraus, der auch nur nach pflichtgemäßem Ermessen zu stellen ist, ohne dass der Beschuldigte hierauf einen Anspruch hätte. Ein eigenes Antragsrecht des Beschuldigten sieht § 141 Abs. 3 StPO nicht vor.

Nach der Richtlinie ist demgegenüber die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand auch schon im Ermittlungsverfahren obligatorisch, sobald die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 4 PKH-RL erfüllt sind. Diese ist spätestens vor der ersten Konfrontation des Beschuldigten mit der Polizei, einer anderen Strafverfolgungs- oder Justizbehörde zu gewähren, anlässlich derer der Beschuldigte befragt werden oder an einer in seiner Anwesenheit durchzuführenden Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen teilnehmen darf oder soll.

Der Referentenentwurf setzt in § 141 Abs. 1 StPO-E diese Vorgaben der Richtlinie für *Beschuldigte* bis auf eine zu kritisierende Ausnahme (§ 141 Abs. 3 StPO-E)²⁰ muster-gültig um:

a) Danach ist auf Antrag des Beschuldigten unverzüglich ein Pflichtverteidiger zu bestellen, sobald ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. Von Amts wegen setzt die Bestellung zusätzlich voraus, dass die Mitwirkung eines Verteidigers „erforderlich“ ist. Letzteres gilt nicht nur in den Fällen einer beabsichtigten Beschuldigtenvernehmung²¹ oder einer mit ihm durchzuführenden Gegenüberstellung, in denen die Erforderlichkeit einer Verteidigermitwirkung gesetzlich vermutet wird²² und für die die Notwendigkeit der Bestellung eines Verteidigers als späterster Zeitpunkt in § 141 Abs. 1 Nr. 1 StPO-E ausdrücklich bestimmt ist. Die Erforderlichkeit der Mitwirkung eines Verteidigers kann die Bestellung von Amts wegen ferner auch dann gebieten, wenn eine konkrete Verteidigungshandlung naheliegt.²³ Das ist sicherlich immer dann der Fall, wenn vor einer Verfahrenshandlung rechtliches Gehör zu gewähren ist (z.B. vor einer Entscheidung über eine Akteneinsichtsgewährung nach §§ 406e oder 475,

478 StPO) oder bei in Betracht kommenden Rechtsbehelfen gegen eine angeordnete oder bereits vollzogene Ermittlungsmaßnahme (z.B. §§ 81a, 81b, 98 Abs. 2 StPO). Im Hinblick auf den geringeren Prüfungsumfang dürfte die Ausübung des Antragsrechts die für Beschuldigte vorzugswürdigere Alternative darstellen, da diese nicht die Feststellung der Erforderlichkeit der Mitwirkung eines Verteidigers voraussetzt.

Nicht erforderlich soll nach Auffassung der Entwurfsbegründung die Mitwirkung eines Verteidigers dann sein, wenn das Ermittlungsverfahren gegen einen Beschuldigten noch gar nicht offen geführt werde.²⁴ Insbesondere in Fällen notwendiger Verteidigung aufgrund von Haft in anderer Sache (§ 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO-E) komme dieser Möglichkeit zur Einschränkung des Unverzüglichkeitsgebots Bedeutung zu. Diese unter Rückgriff auf die Richtlinie 2013/48 EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren²⁵ beabsichtigte Regelung ist jedenfalls dann abzulehnen, wenn bei Strafhaft in anderer Sache das nicht offen geführte Ermittlungsverfahren dazu führt, die Gewährung von Vollzugslockerungen unter Verschleierung der tatsächlichen Gründe zu versagen oder zurückzunehmen.

b) Konsequenz ist in Fortsetzung von § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO-E die Regelung in § 141 Abs. 1 Nr. 2 StPO-E, wonach es spätestens der Mitwirkung eines Verteidigers dann bedarf, wenn „der Beschuldigte einem Gericht zur Entscheidung über Haft oder einstweilige Unterbringung vorgeführt werden soll“. Zwar betont die Entwurfsbegründung zu Recht, dass es dieser Regelung im Hinblick auf § 141 Abs. 1 Nr. 1 StPO-E nicht bedurfe, weil mit der Vorführung nach §§ 115 Abs. 2, 115a Abs. 2, 128 Abs. 1 S. 2 StPO immer auch eine Vernehmung verbunden ist.²⁶ Die Regelung ist gleichwohl sinnvoll, weil sie klarstellt, dass ein Verteidiger nicht erst zum Zeitpunkt der Vernehmung, sondern insbesondere in den Fällen des § 128 Abs. 2 S. 2 StPO schon ab dem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Erlass eines Haftbefehls zu bestellen ist. Der Festgenommene kann sich so unter besseren Voraussetzungen mit dem bestellten Verteidiger unter vier Augen auf den Vorführungstermin vorbereiten und den Erlass eines Haftbefehls nach Möglichkeit abzuwenden versuchen.

c) § 141 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E, der § 141 Abs. 1 StPO entspricht, hat nach der Umsetzung der Richtlinie nur noch die Funktion einer Auffangregelung, wenn sich erst zum Ende oder nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens herausstellt, dass ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt.²⁷

d) Nicht der Umsetzung der Richtlinie geschuldet ist die Ausnahmeregelung in § 141 Abs. 3 S. 1 StPO-E, wonach im Vorverfahren unter den in Nr. 1 oder Nr. 2 aufgeführten Umständen Vernehmungen des Beschuldigten oder Gegenüberstellungen mit ihm auch vor Bestellung eines Verteidigers durchgeführt werden dürfen. Diese Regelung

¹⁹ Vgl. zuletzt BGH, StV 2016, 133 m. abl. Anm. Neuhaus sowie Mül-ler-Jacobsen, NJW 2015, 3385.

²⁰ Dazu nachfolgend unter III. 2 d).

²¹ Art. 4 Abs. 5 PKH-RL spricht von „Befragungen“ durch die Polizei. Da in der Praxis noch immer Streit über die Abgrenzung einer sog. förmlichen Vernehmung von einer informellen Vernehmung bzw. informatorischen Befragung besteht, sollte hier die Terminologie der Richtlinie übernommen werden.

²² Vgl. für die Vernehmung §§ 163a Abs. 4, 163a Abs. 3, 168c Abs. 1 StPO und für die Gegenüberstellung § 58 Abs. 2 StPO.

²³ Entwurfsbegründung, S. 35.

²⁴ A.a.O.

²⁵ Art. 3 Abs. 5 der sog. Zugangs-RL (Fn. 7).

²⁶ Entwurfsbegründung, S. 35.

²⁷ A.a.O.

ist aus mehreren Gründen kritikwürdig:

Der Referentenentwurf nimmt zur Rechtfertigung dieser Regelung Bezug auf die Richtlinie 2013/48 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren.²⁸ Nach dessen Art. 3 Abs. 5 sollen den Mitgliedstaaten unter den jetzt in § 141 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StPO-E genannten Umständen im Ermittlungsverfahren vorübergehende Ausnahmen vom Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand ermöglicht werden. Nachdem der Gesetzgeber bei der Umsetzung dieser Richtlinie in Gestalt des Zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren pp. vom 27.08.2017²⁹ im Hinblick auf vorhandene Regelungen zur Verhängung einer Kontaktsperre nach §§ 31 ff. EGGVG davon Abstand genommen hat, eine entsprechende Einschränkung des Rechts auf jederzeitigen Verteidigerbeistand (§ 137 StPO) einzuführen, enthält die Begründung des Referentenentwurfs keine nachvollziehbare Erklärung dafür, begrenzt auf den Bereich der Pflichtverteidigerbestellung einem Beschuldigten den Beistand eines Verteidigers bei Vernehmungen und Gegenüberstellungen zu verweigern.

Insofern führt die Regelung zu einer Ungleichbehandlung von Beschuldigten, die nicht von der Möglichkeit der Bestellung eines Wahlverteidigers Gebrauch machen (können). Nach § 141 Abs. 3 S. 2 StPO-E soll nämlich das Recht des Beschuldigten, vor einer Vernehmung oder Gegenüberstellung jederzeit einen von ihm zu wählenden Verteidiger befragen zu können, unberührt bleiben. Einem solchen Beschuldigten könnte dann auch nicht die Anwesenheit seines Wahlverteidigers bei seiner Vernehmung oder einer Gegenüberstellung mit ihm verwehrt werden (§§ 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 3, 168c Abs. 1 und 5, 58 Abs. 2 S. 2 StPO). Bezeichnenderweise verweist die Entwurfsbegründung für die Wahlverteidigung auf die durch § 31 EGGVG unter wesentlich engeren Voraussetzungen eröffneten Befugnisse zur Verhängung einer Kontaktsperre.³⁰ Es ist völlig sachfremd einem Beschuldigten das Recht auf Verteidigerbeistand vorzuenthalten, nur weil er nicht in der Lage ist, sich des Beistands eines Wahlverteidigers zu bedienen. Die Einführung einer solchen Ausnahme im Zuge der Umsetzung der PKH-RL, die gerade solchen Beschuldigten Rechtsbeistand gewähren will, die nicht über ausreichende Mittel zu dessen Bezahlung verfügen (Art. 4 Abs. 1 PKH-RL), ist geradezu paradox.

Befremden löst auch der Hinweis in der Entwurfsbegründung aus, dass ein Verstoß gegen § 141 Abs. 3 StPO-E nicht zu einem Verwertungsverbot führen solle.³¹ Solange der Gesetzgeber davon Abstand nimmt, generell Grundlagen und Voraussetzungen von Beweisverwertungsverböten zu regeln, ist die Entscheidung, welche Folgen Rechtsverstöße haben, der Rechtsprechung vorbehalten und und nicht einer „authentischen“ Auslegung der verletzten Vorschrift durch deren Verfasser zugänglich.

e) Ungeregelt bleibt in dem Entwurf der Zeitpunkt der Bestellung eines Rechtsbeistands für einen *Verdächtigen*. Erwägungsgrund (10) der Richtlinie mahnt für die Fälle, in denen während der Befragung eines Zeugen durch die

Polizei etc. dieser zum Verdächtigen oder gar Beschuldigten wird, die unverzügliche Unterbrechung der Befragung an, um dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, seine in der Richtlinie vorgesehenen Rechte wahrnehmen zu können. Dies bedeutet, dass bei einem Vorwurf, der bei einem Beschuldigten die Kriterien des Art. 4 Abs. 4 PKH-RL erfüllen würde, auch dem verdächtigen oder gar beschuldigten Zeugen vor der Fortsetzung der Vernehmung von Amts wegen oder - nach entsprechender Belehrung - auf Antrag der Beistand durch einen Anwalt zu bewilligen wäre. Spätester Zeitpunkt für die Unterbrechung müsste die Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO oder nach §§ 136 Abs. 1, 163a Abs. 3 und Abs. 4 StPO sein. Als maßgebliches Kriterium im Sinne von Art. 4 Abs. 4 PKH-RL würde insbesondere auf die Höhe der bei dem in Verdacht stehenden Tatbestand zu erwartenden Strafe abzustellen sein.

3. Bewilligung der Unterstützung durch einen Rechtsbeistand: Zuständigkeit und Verfahren

a) Nach Art. 6 Abs. 1 PKH-RL ist die Entscheidung über die Bewilligung der Unterstützung von Verdächtigen und beschuldigten Personen von einer „zuständigen Behörde“ zu treffen. Dabei soll es sich ausweislich des Erwägungsgrundes (24) der Richtlinie um eine „unabhängige Behörde“, namentlich um ein Gericht einschließlich eines Einzelrichters handeln. Da diese Vorgabe § 141 Abs. 4 StPO entspricht, bedarf es im Zuge der Umsetzung der Richtlinie insoweit keiner inhaltlichen Anpassung der StPO.³²

b) Nach Erwägungsgrund (24) besteht in dringenden Fällen die Möglichkeit, die Polizei und die Staatsanwaltschaft in das Bewilligungsverfahren einzubeziehen. Von dieser Möglichkeit will der Referentenentwurf Gebrauch machen, soweit es die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflichtverteidigers durch die Staatsanwaltschaft bei besonderer Eilbedürftigkeit betrifft. Damit erhält die Staatsanwaltschaft in diesen Fällen auch die Kompetenz zur Auswahl des zu bestellenden Verteidigers. Der Umstand, dass es sich bei der Staatsanwaltschaft aus der Sicht eines Beschuldigten (trotz § 160 Abs. 2 StPO) nicht um eine „unabhängige Behörde“ handelt, soll durch mehrere Sicherungen kompensiert werden. Zum einen soll die Staatsanwaltschaft innerhalb von einer Woche die gerichtliche Bestätigung ihrer Entscheidung einholen (§ 142 Abs. 2 S. 2 StPO-E). Ferner soll der Beschuldigte von sich aus jederzeit die gerichtliche Entscheidung beantragen können (§ 142 Abs. 2 S. 3 StPO-E), was allerdings voraussetzt, dass er auf dieses Antragsrecht bei Bekanntgabe der staatsanwaltlichen Verfügung hingewiesen wird. Schließlich dürfte in den Fällen sog. besonderer Eilbedürftigkeit das Recht des Beschuldigten, selbst den zu bestellenden Verteidiger zu bezeichnen, nicht im gebotenen Umfang wahrgenommen werden können, weshalb ihm gestattet werden soll, die Bestellung eines anderen von ihm zu bezeichnenden Verteidigers an Stelle des ihm zunächst von Amts wegen beigeordneten Verteidigers beantragen zu können (§ 143a Abs. 2 S. 1 StPO-E).

Trotzdem ist die Sinnhaftigkeit dieser Regelung infrage

²⁸ Zugangs-RL (Fn. 7).

²⁹ BGBl I 2017, 3295.

³⁰ Entwurfsbegründung, S. 37.

³¹ A.a.O.

³² § 142 Abs. 1 StPO-E entspringt lediglich der Absicht einer verständlicheren Strukturierung des Rechts der Pflichtverteidigung.

zu stellen. Besonders eilbedürftig sind im Hinblick auf Art. 104 GG die Fälle vorläufig festgenommener oder aufgrund eines Haftbefehls ergriffener Beschuldigter. Hier steht aber einer Entscheidung durch das nach § 142 Abs. 1 Nr. 2 StPO-E zuständige Gericht nichts im Wege. Aber auch im Falle einer besonders eilbedürftigen Vernehmung des Beschuldigten oder einer Gegenüberstellung besteht angesichts moderner Kommunikationsmöglichkeiten für eine Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft kein Bedarf. Die Vielzahl der Situationen, in denen es mittlerweile eines richterlichen Bereitschaftsdienstes bedarf, sowie die Möglichkeit, diesen flexibel zu organisieren (§ 22c GVG), lässt auch die Begründung für die Notwendigkeit einer staatsanwaltschaftlichen Eilzuständigkeit, nämlich der möglichen Unerreichbarkeit des zuständigen Richters Rechnung tragen zu müssen, zweifelhaft erscheinen.

c) Nach Art. 6 PKH-RL kommt eine Entscheidung über die Bewilligung der Unterstützung eines Verdächtigen oder einer beschuldigten Person durch einen Rechtsbeistand sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag des Betroffenen in Betracht.

Von Amts wegen ist im Vorverfahren nur die Staatsanwaltschaft verpflichtet, bei dem zuständigen Gericht einen Antrag zu stellen, wenn die Mitwirkung eines Verteidigers erforderlich ist (§ 141 Abs. 2 StPO-E). Diese Regelung führt aber zu einem Defizit in all denjenigen Fällen, in denen sich das Verfahren noch in der Zuständigkeit der Behörden und Beamten des Polizeidienstes befindet und bereits zu diesem Zeitpunkt ein Fall notwendiger Verteidigung die Mitwirkung eines Verteidigers erforderlich macht (§ 141 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 StPO-E). Das Gebot, die im von der Polizei geführten Verfahren entstandenen Ermittlungsvorgänge „ohne Verzug“ der Staatsanwaltschaft zu übersenden (§ 163 Abs. 2 StPO), unterliegt in der Praxis erheblichen Relativierungen,³³ was die nach § 141 Abs. 1 StPO-E bestehende Verpflichtung zur unverzüglichen Bestellung eines Verteidigers konterkariert.

Dieses Problem wird weder in dem Referentenentwurf noch in seiner Begründung gelöst oder auch nur angesprochen. Dies verwundert um so mehr, als die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, von Amts wegen einen Antrag auf Bestellung eines Verteidigers zu stellen, trotz der korrespondierenden gerichtlichen Pflicht zur Bestellung damit begründet wird, nur so sei die effektive Wirksamkeit der Beistandsregelung zu gewährleisten. Denn das Gericht werde während des Ermittlungsverfahrens nichts von dem Verfahren erfahren, solange keine richterlichen Maßnahmen beantragt würden.³⁴ Das gilt aber erst recht, solange die Ermittlungen in den Händen der Polizei liegen und die dabei entstandenen Vorgänge noch nicht der Staatsanwaltschaft vorgelegt werden. Gerade bei der ersten Konfrontation eines Beschuldigten mit einem strafrechtlichen Vorwurf durch die Polizei ist dieser im Hinblick auf seine

besondere Schutzbedürftigkeit auf einen Rechtsbeistand angewiesen, was die Richtlinie sicherstellen will.³⁵ Erst recht gilt dies, wenn ihm durch eine vorläufige Festnahme die Freiheit entzogen wird (Art. 2 Abs. 1 lit. a PKH-RL). Zwar begründet eine vorläufige Festnahme per se noch keinen Fall notwendiger Verteidigung. Ist aber aus einem anderen Grund die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 StPO-E erforderlich, muss dem Beschuldigten gerade in der Situation der ihn belastenden Freiheitsentziehung zu einem Verteidigerbeistand verholfen werden. Dies gilt besonders vor dem Hintergrund der vom BGH vertretenen Auffassung, dass ein Beschuldigter trotz des Unverzüglichkeitsgebots des § 128 Abs. 1 S. 1 StPO erst dann dem Richter vorzuführen ist, wenn die mit der Aufklärung des Sachverhalts betraute festnehmende Behörde mit ihren Ermittlungen soweit fortgeschritten ist, dass sie dem Richter eine möglichst umfassende Grundlage für seine Entscheidung unterbreiten kann; insofern könne die Vorführung innerhalb der gesetzlichen Frist hinausgeschoben werden, soweit dies sachdienlich erscheine.³⁶

Es ist deshalb eine Ergänzung des § 142 StPO-E geboten, durch die die Polizei verpflichtet wird, in Fällen notwendiger Verteidigung von Amts wegen – durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft – eine gerichtliche Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers herbeizuführen. Eine solche Regelung muss der Polizei praktikable Kriterien an die Hand geben, auf Grund derer sie beurteilen kann, ob ein Fall notwendiger Verteidigung i.S.d. § 140 StPO-E vorliegt. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Polizei ausbildungs- und situationsbedingt nur eingeschränkt befähigt ist, hier eine genaue Prüfung vorzunehmen. Da sie aber regelmäßig zumindest in der Lage ist, den in Rede stehenden historischen Lebenssachverhalt strafrechtlich beispielsweise unter dem Gesichtspunkt eines Diebstahls, einer Körperverletzung oder eines Betruges einzuordnen,³⁷ eignen sich als Anknüpfungspunkt zur Aktivierung der polizeilichen Handlungspflicht die Strafvorwürfe, für die das Gesetz eine erhöhte Mindeststrafe vorsieht. Die betreffenden Straftatbestände sind auch für die Polizei eindeutig zu identifizieren, wobei ihr – falls erforderlich – gemäß Art. 7 Abs. 2 PKH-RL eine diese Voraussetzungen betreffende angemessene Schulung zur Verfügung zu stellen ist. Kommt die Verhängung einer Freiheitsstrafe mit einem erhöhten Mindestmaß in Betracht, liegt die Annahme der Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 Nr. 3 oder des Abs. 2 StPO-E nahe. Die Polizei ist dann zu verpflichten, sofort den Vorgang der Staatsanwaltschaft vorzulegen, um eine Entscheidung des zuständigen Gerichts über eine Verteidigerbestellung herbeizuführen.

d) Der Referentenentwurf will in Umsetzung von Art. 6 Abs. 2 PKH-RL / Erwägungsgrund (18) erstmalig ein Antragsrecht des Beschuldigten auf Bestellung eines Pflichtverteidigers einführen (§ 141 Abs. 1 S. 1 StPO-E). Nach

³³ Zu den polizeilichen Usancen s. Kölbl, in: MK-StPO, 2016, § 163 Rn. 35. Ferner Erb, in: LR-StPO, 27. Aufl. (2018), § 163 Rn. 82.

³⁴ Entwurfsbegründung, S. 36.

³⁵ Die PKH-RL dient der Umsetzung der „Maßnahme C“ des vom Rat der EU am 30.11.2009 verabschiedeten Fahrplans (Fn. 5), die sicherstellen will, dass Verdächtige und Beschuldigte zwecks Gewährleistung eines fairen Verfahrens zum frühest geeigneten Zeitpunkt des Verfahrens tatsächlichen Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten.

³⁶ BGH, NStZ 2018, 734.

³⁷ Erb, in: LR-StPO (Fn. 33), § 163a Rn. 87.

§ 141 Abs. 4 S. 1 StPO-E ist ein solcher Antrag im Vorverfahren bei der Polizei oder bei der Staatsanwaltschaft anzubringen und von dort unverzüglich dem nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StPO-E zuständigen Gericht zur Entscheidung vorzulegen.

Über dieses Antragsrecht ist er von der Polizei vor der ersten Vernehmung bzw. vor einer Gegenüberstellung zu belehren (§ 163a Abs. 4 S. 2 StPO, §§ 136 Abs. 1 S. 5, 58 Abs. 2 S. 5 StPO-E). Allerdings soll dieses nur „nach Maßgabe des § 141 Abs. 1“ (§ 136 Abs. 1 S. 5 StPO-E) bzw. „in den Fällen des § 140“ (§ 58 Abs. 2 S. 5 StPO-E) bestehen. Damit stehen das Antragsrecht und die diesbezügliche Belehrungs- bzw. Hinweispflicht unter dem Vorbehalt, dass „ein Fall der notwendigen Verteidigung“ (§ 140 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 StPO-E) vorliegt. Durch die Verquickung von Antragsvoraussetzungen und Anspruchsvoraussetzungen werden nicht nur der Beschuldigte bei der Wahrnehmung seines Antragsrechts, sondern auch die Beamten des Polizeidienstes in Erfüllung ihrer Belehrungspflicht überfordert. Beiden fehlen zu diesem Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens i.d.R. die erforderlichen Informationen und/oder Kenntnisse, um die Voraussetzungen eines Falles notwendiger Verteidigung verlässlich beurteilen zu können.

Für den Beschuldigten wäre es zudem eine zusätzliche Zumutung, wenn er beispielsweise die Erwartung, dass gegen ihn „eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verhängt oder ein Berufsverbot angeordnet wird“ (§ 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E) oder die Einschätzung der „Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage“ oder seiner Unfähigkeit, sich „selbst verteidigen“ zu können (§ 140 Abs. 2 StPO-E), zur Grundlage seiner Entscheidung machen müsste, einen Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zu stellen.

Aus diesem Grund muss ihm ein vorbehaltloses Antragsrecht eingeräumt werden, worauf sich auch die entsprechende Belehrungs- bzw. Hinweispflicht zu erstrecken hätte.³⁸ Ob dem Antrag nach Maßgabe des § 140 StPO-E stattzugeben ist oder nicht, hat sodann das nach § 141 Abs. 1 StPO-E zuständige Gericht zu entscheiden.

e) Im Sinne der Richtlinie, Beschuldigten, die nicht über ausreichende Mittel zur Bezahlung eines Rechtsbeistands verfügen, den Zugang zu einem Rechtsbeistand zu ermöglichen (Art. 3 u. Art. 4 Abs. 1 PKH-RL), ist der in § 136 Abs. 1 S. 5 StPO im Zusammenhang mit der Belehrung über das Antragsrecht zu erteilende Hinweis auf die Rechtsfolge des § 465 StPO zu streichen.³⁹ Denn der Hinweis darauf, dass der Angeklagte im Falle seiner Verurteilung die Kosten des Verfahrens, zu denen die dem Pflichtverteidiger aus der Staatskasse zu erstattende Vergütung gehört, zu tragen hat, konterkariert die Intention der Richtlinie. Darüber hinaus ist die Verknüpfung des Antragsrechts mit dem Hinweis auf die Kostenfolge des § 465 StPO systemwidrig, weil in den Fällen, in denen dem Beschuldigten von Amts wegen ein Verteidiger beigeordnet wird, die betreffende Entscheidung nicht zu seiner Disposition steht und unabhängig von seinen finanziellen Verhältnissen zu treffen ist. Im Übrigen müsste ein

vollständiger und zutreffender Hinweis beinhalten, dass bedürftige Verurteilte einen nachgelagerten Vollstreckungsschutz gemäß § 6 Abs. 1 JbetrG i.V.m. den dort genannten Vorschriften der ZPO genießen.

4. Auswahl und Qualifikation des zu bestellenden Rechtsbeistands

a) Zur Auswahl des zu bestellenden Rechtsbeistands enthält die Richtlinie keine Regelung. Auch das von Art. 7 Abs. 4 PKH-RL geforderte Recht des Betroffenen, einen ihm zugewiesenen Rechtsbeistand auswechseln zu lassen, trifft weder eine Aussage darüber, durch wen die Auswahl des zugewiesenen Rechtsbeistands zu erfolgen hat, noch darüber, wer im Falle von dessen Auswechselung die Person des neu zuzuweisenden Rechtsbeistands bestimmen soll. Art. 7 Abs. 1 lit. b PKH-RL fordert lediglich, dass seitens der Mitgliedstaaten sicherzustellen ist, dass die Qualität der von dem Rechtsbeistand zu erbringenden Dienstleistungen angemessen ist, „um die Fairness des Verfahrens zu wahren“. Zusätzlich sollen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zur Förderung geeigneter Weiterbildungsmaßnahmen derjenigen ergreifen, die Dienstleistungen für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren erbringen (Art. 7 Abs. 3 PKH-RL). Dies macht deutlich, dass die geforderte und zu fördernde Qualität den spezifischen Anforderungen einer Beistandsleistung auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts entsprechen muss. Für die Entscheidung, wer den zu bestellenden Rechtsbeistand auszuwählen hat, hat der nationale Gesetzgeber also freie Hand, solange gewährleistet ist, dass dieser über die erforderliche fachspezifische Qualifikation verfügt.

b) Die Frage, von wem und wie der zu bestellende Verteidiger auszuwählen ist, gehört zu den am stärksten umstrittenen Punkten im Zuge der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht, zumal sie nicht nur mit strafprozessualen, sondern auch mit berufsrechtlichen Implikationen verbunden ist. Eckpunkte der bislang geführten Diskussion sind richterzentrierte Auswahlmodelle, Verfahren, die eine autonome Entscheidung des Betroffenen ermöglichen sollen, Auswahlverfahren, die in den Händen anwaltlicher Berufsorganisationen liegen und solche, in denen die Entscheidung nach dem Zufallsprinzip getroffen werden soll. Während einerseits die Notwendigkeit einer in richterlicher Unabhängigkeit zu treffenden Entscheidung in den Vordergrund gestellt wird, wird andererseits genau dies vor dem Hintergrund abgelehnt, dass dabei nicht das Verteidigungsinteresse des Beschuldigten, sondern möglicherweise nur das gerichtliche Interesse an einer möglichst komplikationslosen Verfahrensabwicklung ohne störende Verteidigerintervention Berücksichtigung fände. Aus berufsständischer Sicht wird wiederum die Befürchtung geäußert, dass der mit der Auswahl durch anwaltliche Berufsorganisationen – insbesondere durch die Rechtsanwaltskammern – verbundene organisatorische Aufwand die betreffenden Einrichtungen überfordern könne. Auch sei zu besorgen, dass ohne gleichmäßige Verteilung aller Pflichtverteidigermandate bestimmte Teile der Anwaltschaft bevorzugt und andere, insbesondere jüngere Rechtsanwälte, benachteiligt würden. Einer

³⁸ Entsprechend ist § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 4a StPO-E anzupassen.

³⁹ § 58 Abs. 2 S. 5 StPO-E enthält eine entsprechende Hinweispflicht nicht.

sich an der Qualität der zu erbringenden Verteidigungsleistungen orientierenden Auswahl wird schließlich entgegengehalten, diese laufe auf eine Bevormundung der Betroffenen hinaus, zumal es keine allgemeinverbindlichen Qualitätsstandards gebe.

Der Referentenentwurf hält an der bestehenden Rechtslage fest, wonach das zuständige Gericht nicht nur festzustellen hat, ob ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, sondern es bejahendenfalls auch die konkrete Auswahl zu treffen hat. Allerdings enthält der Entwurf gegenüber § 142 Abs. 1 StPO erhebliche Modifikationen:

c) Im Regelfall (§ 142 Abs. 3 S. 3 StPO-E) ist der von einem Beschuldigten innerhalb einer ihm gesetzten Frist bezeichnete Verteidiger zu bestellen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht. Als solcher wird als ein Beispielsfall angeführt, dass der von dem Beschuldigten bezeichnete Verteidiger nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung steht.⁴⁰ Diese Neuerung ist dem Umstand geschuldet, dass für bestimmte Fälle notwendiger Verteidigung, in denen die Mitwirkung eines Verteidigers im Verfahren erforderlich wird, eine gesetzliche Frist zu wahren (Vorführung § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO-E) oder vor der Vornahme bestimmter, möglicherweise eilbedürftiger Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen ein Verteidiger zu bestellen ist (§ 141 Abs. 1 Nr. 1 StPO-E). Angesichts der Umstände des Einzelfalles entzieht sich der Begriff des „nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung“ stehenden Verteidigers naturgemäß einer näheren Konkretisierung. Gegen diese Regelung wird eingewandt, der Richter könne den Zeitraum, innerhalb dessen der zu bestellende Verteidiger zur Verfügung zu stehen habe, bewusst so knapp bestimmen, dass er den von dem Betroffenen bezeichneten Verteidiger nicht bestellen müsse. Eine solche Gefahr kann zwar nicht ausgeschlossen, sollte aber auch nicht überschätzt werden. Auch bei der Beauftragung eines Wahlverteidigers gibt es Beweiserhebungshandlungen, bei denen die Anwesenheit des Verteidigers nur innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen zu realisieren ist (vgl. § 58 Abs. 2 S. 4 StPO für die Gegenüberstellung, §§ 168c Abs. 5 S. 3 und 168d Abs. 1 StPO für die richterliche Beschuldigten- oder Zeugenvernehmung oder Augenscheinseinnahme), ohne dass hier in der Praxis – soweit ersichtlich – in einer Weise verfahren wird, die nur dem Ziel diene, den Verteidiger fernzuhalten. Keinesfalls wäre es eine Option, die zulässige Zeitdauer des nicht-richterlich angeordneten Freiheitsentzugs nur deshalb zu überschreiten, weil für die Vorführungsverhandlung der bezeichnete Verteidiger nicht zur Verfügung steht. Im Übrigen soll ein Beschuldigter, dem dann ein anderer als der von ihm bezeichnete Verteidiger beigeordnet werden muss, innerhalb von zwei Wochen nach Bestellung beantragen können, ihm einen anderen von ihm bezeichneten Verteidiger zu bestellen (§ 143a Abs. 2 S. 1 StPO-E).⁴¹

§ 142 Abs. 3 S. 3 StPO-E lässt es weiterhin in unbenannten Fällen eines wichtigen Grundes zu, von der Bestellung des von dem Beschuldigten bezeichneten Verteidigers abzuweichen. Für die Konkretisierung eines „wichtigen Grundes“ kann auf die Rechtsprechung zurückgegriffen werden, die zu der identischen Klausel in § 142 Abs. 1 S. 2 StPO ergangen ist.⁴²

In der Entwurfsbegründung wird allerdings ausdrücklich hervorgehoben, dass ein solcher wichtiger Grund nicht deshalb vorliege, weil der bezeichnete Verteidiger weder ein Fachanwalt für Strafrecht noch ein Rechtsanwalt ist, der sein Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt hat.⁴³ Darauf wird zurückzukommen sein.⁴⁴

d) Hat der Beschuldigte keinen Verteidiger bezeichnet, der ihm bestellt werden soll, oder steht der bezeichnete Verteidiger nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung, geht das Auswahlrecht nach § 142 Abs. 4 StPO-E auf das zuständige Gericht über. Auch hier hat der Beschuldigte die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen nach Bestellung die Bestellung eines anderen von ihm bezeichneten Verteidigers zu beantragen. Das zuständige Gericht „soll“ im Falle des § 142 Abs. 4 StPO-E einen Rechtsanwalt aus dem Kreis der im Gesamtverzeichnis der Bundesrechtsanwaltskammer (§ 31 BRAO) eingetragenen Rechtsanwälte zum Pflichtverteidiger bestellen, bei dem es sich entweder um einen Fachanwalt für Strafrecht handelt oder um einen anderen Rechtsanwalt, der gegenüber der Rechtsanwaltskammer sein Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt hat und der für die Übernahme der Verteidigung geeignet ist.

e) Aus Sicht der Richtlinie ist gegen die Technik der Auswahlregelung in § 142 Abs. 3 und Abs. 4 StPO-E nichts zu erinnern, weil die Richtlinie – wie ausgeführt – insoweit keine Vorgaben macht. Allerdings entspricht der Entwurf nur ansatzweise⁴⁵ den von der Richtlinie vorgegebenen Qualitätsanforderungen an diejenigen Rechtsanwälte, die die mit ihrer Bestellung verbundenen Dienstleistungen zu erbringen haben und die durch geeignete Weiterbildungsmaßnahmen zu fördern sind.

An die nach § 142 Abs. 3 StPO-E beizuordnenden Rechtsanwälte stellt der Entwurf keinerlei strafrechtsspezifische Qualitätsanforderungen. Die Entwurfsbegründung weist im Gegenteil ausdrücklich darauf hin, dass ein der Beiordnung entgegenstehender wichtiger Grund insbesondere nicht darin liege, dass der von dem Beschuldigten bezeichnete Verteidiger kein Fachanwalt für Strafrecht ist,⁴⁶ der damit besondere theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts und im Bereich von Methodik und Recht der Strafverteidigung nachzuweisen hat (§§ 2 ff., 13 FAO). Ob dem Fachanwaltsstandard vergleichbare Kenntnisse

⁴⁰ Aus Gründen der redaktionellen Klarstellung ist auch in § 142 Abs. 4 StPO-E eine entsprechende Präzisierung vorzunehmen. Denn dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Mitwirkung des zu bestellenden Verteidigers ist auch in den Fällen Rechnung zu tragen, in denen die Bestellung aus dem Kreis der dort bezeichneten Rechtsanwälte erfolgt. Dementsprechend ist § 142 Abs. 4 StPO-E dahin zu ergänzen, dass (ausschließlich) ein rechtzeitig zur Verfügung stehender Verteidiger zu bestellen ist.

⁴¹ Siehe hierzu nachfolgend unter III.5.a).

⁴² Vgl. d. Nachw. bei Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. (2018), § 142 Rn. 13.

⁴³ Entwurfsbegründung, S. 40.

⁴⁴ Nachfolgend unter e).

⁴⁵ Eine Ausnahme stellt insbesondere die im Hinblick auf fehlende Qualität der Beistandsleistung beabsichtigte Streichung von § 142 Abs. 2 StPO durch die Neufassung der §§ 141 bis 144 StPO-E dar, die unter bestimmten Voraussetzungen die Bestellung von Rechtsreferendaren als Verteidiger zulässt.

⁴⁶ Entwurfsbegründung, S. 40.

und Erfahrungen bei dem von dem Beschuldigten bezeichneten Rechtsanwalt vorhanden sind oder nicht, kann und soll das zuständige Gericht nicht prüfen. Erst wenn im weiteren Verlauf des Verfahrens evident wird, dass der beigeordnete Verteidiger „keine angemessene Verteidigung gewährleistet“, soll die Bestellung aufgehoben werden müssen (§ 143a Abs. 3 S. 2 StPO-E).

Dass der bestellte Verteidiger von dem Beschuldigten „bezeichnet“ wird, ist kein Indiz für das Vorliegen der für Beistandsleistungen im Strafverfahren erforderlichen Qualität. Dass ein Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant für eine effektive Verteidigung eine notwendige Voraussetzung ist, ist eine Selbstverständlichkeit; dies ist aber keine ausreichende Voraussetzung und kann fachliche Qualifikation nicht ersetzen. Auch unterliegt der nicht als Fachanwalt für Strafrecht tätige Rechtsanwalt keiner verbindlichen Fortbildungsverpflichtung auf dem Gebiet des Strafrechts. Fachanwälte haben auf dem Gebiet, dessen Fachanwaltsbezeichnung sie führen, eine jährliche Fortbildung nachzuweisen (§ 15 FAO), anderenfalls die Erlaubnis zum Führen dieser Bezeichnung widerrufen werden darf (§ 25 FAO). Die für alle Rechtsanwälte bestehende allgemeine Fortbildungspflicht (§ 43a Abs. 6 BRAO) ist allenfalls eine Obliegenheit, die sich ohnehin nicht spezifisch auf das Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts bezieht.

Denselben Vorbehalt begegnet die Bestellung solcher Rechtsanwälte, die nach § 142 Abs. 4 StPO-E lediglich „gegenüber der Rechtsanwaltskammer (ihr) Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen angezeigt“ haben sollen. „Interesse“ ist ein ungedeckter Wechsel auf die Zukunft, insbesondere wenn es sich – wie die Entwurfsbegründung ausführt⁴⁷ – darin erschöpfen darf, dass der betreffende Rechtsanwalt damit seine Bereitschaft zum Ausdruck bringe, „sich gerade auch durch eine verstärkte forensische Tätigkeit laufend fortzubilden“. Es kann sich dann um Anwälte handeln, die allein aus ihrer Praxis lernen, „für die zahllose Mandanten das Lehrgeld zu entrichten haben“, dessen Währung vielfach ihre Freiheit ist, deren Entzug alle Straftatbestände androhen.

Es ist auch kein Korrektiv, dass das zuständige Gericht bei diesen Anwälten zu prüfen hat, ob sie „für die Übernahme der Verteidigung geeignet“ sind (§ 142 Abs. 3 StPO-E). Denn diese Beurteilung könnte allenfalls auf einschlägigen Erfahrungen des zuständigen Gerichts mit dem betreffenden Rechtsanwalt beruhen, was allein dem Zufall überlassen bliebe.

Dass das zuständige Gericht nur bezüglich der nach § 142 Abs. 4 StPO-E zu bestellenden „Interesse“-Rechtsanwälte zur Prüfung ihrer Eignung für die Übernahme der Verteidigung verpflichtet sein soll, nicht aber zu der nach § 142 Abs. 3 StPO-E von den Beschuldigten bezeichneten Verteidigern, wäre überdies mit der Vorgabe von Art. 7 Abs. 1 lit. b PKH-RL betreffend die Sicherstellung der Qualität der von den bestellten Rechtsbeiständen

zu erbringenden Dienstleistungen nicht zu vereinbaren. Denn diese rechtfertigt keine Differenzierung zwischen den zu bestellenden Rechtsbeiständen je nachdem, ob sie von dem Beschuldigten oder dem zuständigen Gericht bezeichnet bzw. ausgewählt worden sind. Der „backstop“ der Eignungsprüfung in § 142 Abs. 4 letzter Halbsatz StPO-E soll möglicherweise dem Umstand Rechnung tragen, dass das Gericht durch seine Auswahlentscheidung die Verantwortung für eine angemessene Verteidigung des Beschuldigten übernimmt. Inwieweit die Justiz damit auch für eine etwaige „Schlechtverteidigung“ in strafprozessualer⁴⁸ und haftungsrechtlicher⁴⁹ Hinsicht einzustehen hat, muss der weiteren Diskussion überlassen bleiben. Ihrer Verantwortung kann sich die Justiz im Falle der Verteidigerbestellung nach § 142 Abs. 3 StPO-E aber nicht dadurch entziehen, dass die Auswahl dem Beschuldigten überlassen wird und dieser dementsprechend auch die Folgen einer „Schlechtverteidigung“ zu tragen hätte. Eine solche Überbürdung der Verantwortung der Justiz auf den Beschuldigten wäre jedenfalls mit Art. 7 Abs. 1 lit. b PKH-RL nicht zu vereinbaren. Denn die Richtlinie nimmt dort die Mitgliedstaaten in die Verantwortung, die die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen haben, um sicher zu stellen, „dass die Qualität der mit der Prozesskostenhilfe verbundenen Dienstleistungen angemessen ist, um die Fairness des Verfahrens zu wahren“. Sie lässt es deshalb nicht zu, dass der Staat dem Beschuldigten bei der Auswahl des zu bestellenden Pflichtverteidigers unbeschadet seiner Qualifikation freie Hand gibt.

f) Den Anforderungen der Richtlinie kann deshalb nur die Bestellung solcher Verteidiger genügen, die das Bestehen ihrer fachlichen Qualifikation nachweisen können. Dies ist Fachanwälten für Strafrecht und solchen Rechtsanwälten möglich, die über vergleichbare theoretische Kenntnisse und praktische Erfahrungen verfügen. Der Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer, dass einem Beschuldigten deshalb nur solche Verteidiger beigeordnet werden dürfen, die „die Teilnahme an einer mindestens 15-stündigen Weiterbildungsmaßnahme auf dem Gebiet der mit der Pflichtverteidigung verbundenen Dienstleistungen nachgewiesen“ haben,⁵⁰ erfüllt bei Rechtsanwälten, die keine Fachanwälte für Strafrecht sind, zumindest das absolute Minimum der von der Richtlinie für erforderlich gehaltenen Qualität und muss Mindestvoraussetzung einer Bestellung zum Pflichtverteidiger unabhängig davon sein, ob der Beschuldigte einen Rechtsanwalt bezeichnet oder nicht.

g) Dass als Pflichtverteidiger beigeordnete Rechtsanwälte eine strafrechtsspezifische Weiterbildung erfahren sollen (Art. 7 Abs. 3 PKH-RL) ist nicht Gegenstand des Referentenentwurfs und zwar weder in seinem strafprozessualen noch in seinem berufsrechtlichen Teil. Auch insoweit ist die Übernahme des Vorschlags der Bundesrechtsanwaltskammer zwingend, wonach für Rechtsanwälte, die keine Fachanwälte für Strafrecht sind, gefordert wird, sie seien verpflichtet, „alle zwei Kalenderjahre hörend oder

⁴⁷ Entwurfsbegründung, S. 40.

⁴⁸ Zu denken ist beispielsweise an die Erhaltung von Rügerechten bei „Verwirkung“ von Rügebefugnissen durch einen unqualifizierten Pflichtverteidiger (siehe hierzu Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht Nr. 58/18 vom November 2018, S. 11).

⁴⁹ Beispielsweise Folgen unterlassener Anrufung des Gerichts bei Anordnung oder Vollziehung der Beschlagnahme und des Vermögensarrestes nach §§ 111g Abs. 2 und 111h Abs. 3 StPO.

⁵⁰ Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), Nr. 1 (Januar) 2019, S. 15 f. mit einem entsprechenden Alternativentwurf für § 142 Abs. 3 u. Abs. 4 StPO-E.

dozierend an einer fünf Zeitstunden nicht unterschreitenden fachspezifischen Veranstaltung“ teilzunehmen.⁵¹

Sollte die Befürchtung zutreffen, dass „in der Fläche“ nicht die benötigte Anzahl an Rechtsanwälten mit dieser Minimalqualifikation zur Verfügung stehen, so müssten hier durch Anhebung der Vergütung Anreize geschaffen werden, zumal Art. 7 Abs. 1 und Abs. 3 PKH-RL fordert, dass die Mitgliedstaaten die geforderte Qualität der von den Rechtsbeiständen zu erbringenden Dienstleistung durch Maßnahmen „auch finanzieller Art“ sicherzustellen und zu fördern haben.⁵²

h) Jenseits der von der Richtlinie angemahnten Qualität der Beistandsleistungen ist den Bedenken gegen die gerichtliche Zuständigkeit bei der Verteidigerauswahl Rechnung zu tragen. Die durch den Referentenentwurf intendierte Vorverlagerung der Verteidigerbestellung auf einen frühen Zeitpunkt im Ermittlungsverfahren lässt erwarten, dass die Anzahl derjenigen Beschuldigten zunimmt, die nicht in der Lage sind, einen ihnen zu bestellenden Verteidiger zu bezeichnen. Häufig wird es sich bei solchen Beschuldigten um Menschen aus prekären und bildungsfernen Verhältnissen handeln. Es ist nicht auszuschließen, dass bei der gerichtlichen Auswahl der in diesen Verfahren zu bestellenden Verteidiger dem Gesichtspunkt der Sicherstellung einer schnellen und reibungslosen Erledigung besondere Bedeutung beigemessen wird. Einem solchen Eindruck kann nur dadurch begegnet werden, dass derjenige – qualifizierte – Rechtsanwalt zum Pflichtverteidiger bestellt wird, der in einer von der zuständigen Rechtsanwaltskammer geführten Liste an bereitester Stelle aufgeführt ist, was eine gezielte Beordnung ausschließt.⁵³

5. Recht auf Auswechselung des zugewiesenen Rechtsbeistands

Nach Art. 7 Abs. 4 PKH-RL müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Betroffene auf entsprechenden Antrag das Recht haben, den ihnen für die Erbringung von Prozesskostenhilfe-Dienstleistungen zugewiesenen Rechtsbeistand auswechseln zu lassen, sofern die konkreten Umstände dies rechtfertigen. Eine nähere Konkretisierung des dafür erforderlichen Verfahrens und der die Auswechselung rechtfertigenden Umstände ist der Richtlinie nicht zu entnehmen.

a) § 143a Abs. 2 StPO-E setzt diese Vorgabe in zweifacher Weise um: Nach § 143a Abs. 2 S. 1 StPO-E erhält der Beschuldigte das Recht, die Auswechselung des ihm zunächst bestellten Pflichtverteidigers zu beantragen, wenn es sich bei diesem nicht um den von ihm bezeichneten Verteidiger handelt oder ihm zur Auswahl des Verteidigers eine zu kurze Frist gesetzt wurde. Diese Voraussetzungen entsprechen denjenigen, die schon nach geltendem Recht nach herrschender Meinung die Aufhebung der ursprünglichen Bestellung und die Beordnung des

nunmehr von dem Beschuldigten bezeichneten Verteidigers gebieten.⁵⁴

Bislang kann die Entscheidung, durch die dem Beschuldigten ein anderer als der von ihm bezeichnete Verteidiger beigeordnet wird, mit der unbefristeten einfachen Beschwerde angefochten werden. Dieses Recht soll künftig durch die Möglichkeit ersetzt werden, innerhalb von zwei Wochen nach der Bestellung die Auswechselung des beigeordneten Verteidigers beantragen zu können. Dagegen ist unter Zugrundelegung der Richtlinie nichts einzuwenden. Die Voraussetzungen für diesen Rechtsbehelf sind einfach und schnell zu erfassen. Ob die Regelung sinnvoll ist, steht auf einem anderen Blatt. Innerhalb von zwei Wochen wird der Beschuldigte nicht immer beurteilen können, ob zu dem bestellten Verteidiger ein Vertrauensverhältnis hergestellt und von diesem eine qualifizierte Verteidigung sichergestellt werden kann. Erfolgte die Nichtbeordnung des von dem Beschuldigten bezeichneten Verteidigers aus einem wichtigen Grund, der auch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Auswechselungsantrag noch vorliegt, kommt eine Bestellung dieses Verteidigers allerdings nicht in Betracht.⁵⁵ Da die Zurückweisung der Auswechselung nur noch mit der sofortigen Beschwerde angegriffen werden kann (§ 143a Abs. 3 StPO-E),⁵⁶ steht der Beschuldigte vor der Alternative, dies im Beschwerdeweg überprüfen zu lassen oder/und im Rahmen der Begründung dieses Rechtsmittels (hilfsweise) einen anderen ihm beizuordnenden Verteidiger zu bezeichnen.

Zwar wird die von der Bezeichnung des zu bestellenden Verteidigers abweichende Entscheidung gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 StPO durch Zustellung bekannt gemacht, wodurch auch dem Schriftlichkeitsgebot des Art. 6 Abs. 2 PKH-RL Rechnung getragen wird. Da es sich bei der von § 143a Abs. 2 S. 1 StPO-E eingeräumten Antragsmöglichkeit aber nicht um ein Rechtsmittel handelt, kommt die dafür geltende Regelung des § 35a S.1 StPO nicht zum Zuge, weshalb der Betroffene über das Antragsrecht und die dafür bestehende Antragsfrist nicht belehrt wird. Dies durch die Möglichkeit eines Wiedereinsetzungsantrags kompensieren zu müssen, wäre wenig sinnvoll, weshalb § 143a Abs. 2 StPO-E dahin zu ergänzen wäre, dass der Betroffene mit der Zustellung der Bestellungsentscheidung über sein Antragsrecht und die dafür bestehende Frist zu belehren ist.

b) Nach § 143a Abs. 2 S. 2 StPO-E kann der Beschuldigte die Auswechselung des bestellten Verteidigers auch dann beantragen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen beiden endgültig zerstört oder aus sonstigen Gründen keine angemessene Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet ist.⁵⁷ Diese Regelung widerspricht nicht den Vorgaben von Art. 7 Abs. 4 RL, da dieser zu dem zu dieser Feststellung führenden Verfahren keine Vorgaben macht. Der Referentenentwurf belässt es, der bisherigen an § 143 StPO angelehnten Rechtspraxis folgend, dabei, dass über den Auswechselungsantrag das zuständige Gericht (§ 142

⁵¹ So der Vorschlag eines § 43a Abs. 7 S. 2 BRAO-E in der Stellungnahme der BRAK (Fn. 50), S. 16.

⁵² Auch dieser Forderung trägt der Referentenentwurf auch nicht ansatzweise Rechnung, wenn er sich allein darauf beschränkt, dass auch den durch die Staatsanwaltschaft bestellten Rechtsanwälten die Vergütung eines gerichtlich bestellten Rechtsanwalts zustehen solle (§ 59a Abs. 1 RVG-E).

⁵³ Vgl. Stellungnahme der BRAK (Fn. 50), S. 10 und 17.

⁵⁴ Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO (Fn. 42), § 142 Rn. 19.

⁵⁵ Entwurfsbegründung, S. 45.

⁵⁶ Dazu nachstehend unter III. 7.

⁵⁷ Von der letzteren Alternative kann das Gericht auch von Amts wegen, wenn auch nach Anhörung des Betroffenen, Gebrauch machen.

Abs. 1 StPO-E) zu entscheiden hat. Die hieran seit Jahrzehnten geübte Kritik wird dabei allerdings ignoriert. Mit der Antragstellung wäre es beispielsweise erforderlich, bei unterschiedlichen Auffassungen über das Verteidigungskonzept diese Differenzen aktenkundig zu machen, möglicherweise sogar gegenüber demjenigen Richter offenzulegen, der zur Urteilsfindung berufen ist. Da die Preisgabe von Verteidigungsinterna aus verständlichen Gründen nicht opportun ist, sind unsubstantiierte Anträge auf einen Pflichtverteidigerwechsel regelmäßig zum Scheitern verurteilt. Daran würde sich auch nach der Neuregelung nichts ändern. Deshalb muss dem Gericht die Zuständigkeit für diese Entscheidung entzogen werden. Verschiedenen Vorschlägen folgend⁵⁸ sollte über die Auswechslung des Verteidigers in Fällen kontroverser Auffassungen über die „angemessene Verteidigung“ ein Gremium der zuständigen Anwaltskammer entscheiden, dem gegenüber der Betroffene detailliert darlegen könnte, welche konkreten Umstände einen Verteidigerwechsel rechtfertigen. Dessen Vertreter sind nach §§ 76, 43c Abs. 3 BRAO zur Verschwiegenheit verpflichtet, so dass nachteilige Auswirkungen auf das Verfahren durch Offenlegung der betreffenden Umstände vermieden werden können. Unabhängig davon ist dem Beschuldigten ein Recht auf die Stellung eines Auswechslungsantrags einzuräumen, das keiner Begründung bedarf, wenn der Antrag vor Eröffnung des Hauptverfahrens gestellt wird. Dasselbe muss ihm bei Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein instanzabschließendes Urteil ermöglicht werden.

6. Dauer der Beistandsleistung

Zur Dauer der Beistandsbewilligung wird in Erwägungsgrund (25) der Richtlinie ausgeführt, dass die damit geschaffene rechtliche Vertretung während des gesamten Strafverfahrens fortgeführt werden sollte.

Dem trägt der Grundsatz des § 143 Abs. 1 StPO-E Rechnung, wonach die Bestellung des Pflichtverteidigers erst mit der Einstellung oder dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens einschließlich eines Verfahrens nach § 423 oder § 460 StPO endet. Dem ist zuzustimmen. Die Ausnahmen in § 143 Abs. 2 StPO-E stehen bis auf § 143 Abs. 2 S. 3 StPO-E (Aufhebung oder Außervollzugsetzung eines gemäß § 230 Abs. 2 oder § 329 Abs. 3 StPO gestützten Haftbefehls) und § 143 Abs. 2 S. 4 StPO-E (keine Inhaftierung im Anschluss an die Vorführung eines Beschuldigten gemäß §§ 115 Abs. 1, 115a Abs. 1, 128 Abs. 1 StPO) nicht als „Soll-“, sondern als „Kann-“ Vorschriften im erweiterten Ermessen des zuständigen Gerichts, was der bisherigen Rechtsprechung insbesondere zu § 140 Abs. 3 StPO entspricht. Mit dieser Maßgabe widerspricht die ausnahmsweise Zulässigkeit einer frühzeitigen Aufhebung der Verteidigerbestellung nicht den in Erwägungsgrund (25) formulierten Erwartungen.

7. Rechtsbehelfe

Art. 8 PKH-RL gibt den Mitgliedstaaten auf, bei Verlet-

zung der nach der Richtlinie den Beschuldigten pp. zustehenden Rechte einen wirksamen Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen.

§§ 142 Abs. 2, 142 Abs. 5, 143 Abs. 3, 143a Abs. 2 S. 1, 143a Abs. 3, 144 S. 3 und 304 Abs. 5 StPO-E sollen dieser Vorgabe ausdrücklich Rechnung tragen.

a) Zwingend geboten ist eine Änderung des § 304 Abs. 5 StPO, wonach grundsätzlich gegen Verfügungen des Ermittlungsrichters des BGH und des Oberlandesgerichts die Beschwerde unzulässig ist, wovon auch die Beordnung eines Pflichtverteidigers und damit im Zusammenhang stehende Entscheidungen betroffen sind. Die gesetzliche Ausnahme für die Verhaftung, einstweilige Unterbringung, Beschlagnahme, Durchsuchung oder in § 101 Abs. 1 StPO bezeichnete Maßnahmen betreffende Verfügungen (§ 304 Abs. 5 StPO) soll künftig auch für die Bestellung eines Pflichtverteidigers oder deren Aufhebung gelten (§ 304 Abs. 5 StPO-E).

b) Ansonsten besteht schon bislang die Möglichkeit, gegen eine die Pflichtverteidigerbestellung betreffende richterliche Entscheidung (sogenannte einfache) Beschwerde (§ 304 Abs. 1 StPO) und gegen die Beschwerdeentscheidung weitere Beschwerde (§ 310 Abs. 1 StPO) einzulegen. Künftig soll dieses Rechtsmittel – sofern es nicht Verfügungen des Ermittlungsrichters des BGH oder des Oberlandesgerichts betrifft – als sofortige Beschwerde ausgestaltet werden (§§ 142 Abs. 5, 143 Abs. 3, 143a Abs. 3 und 144 S. 3 StPO-E).

Die dafür gegebene Begründung, dass auf diese Weise schneller Klarheit herrsche und die Einlegung der Beschwerde nicht zu irgendeinem Zeitpunkt im späteren Verfahren erfolgen und dann zu einer Verfahrensverzögerung führen könne,⁵⁹ verschleiert den vermutlichen Hintersinn dieser Änderung. Durch die vorgeschlagene Änderung entfielen nämlich nicht nur das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde. Es entfielen infolge von § 336 S. 2 StPO auch die Möglichkeit, die betreffenden Entscheidungen zum Gegenstand einer Revisionsrüge zu machen. Davon wären außer den die Auswahl und Auswechslung des Verteidigers betreffenden Entscheidungen insbesondere diejenigen erfasst, durch die ein von dem Beschuldigten oder der Staatsanwaltschaft gestellter Beordnungsantrag abgelehnt wurde. Damit ließe sich nicht mehr mittels einer Verfahrensrüge prüfen, ob die fehlende Anwesenheit eines Verteidigers in der Hauptverhandlung insbesondere in den Fällen der auslegungsbedürftigen Regelung des § 140 Abs. 2 StPO den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO begründet.⁶⁰ Künftig würde es in diesen Fällen auch nicht mehr zu einer die Rechtseinheit fördernden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte kommen können. Auch die Zulässigkeit der Bestellung eines Sicherungsverteidigers könnte nicht mehr zum Gegenstand einer Verfahrensrüge gemacht werden.

Es sprechen ferner praktische Gründe dagegen, den

⁵⁸ Vgl. nur *Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski* (Fn. 4), S. 62 u. 71.

⁵⁹ Entwurfsbegründung, S. 41.

⁶⁰ Der Frage, ob in dieser Konstellation trotzdem die Abwesenheit eines Verteidigers im Hinblick auf eine von Amts wegen gebotene Bestellung eines Pflichtverteidigers zum Gegenstand einer Verfahrensrüge gemacht werden kann, soll hier nicht nachgegangen werden.

Rechtsschutz auf das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu beschränken. Die Einlegungsfrist von einer Woche (§ 311 Abs. 2 StPO) wird in vielen Fällen nicht gewahrt werden können. Dies gilt insbesondere in den Fällen von in Haft befindlichen Beschuldigten, deren Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers abgelehnt worden ist oder die durch die Aufhebung der Bestellung beschwert sind. Auch in den Fällen der Ablehnung eines Verteidigerwechsels wegen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Beschuldigten und dem bestellten Verteidiger (§ 143a Abs. 2 S. 2 StPO-E) wird es insbesondere inhaftierten Beschuldigten nur selten möglich sein, kurzfristig Kontakt mit einem potenziellen neuen Verteidiger aufzunehmen, um sich über die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels beraten zu lassen und gegebenenfalls eine überzeugungskräftige Begründung vorzubereiten. Von einem „wirksamen Rechtsbehelf“ im Sinne von Art. 8 PKH-RL kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden.

IV. Weitere Rechtsänderungen

Die Umsetzung der PKH-Richtlinie haben die Entwurfsverfasser zum Anlass genommen, das Recht der notwendigen Verteidigung und Pflichtverteidigung „möglichst umfassend zu normieren und dabei systematisch klarer zu strukturieren, um die Verständlichkeit und Handhabbarkeit zu verbessern“.⁶¹ Folgende wesentliche in diesem Zusammenhang anzusprechende, also nicht der Richtlinie geschuldete Änderungen, sind hervorzuheben:

1. Notwendige Verteidigung bei richterlichen Vernehmungen, die aufgrund ihrer Bedeutung die Mitwirkung eines Verteidigers zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten gebieten (§ 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E)

Es handelt sich hierbei um die Übernahme der bislang in § 143 Abs. 3 S. 4 StPO normierten Regelung.⁶² Danach bestellt das Gericht, bei dem eine richterliche Vernehmung durchzuführen ist, dem Beschuldigten einen Verteidiger insbesondere dann, wenn dessen Mitwirkung aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint. Bei einer richterlichen Vernehmung nach §§ 168c Abs. 1 bzw. Abs. 2 und 223 StPO ist dies die Regel.⁶³ Die Vorschrift hat zur Konsequenz, dass eine solche Vernehmung zwingend in Anwesenheit eines Verteidigers durchzuführen ist.⁶⁴ Durch die Überführung dieser Regelung nach § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E würde sich deren Inhalt allerdings auf die bloße Feststellung beschränken, dass damit ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt (§ 140 Abs. 1 S. 1 StPO-E). Was die weitere Umsetzung dieser Vorgabe angeht, fehlt es gegenüber der geltenden Rechtslage an einer entsprechenden Regelung in dem Referentenentwurf. Lediglich für die Zuständigkeit für die Bestellung kann auf § 142 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 StPO-E, für die Dauer der Bestellung auf § 143 Abs. 2 S. 1 StPO-E zurückgegriffen

werden. Zur Gewährleistung der Anwesenheit eines Verteidigers, dessen Mitwirkung „geboten“ ist, bedarf es deshalb einer ergänzenden Regelung. Diese könnte in § 168c sowie in § 223 StPO verortet werden. In einem § 168c Abs. 3 (neu) bzw. § 223 Abs. 3 (neu) StPO wäre zu bestimmen, dass in einem Fall notwendiger Verteidigung i.S.d. § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E die Durchführung der richterlichen Vernehmung gemäß § 168c Abs. 1 oder Abs. 2 bzw. § 223 StPO zwingend in Anwesenheit eines (ggfls. bestellten bzw. zu bestellenden) Verteidigers zu erfolgen hat.

2. Kodifizierung der Sicherungsverteidigung (§ 144 StPO-E)

Nach § 144 S. 1 StPO-E können einem Beschuldigten in Umfangsverfahren und Verfahren mit besonderen Schwierigkeiten zusätzlich zu seinem gewählten oder nach § 141 StPO-E bestellten Verteidiger bis zu zwei Pflichtverteidiger bestellt werden, „wenn dies zur Sicherung der zügigen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist“. Die im letzten Halbsatz vorgenommene Engführung, die auch in der amtlichen Überschrift „Sicherungsverteidiger“ zum Ausdruck kommt, begegnet Bedenken. Denn sie lässt nicht erkennen, dass auch jenseits der Verfahrenssicherung umfangreiche und schwierige Verfahren die Mitwirkung mehrerer Verteidiger gebieten können. Die „vom Willen des Beschuldigten unabhängige Bestellung weiterer Verteidiger“⁶⁵ scheint ein Recht des Beschuldigten, die Bestellung weiterer Verteidiger beantragen zu können, ausschließen zu wollen. Im Übrigen findet die in der Entwurfsbegründung betonte Alternativität zwischen Bestellungsgrund der Verfahrenssicherung einerseits und dem der Schwierigkeit der Sache, der durch Mitwirkung weiterer Verteidiger begegnet werden soll,⁶⁶ andererseits im Wortlaut der Vorschrift keine Stütze.

Es fragt sich ferner, ob die unter der Hand eingeführte Begrenzung der Anzahl der beizuordnenden Verteidiger für alle in Betracht kommenden Fälle eine ausreichende Regelung ermöglicht. Das sog. NSU-Verfahren vor dem *OLG München gegen Beate Zschäpe* u.a. bietet hierfür ein anschauliches Beispiel. Der Angeklagten waren zu Beginn des Verfahrens drei Verteidiger beigeordnet worden. Die nach einer Vielzahl von Verhandlungstagen eingetretene Störung des Vertrauensverhältnisses führte zur Bestellung eines vierten Verteidigers, weil die bis zu diesem Zeitpunkt stattgefundene Beweisaufnahme die weitere Mitwirkung der daran beteiligten Verteidiger gebot. Dies wäre bei Umsetzung des Entwurfs nicht mehr möglich.

Die an die Sicherung der zügigen Durchführung des Verfahrens anknüpfende Voraussetzung für die Bestellung weiterer Verteidiger könnte dazu verleiten, diesem Gesichtspunkt bei der Terminierung Vorrang vor der Sicherstellung einer effektiven Verteidigung einzuräumen. Denn

⁶¹ Entwurfsbegründung, S. 1.

⁶² Entwurfsbegründung, S. 33. Diese Regelung wurde im Zuge des „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ eingeführt, insbesondere um das Recht eines Beschuldigten auf kontradiktorische Vernehmung wesentlicher Belastungszeugen im Falle seiner Abwesenheit zu gewährleisten: BT-Drs. 18/11277, S. 27 – Gesetzesbegründung.

⁶³ Es empfiehlt sich deshalb die Streichung dieses Vorbehalts (siehe auch die Stellungnahmen des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht [Fn. 48], S. 6 und der Strafverteidigervereinigungen vom 2.12.2018, S. 6).

⁶⁴ Vgl. *Schlothauer*, StV 2017, 557; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 42), § 141 Rn. 5d sowie *Burhoff*, StraFo 2018, 405 (409).

⁶⁵ Entwurfsbegründung, S. 46.

⁶⁶ Entwurfsbegründung, S. 46 zu Satz 1.

eine solche ist nur dann gewährleistet, wenn alle Verteidiger kontinuierlich zumindest den wesentlichen Teilen der Beweisaufnahme beiwohnen können. Eine Verfahrensgestaltung, die darauf abstellen würde, dass an der Hauptverhandlung nur der Sicherungsverteidiger anwesend ist, würde zu einer Behinderung effektiver Verteidigung führen können.

Was die Auswahl der zu bestellenden Verteidiger angeht, sollen gemäß § 144 S. 3 StPO-E die in § 142 Abs. 3 und Abs. 4 StPO-E vorgesehenen Regelungen zur Anwendung kommen. Diese auch heute schon von der Rechtsprechung praktizierte Handhabung würde jedenfalls vom Ansatz her einer Rückkehr zur Praxis der Zwangsverteidigung entgegenstehen. Die in § 144 S. 3 StPO-E vorgesehene Verweisung auf § 142 Abs. 3 bis 5 StPO-E lässt andererseits im Umkehrschluss vermuten, dass § 143a Abs. 2 S. 2 StPO-E (Verteidigerwechsel wegen Störung des Vertrauensverhältnisses) keine Anwendung finden soll. Dies verstärkt die Sorge, dass im Interesse der Sicherung einer zügigen Verfahrensdurchführung unbeschadet eines zerstörten Vertrauensverhältnisses oder der fehlenden Fähigkeit des bestellten Verteidigers zu einer angemessenen Verteidigung nach dem Motto „Augen zu und durch“ verfahren werden darf. Dies lässt Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit der vorgesehen Änderung aufkommen. Der Entwurf bedarf deshalb einer nachhaltigen Revision.

Im Übrigen sollte dem Beschuldigten in den Fällen des § 76 Abs. 2 S. 3 und der §§ 120, 120b GVG auf seinen Antrag hin ein weiterer Verteidiger beigeordnet werden. Auch deshalb sollte die Vorschrift die Überschrift „Bestellung zusätzlicher Pflichtverteidiger“ erhalten.

V. Desiderata

Mit der PKH-Richtlinie werden *Mindestvorschriften* (Art. 1 Abs. 1 PKH-RL) für die qualitative Unterstützung von Beschuldigten pp. durch einen Rechtsbeistand festgelegt: „Die Mitgliedstaaten sollten berechtigt sein, die in dieser Richtlinie festgelegten Rechte auszuweiten, um ein höheres Schutzniveau zu gewährleisten“. ⁶⁷ Der Referentenentwurf beschränkt sich weitgehend auf die Festlegung dieser Mindestvorschriften und ignoriert Defizite, die in der jahrelangen Diskussion um eine Reform der notwendigen Verteidigung und der Pflichtverteidigung immer wieder aufgezeigt worden sind. Davon können im Rahmen dieses Beitrags nur stichwortartig Folgende hervor gehoben werden:

1. Katalog der Fälle der notwendigen Verteidigung (§ 140 Abs. 1 StPO-E):

a) Nach § 140 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E soll ein Fall der notwendigen Verteidigung erst vorliegen, wenn zu erwarten ist, dass gegen den Beschuldigten eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verhängt wird. Diese Vorausset-

zung war offensichtlich bis zur Veröffentlichung des Entwurfs interministeriell umstritten. In der Einleitung der Entwurfsbegründung ⁶⁸ wird zurecht darauf hingewiesen, dass, um der Schwere der zu erwartenden Strafe vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR gerecht zu werden, ein Fall notwendiger Verteidigung bereits ab einer Straferwartung von mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe gegeben sein müsse. Dies ist nachdrücklich zu unterstützen, wenn im Einzelfall die Verhängung einer Geldstrafe nicht zu erwarten ist.

b) Bei der Höhe der zu erwartenden Freiheitsstrafe muss auch denjenigen Fällen Rechnung getragen werden, in denen bei einer Verurteilung der Widerruf einer noch offenen Strafaussetzung zur Bewährung in anderer Sache zu erwarten ist und sich dadurch das den Beschuldigten erwartende Gesamtstrafmaß erhöht. Der Bedeutung dieses Gesichtspunkts wird nach geltendem Recht von der Rechtsprechung bereits im Rahmen der Voraussetzungen des § 140 Abs. 2 StPO („Schwere der Tat“) Rechnung getragen. Zur Klarstellung ist die Aufnahme in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO-E geboten.

c) Nach § 140 Abs. 1 Nr. 9 StPO liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, wenn dem Verletzten nach den §§ 397a und 406h Abs. 3 und 4 StPO ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist. Diese der Gewährleistung von Waffengleichheit geschuldete Regelung ist auch auf die Fälle zu erstrecken, in denen sich der Verletzte eines ihm nicht beigeordneten Rechtsanwalts bedient. Denn auch hier stehen dem Beschuldigten nicht nur die Staatsanwaltschaft, sondern auch ein mit eigenen Verfahrensrechten ausgestatteter Rechtsanwalt gegenüber. Wird von einem anwaltlich vertretenen Verletzten Akteneinsicht beantragt (§ 406e StPO), wird ein unverteidigter Beschuldigte die ihm im Rahmen der Gewährung rechtlichen Gehörs zustehenden Rechte (§ 406e Abs. 2 StPO) allenfalls suboptimal wahrnehmen können. ⁶⁹

d) Schutzbedürftige Beschuldigte im Sinne von Art. 9 PKH-RL sind nicht nur sprach-, hör- und sehbehinderte Beschuldigte im Sinne von § 140 Abs. 1 Nr. 11 StPO-E, sondern auch Beschuldigte, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind. Ebenso wie die Defizite von hör- und sprachbehinderten Beschuldigten nicht allein durch die Zur-Verfügung-Stellung von Kommunikationshilfen im Sinne von § 186 GVG ausgeglichen werden, ist bei Beschuldigten, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, die Gewährleistung der Verständigung mittels eines Dolmetschers (§§ 185, 187 GVG) nicht ausreichend. Dem ist als weiterer Fall notwendiger Verteidigung durch Aufnahme in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO-E Rechnung zu tragen, wobei die Bestellung von Amts wegen erfolgen sollte.

e) Die besondere Komplexität des Falles im Sinne von Art. 4 Abs. 4 PKH-RL sollte zumindest noch in folgenden Konstellationen durch eine ausdrückliche Regelung in

⁶⁷ Erwägungsgrund (30) der PKH-RL.

⁶⁸ Entwurfsbegründung, S. 2.

⁶⁹ Verfahren, die sich gegen mehrere Beschuldigte richten, von denen sich nicht alle des Beistands eines Verteidigers bedienen, können aus der Sicht eines unverteidigten Beschuldigten aus Gründen der Waffengleichheit auch einen Fall notwendiger Verteidigung begründen. Da hier aber die Umstände des Einzelfalles von Bedeutung sind (z. B. widerstreitende Verteidigungsinteressen), entzieht sich diese Situation einer Aufnahme in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO-E, weshalb hier § 140 Abs. 2 StPO-E einschlägig ist.

§ 140 StPO-E Berücksichtigung finden: Dies betrifft zum einen Verfahren, in denen es zu einer Beschlagnahme zur Sicherung der Einziehung (§ 111b StPO) oder zu einem Vermögensarrest (§ 111e StPO) kommt. Des Weiteren Verfahren, in denen gegen ein Urteil Rechtsmittel zu Ungunsten des Angeklagten eingelegt werden.

2. Auswechslung des bestellten Verteidigers

Zusätzlich zu dem in § 143a Abs. 2 StPO-E vorgesehenen Recht des Beschuldigten, die Auswechslung des ihm bestellten Verteidigers beantragen zu können, sollte ihm diese Möglichkeit auch dann gegeben werden, wenn er dies im Vorverfahren, nach Anklageerhebung vor Eröffnung des Hauptverfahrens und nach Verkündung eines nicht rechtskräftig gewordenen Urteils innerhalb eines Monats nach dessen Zustellung begehrt.⁷⁰

VI. Erste Reaktionen auf den Referentenentwurf

1. In den bislang vorliegenden Stellungnahmen der Verbände,⁷¹ denen hierzu seitens des BMJV Gelegenheit gegeben wurde, findet der Referentenentwurf überwiegend Zustimmung, soweit er die Mindestvorschriften der Richtlinie umsetzt. Das gilt unausgesprochen oder ausdrücklich auch für die Grundkonzeption des Entwurfs, die Richtlinie im bisherigen System notwendiger Verteidigung und Pflichtverteidigung umzusetzen und die Bewilligung von Verteidigerbeistand nicht von finanziellen Kriterien abhängig zu machen.⁷² Lediglich die Stellungnahme des Republikanischen Anwälten- und Anwältevereins vom 30.11.2018 drückt im Interesse „bedürftiger“ Beschuldiger i.S.v. § 397a Abs. 2 StPO Sympathien für die Gewährung einer „Legal Aid“ im Hinblick auf die Intention der Richtlinie aus, professionelle Verteidigung nicht an der Mittellosigkeit von Beschuldigten scheitern zu lassen.⁷³ Welche Folgen dies bei dem dann zwangsläufig entfallenden Institut der notwendigen Verteidigung insbesondere für das Verfahren im ersten Rechtszug hätte, wird allerdings nicht erörtert.

Eine eher prinzipielle Kritik an dem Entwurf wird von dem Deutschen Richterbund auch insoweit geübt, als nach dessen Auffassung die notwendige Verteidigung „zu stark in das Ermittlungsverfahren ausgeweitet“ werde, was mit dem „Ziel“ kollidiere, „Strafverfahren zu straffen und zu vereinfachen“.⁷⁴ Diese Kritik geht an den verbindlichen Vorgaben der Richtlinie vorbei, die auch nicht für das zitierte Ziel einer Verfahrensstraffung und -vereinfachung in Anspruch genommen werden kann. Da die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand „unverzüglich und spätestens vor einer Befragung durch die Polizei“ etc. oder

vor der „Durchführung einer [...] Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlung“ unter Mitwirkung des Beschuldigten bewilligt werden muss (Art. 4 Abs. 5, Art. 6 Abs. 1 PKH-RL) und es sich hierbei um typische Ermittlungsmaßnahmen handelt (§ 163a Abs. 1 StPO), ist die Vorverlagerung der Gewährung von Rechtsbeistand in das Ermittlungsverfahren von der Richtlinie verbindlich vorgegeben mit der Maßgabe, dass zu diesem Zeitpunkt bei „Schwere der Straftat, Komplexität des Falles und Schwere der zu erwartenden Strafe“ (Art. 4 Abs. 4 PKH-RL) ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. Wenn vor diesem Hintergrund in § 140 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 7 StPO-E von der „Erwartung“ der dort genannten Verfahrensentwicklung gesprochen wird, entspricht dies den Vorgaben der Richtlinie.

2. Im Übrigen wird in den vorliegenden Stellungnahmen an der Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie sowie an Folgeeregungen Detailkritik geübt, von der nur einige Punkte hervorgehoben werden sollen:

a) Zu den Voraussetzungen notwendiger Verteidigung

Aus Verteidigersicht müsse die Mindeststrafferwartung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO-E im Hinblick auf die Schwere der zu erwartenden Strafe abgesenkt werden und – noch weitergehend – jede Form von zu erwartender Freiheitsstrafe⁷⁵ beziehungsweise Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen erfassen.⁷⁶ Ferner müsse das Strafbefehlsverfahren unabhängig von der von der Staatsanwaltschaft beantragten Rechtsfolge einen Fall notwendiger Verteidigung begründen.⁷⁷

b) Bestellung eines Pflichtverteidigers

Einmütig wird vonseiten der anwaltlichen Interessenvertreter die Regelung des § 141 Abs. 3 StPO-E abgelehnt, wonach unter den dort genannten Voraussetzungen im Vorverfahren abweichend von der Regel des § 141 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO-E vor der Vernehmung des Beschuldigten und vor einer mit ihm durchzuführenden Gegenüberstellung von der Bestellung eines Verteidigers abgesehen werden dürfe.⁷⁸ Die Vorschrift sei ersatzlos zu streichen. Zumindest sei bei Verstößen ein Beweisverwertungsverbot gesetzlich einzuführen.⁷⁹

c) Verteidigerauswahl und Qualität

Auch eine richterliche Zuständigkeit für die Auswahl eines Verteidigers in denjenigen Fällen, in denen der Beschuldigte keinen Verteidiger bezeichne oder der bezeichnete Verteidiger nicht (rechtzeitig) zur Verfügung stehe

⁷⁰ Zur Begründung s. Schlothauer/Neuhaus/Matt/Brodowski (Fn.4), S. 67.

⁷¹ Zum Zeitpunkt des Manuskriptabschlusses (10.1.2019) konnten folgende Stellungnahmen berücksichtigt werden: Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht aus November 2018 (Fn. 48); Stellungnahme des Deutschen Strafverteidiger e.V., Nr. 2/2018 vom 29.11.2018; RAK Sachsen, Stellungnahme Nr. 2/2018 aus November 2018; Republikanischer Anwälten- und Anwälteverein, Stellungnahme vom 30.11.2018; Strafverteidigervereinigungen, Stellungnahme vom 02.12.2018; Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 14/18 aus November 2018; Stellungnahme der BRAK aus Januar 2019 (Fn. 50).

⁷² Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Strafrecht (Fn.48), S. 4 f.; Strafverteidigervereinigungen (Fn.71), S. 5; Deutscher Richterbund, (Fn. 71) unter A. Stellungnahme der BRAK aus Januar 2019 (Fn. 50), S. 5.

⁷³ Republikanischer Anwälten- und Anwälteverein (Fn.71), S. 4.

⁷⁴ Deutscher Richterbund, (Fn.71) unter B. vor 1 und B. 2.

⁷⁵ Republikanischer Anwälten- und Anwälteverein (Fn.71), S. 4.

⁷⁶ Strafverteidigervereinigungen (Fn.71), S. 5.

⁷⁷ Strafverteidigervereinigungen (Fn.71), S. 6; Republikanischer Anwälten- und Anwälteverein (Fn.71), S. 3.

⁷⁸ Strafverteidigervereinigungen (Fn.71), S. 9; Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Strafrecht (Fn.48), S. 3 u. 7 f.; BRAK (Fn. 50), S. 11; Deutsche Strafverteidiger e.V. (Fn. 71), S. 7.

⁷⁹ Strafverteidigervereinigungen (Fn. 71), S. 10; Republikanischer Anwälten- und Anwälteverein (Fn. 71), S. 6.

(§ 142 Abs. 3 StPO-E) wird vonseiten der anwaltlichen Interessenvertreter unisono abgelehnt. Seitens der Gerichte würden auf diese Weise nicht ausschließbar solche Verteidiger ausgewählt werden können, von denen eine konsensuale Verfahrenserledigung und nicht die bestmögliche Verteidigung des Beschuldigten erwartet werde.⁸⁰ Ein seitens der Anwaltschaft zu organisierendes rollierendes System, nach dem – ähnlich wie bei dem Einsatz von Hilfsschöffen – der an bereitester Stelle stehende Rechtsanwalt heranzuziehen sei, sei vorzugswürdig.⁸¹

Die von Art. 7 Abs. 1 lit. b PKH-RL geforderte Qualität der durch den bestellten Rechtsbeistand zu erbringenden Dienstleistungen werde bei den nach § 142 Abs. 4 StPO-E zu bestellenden Verteidigern nur durch Fachanwälte für Strafrecht gewährleistet. Das bloße Interesse an der Übernahme von Pflichtverteidigungen sei keinerlei Qualitätskriterium.⁸² Erforderlich sei über die Interessenbekundung hinaus der Nachweis der Teilnahme an einer Weiterbildungsmaßnahme auf dem Gebiet der mit der Pflichtverteidigung verbundenen Dienstleistungen und die kontinuierliche Fortbildung auf diesem Gebiet.⁸³ Lediglich der Deutsche Richterbund hält das Kriterium des anzuzeigenden Interesses an der Übernahme von Pflichtverteidigungen für sachgerecht, um mit den auf dem Gebiet der notwendigen Verteidigung zu erbringenden Dienstleistungen die Fairness des Verfahrens zu wahren.⁸⁴

Was die Bestellung eines von dem Beschuldigten bezeichneten Verteidigers gemäß § 142 Abs. 3 StPO-E angeht, wird das damit zum Ausdruck gebrachte Vertrauen als ausreichender Qualitätsnachweis gewertet.⁸⁵ Lediglich die Bundesrechtsanwaltskammer fordert hier, dass der Beschuldigte nur solche Verteidiger bezeichnen dürfe, die ihre Qualität als Fachanwälte für Strafrecht beziehungsweise durch Weiter- und Fortbildungsnachweise auf dem Gebiet der mit der Pflichtverteidigung verbundenen Dienstleistungen nachweisen könnten.⁸⁶

Die in § 142 Abs. 2 StPO-E vorgesehene Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft für die Bestellung und Auswahl eines Pflichtverteidigers wird nicht nur in anwaltlichen Stellungnahmen,⁸⁷ sondern auch seitens des Deutschen Richterbundes kritisiert.⁸⁸ Letzterer fordert die Streichung dieser Regelung; aus Sicht anwaltlicher Interessenvertreter sollte zumindest auch für die Staatsanwaltschaft ein rollierendes System bei der Auswahl des zu bestellenden Verteidigers zum Zuge kommen.⁸⁹

Die Forderung von Art. 7 Abs. 4 PKH-RL, wonach dem Beschuldigten bei Vorliegen konkreter Umstände ein Antragsrecht auf Auswechselung des zunächst bestellten

Verteidigers einzuräumen ist, wird nach anwaltlicher Auffassung in § 143a Abs. 2 StPO-E nur ansatzweise umgesetzt. Zu fordern sei ein nicht an eine Frist gebundenes Recht des Beschuldigten, diesem zumindest bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens einen Verteidigerwechsel ohne Angabe von Gründen zu ermöglichen.⁹⁰ Dies müsse ihm auch zwischen den Instanzen ermöglicht werden⁹¹. Im Übrigen verhalten sich die Stellungnahmen weder zu den „konkreten Umständen“, die die Auswechselung des Pflichtverteidigers rechtfertigen, noch zu dem Verfahren, wie und durch wen diese Voraussetzung zu prüfen ist.

Die Regelung zur Bestellung weiterer Verteidiger, die unabhängig vom Willen des Beschuldigten der Sicherung der zügigen Durchführung des Verfahrens dienen sollen (§ 144 StPO-E), begründet aus der Sicht anwaltlicher Interessenvertreter wegen der aus Terminologie („Sicherungsverteidiger“) und Begründung erkennbaren Stoßrichtung Bedenken.⁹² Insbesondere wird die Befürchtung geäußert, dass bei Terminkollisionen nicht den Verteidigungsinteressen des Beschuldigten, sondern nur dem gerichtlichen Interesse der zügigen Durchführung des Verfahrens Rechnung getragen werde. Inwieweit der Umfang oder die Schwierigkeit der Sache die Bestellung eines weiteren Verteidigers rechtfertige, bedürfe einer gesetzlichen Konturierung, indem beispielsweise an Verfahren nach §§ 120, 120b beziehungsweise 76 Abs. 2 S. 3 GVG angeknüpft werde.

d) Kosten der Pflichtverteidigung

Schließlich vermissen die anwaltlichen Stellungnahmen die bei Umsetzung der Richtlinie zu erwartende Streichung des Hinweises auf die Kostenfolge des § 465 StPO im Rahmen der Belehrung eines Beschuldigten über sein Recht, die Bestellung eines Pflichtverteidigers beantragen zu können (§ 136 Abs. 1 S. 5 StPO)⁹³. Die potenziell irreführende Belehrung könne von der Stellung eines Antrages auf „Legal Aid“ abschrecken.

3. Befremden löst die Abstinenz vieler Stellungnahmen in Bezug auf Fragen auf, die der Referentenentwurf in der Alltagspraxis des Strafprozesses aufwerfen würde. Dies gilt ganz besonders für die vielen Ermittlungsverfahren, die von der Polizei bearbeitet werden, bevor die Staatsanwaltschaft damit befasst wird. Lediglich seitens der Bundesrechtsanwaltskammer⁹⁴ und des Deutsche Strafverteidiger e.V.⁹⁵ wird hier eine ausdrückliche Verpflichtung der Polizei zur Beantragung einer Pflichtverteidigerbestellung im Fall notwendiger Verteidigung gefordert. Auch die Umsetzung der Richtlinie in Bezug auf soge-

⁸⁰ Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Strafrecht (Fn. 48), S. 13.

⁸¹ Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Strafrecht (Fn. 48), S. 10; Strafverteidigervereinigungen (Fn. 71), S. 12; Republikanischer Anwälten- und Anwälteverein (Fn. 71), S. 5; Deutsche Strafverteidiger e.V. (Fn. 71), S. 6 f.; BRAK (Fn. 50), S. 10 u. 17.

⁸² Strafverteidigervereinigungen (Fn. 71), S. 13; Deutsche Strafverteidiger e.V. (Fn. 71), S. 6 f.; Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Strafrecht (Fn. 48), S. 14; BRAK (Fn. 50), S. 14.

⁸³ BRAK (Fn. 50), S. 16; Strafverteidigervereinigungen (Fn. 71), S. 13; Deutsche Strafverteidiger e.V. (Fn. 71), S. 6 u. 8; Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Strafrecht (Fn. 48), S. 14.

⁸⁴ Deutscher Richterbund (Fn. 71) unter B. 4.

⁸⁵ Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Strafrecht (Fn. 48), S. 13; Strafverteidigervereinigungen (Fn. 71), S. 10.

⁸⁶ BRAK (Fn. 50), S. 16.

⁸⁷ Strafverteidigervereinigungen (Fn. 71), S. 11; Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Strafrecht (Fn. 48), S. 10.

⁸⁸ Deutscher Richterbund (Fn. 71) unter B. 3.

⁸⁹ Strafverteidigervereinigungen (Fn. 71), S. 12.

⁹⁰ Strafverteidigervereinigungen (Fn. 71), S. 16.

⁹¹ BRAK (Fn. 50), S. 18.

⁹² Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Strafrecht (Fn. 48), S. 4 u. 17 f.; Strafverteidigervereinigungen (Fn. 71), S. 16 f.

⁹³ BRAK (Fn. 50), S. 8; Deutscher Anwaltverein durch den Ausschuss Strafrecht (Fn. 48), S. 20.

⁹⁴ BRAK (Fn. 50), S. 5 f.

⁹⁵ Deutsche Strafverteidiger e.V. (Fn. 71), S. 6.

nannte „Verdächtige“ wird lediglich von der Bundesrechtsanwaltskammer angemahnt.⁹⁶ Schließlich wird die Beschneidung der Rechtsschutzmöglichkeiten des Beschuldigten durch Ersetzung des Rechtsmittels der einfachen Beschwerde durch das der sofortigen Beschwerde nicht angesprochen, geschweige denn kritisiert.

Dagegen werden in zahlreichen Stellungnahmen Klientelinteressen vertreten. Das gilt besonders für diejenigen der anwaltlichen Berufsverbände. Gegen die Qualitätsanforderungen der Richtlinie wird ins Feld geführt, dass „gerade jungen Kollegen der Zugang zur Pflichtverteidigung nicht versagt werden (dürfe). Diesen Kollegen dürfen gerade auch zum Berufsstart nicht weitere finanzielle Belastungen durch die Qualifikation zum Fachanwalt für Strafrecht auferlegt werden“.⁹⁷ Mit einer überraschenden Wendung endet die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes, indem festgestellt wird, dass die Ausweitung der notwendigen Verteidigung die Praxis vor große Herausforderungen stelle, die bei der Personalausstattung der Staatsanwaltschaften und Gerichte berücksichtigt werden müsse.⁹⁸ Dabei scheint bei all diesen Argumenten aus dem Blick zu geraten, dass die durch den Referentenentwurf umzusetzende Richtlinie kein Arbeitsbeschaffungsprogramm für Rechtsberufe darstellt, sondern den Schutz der Rechte von Verdächtigen und beschuldigten Personen im Strafverfahren durch eine professionelle Strafverteidigung sicherstellen will.

VII. Abschließende Bewertung

Die Umsetzung der Prozesskostenhilferichtlinie durch den Referentenentwurf des BMJV führt im Verhältnis zum geltenden Rechtszustand zu einem erheblich verbesserten Schutz von (potenziellen) Beschuldigten und einer deutlichen Stärkung ihrer Rechte durch eine professionelle Strafverteidigung. Dies ist allerdings zum geringsten Teil dem nationalen Gesetzgeber zugutezuhalten, für den nach Ausübung der Option, tatsächlichen Rechtsbeistand

nach Maßgabe materieller Kriterien zu gewährleisten, die Umsetzung der Mindestvorschriften der Richtlinie weitgehend „alternativlos“ ist. Von der Möglichkeit, über diese hinauszugehen, macht der Referentenentwurf praktisch keinen Gebrauch. Im Gegenteil: In Bezug auf die praktische Umsetzung des Anspruchs auf tatsächlichen Zugang zu professioneller Verteidigung lässt er an wichtigen Punkten zu wünschen übrig. Dies betrifft vor allem das weite Feld der ausschließlich polizeilich geführten Ermittlungsverfahren sowie die an eine tatsächlich professionelle Strafverteidigung zu stellenden Qualitätsanforderungen.

Trotzdem stellt der bei der Umsetzung der PKH-RL durch den Referentenentwurf eingeschlagene Weg einen deutlichen Fortschritt dar. Das gilt für die Ausweitung der notwendigen Verteidigung und die Vorverlagerung der Verteidigerbestellung auf einen frühen Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens, wenn der von den Ermittlungsbehörden mit einem strafrechtlichen Vorwurf konfrontierte Beschuldigte in ganz besonderer Weise darauf angewiesen ist, die ihm zustehenden Schutzrechte mithilfe einer professionellen Strafverteidigung besonnen und selbstbewusst ausüben zu können. Vor dem Hintergrund der rechtspolitischen Diskussion um die prozessualen Konsequenzen der zunehmenden Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für das hergebrachte Modell der gerichtlichen Hauptverhandlung ist es fast schon als ein Treppwitz der Geschichte zu bezeichnen, wenn es in der Stellungnahme des Deutschen Richterbundes heißt, es sei – solange der Beschuldigte sich in Freiheit befände und noch keine Ermittlungs- und Beweiserhebungshandlungen in seiner Anwesenheit stattfänden – nicht ersichtlich, „dass ein Verteidiger in einem so frühen Stadium der Ermittlungen erheblich zur Wahrung der Beschuldigtenrechte beitragen kann“.⁹⁹ Die Aufgabe, „auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln“, ist trotz § 160 Abs. 2 StPO nicht allein der Staatsanwaltschaft vorbehalten.

⁹⁶ Stellungnahme der BRAK (Fn. 50), S. 11.

⁹⁷ Deutsche Strafverteidiger e.V. (Fn. 71), S. 8; Rechtsanwaltskammer Sachsen (Fn. 71), S. 6.

⁹⁸ Deutscher Richterbund (Fn. 71) unter B. vor 1. und B. 10.

⁹⁹ Deutscher Richterbund (Fn. 71) unter B. 2.

Soziale Netzwerke als Ort der Kriminalität und Ort von Ermittlungen

Wie wirken sich Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ auf die Nutzung sozialer Netzwerke aus?

von Prof. Dr. Carsten Momsen und
Philipp Bruckmann, B.A.*

Abstract

Mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens wurde das in der Strafprozessordnung normierte repressive Arsenal der Ermittlungsbehörden um Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ erweitert. Damit soll u.a. der weithin gängigen Verschlüsselungspraxis begegnet werden, an der die Überwachung von Online-Kommunikation auf Basis bisheriger Befugnisse vielfach scheitert. Diese Form der "digitalen" Strafverfolgung erfasst auch und gerade die Kommunikation mittels „Social Media“.

Dabei ist das Verhältnis der Verlagerung eines erheblichen Anteils der Kommunikation in den virtuellen Raum und der staatlichen Reaktion in Gestalt der §§ 100a Abs. 1 S. 2, 100b StPO n.F. kein einseitiges: Die neuen behördlichen Befugnisse sind mit Blick auf ihre Reichweite ihrerseits nicht nur für Menschen von Bedeutung, die aufgrund eigener Aktivitäten damit rechnen müssen, als Beschuldigte in den Fokus der Strafverfolgung zu geraten. Der Kreis potenziell betroffener Dritter ist um ein Vielfaches größer als im Fall herkömmlicher Kommunikationsbeziehungen. Zugrunde liegt dem der spezifische Charakter der Kommunikation in sozialen Medien.

Die Auseinandersetzung mit der Frage, was dies für ein verantwortliches Online-Verhalten auch des „Normalnutzers“ bedeutet, legt nahe, dass ein Grundmaß an Sicherheit, nicht als Beifang in den Fokus der Behörden zu geraten, vor diesem Hintergrund allenfalls um den Preis des Verzichts auf die oder der ganz erheblichen, deren Wesen zuwiderlaufenden Einschränkung der Kommunikation in sozialen Medien zu erreichen ist.

Auch eine „Flucht“ ins Darknet, den anonymisierten und vermeintlich überwachungssichereren Bereich des Internets, erscheint dabei aufgrund der demselben eigenen erhöhten Gefahren und eingeschränkten Möglichkeiten bei aller Notwendigkeit anonymisierter Kommunikationswege gegenwärtig für den „Normalnutzer“ nicht als Alternative.

I. Einleitung

Dass die digitale Revolution das Leben in allen Facetten erfasst und teilweise sehr gründlich verändert hat und permanent weiter verändert, ist ein Allgemeinplatz. Dass diese Entwicklung sich permanent beschleunigt, ist möglicherweise ein Eindruck, der eher auf das eigene vorgerückte Lebensalter hindeutet. Ganz sicher aber potenzieren sich die Möglichkeiten, Straftaten zu begehen. Dies zwingt die Strafverfolgungsbehörden dazu, sich anzupassen. In dem Bemühen, dem Verbrechen nicht immer einen Schritt hinterherzulaufen, sondern auf Ballhöhe zu bleiben oder sogar einmal einen Schritt voraus zu sein, schießen die Methoden gelegentlich über das Ziel hinaus und begründen Gefahren eigener Art, insbesondere für die sogenannten „bürgerlichen Freiheiten“. Gerade das Internet entwickelte sich zu einem allgemeinen Kommunikationsraum unter dem Ideal der Freiheit, teilweise auch der Konventionsfreiheit, mit dem Anspruch der Überwachungsfreiheit und der Freiheit des Zugangs zu Informationen. Dass diese Freiheitsideale nicht oder doch nur teilweise eingelöst wurden und mehr und mehr unter Druck geraten, hat sehr verschiedene Ursachen. Eine davon ist, dass nicht nur Kommunikation ins Internet verlagert wurde, sondern damit zugleich auch mehr und mehr rechtlich geschützte Interessen (Strafrechtler versuchen immer noch, den Begriff des Rechtsguts in die digitale Zeit mitzunehmen).¹ Deren Schutz verlangt Einschränkungen einer ungezügelter Freiheit, um das digitale Faustrecht zu verhindern. Der Gesellschaftsvertrag gilt als Idee ohne jede Einschränkung auch im Internet. Ziel der folgenden Ausführungen ist es, auszuloten, welche Gefahren durch die Nutzung sozialer Netzwerke von „digitalen Straftaten“ einerseits und von „digitalen Ermittlungen“ andererseits ausgehen. Sollte das Verhalten im Internet sich nicht den Gefahren anpassen, um unnötige Risiken zu vermeiden, genau wie man es ohne näher darüber nachzudenken auch in der analogen Welt macht? Sollte man anders als zumeist in der

* Prof. Dr. Carsten Momsen leitet den Arbeitsbereich „Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Wirtschafts- und Umweltstrafrecht“ an der Freien Universität Berlin, Philipp Bruckmann, B.A., ist Mitarbeiter am Arbeitsbereich. Der Text folgt einem Vortrag, den der Verfasser Momsen im Rahmen des Berliner Forschungsverbunds „Recht im Kontext“ am 5.11.2018 unter dem Titel „Soziale Netzwerke als Ort der Kriminalität und Ort von Ermittlungen – wie wirken sich Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ auf die Nutzung sozialer Netzwerke aus?“ an der Humboldt Universität zu Berlin gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

¹ S. aus jüngerer Zeit nur Kahler/Hoffmann-Holland, KriPoZ 2018, 267.

analogen Welt im digitalen Raum nicht die „dunklen Gassen“ meiden, sondern sie gerade aufsuchen, um sich zu schützen – vor Kriminalität, aber auch den kollateralen Folgen der Kriminalitätsbekämpfung?

II. Charakter der Kommunikation in sozialen Medien

Wer sich in sozialen Netzwerken bewegt, ist an Kommunikation interessiert. Man chattet, postet, liked und shared. Das Spektrum der Inhalte, die Gegenstand des Austauschs werden, reicht von Katzenbildern und Party-Einladungen bis hin zu komplexen politischen Analysen. Neben dem Austausch mit bereits bekannten Freundinnen, Freunden und Kollegen liegt der Reiz von Plattformen wie Facebook, Google Plus und Co. dabei gerade auch in der Möglichkeit, vermittelt über gemeinsame Interessen, Themen oder Freunde neue Bekanntschaften zu knüpfen.

Auf der einen Seite ergeben sich daraus gänzlich neue Chancen, wenn es darum geht, bestimmte Themen in den Fokus der öffentlichen Aufmerksamkeit zu rücken und Probleme zu lösen. Sei es die Suche nach geeigneten Blut-, Stammzellen- oder Knochenmarkspendern, Crowdfunding-Projekte oder die Organisation politischer Protestaktionen verschiedenster Art – soziale Netzwerke bieten vielfach ein wertvolles Forum.

Auf der anderen Seite begibt man sich im Zuge der vermehrten Kommunikation mit individuellen Unbekannten, vor allem aber auch mit einer Öffentlichkeit, deren Grenzen kaum klar zu ziehen sind, der Möglichkeit, Kommunikationspartner sorgfältig auszuwählen. Wie sich schon darin ausdrückt, dass sämtliche Kontakte nicht etwa zunächst „Bekannte“ oder ähnliches, sondern von Beginn an – mit einem Klick – „Freunde“ sind, lässt sich die Vielschichtigkeit analog entstehender sozialer Beziehungen, das Nach-und-nach des Kennenlernens online kaum entsprechend abbilden. Zwar halten Netzwerke regelmäßig die Option vor, die Reichweite einzelner Äußerungen personengenau zu bestimmen und so beim Teilen privater Informationen zwischen verschiedenen „Freunden“ zu differenzieren. Auch wäre es sicher falsch, pauschal zu behaupten, diese Möglichkeit würde nie genutzt. Mindestens ebenso falsch wäre es jedoch, sie als Nutzungsstandard zu bezeichnen.

Wollte man die Öffentlichkeitsdimension, die Postings, Likes und Shares in sozialen Netzwerken demnach vielfach zukommt, auf die analoge Welt übertragen, hätte man sich vorzustellen, dass Menschen in einer belebten Fußgängerzone immer wieder unvermittelt stehen bleiben und ungefragt lautstarke Mitteilungen machen wie „Ich mag die Rolling Stones“ und „Vielleicht (oder sicher) besuche ich ihr Konzert nächsten Monat im Olympiastadion“. Das mutet zunächst befremdlich und etwas amüsant, in Bezug auf Äußerungen wie die genannten aber auch recht harm-

los an. Anders, wenn es um kontroverse politische Äußerungen geht. So werden Menschen etwa für kritische Äußerungen über die türkische Politik bei Reisen in die Türkei häufig von den dortigen Strafverfolgungsbehörden belangt.² Dass dies oftmals noch Jahre später geschieht, verweist auf einen entscheidenden Unterschied zwischen Postings in sozialen Netzwerken und Auftritten in einer Fußgängerzone: Während letztere nicht notwendigerweise dokumentiert werden, sind erstere, wenn einmal getätigt, nicht so leicht wieder aus der Welt zu schaffen. In der Zusammenschau mit dem Umstand, dass in beiden Konstellationen kaum sicher kontrolliert werden kann, wer alles Zeuge des jeweiligen Verhaltens wird, wird unschwer erkennbar, worin die Attraktivität und Erfolgchance neuer Ermittlungsmaßnahmen und -befugnisse im virtuellen Raum aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden liegt. Kommt die Vorstellung, alle je getätigten Äußerungen würden dauerhaft aufgezeichnet und wären für einen unbestimmten Personenkreis potenziell jederzeit nachvollzieh- und abrufbar, in Bezug auf die analoge Welt einer Orwell'schen Dystopie gleich, so ist sie in Bezug auf soziale Medien Realität.

Gleiches gilt für die Idee des verdeckten Ermittlers. Man stelle sich vor, dass ein Polizeibeamter einem Verdächtigen unter einer innerhalb weniger Minuten zusammengeschusterten falschen Identität – also quasi mit einer mehr schlecht als recht ausgeschnittenen Papiermaske – als potenzieller Freund gegenübertritt. Auf der Straße kaum denkbar. In sozialen Netzwerken? *Technisch* kein Problem. Vor diesem Hintergrund stellen sich diverse Fragen. Gibt es bspw. effektive Möglichkeiten, sich gegen einen per Facebook-Chat platzierten Trojaner zu schützen? Denn für den Verdächtigen ist es im virtuellen Raum ungleich schwerer zu erkennen, ob er nicht statt mit dem beabsichtigten Gesprächspartner mit einer Ermittlungsbehörde kommuniziert. Nun mag diese Frage primär für Personen von Interesse sein, die aufgrund eigener krimineller Aktivitäten die Möglichkeit in Betracht ziehen müssen, tatsächlich selbst zum Ziel strafverfolgungsbehördlicher Überwachungsbestrebungen zu werden. Sofern diese über die Möglichkeiten der Ermittlungsbehörden im Bilde sind, kann davon ausgegangen werden, dass sie soziale Netzwerke wie Facebook, in denen sich die Frage der Öffentlichkeit in besonderem Maße stellt, wohl nicht primär zur Kommunikation über ihre Geschäfte nutzen.

Doch auch für Userinnen und User, die nicht davon ausgehen, in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden zu geraten – man könnte sagen, Normalnutzer –, sind die insofern veränderten Vorzeichen, unter denen Kommunikation in sozialen Netzwerken stattfindet, von Interesse. Denn der Kreis potenziell mitbetroffener Kommunikationspartner eines überwachten Verdächtigen in sozialen Netzwerken ist um ein Vielfaches größer als bei herkömmlicher Telekommunikationsüberwachung. Damit

² S. statt vieler nur <http://www.spiegel.de/politik/ausland/tuerkei-angebliche-erdogan-beleidigung-bringt-deutschen-ins-gefaengnis-a-1230946.html> (zul. abgerufen am 01.10.2018). Auf die Praxis willkürlicher Inhaftierungen auch deutscher Staatsangehöriger „in Zusammenhang mit regierungskritischen Stellungnahmen in sozialen Medien“ weisen auch die Reise- und Sicherheitshinweise des Auswärtigen Amtes zur Türkei vom 4.10.2018 hin (<https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/laender/tuerkei-node/tuerkei-sicherheit/201962>, zul. abgerufen am 4.10.2018).

steigt die Zahl der ins Visier der Ermittlungsbehörden geratenden völlig unverdächtigen Personen exponentiell an. Unter der Prämisse, dass es nicht um den Versuch gehen kann, gleichsam die Uhr zurückzudrehen und die Wiederabschaffung oder auch nur das umfassende Meiden sozialer Medien zu propagieren, muss die Kernfrage demnach lauten: Welche Konsequenzen ergeben sich aus modernen Ermittlungsmethoden und -befugnissen der Strafverfolgungsbehörden aus Sicht des Normalnutzers für ein verantwortliches Nutzungsverhalten in sozialen Medien? Spielen internationale Entwicklungen im Bereich des Datenschutzes bzw. des Zugriffs von Ermittlungsbehörden auf Daten dabei eine Rolle? Abschließend wird die Frage gestellt, ob der weitgehend anonymisierte Bereich des Internets keine vergleichbaren Nachteile für die Nutzer sozialer Medien aufweisen würde. Würde also eine Flucht ins Darknet am Ende als ernsthafte Alternative in Betracht kommen? Dabei sind diese Überlegungen aus zwei Gründen eher theoretischer Natur. Zum einen lassen sich die Bedürfnisse, die durch Social Media angesprochen werden, nicht ohne weiteres in anonymisierter Form befriedigen. Nach derzeitigem Stand der Technik lassen sich beide Bereiche jedenfalls nicht so miteinander kombinieren, dass die Anonymität nicht spätestens an der Schnittstelle zum „offenen“ Internet aufgehoben würde. Zum anderen würde eine Verlagerung der massenhaften Online-Kommunikation ins Darknet dieses vorhersehbar ins Zentrum der Aufmerksamkeit sämtlicher Überwachungsinteressen rücken.

III. Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung

Die Beantwortung dieser Frage setzt die Auseinandersetzung mit den einschlägigen strafprozessualen Eingriffsermächtigungen voraus. Zentrale Normen sind hier die sogenannte Quellen-TKÜ, seit August 2017 in § 100a der Strafprozessordnung normiert, und die mit demselben Gesetz in § 100b StPO geregelte Online-Durchsuchung. Was dürfen Ermittlungsbehörden? Welche Grenzen sind ihnen gesetzt?

1. Die Quellen-TKÜ – § 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO

Während der öffentlich zugängliche Anteil geteilter Profil-Informationen – etwa das Profilbild – ebenso wie der „Facebook-öffentliche“, also der von jedem Inhaber eines Facebook-Accounts einsehbare Teil, auch von Strafverfolgungsbehörden ohne besondere Ermächtigungsgrundlage im Rahmen ihrer allgemeinen Ermittlungskompetenz gem. §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 S. 1 StPO wahrgenommen und im Strafverfahren verwertet werden kann,³ bedarf der behördliche Zugriff auf Messenger-Nachrichten, sofern diese nicht gerade an einen unter Klarnamen auftretenden oder nach § 110a StPO zulässigerweise verdeckt operierenden Ermittler gerichtet werden, gesonderter Ermächtigung zur Telekommunikationsüberwachung. Eine solche Ermächtigung stellt die herkömmliche TKÜ

i.S.d. § 100a Abs. 1 S. 1 StPO dar. Diese gestattet Ermittlungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen den Zugriff auf Kommunikationsinhalte, die sich auf dem Weg von einer Partei zur anderen befinden.

Was, soweit es um das Abhören von Telefonaten, das Mitlesen von SMS und dergleichen geht, grundsätzlich völlig ausreicht, stößt im Bereich der Messenger-Kommunikation über soziale Netzwerke oder auch der Internet-Telefonie schnell an seine Grenzen. Denn sämtliche nennenswerten sozialen Netzwerke versehen die private Kommunikation ihrer Nutzer mit End-zu-End-Verschlüsselung,⁴ die nach dem Stand der Technik auch von Strafverfolgungsbehörden nicht umgangen werden kann.

Hier kommt die Quellen-TKÜ ins Spiel: Anders als die herkömmliche TKÜ ermöglicht sie es, Kommunikationsinhalte abzufangen und auszuleiten, *bevor* sie vom informationstechnischen Gerät ihres Absenders verschlüsselt und verschickt werden. Gleiches gilt für das Gerät des Empfängers, wo die Kommunikationsinhalte wieder entschlüsselt dargestellt und gespeichert werden. Ungeachtet aller Verschlüsselungsbemühungen sind für die Ermittlungsbehörden dadurch sämtliche Inhalte darstell- und abgreifbar.

Nur am Rande sei erwähnt, dass die Quellen-TKÜ ebenso wie die Online-Durchsuchung in verschiedener Hinsicht verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, die bereits mit dem Gesetzgebungsprozess beginnen: Im Wege eines Änderungsantrags gem. § 82 Abs. 1 GOBT wurde ihre Grundlage gleichsam so spät wie möglich – und im Fall der Online-Durchsuchung nicht nur ohne Empfehlung, sondern entgegen ablehnender Tendenzen der Expertenkommission⁵ – zum Gegenstand eines bereits laufenden Gesetzgebungsverfahrens gemacht, zu dessen sonstigen Inhalten sie in keiner besonderen Beziehung steht. Manche sagen, hinein „geschmuggelt“⁶ wie ein Virus im Anhang einer Mail.

Verfassungsrechtliche Zweifel werden auch mit Blick auf die identischen Eingriffsvoraussetzungen von klassischer und Quellen-TKÜ angemeldet. Moniert wird insoweit die offensichtlich erhöhte Eingriffsintensität letzterer Maßnahme:⁷ Anders als herkömmliche TKÜ, die lediglich das Fernmeldegeheimnis gem. Art. 10 GG tangiert – das Abgreifen der Daten erfolgt für gewöhnlich beim Kommunikationsdienstleister –, infiltriert die Quellen-TKÜ das informationstechnische System des Betroffenen und greift somit in sein Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG⁸ ein. Schwer zu leugnen ist zudem ein gewisser Widerspruch zwischen der etwa in § 3 Abs. 1 S. 1 BStG niedergelegten Verpflichtung des Staates, auf die Förderung der Sicherheit informationstechnischer Systeme hinzuwirken, und sei-

³ Graf, in: BeckOK-StPO, Stand 15.10.2018, § 100a Rn. 87.

⁴ So auch BT-Drs. 18/12785, S. 51.

⁵ Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens (https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf?blob=publicationFile&v=2, zul. abgerufen am 4.10.2018), S. 73 ff.; vgl. Schieman, KriPoZ 2018, 338 f.

⁶ Rubbert, Editorial StV 9/2017, I.

⁷ Vgl. Schieman, KriPoZ 2018, 338 (341).

⁸ Vgl. BVerfGE 120, 274.

nem in Konsequenz strafverfolgungsbehördlicher Kompetenzen wie der Quellen-TKÜ notwendig gegebenen Interesse daran, Sicherheitslücken in ebendiesen Systemen offenzuhalten, die behördliche Infiltration erst ermöglichen.⁹

a) Eingriffsvoraussetzungen

Die erwähnte Parallelität der Eingriffsvoraussetzungen für herkömmliche und Quellen-TKÜ ergibt sich aus dem Normaufbau des § 100a StPO, der die Quellen-TKÜ unter denselben Voraussetzungen wie die herkömmliche gestattet, wenn dies – so § 100a Abs. 1 S. 2 StPO – notwendig ist, um die Überwachung und Aufzeichnung von Kommunikationsinhalten insbesondere in unverschlüsselter Form zu ermöglichen.

aa) Subsidiarität gegenüber herkömmlicher TKÜ

Die Rolle der Quellen-TKÜ gegenüber der herkömmlichen TKÜ ist insofern subsidiär: Der Zugriff auf das informationstechnische Gerät eines Beschuldigten ist nur zulässig, sofern klassische TKÜ-Maßnahmen keinen Erfolg versprechen.¹⁰ Über die Möglichkeiten letzterer hinausgehend berechtigt § 100a Abs. 1 S. 3 StPO zur Erfassung von Kommunikationsinhalten und -umständen nicht nur während der laufenden Kommunikation, sondern auch, wenn diese auf dem informationstechnischen Gerät gespeichert sind. Die Beschränkung dieser Möglichkeit auf solche Inhalte und Umstände, die auch während der laufenden Kommunikation per Zugriff auf das öffentliche Telekommunikationsnetz in verschlüsselter Form hätten erhoben werden können, soll nach Darstellung des Gesetzgebers die „funktionale Äquivalenz mit der herkömmlichen Telekommunikationsüberwachung“¹¹ gewährleisten. Auch darf nur auf solche Kommunikation zugegriffen werden, die nach Anordnung der Maßnahme erfolgt ist.¹² Angesichts dessen, dass der Nachweis der Notwendigkeit von Quellen-TKÜ-Maßnahmen dabei lediglich die begründete Annahme seitens der Strafverfolgungsbehörden verlangt, ein Beschuldigter kommuniziere verschlüsselt – was er, sofern es um soziale Medien geht, wie dargestellt ganz ohne eigenes Zutun ganz automatisch tut –, wird die Eignung dieser Subsidiaritätsklausel, begrenzende Wirkung im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu entfalten, mit gutem Grund bestritten.¹³

bb) Verdacht einer schweren Straftat aufgrund bestimmter Tatsachen

Gem. § 100a Abs. 1 S. 2 StPO ist die Überwachung der Telekommunikation – und damit auch die Quellen-TKÜ – zulässig, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht einer schweren Straftat i.S.d. Abs. 2 begründen, die auch im Einzelfall schwer wiegt, und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre. Es müssen also konkrete Umstände

vorliegen, die nach der (kriminalistischen) Lebenserfahrung erheblich darauf hindeuten, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine Katalogtat begangen hat.¹⁴ Wenngleich die Anforderungen an einen solchen Verdacht gegenüber dem normalen Anfangsverdacht etwas gesteigert sind, ist weder ein hinreichender noch ein dringender Tatverdacht erforderlich.¹⁵ Die Qualifikation einer Tat als „schwer“ i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO sieht das BVerfG mit Blick auf die mittels des jeweiligen Straftatbestands geschützten Rechtsgüter wie etwa die Funktionsfähigkeit des Staates oder seiner Einrichtungen als vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umfasst.¹⁶ Unter Verweis auf das Fehlen einer plausiblen dogmatischen Struktur wird der Anlasstatenkatalog nichtsdestoweniger teils als „partiell unverhältnismäßig“ bezeichnet.¹⁷

b) Verfahren

aa) Anordnung, § 100e Abs. 1 StPO

Zur Anordnung der Quellen-TKÜ ist gem. § 100e Abs. 1 S. 1 StPO grundsätzlich nur das zuständige Gericht, gem. Abs. 1 S. 2 bei Gefahr im Verzug jedoch auch die Staatsanwaltschaft befugt.

bb) Technische Beschränkung, Schutz und Rückgängigmachung, § 100a Abs. 5 StPO

Jede geschaffene Zugriffsmöglichkeit ist gem. § 100a Abs. 5 S. 1 StPO so zu beschränken, dass nur die kommunikationsbezogenen Inhalte erfasst werden können, die nach der Ratio des § 100a StPO erfasst werden sollen. Vorgenommene Änderungen sind nach Beendigung der Maßnahme – soweit technisch möglich – automatisiert wieder rückgängig zu machen. Ebenso auf den *state of the art* beschränkt ist die von Abs. 5 S. 2 statuierte Pflicht zum Schutz des eingesetzten Programms gegen unbefugte Nutzung und Kenntnisnahme durch Dritte. Schon die Formulierung „nach dem Stand des technisch Möglichen“ erkennt dabei an, dass geöffnete Sicherheitslücken den Betroffenen unter Umständen durchaus auch dem erhöhten Risiko eines solchen unbefugten Eindringens – bspw. durch Kriminelle – aussetzen können.

cc) Protokollierung, § 100a Abs. 6 StPO

§ 100a Abs. 6 StPO gibt für jeden Fall der TKÜ und Quellen-TKÜ umfangreiche Protokollierungspflichten vor. Festzuhalten sind das eingesetzte technische Mittel, der Einsatzzeitpunkt, Angaben zum infiltrierten informationstechnischen System und daran vorgenommenen Änderungen, zur Möglichkeit der Feststellung der erhobenen Daten sowie zur verantwortlichen Organisationseinheit.

dd) Kernbereichsschutz, § 100d StPO

§ 100d schützt „Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung“. Insbesondere erklärt Abs. 1 Maßnahmen für unzulässig, die nur solche zu erbringen versprechen. Im Rahmen ansonsten zulässiger Maßnahmen

⁹ Roggan, StV 2017, 821 (829).

¹⁰ BT-Drs. 18/12785, S. 51; Schiemann, KriPoZ 2018, 338 (341); Singelnstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2648).

¹¹ BT-Drs. 18/12785, S. 51.

¹² BT-Drs. 18/12785, S. 50 f.; Singelnstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2648).

¹³ S. etwa Roggan, StV 2017, 821 (822), der prognostiziert, „angehts sich wandelnder Kommunikationsgewohnheiten“ werde sich die Quellen-TKÜ „als standardmäßige TKÜ-Methode etablieren und [...] die ‚klassischen‘ TKÜ-Maßnahmen sogar quantitativ überholen“.

¹⁴ Graf, in: BeckOK-StPO, § 100a Rn. 100.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 11.8.2016 – StB 12/16 (BeckRS 2016, 15673, Rn. 9).

¹⁶ BVerfG, NJW 2011, 833 (836).

¹⁷ Eschelbach, in: SSW-StPO, 3. Aufl. (2018), § 100a Rn. 10.

gewonnene Erkenntnisse aus diesem Bereich sind gem. Abs. 2 S. 1 nicht verwertbar.

c) Möglichkeiten und Umstände des Betroffenseins Dritter

Als mögliche Betroffene nennt § 100a Abs. 3 StPO neben dem Beschuldigten nur solche Personen, von denen zu vermuten ist, dass sie für den Beschuldigten als Nachrichtenmittler auftreten oder dass dieser – mit oder ohne ihr Wissen – ihr informationstechnisches System benutzt. Doch liegt es im Wesen der Überwachung jeder Kommunikation, dass auch Kommunikations-Partner des oder der Überwachten von der Maßnahme nicht unberührt bleiben. Anders als etwa bei einem traditionellen Telefongespräch, dem bilderbuchmäßigen Anwendungsbeispiel herkömmlicher TKÜ, trifft dies in sozialen Medien oftmals nicht nur einen, sondern eine Vielzahl von Gesprächspartnern. Neben der Kommunikation etwa in Facebook-Gruppen, die Ermittlungsbehörden unverschlüsselt zugänglich ist, denke man nur an all die Gruppenchats über WhatsApp, Telegramm oder einen beliebigen anderen Messenger-Dienst, deren Teil man oft genug ohne eigene Entscheidung qua Hinzufügung durch irgendeinen Kontakt wird.

Im Ganzen findet Kommunikation in sozialen Medien ja – wie eingangs erwähnt – gerade nicht nur mit engen Bekannten statt. Nun verzichtet man gerade im Zusammenhang gerade erwähnter Gruppenchats oftmals ohnehin auf den Versuch, sich einen Eindruck von allen Teilnehmern zu verschaffen. Mit Blick auf den Katalog „schwerer Straftaten“ des § 100a Abs. 2 StPO, der keineswegs nur Straftaten gegen die Landesverteidigung oder den öffentlichen Frieden etc., sondern auch Tatbestände enthält, über deren mögliche Verwirklichung durch einen Gesprächspartner ein kurzer oder auch längerer Blick auf Profilbilder, Likes etc. – geschweige denn auf eine Telefonnummer! – wohl keinen Aufschluss gibt, bringt das den Nutzer sozialer Medien in die prekäre Situation, nie sichergehen zu können, nicht zufällig seinerseits in den ermittelungsbehördlichen Fokus zu geraten. Denn ob jemand etwa als Arzt schon einmal einem Minderjährigen ein Dopingmittel verschrieben hat (§ 100a Abs. 2 Nr. 3 StPO, § 4 Abs. 4 Nr. 2 lit. b AntiDopG) oder schon einmal Geschlechtsverkehr mit einer erheblich alkoholisierten Person hatte, ohne sich zuvor ihrer ausdrücklichen Zustimmung zu versichern (§ 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. f StPO, § 177 Abs. 2 Nr. 2, 6 Nr. 1 StGB), ist ihm schon im analogen Kontakt kaum an der Nasenspitze anzusehen. Das Risiko, als eigentlich nichtbetroffener Gesprächspartner von Ermittlungsbehörden unter gewissen Umständen mit-erfasst zu werden, das im Grundsatz wie gesagt auch von der herkömmlichen TKÜ für das Leben außerhalb Sozialer Medien und die Kommunikation außerhalb des Internets ausgeht, gilt mit Blick auf die Quellen-TKÜ somit aufgrund der spezifischen Natur der Kommunikation in Sozialen Netzen und ihrer verringerten Möglichkeit, Beziehungen zu verschiedenen Personen verschieden eng zu gestalten, in ungleich erhöhtem Maß.

Um als *User* sicherzugehen, Kommunikationsinhalte nicht mit Strafverfolgungsbehörden teilen zu müssen,

reicht es demnach schon mit Blick auf die Quellen-TKÜ keineswegs aus, sich von potenziellen Gesprächspartnern fernzuhalten, die den Eindruck erwecken, eventuell nach §§ 129 ff. StGB verfolgt zu werden. Und selbst im Bereich des Terrorismus ließe sich nicht einmal auf der Basis primitivster Vorurteile entscheiden, wer als Kommunikationspartner ausscheidet.

2. Die Online-Durchsuchung – § 100b StPO

Im Zuge desselben Gesetzgebungsverfahrens wie die Quellen-TKÜ wurde 2017 auch die Online-Durchsuchung mit § 100b StPO n.F. ausdrücklich in das ermittelungsbehördliche Arsenal aufgenommen. Nach der Legaldefinition des § 100b Abs. 1 S. 1 StPO erfolgt sie durch Eingriff in ein und Datenentnahme aus einem informationstechnischen System mit technischen Mitteln ohne Wissen des Betroffenen. Über den auf kommunikationsbezogene Inhalte beschränkten Rahmen der Quellen-TKÜ geht sie bei technisch nahezu identischem Vorgehen hinaus und erfasst „alle auf einem IT-System gespeicherten Inhalte“, also „gespeicherte Mails unabhängig vom Zeitpunkt ihres Empfangs, SMS- und WhatsApp-Nachrichten, Fotodateien, Social-Media-Kontakte etc.“.¹⁸

a) Eingriffsvoraussetzungen

Die materiellen Eingriffsvoraussetzungen des § 100b Abs. 1 StPO entsprechen den bereits erläuterten Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 StPO zur (Quellen-)TKÜ. Den Anlasstatenkatalog des § 100b Abs. 2 StPO indes teilt die Online-Durchsuchung gem. § 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO mit dem großen Lauschangriff, der akustischen Wohnraumüberwachung. Diese Parallelität erklärt sich daraus, dass die Online-Durchsuchung in das Grundrecht des Betroffenen auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingreift¹⁹ und in ihrer Eingriffsintensität insofern der Wohnraumüberwachung gleichkommt.²⁰ Der Anlasstaten-Katalog setzt sich dabei zusammen aus Taten, die mit Blick auf betroffenes Rechtsgut und angeandrohte Strafe besonders schwer wiegen, aber auch aus solchen, deren Verfolgung typischerweise größeren Schwierigkeiten in der Beschaffung belastbarer Beweise begegnet.²¹

b) Verfahren

aa) Anordnung, § 100e Abs. 2 StPO

Wie grundsätzlich auch bei der Quellen-TKÜ ist die Anordnung der Online-Durchsuchung gem. § 100e Abs. 2 S. 1 StPO dem zuständigen Gericht vorbehalten. Anders als bei jener aber geht sie auch bei Gefahr im Verzug nicht auf die Staatsanwaltschaft über, sondern kann lediglich nach § 100e Abs. 2 S. 2 StPO vom Vorsitzenden selbständig ausgeübt werden. Auch insoweit entsprechen die Regelungen zur Online-Durchsuchung jenen zum großen Lauschangriff. Nicht klar geregelt ist indes das Subsidiaritätsverhältnis zwischen diesen beiden Eingriffen. Da die Onlinedurchsuchung zumindest technisch Eingriffe ermöglicht, die der Zielrichtung nach auch §§ 100a, 100c

¹⁸ Roggan, StV 2017, 821 (825).

¹⁹ Graf, in: BeckOK-StPO, § 100b Rn. 8.

²⁰ BT-Drs. 18/12785, S. 54 unter Verweis auf BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 200; Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100b Rn. 3.

²¹ Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100b Rn. 11.

und 97 StPO erfolgen könnten, spricht vieles dafür, § 100b StPO als die insgesamt eingriffsintensivste und potentiell grundrechtsinvasivste Maßnahme anzusehen. Dementsprechend würde Subsidiarität gegenüber allen vorgenannten Eingriffen bestehen.

bb) Kernbereichsschutz, § 100d StPO

Auch hier sind Maßnahmen gem. § 100d Abs. 1 StPO unzulässig, wenn sie nur den Gewinn von Erkenntnissen aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung versprechen. Im Rahmen zulässiger Maßnahmen gewonnene Kernbereichserkenntnisse dürfen gem. § 100d Abs. 2 S. 1 StPO nicht verwertet werden. Über die Restriktionen zur TKÜ hinaus ist bei der Online-Durchsuchung gem. § 100d Abs. 3 StPO auch – im Rahmen des Möglichen – technisch sicherzustellen, dass Kernbereichsdaten gar nicht erst erhoben werden (S. 1). Geschieht dies doch, sind sie unverzüglich zu löschen oder dem anordnenden Gericht zur Entscheidung über die Verwertbarkeit vorzulegen (S. 3).

cc) Technische Beschränkung und Protokollierung, § 100b Abs. 4 i.V.m. § 100a Abs. 5, 6 StPO

Auch Maßnahmen der Online-Durchsuchung sind technisch zu beschränken. § 100b Abs. 4 StPO verweist insofern auf § 100a Abs. 5 und 6 StPO. Von diesem Verweis ausgenommen ist lediglich die Einschränkung auf den Bereich laufender Telekommunikation. Bezüglich der Pflicht zur Protokollierung sämtlicher Maßnahmen gilt § 100a Abs. 6 StPO gem. § 100b Abs. 4 StPO entsprechend.

c) Möglichkeiten und Umstände des Betroffenseins Dritter

Wenngleich sich die Online-Durchsuchung gem. § 100b Abs. 3 S. 1 StPO nur gegen den Beschuldigten richten darf, können auch hier Dritte betroffen sein. Dies zum einen, wenn bestimmte Tatsachen nahelegen, dass der Beschuldigte ein ihnen gehörendes informationstechnisches System nutzt oder ein Eingriff in dessen informationstechnisches System nicht ausreicht (Abs. 3 S. 2). Zum anderen aber – und das ist vor dem Hintergrund der Frage nach den Implikationen von Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung für „Normalnutzer“ in erster Linie von Interesse – können Dritte im Rahmen einer zulässigen Maßnahme gem. § 100b Abs. 3 S. 3 StPO auch betroffen sein, wenn dies „unvermeidbar“ ist. Denn wenngleich die Unvermeidbarkeit im Einzelfall zu prüfen ist,²² ist es diese Norm, aufgrund derer die Online-Durchsuchung auch Informationen vollständig unbeteiligter Dritter erfassen kann, die etwa durch soziale Medien mit einem Beschuldigten in Kontakt stehen.²³

Dies wird kritisiert als „Ausuferung“ der eingriffsintensivsten Maßnahme auf absolut Unverdächtige.²⁴ Wie bei der Quellen-TKÜ gilt hier aus Sicht von „Normalnutzern“, für die sich Ermittlungsbehörden vermeintlich nicht interessieren, dass es kaum möglich ist, sich mit ansatzweiser Sicherheit aus dem behördlichen Fokus herauszuhalten. Denn wie dargestellt entspricht es nicht dem Wesen sozialer Medien, dort gepflegte Kontakte auf enge Bekannte aus dem analogen Leben zu beschränken, über

deren strafrechtliche Unverdächtigkeit man fortlaufend informiert ist.

Auch in dieser Hinsicht geht die Online-Durchsuchung über die Quellen-TKÜ noch hinaus und greift selbst in den Bereich des Offline-Verhaltens über, was sich schon daraus ergibt, dass zu all den auf einem PC gespeicherten, der Online-Durchsuchung zugänglichen und für Ermittlungsbehörden potenziell interessanten Daten nicht zuletzt Bilddateien gehören, die wiederum Personen, die gemeinsam mit dem Beschuldigten abgebildet sind, aus behördlicher Sicht ihrerseits potenziell interessant werden lassen. Man verdeutliche sich nur die Wege, die Schnappschüsse von einer zufällig mitabgebildeten Person über die Smartphone-Kamera der Fotografin, das Einstellen in einem sozialen Netzwerk und mehrfaches Teilen inklusive Likes und Kommentaren zurücklegen, wobei jede einzelne Station einen potenziellen Zugriffspunkt im Rahmen der Online-Durchsuchung des Geräts eines beliebigen Beteiligten darstellt – oder auch eines Unbeteiligten Dritten, in dessen Newsfeed ein Bild qua „Freundschaft“ mit irgend einem Beteiligten auftaucht.

Technisch ohne weiteres möglich ist es zudem, mittels eines nun ebenfalls rechtlich zulässigerweise einsetzbaren „Keyloggers“ – man wird sich an die Diskussion um den sog. „Bundestrojaner“ erinnern – die ggf. erforderlichen Passwörter auszuspähen, um ohne Kenntnis des Betroffenen dessen Social-Media-Kommunikation zu übernehmen. Das ist eine interessante neue Variante der verdeckten Ermittlung sowie des Einsatzes von *Agents Provocateurs*. Für Kommunikationspartner gibt es dabei – abgesehen vom Rückgriff auf klassische analoge Techniken wie den Einsatz von Sprachcodes o.ä. – praktisch keine Möglichkeit, festzustellen, mit wem sie wirklich kommunizieren.

3. Social Media: Disclose or abstain

Aus Sicht des „Normalnutzers“ sozialer Medien zwingen ermittlungsbehördliche Befugnisse wie Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ demnach zu einer grundsätzlichen Entscheidung. Will man soziale Netzwerke ihrem Wesen entsprechend nutzen, schließt dies auch bei völlig gesetzestreuem Verhalten in gegenüber herkömmlichen Überwachungsmaßnahmen *außerhalb des virtuellen Raums* erheblich potenziertem Maß die Möglichkeit aus, eigene Inhalte und Daten einigermaßen sicher aus dem Fokus ermittlungsbehördlicher Aufmerksamkeit herauszuhalten. Während dies im Zusammenhang mit der Quellen-TKÜ auf Kommunikation im eigentlichen Sinne beschränkt ist, gilt es hinsichtlich der Online-Durchsuchung für jedes Social-Media-Verhalten, das vom Account eines von der Maßnahme betroffenen Beschuldigten aus sichtbar wird, also etwa in seinem Facebook-Newsfeed angezeigt wird. Selbst, wenn die strafrechtliche Verwertbarkeit von in diesem Zusammenhang erlangten Daten Dritter – also etwa mit dem Beschuldigten online verkehrender „Normalnutzer“ – erheblichen Zweifeln unterliegt,²⁵ legt schon der mit ihrer Erfassung immer zwingend verbundene Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nahe, dass dieses „Heraushalten“ mit einem

²² Graf, in: BeckOK-StPO, § 100b Rn. 24.

²³ Soiné, NSStZ 2018, 497 (502).

²⁴ Schiemann, KriPoZ 2018, 338 (342).

²⁵ Eschelbach, in: SSW-StPO, § 100b Rn. 21.

schützenswerten Interesse verknüpft ist. Dass die dargestellten Begrenzungsmechanismen, mit denen der Gesetzgeber Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ ausgestattet hat, diesem Interesse nur unzureichend gerecht werden können, liegt in der Natur der Sache. Will man dies nicht in Kauf nehmen, steht man damit letzten Endes vor der Wahl, sein Nutzungsverhalten als identifizierbarer User in Netzwerken des Clear Web erheblich einzuschränken, dort ausschließlich unter Pseudonym zu verkehren – was etwa von Facebook bekanntlich nach Kräften unterbunden wird – oder auf andere Kommunikationsnetze auszuweichen, in denen es möglich ist, seine Identität geheim zu halten. In welchem Umfang Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ derzeit zum Einsatz kommen, hält das Bundeskriminalamt derweil unter Verschluss,²⁶ so dass sich Spekulationen über Häufigkeit und Intensität tatsächlicher Grundrechtseingriffe insoweit erübrigen. Soweit Antworten auf parlamentarische Anfragen, die lediglich Einsätze in abgeschlossenen Ermittlungsverfahren betreffen, darauf hindeuten, dass sich die Einsatzpraxis bislang in engen Grenzen hält,²⁷ ist dies eine Frage technischer Einsatzfähigkeit, die für die Untersuchung der Rechtsrealität zwar durchaus von Interesse ist. Die kritische Analyse der Reichweite geltender behördlicher Befugnisse indes tut gut daran, sich zu technischen Fragen in ein ebenso abstraktes Verhältnis zu setzen wie die – mit Blick auf den bekanntermaßen zügigen technischen Fortschritt durchaus geduligten – Normen, die sie zum Gegenstand hat.

4. DSGVO und US C.L.O.U.D. Act

Nun ist die Strafprozessordnung nicht das einzige Gesetz, das in jüngster Zeit Änderungen erfahren hat, die für Nutzer sozialer Medien von potenzieller Relevanz sind. Seit Mai dieses Jahres gilt die europäische Datenschutz-Grundverordnung, bereits seit März der US-amerikanische *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (CLOUD Act). Erstere trifft bezüglich der Weitergabe von Nutzerdaten durch Dienstleister an Ermittlungsbehörden keine Regelung, die hier von wesentlichem Interesse ist. Zentrale deutsche Regelungen im Zusammenhang mit Strafverfolgung sind insoweit § 23 Abs. 1 Nr. 4 BDSG und § 100a Abs. 4 StPO.²⁸ Der CLOUD Act dagegen ist aus Nutzersicht durchaus relevant, denn er verpflichtet US-amerikanische Unternehmen – und damit einen Großteil aller nennenswerten Anbieter sozialer Medien –, von ihnen gespeicherte Daten auf einfach-behördliche Anordnung auch dann an US-amerikanische Ermittlungsbehörden herauszugeben, wenn diese auf Servern außerhalb der USA gespeichert sind. Dies gilt explizit unabhängig vom Recht des jeweiligen Drittstaats und betrifft etwa, um nur ein Beispiel zu nennen, die Nutzerdaten aller europäischen Facebook-Nutzer, die bekanntlich auf irischen Servern liegen. Abzuwarten bleibt insoweit das Ergebnis des Konflikts zwischen dem CLOUD Act und der DSGVO, deren Art. 44 die Zulässigkeit der Weitergabe von Daten

an Drittländer von der Prüfung des dortigen Datenschutzniveaus auf Vergleichbarkeit mit jenem der DSGVO durch die EU-Kommission abhängig macht. Ein Abkommen, das den dadurch entstehenden Konflikt von DSGVO und CLOUD Act auflöst, besteht zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht. US-amerikanische Dienstleister stecken demnach insofern in der Zwickmühle, als sie sich gegebenenfalls entscheiden müssen, entweder gegen den CLOUD Act oder aber gerade durch dessen Befolgung gegen die DSGVO verstoßen zu müssen. Fest steht jedenfalls: Sämtliche aufgeworfenen Fragen und Probleme des „Normalnutzers“, um den es hier geht, der von der StPO betroffen ist und sich zumindest überwiegend in Deutschland aufhält, erlangen durch den CLOUD Act eine erhebliche internationale Dimension, die dadurch noch verschärft wird, dass dieser Abkommen mit anderen Staaten vorsieht, die wechselseitigen Datenzugriff ermöglichen. Auch die Implikationen von DSGVO, CLOUD Act und möglicher E-Evidence-Richtlinie auf die strafrechtlichen Rechtshilfeabkommen zwischen den USA und Deutschland sowie der EU sind noch nicht einmal ansatzweise ausgelotet.

5. Konkret: Implikationen für verantwortliches Nutzungsverhalten

Um nach dem kurzen Rundgang durch StPO, CLOUD Act und DSGVO den Kreis zu schließen und vor der Beantwortung der Frage, ob angesichts des Ausmaßes ermittlungsbehördlicher Befugnisse eine „Flucht ins Darknet“ als ernsthafte Alternative erscheinen muss, sollen die Implikationen für Grundlinien eines verantwortlichen Nutzungsverhaltens in sozialen Medien anhand konkreter dort gängiger Verhaltensweisen überprüft werden. Die wesentlichen drei Punkte sind dabei:

Zum Ersten ist es bei Nutzung sozialer Medien in einem Rahmen, der ihrer Natur entsprechend über die bloße Verlagerung ansonsten analog geführter Kommunikation in den virtuellen Raum hinausgeht, effektiv nicht möglich, sich vom Einzugsbereich ermittlungsbehördlicher Maßnahmen mit Sicherheit fernzuhalten.

Zum Zweiten umfasst das Spektrum dabei potenziell betroffener Inhalte dabei jedenfalls bei der Online-Durchsuchung sämtliche Vorgänge, die im Newsfeed eines Beschuldigten abgebildet werden.

Zum Dritten muss sich der Nutzer vorbehaltlich der weiteren Entwicklung im Verhältnis von DSGVO und CLOUD Act nicht nur mit deutschen Ermittlungsbehörden und herkömmlichen Rechtshilfeabkommen, sondern möglicherweise auch unmittelbar mit US-amerikanischen und – qua zu schließender Abkommen – diversen anderen Ermittlungsbehörden auseinandersetzen.

Nun kann man die Sichtbarkeit seiner Freundesliste auf

²⁶ https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Ermittlungsunterstuetzung/Technologien/QuellentkueOnlineDurchsuchung/quellentkueOnlineDurchsuchung_node.html (zul. abgerufen am 12.12.2018). Dass die Zurückhaltung der Informationen mit dem Verweis begründet wird, es handle sich um einen „äußerst sensiblen Bereich der verdeckten strafprozessualen und polizeilichen Informationsgewinnung“, ist einerseits nachvollziehbar, entbehrt andererseits mit Blick auf das angesichts der äußersten Sensibilität potenziell betroffener, grundrechtlich geschützter Bereiche gesteigerte bürgerliche Informationsinteresse indes nicht einer gewissen Ironie.

²⁷ Netzpolitik.org veröffentlicht Auskünfte der Bundesregierung auf Anfragen verschiedener Parteien, die die Häufigkeit des repressiven Einsatzes von Maßnahmen der Quellen-TKÜ bzw. Online-Durchsuchung in bereits abgeschlossenen Verfahren im einstelligen Bereich verorten (<https://netzpolitik.org/2018/geheime-dokumente-das-bundeskriminalamt-kann-jetzt-drei-staatstrojaner-einsetzen/#Antwort-Drucksache-19-2907-NfD> – zul. abgerufen am 18.12.2018).

²⁸ Näher zu den Verpflichtungen der Telekommunikationsdienstleister im repressiven Kontext *Eschelbach*, in: SSW-StPO, § 100a Rn. 23.

„only me“ stellen. Doch kann man nicht verhindern, dass man in der eigenen Kontrolle entzogenen Freundeslisten Dritter öffentlich sichtbar angezeigt wird. Man kann seine Posts nur „Freunden“ zugänglich machen und die darüber hinaus gehende Öffentlichkeit ausschließen. Man kann die Sichtbarkeit sogenannter *tags* – Markierungen auf Fotos – begrenzen. Doch gilt all das nur für das eigene Profil. Dass man *getagged* wird, lässt sich präventiv nicht verhindern, sondern ist – jeweils im Einzelfall – nur im Nachhinein mit einigem Aufwand wieder zu beheben. Selbstverständlich kann man auch von vornherein überlegen, mit wem man sich auf Fotos zeigt, die früher oder später in sozialen Netzen landen könnten. Man kann die Kontrolle über seine Kontakte ernstnehmen und grundsätzlich überlegen, wie ratsam es im Einzelfall ist, Kontakt zu Personen zu knüpfen, die man im realen Leben nicht kennt. Mit der Kontrolle über die Freundesliste stehen und fallen diverse Möglichkeiten, sich durch Folgeeinstellungen weiter zu schützen. So kann man etwa die Aufnahme von Messenger-Kommunikation – Quellen-TKÜ! – oder die Einsicht *gelikeder* Pages und getätigter Posts – Online-Durchsuchung! – Freunden vorbehalten.

Solche Maßnahmen können das Risiko, unvermeidlich Mitbetroffener von Ermittlungsmaßnahmen in sozialen Medien zu werden, gewiss verringern. Im Ganzen bleibt es – wenig überraschend – dabei, dass es auszuschließen nur unter der Voraussetzung wäre, jederzeit und umfassend über alle potenziellen Aktivitäten i.S.d. §§ 100a Abs. 2, 100b Abs. 2 StPO aller Kontakte informiert zu sein. Das ist nicht nur schwerlich denkbar. Es ist auch kaum wünschenswert. Abschließend sei deshalb gefragt, ob eine „Flucht ins Darknet“ als erwägenswerte Alternative in Betracht kommt.

6. Ausblick: „Flucht ins Darknet“?

Der als Darknet bekannte, also der dem Zugriff herkömmlicher Suchmaschinen entzogene, etwa mittels des Tor-Browsers anonymisiert zugängliche Bereich des Netzes ist dem Großteil gewöhnlicher deutscher Internetnutzer allenfalls ein vager Begriff und von eher gemäßigtem Interesse. Gelegentlich liest man von Erfolgen der Ermittlungsbehörden, die Plattformen für illegale Güter und Dienstleistungen stilllegen und ähnliches.²⁹ Davon bestimmt ist, was mit dem Begriff Darknet verbunden wird: Kriminalität, Drogen- und Waffenhandel, Auftragsmord und Kinderpornographie. Tatsächlich sind entsprechende Vorstellungen keinesfalls unbegründet. Man geht davon aus, dass knapp 60 Prozent der Aktivitäten im Darknet als kriminell einzustufen sind.³⁰ Nun ist ein Anteil von 60 Prozent zweifellos hoch und die damit einhergehenden Gefahren nicht zu unterschätzen. Gerade in Bezug auf den florierenden Onlinehandel mit Betäubungsmitteln erleichtert das Darknet insbesondere jungen Nutzerinnen und Nutzern den Zugang zu gesundheitsgefährdenden und –schädigenden Substanzen erheblich. Geschäfte mit Schusswaffen finden in quantitativ wesentlich geringerem

Umfang statt. Qualitativ bergen auch diese nichtsdestoweniger erhebliches Gefahrenpotential. So nutzte bekanntermaßen etwa der Attentäter, der im Juli 2016 im Umfeld des Münchener Olympia-Einkaufszentrums neun Menschen tötete und schließlich sich selbst erschoss, das Darknet zur Beschaffung seiner Tatwaffe. Dennoch verbleiben daneben gut 40 Prozent an Inhalten, die allzu schnell aus dem Fokus geraten und in deren Rahmen die Möglichkeiten des Darknets zum Schutz vor staatlicher und sonstiger Überwachung durchaus Raum für anderweitige Nutzung bieten. Hier kommunizieren Journalisten mit anonymen Quellen, werden Whistleblower aktiv und vernetzen sich Menschen, die in autoritären Staaten leben und an politischer Veränderung – oder auch nur unzensurierter und nicht überwachter Kommunikation oder der ungehinderten Nutzung sozialer Netze – interessiert sind. So war es das Darknet, das Aktivisten des sog. Arabischen Frühlings die Vernetzung untereinander ebenso wie das Unterhalten staatlich unabhängiger Informationsangebote ermöglichte, die sich auch an die weltweite Öffentlichkeit richteten. Besonders drastisch deutlich wird die essentielle Rolle des Darknets als Schnittstelle der Bereitstellung von Informationen durch auf den Schutz der Anonymität angewiesene Quellen und Multiplikatoren auch am Beispiel der Initiative „*Raqqa is being slaughtered silently*“, die selbst in der Hochphase des „Islamischen Staats“ in Syrien aus dessen Herrschaftsgebiet berichtete. Zunehmend drängen auch Anbieter sozialer Netzwerke in diesen Bereich. So kooperiert etwa Facebook bereits seit einigen Jahren mit den Betreibern des Tor-Netzwerks und hält einen eigenen, für den Zugang über dasselbe optimierten *hidden service* bereit.³¹

Dass die Berührungspunkte von „Normalnutzern“ mit dem Darknet hierzulande bei alldem überschaubar bleiben, deutet darauf hin, dass bei der Abwägung zwischen Chancen und Risiken des Darknets, anders als es in autoritären Staaten naheliegt, die den Zugang zu sozialen Netzwerken sperren oder der freien Meinungsbildung, Information und Kommunikation ihrer Bürger mittels rigider Überwachung und Zensur entgegenwirken, die Risiken des undurchsichtigeren Bereichs des Netzes noch stark ins Gewicht fallen. Hierzu zählt etwa das relativ hohe Risiko, im Darknet Opfer von Viren und *keyloggern* zu werden. Tatsächlich kann zudem ein Anfangsverdacht auch bezüglich höchst delikater Straftaten schnell gegeben sein. Schon ungewollte Suchergebnisse, die in Form von *thumbnails* (kleinen Bildchen) ausgeworfen und zumindest temporär auf dem Endgerät gespeichert werden, können unter Umständen ausreichen. Die bequeme und insofern absichernde Filterfunktion, die der eingeschränkte Einzugsbereich gewöhnlicher Suchmaschinen im Clear Web mit sich bringt, ist dem Darknet fremd. Jedenfalls, wer seinen Rechner dem Tor-Netzwerk als Ausgangsrelais zur Verfügung stellt, also zulässt, dass seine Adresse als letzte in der Reihe zur Verschleierung des Nutzungsverkehrs angewählter Stationen vor dem Zugriff auf den Zielinhalt fungiert, riskiert auch, zumindest vorübergehend als Verdächtiger für strafbares Tun Dritter zu

²⁹ Ein prominentes Beispiel ist der Schlag des FBI gegen *Silkroad* 2013, s. <https://www.golem.de/news/silk-road-drogenhandel-abgeschaltet-1310-101947.html> (zul. abgerufen am 23.10.2018).

³⁰ So zitiert etwa die Bundeszentrale für politische Bildung (*Tzanetakis*) zwei britische Studien, die ca. 50 bzw. 57 Prozent der Inhalte des Tor-Netzwerks als (nach dortigem Maßstab) strafrechtlich relevant einstufen: <http://www.bpb.de/apuz/259147/drogenhandel-im-darknet> (zul. abgerufen am 12.12.2018).

³¹ Zugänglich per Tor-Browser unter facebookcorewwwi.onion.

erscheinen. Abgesehen davon aber, dass auch das Clear Web von Kriminalität bekanntlich nicht gerade frei ist, verhält es sich mit dem virtuellen Raum letztlich wohl nur unwesentlich anders als mit dem tatsächlichen Leben. Der „Normalbürger“ hat eine Vorstellung von der Kriminalitätsbelastung bestimmter Gegenden und weiß, dass es stärker und weniger stark belastete Gebiete gibt. Daran orientiert er seine Bewegungsmuster. Weiß man, dass es potenziell gefährlich ist, zu einer bestimmten Uhrzeit durch eine bestimmte *dunkle* Straße zu laufen, wird man im Zweifel darauf verzichten. Wenn knapp 60 Prozent aller Aktivitäten im Darknet als kriminell eingestuft werden, ist das einerseits ein veritabler Grund, diese „Gegend“ des Internets zu meiden (und sei es nur, um sich keine Viren zu fangen etc.). Nehmen auf der anderen Seite die Möglichkeiten ab, sich in offeneren, helleren Straßen unbehelligt zu bewegen, kommt irgendwann der Punkt, an dem die Abwägung auch den „Normalbürger“ in die

dunkle Straße führt. Die Ausweitung des ermittlungsbehördlichen Überwachungspotenzials durch Befugnisse wie Online-Durchsuchung und Quellen-TKÜ ist – bei allem Verständnis für die Bedürfnisse der Strafverfolgungsbehörden – ein Schritt in diese Richtung. Abseits dessen, was wir im Alltag über das Darknet hören, ist aber von einzelnen Ermittlungsbehörden zu erfahren, dass der auch insofern präventiv repressiv agierende Staat diesen Schritt anders als der Großteil seiner Bürger bereits zu machen im Begriff ist. Wie effizient die hier aufgezeigten Maßnahmen im Darknet einsetzbar sein werden, ist derzeit noch nicht abschätzbar. Sollte die Effektivität sich aber als eingeschränkt erweisen, so darf man in Fortschreibung der Kriminalpolitik der letzten Regierung davon ausgehen, dass einmal mehr die Sicherheit der Bürger bemüht werden wird, um noch deutlich weiterreichende Ermittlungseingriffe zu fordern.

Maßstäbe für wissenschaftliche Strafgesetzgebungskritik

„Traditionelle“ Maßstäbe

von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch*

Abstract

Traditionelle und neue Maßstäbe strafrechtswissenschaftlicher Gesetzgebungskritik schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern ergänzen sich. Tradition hat die Argumentation mit dem Rechtsgüterschutz. Zweifellos produziert die Fokussierung auf das Rechtsgut viele richtige Ergebnisse. Das Rechtsgut ist allerdings kein Allheilmittel zur vernünftigen Begrenzung von Strafrecht. In Grenzbereichen leisten aber auch andere – „moderne“ – Maßstäbe nicht mehr. Daher sollte man auf das Rechtsgut nicht verzichten.

I. Einleitung

Tatjana Hörnle leitet das erste Kapitel ihrer Habilitationsschrift „Grob anstößiges Verhalten – strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus“ mit folgenden Worten ein: „Es entspricht einer starken Tradition in der deutschen Strafrechtswissenschaft, bei der Untersuchung von als problematisch empfundenen Strafnormen beim Rechtsgutsbegriff anzusetzen“.¹ Ich bin Frau Hörnle dankbar für die Verwendung des Wortes „Tradition“ in Zusammenhang mit dem „Rechtsgutsbegriff“, denn das gibt mir das ziemlich sichere Gefühl, die hinter dem Titel „Traditionelle Maßstäbe für wissenschaftliche Strafgesetzgebungskritik“ stehenden Erwartungen nicht total zu verfehlen. Im Folgenden soll es um die Maßstabstauglichkeit des Rechtsgutsbegriffs für kritische wissenschaftliche Beobachtung und Begleitung der Strafgesetzgebung gehen. Dass dies Tradition hat, bestätigen vor allem die zahlreichen Lehrbücher zum Strafrecht Allgemeiner Teil, in denen dem Lernenden erklärt wird, dass der Zweck des Strafrechts der Schutz von Rechtsgütern ist.

Ich zitiere exemplarisch aus den Lehrbüchern von Walter Gropp, Helmut Frister und Urs Kindhäuser:

„Strafrecht schützt bestimmte Interessen – „Rechtsgüter“ – dadurch, dass es die entsprechenden bei Strafe zu vermeidenden Unwert-Verwirklichungen festlegt und beschreibt“, heißt es bei Gropp.²

„In der Strafrechtswissenschaft wird die Notwendigkeit einer Beeinträchtigung der Rechte anderer oder der Allgemeinheit vielfach dahingehend formuliert, dass strafrechtliche Verhaltensnormen dem Schutz eines Rechtsguts dienen müssen“, stellt Frister fest.³

„Die strafrechtlichen Verhaltensnormen dienen nach heute ganz h.M. dem Schutz von Rechtsgütern“, schreibt Kindhäuser.⁴

Ähnliche Formulierungen findet man in fast allen anderen Lehrbüchern.⁵ Hingewiesen wird des Weiteren darauf, dass es dieses Zweckes bedarf, um die gravierende Qualität und Intensität des strafrechtlichen Eingriffs in den grundgesetzlich geschützten Status der Person zu legitimieren. So steht im Lehrbuch von Kindhäuser ein Absatz vor dem soeben zitierten Satz zum Rechtsgüterschutz Folgendes:

„Da die Verhängung von Kriminalstrafe das schärfste staatliche Reaktionsmittel ist und am intensivsten in die (grundrechtlich geschützte) Freiheitssphäre des Bürgers eingreift, steht das Strafrecht unter einem besonders hohen Legitimationsdruck“.⁶

Rechtsgüterschutz verleiht also dem Strafrecht Legitimation, d.h. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, das als Abwehrbollwerk den Bürger gegen illegitime Eingriffe nach Art und Intensität des Strafrechts abschirmt.⁷ Ob es allerdings für den Begriff des Rechtsgutes und die Beschränkung legitimen Strafrechts auf den Zweck des Rechtsgüterschutzes eine den Gesetzgeber bindende und beschränkende Verankerung im Grundgesetz gibt, ist heftig umstritten.

Das BVerfG ist nach Roxin „weit davon entfernt, die Tauglichkeit für den Rechtsgüterschutz zur Wirksamkeitsvoraussetzung von Strafvorschriften zu machen“.⁸ Auch in der Literatur besteht kein vollkommener Konsens über die Verfassungsrechtsqualität des Rechtsgutsgedankens.⁹ Mit der Mehrheit bin ich zwar der Ansicht, dass die strafrechtlegitimierende und strafrechtslimitierende Bedeutung des Rechtsgutes sehr wohl Ankerplätze im

* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam. Bei dem Beitrag handelt es sich um ein um Fußnoten ergänztes Manuskript des in gekürzter Form auf der Jahrestagung des Kriminalpolitischen Kreises am 9.11.2018 in Frankfurt/Main gehaltenen Vortrags.

¹ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 11.

² Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (2015), § 1 Rn. 149.

³ Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2018), Kapitel 3 Rn. 22.

⁴ Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), § 2 Rn. 6.

⁵ Vgl. z.B. Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2016), Rn. 3; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. (2018), § 3 Rn. 1, Rn. 9; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl. (2018), anders Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1993), Studienausgabe, 2. Abschn. Rn. 7 ff.

⁶ Kindhäuser, AT, § 2 Rn. 5.

⁷ Treffend Dubber, in: FS Lüderssen, 2002, S. 179: „Strafrecht ist prima facie illegitim.“

⁸ Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 86.

⁹ Nakamichi, ZIS 2017, 324: „Heutzutage spielt die Argumentationsformel ‘ohne faßbare Rechtsgutsverletzung keine Straftat’ keine entscheidende Rolle mehr.“

Grundgesetz hat.¹⁰ Allerdings stimme ich den Skeptikern insoweit zu, dass der Text des Grundgesetzes als Quelle zweifelsfreier Erkenntnisse darüber, was ein Rechtsgut ist und welche tatsächlichen oder potentiellen Gegenstände strafrechtlicher Regelung keine Rechtsgutsqualität haben, nur beschränkt aussagekräftig ist.¹¹ „Eine Allzweckwaffe ist das Rechtsgut nicht“, stellt *Kristian Kühl* pointiert fest.¹² Gerade in den umstrittenen Grenzfällen ist die streitentscheidende Potenz des Grundgesetzes schwach. Mit etwas resignierendem Unterton wird deshalb dem Gesetzgeber auch von Vertretern eines verfassungsrechtlich anerkannten Rechtsgutsbegriffs „ein ziemlich weitreichendes Beurteilungsmessen“ eingeräumt.¹³

Dies disqualifiziert das Rechtsgut jedoch nicht als Bezugs- und Ausgangspunkt strafrechtswissenschaftlicher Gesetzeskritik sowie strafrechtswissenschaftlicher Gesetzgebungsberatung. Auch wenn es das normenhierarchisch über dem Strafrecht schwebende Verfassungsrecht nicht gäbe, hätte jeder einzelne Bürger und damit die Gesellschaft insgesamt ein Interesse daran, dass Strafrecht vom Gesetzgeber nicht begründungsschwach, grenzenlos und ausufernd gestaltet wird, sondern nur innerhalb eines vernünftigen und sachlich begründeten Rahmens entfaltet werden kann. An der Entwicklung dieses Rahmens mitzuarbeiten ist eine Kernaufgabe der Strafrechtswissenschaft.¹⁴

Demgegenüber versteht sich Strafrechtswissenschaft nicht als ein dem *BVerfG* vorgeschaltetes Quasi-Verfassungsorgan, das dazu berufen ist, der Gesetzgebung aus dem Grundgesetz abgeleitete verbindliche Anweisungen zu erteilen.¹⁵ Der Einfluss der Strafrechtswissenschaft auf den Gang der Gesetzgebung ist weich und injustitiabel. Er äußert sich als Angebot der Zuarbeit an die Inhaber der Gesetzesinitiative und die gesetzgebenden Körperschaften in Form von Empfehlungen, Vorschlägen und Kritiken.¹⁶ Nicht Gesetzeskraft, sondern Überzeugungskraft ist das Instrument, mit der die Wissenschaft der Gesetzgebung Richtungen weisen und eventuell Schranken errichten kann. Schwach ist dieses Instrument, wenn bei dem Adressaten keine ausreichende Bereitschaft sich überzeugen zu lassen, vorhanden ist. Nicht selten ist die versuchte Anregung ein fehlgeschlagener Versuch.

Ähnlich verhält es sich mit dem Einfluss, den die Strafrechtswissenschaft auf den Gang der Rechtsprechung ausüben kann. Niemand wird in einem Rechtsmittelverfahren Aussicht auf Erfolg aus der zutreffenden Behauptung schöpfen können, das Tatgericht habe bei der strafrechtlichen Würdigung des Falles die brillanten Theorien einer beachtlichen Anzahl namhafter Strafrechtswissenschaftler ignoriert. Wünschenswert ist gewiss, dass die Strafrechtswissenschaft in der Kriminalpolitik und in der Strafrechtspflege Gehör findet. Einen einklagbaren Anspruch darauf gibt es aber nicht, weder für die Wissenschaftler selbst noch für die Bürger, die der Wissenschaft vielleicht mehr vertrauen als der Politik.

Deswegen muss man als Strafrechtswissenschaftler – auch wenn es schwerfällt – hinnehmen, wenn das Bundesverfassungsgericht feststellt, dass ein ausschließlich auf den Schutz von Rechtsgütern beschränkter legitimer Strafrechtswitz aus dem Grundgesetz nicht abgeleitet und daher z. B. die Pönalisierung des Geschwisterinzests nicht mit dem Argument verfassungswidrig defizitärer Rückbindung an ein schützenswertes Rechtsgut gekippt werden kann. Im Grundgesetz kommt das Rechtsgut explizit nicht vor.

Anders ist es auf der einfachgesetzlichen Ebene. Dass jedenfalls das Strafgesetzbuch selbst das Rechtsgut als Leitidee ernst nimmt, wird unübersehbar in § 34 StGB bestätigt. Hier erkennt das Gesetz an, dass die Abwendung einer Gefahr für ein Rechtsgut Vorrang genießen kann vor der Befolgung des Verhaltensappells, den der verwirklichte Straftatbestand trägt. Wenn also in der Notstandslage der Schutz des Rechtsgutes einen höheren Wert hat als das Schutzinteresse, dem der Straftatbestand selbst gewidmet ist, dann folgt daraus mit zwingender Logik, dass auch der Schutzgegenstand der Straftatbestände Rechtsgutsqualität hat. Wenn an der Bewahrung des Rechtsgutes ein gewichtigeres Interesse besteht als an der Unterlassung der tatbestandsmäßigen Handlung, dann muss das Rechtsgut einen höheren Wert haben als das Interesse, dem das Verbot tatbestandsmäßigen Handelns gewidmet ist. Das spricht dafür, das durch den Tatbestand geschützte Interesse als Rechtsgut zu definieren. Dass dabei Individualgüter zwar keine exklusive¹⁷ aber immerhin eine Vorrangstellung haben, ist ihrer hervorhebenden Erwähnung in § 34 S. 1 StGB ebenfalls zu entnehmen.

Von daher ist die in der Literatur zum Ordnungswidrigkeitenrecht verbreitete Überlegung plausibel, dass es im OWiG einer eigenständigen Norm über den entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) nicht bedarf, weil die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestands so gut wie immer durch Notstand gerechtfertigt sein wird, wenn die Tat erforderlich ist, um eine gegenwärtige Gefahr für ein Individualrechtsgut abzuwenden, § 16 OWiG.¹⁸ Denn was durch die Bußgeldtatbestände geschützt wird, hat entweder gar keine Rechtsgutsqualität oder ist ein Rechtsgut minderer Schutzwürdigkeit.

II. Individualrechtsgüter und überindividuelle Rechtsgüter

Um darlegen zu können, dass das geltende Recht deswegen entbehrliche Strafvorschriften enthält, weil einigen von ihnen kein oder kein hinreichend schutzwürdiges Rechtsgut zugrunde liegt, braucht man einen maßstabtauglichen Rechtsgutsbegriff. Dieser muss der Legislative vorgegeben sein, sodass es der Gesetzgebung verwehrt ist, sich der Kritik einfach dadurch zu entziehen, dass sie ein zu der Strafvorschrift passendes Rechtsgut erfindet.

Meines Erachtens ist dieser Punkt entscheidend mit dafür

¹⁰ Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. (2016), § 2 Rn. 16.

¹¹ Beck, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 45 (55).

¹² Kühl, in: FS Heinz, 2012, S. 766 (776).

¹³ Roxin, AT I, § 2 Rn. 93.

¹⁴ Prittwitz, ZStW 129 (2017), 390 (393).

¹⁵ Nakamichi, ZIS 2017, 324 (325).

¹⁶ Kubiciel, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 99 (118).

¹⁷ Roxin, AT I, § 16 Rn. 13.

¹⁸ Gürtler, in: Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 17. Aufl. (2017), § 16 Rn. 16.

verantwortlich, dass das Vertrauen in das strafrechtsbegrenzende Potential des Rechtsguts schwindet. Die Kriminalpolitik operiert mit einem Rechtsgutsbegriff, der sich den Gesetzen anpassen lässt statt umgekehrt. Dieser Rechtsgutsbegriff ähnelt einer Ampel, die während des Gesetzgebungsprozesses ausgeschaltet ist und plötzlich grünes Licht zeigt, wenn das Gesetz fertig ist.

Es kommt nicht mehr vor, dass die Schaffung eines Strafgesetzes auf Grund der Einsicht unterbleibt, dass dem Gesetz kein hinreichend schutzwürdiges Rechtsgut zugrunde gelegt werden kann. Wenn ein Strafgesetz erst einmal auf den Weg gebracht wird, fällt seinen Urhebern auch eine passende Rechtsgutsbeschreibung ein. Wo ein politischer Kriminalisierungswille ist, da findet sich auch eine Formel zur Übersetzung in die Kategorie des Rechtsgutes.

An dieser Entwicklung ist die Strafrechtswissenschaft nicht ganz unschuldig. Wir haben uns daran gewöhnt und geben es in der akademischen Juristenausbildung ja auch den künftigen jungen Juristen mit auf den Weg, dass es neben Individualrechtsgütern auch sogenannte überindividuelle Rechtsgüter gibt.¹⁹ Mit dieser zweiten Kategorie ist der Gesetzgebung das Tor zu einer weiträumigen Strafrechtsfabrik eröffnet, in der Strafgesetze produziert werden, denen man die Schutzfunktion in Bezug auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Vermögen usw. jedenfalls nicht auf Anhieb ansieht. Bei genauerem Hinsehen erweist sich dann vielleicht sogar, dass selbst ein indirekter Schutzeffekt für individuelle Rechtsgüter überhaupt nicht existiert. Das sollte dann ein Alarmsignal sein und Anstoß für kritisches Fragen nach der Legitimität dieser gesetzlichen Kriminalisierung geben.

Paradoxerweise eine der bedeutendsten Schwächen der Lehre vom strafrechtlich zu schützenden Rechtsgut ist ihre Beliebtheit. Diese äußert sich nämlich darin, dass viele sich dieses Themas annehmen und um seine Entwicklung ringen. Insbesondere das Streben nach einem optimalen Begriff des Rechtsgutes bringt immer wieder neue Formeln und Definitionen hervor.

„Für keinen anderen Grundbegriff des Strafrechts wird eine solche Vielfalt an zumeist nicht näher begründeten Definitionen angeboten, von denen zum Teil nicht einmal gesagt werden kann, wie sie sich zueinander verhalten“.

Diesen ernüchternden Befund untermauert *Günter Stratenwerth* in seinem Beitrag zur Lenckner-Festschrift so gleich mit der Aufzählung von elf Rechtsguts-Umschreibungen aus Lehrbüchern, Kommentaren und Monographien.²⁰ Ein solches Kaleidoskop fördert weder Einheit noch Konsens und bietet Gegnern Angriffsflächen. Wie soll das Rechtsgut ernst zu nehmende Strafrechtsbegrenzung leisten können, wenn seine Anhänger sich nicht einmal auf einen gemeinsamen Grundbegriff verständigen können?

Auch auf die Gefahr hin der Unterkomplexität geziehen

zu werden erscheint mir als der einzige gangbare Weg eine Vereinfachung durch Rückführung auf einen Begriffskern, über den allseits Einigkeit besteht. Kleinster gemeinsamer Nenner und damit zentraler Bezugspunkt der Definition ist für mich im Anschluss an *Albin Eser* das Individuum.²¹ Allein um die Bewahrung der Voraussetzungen einer menschenwürdigen Existenz des Individuums muss es bei der Bestimmung des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes gehen. Diejenigen Existenzbedingungen, die durch menschliches Verhalten beeinflussbar sind, sind das Material, das für Ausfüllung und Konkretisierung des Rechtsgutsbegriffs herangezogen werden kann und zwar auch in Bezug auf überindividuelle Rechtsgüter.

In vielen gängigen Formulierungen kommt dies zur Geltung, z.B. in dem Vorschlag von *Hans-Joachim Rudolphi*:

Rechtsgüter sind „für die verfassungsgemäße Stellung und Freiheit des einzelnen Bürgers unverzichtbare und deshalb werthafte Funktionseinheiten“.²²

Dabei muss eine besondere Betonung auf dem Wort „unverzichtbar“ liegen, da angesichts begrenzter Ressourcen nur unter dieser Bedingung ein gleiches Schutzniveau für alle realisiert werden kann. Es bedarf also einer Abgrenzung der Grundversorgung von Überfluss und Luxus. Damit soll keineswegs einem strafrechtlichen Minimalismus das Wort geredet werden, der nur noch unmittelbar Individualgüter schützende Straftatbestände wie Mord, Totschlag, Körperverletzung, Vergewaltigung, Freiheitsberaubung und Diebstahl gelten lassen will. Der Begriff des überindividuellen Rechtsgutes ist aus systematischen und didaktischen Gründen sinnvoll und gegen die Aussage, dass ein Straftatbestand ein überindividuelles Rechtsgut schützt, ist ebenfalls nichts Grundsätzliches einzuwenden. Denn letztlich impliziert der Schutz eines überindividuellen Rechtsgutes den Schutz von Individualgütern, deren Unversehrtheit nicht allein vom Unterbleiben unmittelbar schädigender Angriffe, sondern auch von der Funktionstüchtigkeit staatlicher Einrichtungen und Verfahren und der Sicherheit des öffentlichen Raums abhängig ist.²³

„Sowohl die Individualrechtsgüter als auch die Rechtsgüter der Allgemeinheit dienen im Ergebnis den Entfaltungsmöglichkeiten des Individuums“.

heißt es sehr treffend und anschaulich bei *Frister*.²⁴ Aber das Konstrukt des überindividuellen Rechtsguts hat nun einmal das Potential zum Geburtshelfer für Straftatbestände, denen der hinreichende Schutzbezug zu einem Individualgut fehlt. Mein Vorschlag ist daher, bei der Schaffung von Strafvorschriften mit überindividuellem Rechtsgut darauf zu achten, dass eine transparente tragfähige Ableitung aus einem strafrechtlich geschützten Individualrechtsgut nachgewiesen werden kann. Fehlt es daran, besteht zumindest erhöhter Begründungsbedarf.²⁵ Scheitert der Begründungsversuch, ist die Deliktssnorm im Strafrecht fehlplatziert und sie sollte – sofern es ihrer

¹⁹ Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, *Strafrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl. (2015), § 1 Rn. 26.; Heinrich, AT, Rn. 7; Rengier, AT, § 3 Rn. 3.

²⁰ Stratenwerth, in: FS Lenckner, 1998, S. 377 (378).

²¹ Eser, in: FS Lüderssen, 2002, S. 195 (200).

²² Rudolphi, in: SK-StGB, 6. Aufl. (Juni 1997), vor § 1 Rn. 8.

²³ Sternberg-Lieben, in: FS Paeffgen, 2015, S. 31 (33).

²⁴ Frister, AT, Kapitel 3 Rn. 23.

²⁵ Sternberg-Lieben, in: FS Paeffgen, S. 31 (34).

überhaupt bedarf – in das Ordnungswidrigkeitenrecht verlagert werden.

Ein Straftatbestand, der unmittelbar ein überindividuelles Rechtsgut schützt, muss mittelbar auch ein Individualrechtsgut schützen.²⁶ In strafrechtsdogmatischer Hinsicht hat dies in großem Umfang Strafbarkeitsvorverlagerungen vor allem in Gestalt von abstrakten Gefährdungsdelikten zur Folge.²⁷ § 316 StGB ist ein Straftatbestand zum Schutz von Leben, Gesundheit und Eigentum. Unmittelbar dient das strafbewehrte Verbot des Autofahrens unter Alkoholeinfluss dem Schutz des Allgemeinguts Verkehrssicherheit.²⁸ Dass damit zugleich die Zahl der bei Verkehrsunfällen Getöteten und Verletzten verringert werden soll, ist der tiefere Grund für die Legitimität dieser Pönalisierung und gewiss auch Voraussetzung für ihre Akzeptanz in der Bevölkerung.

In welchem Umfang man vorverlagerten strafrechtlichen Schutz von Individualrechtsgütern hinnehmen will, ist in erster Linie eine Frage der Verhältnismäßigkeit und der Risikotoleranz.²⁹ Bei deren Prüfung sollte man nicht kurzzeitig die Lebensbedingungen hier und jetzt zum Maßstab nehmen. Gesetzgebungskritik durch Strafrechtswissenschaft bewegt sich nicht ausschließlich in eine Richtung, nämlich Verhinderung und Beseitigung von Strafrecht. Unsere Aufgabe ist es auch, auf Strafbarkeitslücken aufmerksam zu machen und im Lichte notwendigen Rechtsgüterschutzes positive Strafgesetzgebung einzufordern. Angesichts schwer kalkulierbarer Gefahren für die elementaren Lebensgrundlagen künftiger Generationen durch menschengemachte Ressourcenvernichtung und klimazerstörendes Konsumverhalten halte ich eine weite Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes elementarer Humangüter nicht nur für vertretbar, sondern für geboten, ja alternativlos. Wenn es von unserem gegenwärtigen Lebensstil abhängt, ob den Menschen in fünfzig Jahren noch genügend sauberes Wasser, Luft zum Atmen und fruchtbare Böden zur Sicherung ausreichender Versorgung mit Nahrung zur Verfügung stehen wird, dann müssen gegenwärtig die notwendigen rechtlichen Weichenstellungen vorgenommen werden, auch wenn das für die Erhaltung der Lebensbedingungen bis zum voraussichtlichen Ende unseres eigenen Lebens nicht dringend erforderlich ist. Allein mit dieser Begründung ließe sich eine Verschärfung des Umweltstrafrechts rechtfertigen. Hätte vor Jahrzehnten ein weitsichtiger Gesetzgeber eine strafbewehrte Beschränkung des erst jetzt allmählich als Bedrohung wahrgenommenen Gebrauchs von Alltagsgegenständen aus Plastik vorgeschlagen, wäre er wahrscheinlich für verrückt erklärt worden. Heute sprechen wir darüber, dass es in absehbarer Zeit in den Ozeanen mehr Plastik als Fische geben wird und plötzlich schnellen Umfragewerte und Wahlergebnisse für Öko-Parteien in die Höhe. Im Strafgesetzbuch finde ich zu diesem Thema aber nur § 324 StGB und § 326 StGB, zwei Vorschriften, die offenbar gegen die Plastikvermüllung machtlos sind.

III. Misslungene Kriminalisierung

Für mich die schlimmste Abweichung der Strafrechtsgesetzgebung von der Bahn einer rechtsgutsgeleiteten Kriminalpolitik ist die Kreation des Pseudorechtsguts „Integrität des Sports“,³⁰ der wir nicht nur die Straftatbestände des Antidopinggesetzes, sondern im Kernstrafrecht die §§ 265c und 265d StGB zu verdanken haben.³¹ Das Individualrechtsgut, das durch die tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen beeinträchtigt wird, muss erst noch erfunden werden.³²

Gewiss ist der Spitzensport eine ergiebige Quelle der Vermögensmehrung für Angehörige einer winzigen gesellschaftlichen Oberschicht, die als Athleten, Trainer, Funktionäre oder Wettkampfveranstalter in der glücklichen Lage sind, außergewöhnliches sportliches Leistungsvermögen in gigantische Summen von Geld verwandeln zu können. Man kann also schon behaupten, durch die Pönalisierung von Regelverstößen im Spitzensport werde das Vermögen derjenigen geschützt, die sich an die Regeln halten und durch das unlautere Wettbewerbsverhalten ihrer Konkurrenten benachteiligt werden.³³

Aber in einer ähnlichen Lage sind auch beispielsweise Musiker, Schauspieler, Komiker, ja selbst Wissenschaftler, die auf ihrem Gebiet Besseres leisten als die breite Masse ihrer Berufskollegen. Es käme niemand auf die Idee mit dem Strafrecht dagegen vorzugehen, dass sich einzelne Vertreter dieser Branchen mit Psychopharmaka, Alkohol oder Rauschgift in Form bringen und einen Wettbewerbsvorteil gegenüber denjenigen Vertretern ihres Faches verschaffen, die auf derartige leistungsfördernde Hilfsmittel nicht zurückgreifen. Dabei könnte man ernsthaft darüber streiten, ob das, was die Spitzenkräfte der genannten kulturellen Bereiche leisten, für die Menschheit sogar wertvoller ist als sportliche Höchstleistungen etwa eines *Christiano Ronaldo*, *Usain Bolt* oder *Sebastian Vettel*.

Auf den Spitzensport können wir alle verzichten, oder wie wäre es sonst auf Dauer zu ertragen, dass in Burkina Faso keine Formel-1-Rennen ausgetragen werden und Madagaskar noch nie einen Olympiasieger in irgendeiner Sportart hervorgebracht hat? Dopingmissbrauch bei den Leichtathletikmeisterschaften in diesen afrikanischen Ländern wird dort wahrscheinlich auch kein gesellschaftliches Problem von überragender Bedeutung sein. Warum also bei uns?

Eine für die Freiheit des Bürgers unverzichtbare Funktionseinheit ist der Spitzensport nicht, weder in den armen Ländern der „Dritten Welt“ noch im reichen Europa. Was nicht gebraucht wird, das braucht auch nicht mit rechtlichen Mitteln gefördert oder geschützt zu werden, schon gar nicht mit dem Strafrecht.³⁴ Diese Argumentation wirkt sehr simpel und ist leicht aus den Angeln zu heben. Dazu

²⁶ Anders Kubiciel, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 99 (115).

²⁷ Sternberg-Lieben, in: FS Paefgen, S. 31 (34).

²⁸ Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 316 Rn. 1.

²⁹ Mitsch, JuS 2018, 1161 (1164).

³⁰ Swoboda/Bohn, JuS 2016, 686 (689): „sehr diffus“.

³¹ Lackner/Kühl, § 265c Rn. 1.

³² Ebenso bzgl. § 265d Schreiner, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 3. Aufl., (2019), § 265d Rn. 1.

³³ Schreiner, in: MüKo-StGB, § 265c Rn. 1; § 265d Rn. 3; Swoboda/Bohn, JuS 2016, 686 (689).

³⁴ Tendenziell anders Kubiciel, in: Zabel (Hrsg.), Strafrechtspolitik, 2018, S. 99 (115), wo allerdings der relevante Zusammenhang zwischen dem Sport, „den Millionen Menschen betreiben“ und Strafnormen, die allein auf Fehlverhalten im Bereich des Spitzensports abstellen, nicht erläutert wird.

bedarf es nur der hinreichend suggestiven Darlegung, dass das, was durch Strafvorschriften des Antidopinggesetzes oder durch §§ 265c, 265d StGB unmittelbar oder mittelbar geschützt wird, doch gebraucht wird und deshalb strafrechtlichen Schutz verdient. Wenn es sich dabei sogar um ein dringendes Bedürfnis zur Erhaltung oder Steigerung von Lebensqualität der Bürger handelt, dann ließe sich das zudem in die Kategorie des Individualgutes übersetzen. Notfalls müsste ein neues Individualrechtsgut erfunden werden, z. B. Unterhaltung oder Freude. Damit wäre der hier zugrunde gelegten Forderung, dass Strafvorschriften ihre Existenzberechtigung stets aus einem Schutzzweckzusammenhang mit einem Individualgut gewinnen müssen, entsprochen.³⁵

Wie gesagt, wir müssen in unserer demokratisch verfassten Gesellschaft selbst aushandeln, was uns wichtig ist und deshalb sogar mit dem Mittel des Strafrechts geschützt werden muss.³⁶ Was letztlich als Schutzgut in der Strafvorschrift abgebildet wird, ist eine „Konstruktionsleistung demokratischen Rechts“.³⁷ Wenn sich dabei die Wertung durchsetzt, Hochleistungssport sei ein unverzichtbares Requisit eines Lebens in Würde, Frieden und Gerechtigkeit, dann muss auch derjenige, der so etwas für absurd hält, dies als Mehrheitswille akzeptieren.³⁸

IV. Gelungene Nichtkriminalisierung

Es gibt keinen strafrechtlichen Schutz des Interesses an der Information über Strafverfahren. Es gibt aber angeblich ein starkes und auch schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit daran, über Strafverfahren informiert zu werden bzw. sich selbst informieren zu können und zwar auch durch Einräumung der Möglichkeit zur Beobachtung des Prozessgeschehens aus nächster Nähe als anwesender Zuhörer im Gerichtssaal. Bei besonders interessanten Fällen wie dem NSU-Prozess vor dem *OLG München* soll daraus ein Anspruch gegen die Justiz auf Erweiterung der Raumkapazitäten zur Ermöglichung unmittelbarer physischer Anwesenheit einer angemessenen Zahl von Medienvertretern plus einer nicht zu geringen Zahl weiterer Bürger erwachsen. Sogar die Zulassung von Live-Übertragungen aus dem Gerichtssaal wird unter dem Banner eines rechtlich schutzwürdigen Interesses gefordert. Wäre es also nicht diskutabel, die Beeinträchtigung dieses Informationsinteresses zum Gegenstand von Straftatbeständen zu machen?

„Das Strafrecht dient dem Schutz von Interessen, die der Rechtsgemeinschaft wichtig sind“, heißt es in dem allerersten Absatz des Leipziger Kommentar zum StGB.³⁹ Besteht an der richtigen Anwendung des § 169 GVG nicht ein Interesse, das der Rechtsgemeinschaft wichtig ist?⁴⁰ Immerhin ist der Verstoß gegen diese Norm im Kontext des Revisionsrechts ein absoluter Revisionsgrund (§ 338 Nr. 6 StPO), was ein Indikator für strafprozessrechtliche

Wichtigkeit ist.⁴¹ Korrespondiert diesem Interesse – einmal unterstellt, es existiert wirklich – aber ein „Rechtsgut“? Ist die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung eine „für die Freiheit des Bürgers unverzichtbare Funktionseinheit“? Darüber müssten wir streiten, wenn es Strafvorschriften gäbe, mit denen Behinderungen der Befriedigung des genannten Informationsinteresses pönalisiert werden.

Zu denken wäre an einen Amtsdeltatbestand, der den vorsätzlichen Verstoß gegen § 169 Abs. 1 S. 1 GVG erfasst oder einen allgemeinen Straftatbestand, der sich an Bürger richtet, die sich mit betrügerischen Mitteln zum Nachteil von Mitbürgern einen der raren Zuhörerplätze im Gerichtssaal verschaffen. Im geltenden Strafrecht findet man weder das eine noch das andere.⁴² Der Sonderdeliktstatbestand Rechtsbeugung passt schon deswegen nicht, weil sich in keinem Fall eindeutig feststellen lässt, dass der rechtswidrige Ausschluss der Öffentlichkeit „zugunsten oder zum Nachteil einer Partei“ wirkt. Das Informationsinteresse von Bürgern wäre zwar nachteilig berührt, aber der Bürger ist keine „Partei“ in dem Verfahren.⁴³ Der sich bewusst über § 169 GVG hinwegsetzende Richter begeht also keine Rechtsbeugung, er macht sich überhaupt nicht strafbar. Auch der Bürger, der sich z. B. einen der im „Windhund-Verfahren“ vergebenen Plätze im Zuhörerraum sichert, indem er sich in der Schlange der Anwärter vordrängt, begeht keine Straftat. Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) ist nicht einschlägig, weil der Zuhörer mit Einverständnis des Hausrechtsinhabers im Gerichtssaal anwesend ist.⁴⁴

Ich halte diesen Zustand der Strafflosigkeit für richtig und sehe deshalb in dem Wettbewerb zwischen „Interesse“ und „Rechtsgut“ um den Preis für das tauglichere Strafrechtsbegründungs- und Strafrechts-Begrenzungskriterium einen leichten Vorteil beim Rechtsgut. Es ist vielleicht nur eine Intuition, aber mir fällt es leichter, die Strafflosigkeit damit zu begründen, dass hier kein zu schützendes Rechtsgut existiert, als das Fehlen eines für die Rechtsgemeinschaft wichtigen Interesses zu behaupten.⁴⁵

V. Noch nicht gelungene Kriminalisierung: Zukunftssicherung durch Strafrecht

Es vergeht kein Tag, an dem nicht über Erderwärmung, Klimawandel und Klimaschutz geredet und geschrieben wird. Demgegenüber ist erstaunlich, wie wenig Resonanz das Thema bisher in der Strafrechtswissenschaft findet. Der einzige aktuelle Aufsatz an prominenter Stelle ist „Strafrecht und Klimaschutz“ von *Wolfgang Frisch* in *Goldammer's Archiv* 2015, S. 427 ff.⁴⁶ Wie fast jeder, der sich dazu äußert, verwendet auch *Frisch* gleich am Anfang die Worte „große Herausforderung“ und „Zukunftsaufgabe der Menschheit“, stellt aber sogleich fest, dass „ein spezi-

³⁵ Kudlich, ZStW 127 (2015), 635 (651).

³⁶ Stuckenberg, GA 2011, 653 (659).

³⁷ Gärditz, Der Staat, Bd. 49 (2010), S. 331 (353).

³⁸ Prittwitz, ZStW 129 (2017), 390 (392).

³⁹ Weigend, in: LK-StGB, Bd. 1, 12. Aufl. (2007), Einl. Rn. 1.

⁴⁰ Nach Trentmann, MMR 2018, 441 wird dem Öffentlichkeitsgrundsatz „uni sono eine hervorragende Bedeutung zugemessen“.

⁴¹ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl. (2018), Rn. 566.

⁴² Zu Verletzungen der Öffentlichkeit und den rechtlichen Konsequenzen von Coelln, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, S. 129 ff.

⁴³ Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. (2014), § 339 Rn. 12.

⁴⁴ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 123 Rn. 20.

⁴⁵ Kühl, in: FS Heinz, 2012, S. 766 (775).

⁴⁶ Seit dem aufrüttelnden Vortrag von Günter Stratenwerth auf der Baseler Strafrechtslehrtagung 1993 (ZStW 105 [1993], S. 679 ff.) war das Thema im strafrechtlichen Schrifttum nicht mehr sichtbar.

fisch strafrechtliches Interesse an der Thematik des Klimaschutzes gegenwärtig nahezu völlig“ fehle.⁴⁷ Am Ende seiner ernüchternden Bestandsaufnahme steht der Appell:

„Der Klimaschutz und die insoweit sachgerechte und legitimierbare Sanktionierung sind nach allem also ein Thema, dessen sich auch die Strafrechtswissenschaft weit mehr annehmen sollte, als dies bisher geschehen ist.“⁴⁸

Die Gründe für das kollektive Schweigen und Aussitzen⁴⁹ sind vielfältig. Einer von ihnen ist im Text von *Frisch* deutlich abgebildet: Schon das Wort „Zukunftsaufgabe“ ist ein irreführender Euphemismus, geht es doch darum, hier und jetzt – also gegenwärtig – das Notwendige zu tun, ganz zu schweigen von dem, was in der Vergangenheit bereits versäumt wurde.⁵⁰ Das gravierendste Defizit ist jedoch die sprachliche Verschleierung des individualgüterschädigenden Charakters des Phänomens. Die Rede ist von „Zielen des Klimaschutzes“⁵¹, „Folgen für diese Erde und die auf ihr lebenden Menschen“⁵², „Interesse eines menschengerechten Lebens zukünftiger Generationen“⁵³. Strafrechtlicher Umweltschutz, wo *Frisch* den Klimaschutz in Ermangelung eines spezifischeren Regelungsrahmens positivgesetzlich verankert sieht, wird als „Modellfall des Schutzes wichtiger Universalgüter“ bezeichnet.⁵⁴ Das ist alles richtig.

Aber es wirkt wie das Herumschleichen der Katze um den heißen Brei⁵⁵, wenn nicht klar und deutlich ausgesprochen wird, dass hinter dem, was abstrahierend und anonymisierend „Menschheit“⁵⁶ oder „zukünftige Generationen“ ge-

nannt wird, reale individuelle Menschen aus Fleisch und Blut stehen, deren Leben, Gesundheit und Eigentum gefährdet, ja zerstört wird.

Menschengemachte Klimaveränderung ist schlimmstenfalls massenhafte Todesverursachung⁵⁷, wie uns aktuelle Naturkatastrophen lehren. Das Strafrecht ist in erster Linie für den Schutz hochrangiger Individualgüter zuständig. Also hat es sich auch darum zu kümmern, dass diese Güter nicht durch Bedrohung von Umwelt, Natur und Klima in Gefahr gebracht werden.

Gewiss steht das akzessorische Strafrecht in diesem Bereich nicht an der vordersten Front, sondern muss abwarten, bis Politik und vorstrafrechtliche Gesetzgebung die Weichen gestellt haben. Aber ein Wächteramt hat meines Erachtens die Strafrechtswissenschaft schon in dem Sinne, dass sie impulsgebend in die zuständigen gesellschaftlichen Kreise und staatlichen Instanzen hineinwirkt. Voraussetzung dafür, dass diese Aufgabe so entschlossen wahrgenommen wird, wie *Wolfgang Frisch* es völlig zu Recht fordert, ist eine klare und unmissverständliche Definition der Bedrohungslage und der Schutzziele.

Dabei ist m.E. der Begriff des Rechtsguts mit seinen beiden Unterkategorien Individualgut und überindividuelles Rechtsgut ein bewährtes Instrument, um zu Zweck und Legitimation des Strafrechts gedanklich und sprachlich einen breiten Konsens herzustellen. Bei allen berechtigten Einwänden, die gegen manche Art der Verwendung des Rechtsguts-Narrativs erhoben werden, sollte darauf nicht grundsätzlich verzichtet werden.⁵⁸

⁴⁷ *Frisch*, GA 2015, 426.

⁴⁸ *Frisch*, GA 2015, 426 (440).

⁴⁹ Pointiert *Precht*, Jäger, Hirten, Kritiker, 2018, S. 46: „Wir wissen um den Klimawandel und seine verheerenden Auswirkungen – aber wir glauben es nicht.“, ebenso *Welzer*, Die smarte Diktatur, 2016, S. 275: „Vielleicht ist das irgendwann ein Problem – aber doch noch nicht jetzt! Und sicher betrifft es Menschen irgendwo – aber doch nicht uns! Und selbst wenn das beides der Fall sein sollte: Mir selbst wird das doch nicht schaden!“

⁵⁰ Für viele Staaten in der Südsee, in Afrika usw. ist die Lebens- und Existenzbedrohung schon längst gegenwärtige Realität, was uns in Westeuropa noch als apokalyptische Vision erscheint und von der die Älteren unter uns hoffen, dank der „Gnade der frühen Geburt“ den Eintritt der Katastrophe nicht mehr erleben zu müssen; vgl. *Joachim Müller-Jung*, in: Frankfurter Allgemeine Woche Nr. 50 v. 6.12.2018, S. 9: „Dabei gibt es Veränderungen, die vielen Menschen das Leben schon zur Hölle machen.“

⁵¹ *Frisch*, GA 2015, 426 (428).

⁵² A.a.O., 429.

⁵³ A.a.O., 432.

⁵⁴ A.a.O., 431.

⁵⁵ *Jung* (Fn. 50): „Die rhetorischen Eiertänze nehmen kein Ende.“

⁵⁶ So z. B. wieder Bundesentwicklungsminister *Gerd Müller* auf der Weltklimakonferenz am 3.12.2018 in Kattowitz: „die Überlebensfrage der Menschheit“.

⁵⁷ Dass es um „eine Frage von Leben und Tod“ geht, hat selbst UN-Generalsekretär *Antonio Guterres* am 3.12.2018 auf der Weltklimakonferenz in Kattowitz festgestellt.

⁵⁸ *Kühl*, in: FS Heinz, S. 766 (777).

Maßstäbe wissenschaftlicher Strafgesetzgebungskritik

von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel und
Prof. Dr. Thomas Weigend*

Abstract

Als Maßstab für eine Bewertung von Vorhaben der Strafgesetzgebung werden vielfach die Topoi des Rechtsgüterschutzes sowie des Strafrechts als ultima ratio vorgeschlagen. Beide weisen jedoch Defizite auf, insbesondere lassen sich „Rechtsgüter“ relativ leicht postulieren, ohne dass ihre Notwendigkeit rational überprüfbar wäre. Präziser ist der Maßstab des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; hier ist insbesondere die Eignung neuer Strafnormen zur Erreichung ihrer Zwecke ein auch praktisch relevantes Kriterium. Darüber hinaus schlagen die Autoren vor, Strafrechtsnormen vor allem danach zu beurteilen, ob sie in die vorhandenen Strukturen des Strafrechts einzupassen sind und ob sie den Freiheits(grund)rechten potentieller Täter genügend Raum lassen.

I. Einleitung

Gesetzgebung werde, so Oliver Lepsius, „in Deutschland bisweilen mit romantischen Vorstellungen assoziiert.“ Danach sollen „gute“ Gesetze „beständig, systematisch, neutral, sachgerecht und bestimmt“ sein.¹ Dazu passt die verbreitete Annahme, dass die Wissenschaft dem Gesetzgeber vorarbeiten müsse, dass sie ihm „große“ Konzeptionen vorzulegen habe, die nicht auf subjektiv-beliebigen, legislatorisch irrelevanten Ansichten beruhen, sondern die „Ergebnisse der internationalen Reformdiskussion konkretisierend ausarbeiten“, wie Claus Roxin um den Jahrtausendwechsel schrieb.² Kriminalpolitik wird demzufolge verstanden als die planvolle und in sich stimmige Gestaltung der strafrechtlichen Sozialkontrolle, die anerkannten kriminalpolitischen Grundsätzen folgt.³

Dieses Verständnis von Gesetzgebung als systematisch-schöpferischer Akt hält die Strafrechtswissenschaft der Wirklichkeit der Gesetzgebung entgegen, die als methodisch-konzeptionell beschränkt, beliebig und einzelfallorientiert,⁴ ja als populistisch gilt.⁵ Die Tendenz zur (quantitativen) Expansion und (qualitativen) Entgrenzung des Strafrechts versucht die Wissenschaft seit rund vier Jahrzehnten mit dem Rechtsgutsbegriff und der ultima-ratio-Formel einzufangen – bekanntlich mit bescheidenem

Erfolg. Zu der praktischen Folgenlosigkeit treten die theoretischen Defizite: Der Strafrechtswissenschaft ist es in den letzten Jahrzehnten weder gelungen, dem Rechtsgutsbegriff eine einigermaßen trennscharfe Kontur zu verleihen und dessen Geltung zu begründen,⁶ noch hat sie die ultima-ratio-Formel mit einem Gehalt versehen, der über die Prüfung der allgemeinen verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit⁷ hinaus ginge.⁸ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche (neuen) Maßstäbe wissenschaftlicher Gesetzgebungskritik an die Stelle der gerade genannten Begriffe und Formeln treten könnten. Der nachfolgende Beitrag soll dieser Diskussion als Grundlage dienen.

II. Kritik der traditionellen Rechtsgutsorientierung

Die traditionelle Lehre weist dem Strafrecht die Aufgabe zu, Rechtsgüter zu schützen. Dabei ist diese Aufgabenbeschreibung, die zugleich das staatliche Strafrecht legitimieren soll, zumindest ungenau. Denn nicht nur Straftatbestände schützen Rechtsgüter, dies tun auch andere Normen – bis hin zu den Hygienevorschriften eines öffentlichen Schwimmbades oder Krankenhauses.⁹ Bei Lichte besehen, schirmen viele Straftatbestände Rechtsgüter auch nicht umfassend gegen Gefahren ab, sondern nur gegen bestimmte Angriffsformen: das Vermögen gegen unreue Handlungen sowie gegen täuschungs- oder drohungsbedingte Selbstschädigungen, das Leben gegen zu-rechenbare vorsätzliche sowie objektiv und subjektiv sorgfaltspflichtwidrige Handlungen. Das Strafrecht will also nicht die Existenz von – wie auch immer zu verstehenden – Rechtsgütern garantieren,¹⁰ sondern die Beachtung von Verhaltensnormen, die subjektive Rechte und überindividuelle Institutionen schützen. Anders gewendet: Es schützt Verhaltensstandards im Umgang mit fremden Rechtspositionen. Auf diese Weise sichert es für das Sozialleben wichtige Verhaltenserwartungen und garantiert auf diese Weise Freiräume, in denen sich die Einzelnen idealiter konfliktfrei bewegen und ihr Leben nach ihren Vorstellungen gestalten können.

Dieser Blick auf das Strafrecht ist deutlich komplexer als jener der Rechtsgüterlehre.¹¹ Während letztere das soziale

* Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Wirtschaftsstrafrecht und Leiter der Forschungsstelle für Verbandssanktionenrecht an der Universität Augsburg. Prof. Dr. Thomas Weigend war bis 2016 Vorstand des Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht an der Universität zu Köln.

¹ Lepsius, JZ 2018, 295.

² Roxin, in: Eser/Hassemmer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 369 (387 f.).

³ Kaiser, Kriminologie, 3. Aufl. (1996), § 99 Rn. 11; dazu Putzke, in: FS Schwind, 2006, S. 111, 114.

⁴ S. dazu Kubiciel, JZ 2018, 171.

⁵ Dazu auch Stuefer, Journal für Strafrecht 2018, 297 (300).

⁶ Dazu statt vieler Engländer, ZStW 127 (2015), 616; Stuckenberg, ZStW 129 (2017), 349.

⁷ S. hierzu zusammenfassend Schmahl, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1 (2019), S. 59-62.

⁸ Gärditz, JZ 2017, 641; Jahn/Brodowski, ZStW 129 (2017), 363; Kubiciel, ZStW 129 (2017), 473 (487 ff.).

⁹ Auf diese „Trivialität“ hinweisend Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2002, S. 16; hier zitiert nach Pawlik (Hrsg.), Günter Jakobs – Strafrechtswissenschaftliche Beiträge, 2017, S. 65 (79).

¹⁰ Dazu mit weiteren Nachweisen Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 53 f.

¹¹ Dazu bereits Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 137 ff.

Leben aus der Perspektive des Trägers eines Rechtsgutes betrachtet und folglich primär dessen Schutzinteressen erfasst, geht der hier vorgeschlagene Ansatz davon aus, dass sich das Strafrecht auf die Gesellschaft als Ort einer Vielzahl von Interaktionen bezieht und durch die Sicherung von Normen an einer möglichst schadensfreien Koordination von Interaktionen innerhalb der Gesellschaft mitwirkt. Die vom Strafrecht garantierten Verhaltensnormen haben unterschiedliche, oft gegenläufige Freiheitsinteressen zu berücksichtigen und zu kanalisieren.

Dass eine Verhaltensnorm einem legitimen Ziel (also einem „Rechtsgut“) dienen soll, ist im Übrigen nur selten zweifelhaft. Denn in aller Regel haben Staat und Gesellschaft schon über die Schutzwürdigkeit eines Rechtsgutes entschieden, bevor sich die Frage stellt, ob einzelne Angriffe auf ein subjektives Recht oder eine Institution unter Strafe gestellt werden sollen.¹² Dass ein Recht oder eine Institution grundsätzlich schutzwürdig sind, sagt aber noch nicht, dass auch die Reichweite und die konkrete Ausgestaltung der Strafnorm legitimierbar sind.¹³ So kann etwa in Bezug auf das Verbot der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe nicht in Abrede gestellt werden, dass das Leben sowie die Autonomie alter oder kranker Menschen generell schützenswerte Interessen sind. Ob zum Schutz dieser Interessen jedoch eine Strafnorm geeignet und notwendig ist, die es unter allen Umständen verbietet, entscheidungsfähigen Menschen geschäftsmäßig Hilfe zu ihrer Selbsttötung zu gewähren, lässt sich mit guten Gründen bezweifeln.¹⁴

III. Strafrecht als Mittel zum Schutz von Menschenrechten

Ein allgemeiner Ansatz zur Legitimierung von Strafrechtsnormen kann die Orientierung an den Menschenrechten sein: Der Staat hat, wie das Bundesverfassungsgericht schon in seiner ersten Entscheidung zu § 218 StGB herausgearbeitet hat,¹⁵ gegenüber den Grundrechtsträgern positive Schutzpflichten; und es kann geboten sein, einer solchen Schutzpflicht durch den Erlass und die Durchsetzung von Strafrechtsnormen gerecht zu werden.¹⁶ *Schünemann* nennt – von seinem rechtsgutsbezogenen Ansatz aus – „die angeborenen Rechte Leben, Leib und Freiheit sowie für alle entwickelten Gesellschaften das Eigentum“

als „evidente Beispielsfälle“¹⁷ für Güter, die der Staat durch Strafrecht zumindest vor vorsätzlicher Schädigung zu schützen berechtigt und verpflichtet ist. In der Tat ist der wirksame Schutz dieser Interessen eines jeden Individuums Voraussetzung dafür, dass die Menschen frei und ohne ständige Existenzangst zusammenleben können.

Eine Orientierung allein an diesen basalen Individualgütern griffe jedoch zu kurz. Die Gewährleistung von Leben, Gesundheit, Freiheit und Eigentum mag in einer primitiven Gemeinschaft genügt haben; unter den heutigen Bedingungen einer vielfach vernetzten, komplex strukturierten globalen Gesellschaft, die aus Individuen und Kleingruppen mit differenzierten Bedürfnissen besteht, reicht dieser Schutz jedoch für die ungestörte Entfaltung der Persönlichkeit und die Garantie minimal komfortabler Lebensbedingungen jedes Einzelnen nicht mehr aus. Nahelegend ist etwa, dass auch die Erhaltung einer lebensfreundlichen Umwelt notwendig ist. Darüber hinaus gibt es eine große Zahl an sozialen, wirtschaftlichen und politischen Institutionen, die ebenfalls unverzichtbare Beiträge zur Verwirklichung personaler Freiheit leisten. So bedarf es etwa eines funktionierenden und ökonomisch lebensfähigen Systems der Gesundheitsvorsorge und der medizinischen Versorgung wie auch der Versicherungen für Lebensrisiken und für die wirtschaftliche Versorgung nach der Zeit des Berufslebens. Auch der funktionierende wirtschaftliche Wettbewerb ist ein wichtiges Element sowohl zur Sicherung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeit als auch zur Vermeidung der wirtschaftlichen Ausbeutung vieler zur Bereicherung Weniger.¹⁸

IV. Strafrecht und Gesellschaft

Schwierig und umstritten ist die Frage, ob der Gesetzgeber auch Verhaltensnormen mit Strafe bewehren darf, die allein oder primär moralische Vorstellungen von einem „richtigen“ Leben in der Gemeinschaft spiegeln.¹⁹ Hierzu gehören zum einen Strafvorschriften, die hauptsächlich Normen des Anstands, vor allem auf sexuellem Gebiet, schützen wollen,²⁰ wie etwa das Verbot der Vornahme sexueller Handlungen in der Öffentlichkeit (§ 183a StGB), zum anderen Tatbestände, die der politischen Desintegration vorbeugen wollen, wie das Verbot der Ausschwitz-

¹² Selbst den viel kritisierten Straftatbeständen zum Schutz des organisierten Sports und seiner Integrität (§§ 265c, 265d StGB) kann man kaum attestieren, ihnen fehle ein legitimes Ziel: Ein Staat, der eine gesellschaftlich wichtige Institution wie den organisierten Sport in vielfältiger Hinsicht, nicht zuletzt mit erheblichen finanziellen Mitteln fördert, darf diese Institution auch vor einer korruptiven Unterminierung ihrer konstitutiven Regeln abschirmen (str.; siehe dazu *Momsen*, KriPoZ 2018, 21 einerseits, *Kubicel*, KriPoZ 2018, 29 andererseits).

¹³ Zur begrenzten Reichweite des Argumentationstopos „Rechtsgüter-schutz“ eingehend und zutr. *Hilgendorf*, in: Hilgendorf/Kudlich/Vallerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 1 (2019), S. 813-832 (der eine Integration von Rechtsgüter- und Verhältnismäßigkeitsargumentation vorschlägt).

¹⁴ Zum einen kann man in diesem Tatbestand eine systemwidrige Kriminalisierung einer Beihilfe zu einer straflosen Haupttat sehen (*Hoven/Weigend*, ZIS 2016, 681 [682]), zum anderen reicht die Verhaltensnorm des § 217 StGB in widersprüchlicher Weise weiter als das Verbot des Totschlags bzw. der Tötung auf Verlangen bei tater-schaftlichen Formen der Sterbehilfe (*Kubicel*, ZIS 2016, 396 [401 f.]). Der Tatbestand ist daher zumindest erheblich einzuschränken, wenn – verfassungsrechtlich relevante – Friktionen aufgelöst werden sollen.

¹⁵ BVerfGE 39, 1 (41).

¹⁶ Diesen Ansatz zur Legitimation des Strafrechts entfaltet *Dearing*, *Justice for Victims of Crime*, 2017.

¹⁷ *Schünemann*, ZIS 2016, 654 (662).

¹⁸ Zu der Frage, ob der Staat weitere Institutionen von sozialer, aber nicht von essentieller wirtschaftlicher Bedeutung, wie etwa den organisierten Sport, gegen eine korruptive Unterminierung schützen darf, s. Fn. 12.

¹⁹ Bejahend *Nettesheim*, *Liberaler Verfassungsstaat und gutes Leben*, 2017, S. 64, 87 ff. Zurückhaltend, aber nicht gänzlich ablehnend *Hörnle*, in: Dreier/Hilgendorf (Hrsg.), *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, 2008, S. 315 ff. Ablehnend hingegen *Neumann*, FS Fischer, 2018, S. 183 (190 f.).

²⁰ Siehe zu solchen Vorschriften *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2003; *Simester/von Hirsch*, *Crimes, Harms and Wrongs*, 2011, S. 91 ff.

Lüge sowie des Tragens von Kennzeichen verfassungsfeindlicher Organisationen.²¹ Zum Teil lassen sich solche Strafnormen damit begründen, dass ohne sie die Gefahr gewaltsamer Auseinandersetzungen über sensible Themen im öffentlichen Diskurs entstünde oder verstärkt würde; zum Teil lassen sich jedoch keine individuell oder gesellschaftlich notwendigen Phänomene aufzeigen, die durch eine Streichung solcher Inkriminierungen von Anstandsverstößen beeinträchtigt würden. Solche Tatbestände stellen daher in einem auf die Rechte und Lebensbedingungen der Menschen orientierten Strafrechtssystem eine Ausnahme dar und stehen unter einer besonders hohen Rechtfertigungslast.²² Ob sie dieser Rechtfertigungslast gerecht werden können, hängt maßgeblich von der Gesellschaft ab, in der die vom Strafrecht garantierten Rechtsnormen ihre freiheitsermöglichende Wirkung entfalten sollen: In einer auf Anstandsverstöße empfindlich reagierenden Gesellschaft kann die Vornahme sexueller Handlungen in der Öffentlichkeit erheblich stärkere Folgen (Desintegration, Meidung bestimmter öffentlicher Plätze etc.) haben als in einer diesbezüglich gleichgültig reagierenden Gesellschaft. Und ein Staat wie die Bundesrepublik Deutschland, der sich als Gegenmodell zum NS-Staat konstituiert hat, kann es um seiner politischen Identität willen nicht hinnehmen, dass der Holocaust öffentlich geleugnet wird. Allerdings sind solche Sensibilitäten der Gesellschaft auch in einer geschichtlichen Dimension zu sehen: Wenn in der Zukunft das NS-Regime und die Shoa einmal zu rein historischen Vorgängen werden und keinen aktuellen Einfluss auf die politische Identität der Bundesrepublik Deutschland mehr haben, wird auch der Straftatbestand des § 130 Abs. 3 StGB seine Akzeptanz und Legitimation verlieren.

Auch in anderer Hinsicht prägt die gesellschaftliche Entwicklung die Gestalt des Strafrechts. So ist die Expansion des Strafrechts zum Teil auch einer zunehmenden Komplexität unserer Lebensverhältnisse geschuldet. Mit neuen, noch vor wenigen Jahrzehnten schlicht unvorstellbaren Möglichkeiten der Kommunikation und Informationssammlung oder auch der Medizin und der Pharmazie entstehen nicht nur neue Entfaltungsmöglichkeiten, sondern auch neue Abhängigkeiten von eben diesen neuen Möglichkeiten, die zum notwendigen Teil eines „guten“ Lebens geworden sind. Wenn etwa die ungestörte Teilnahme am Datenaustausch für die meisten Menschen in fast allen Gesellschaften der Erde zu einem Essentiale ihres Lebens geworden ist, bedarf es auch des Strafrechts, um diese Teilnahmemöglichkeit gegen vorsätzliche Beeinträchtigungen zu schützen (vgl. §§ 202a-202d, 269 StGB).

V. Orientierung am verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der (zumeist leicht zu führende) Aufweis eines legitimen „Schutzgutes“ ist jedoch nur der erste Schritt bei der Rechtfertigung des Bestehens einer Strafnorm. Eine ebenso zentrale Frage geht dahin, wie die Verhaltensnorm beschaffen sein darf, die das als sozial notwendig identifizierte Interesse schützen soll. Bei der Beantwortung dieser Frage ist der Gesetzgeber stärker gebunden, als es die Rechtsgüterlehre zu zeigen vermag: Er muss für die Garantie einer Verhaltensnorm nicht nur einen Zweck²³ nennen können, der sich in die übergeordnete normative Identität der Gesellschaft einfügt. Die Verhaltensnorm muss vielmehr darüber hinaus geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen; sie muss das dafür am wenigsten einschneidende Mittel sein; und sie darf in die Freiheit des betroffenen Individuums nicht in übermäßiger Weise eingreifen.

Das sind gängige verfassungsrechtliche Maßstäbe für jeden Grundrechtseingriff. Kriminalpolitische Fragen im Verfassungsrecht zu verorten, ist allerdings unerlässlich, da das Verfassungsrecht – in einem umfassenden, das Unions(verfassungs)recht und die EMRK einbeziehenden Sinne – die einzigen *rechtsverbindlichen* Grenzen der Gesetzgebung markiert.²⁴

Bei manchen neueren Straftatbeständen stellt sich schon die Frage, ob die vom Strafgesetzgeber aufgestellte Verhaltensnorm überhaupt geeignet ist, das vorgegebene Ziel der Verhaltenssteuerung zu erreichen. Dazu nur drei Beispiele:

a) Die §§ 299a, 299b StGB kriminalisieren den korruptiven Tausch eines Vorteils gegen gesundheitsrechtswidriges Verhalten im Zusammenhang mit einer Heilbehandlung. Strafbar ist dieser Tausch jedoch nach der *lex lata* nur, wenn dadurch zugleich der *Wettbewerb* auf dem Gesundheitsmarkt beeinträchtigt wird. Dies wirft die Frage auf, ob die medizinrechtlichen Primärnormen und das darauf bezogene Vertrauen der Patienten nicht auch dann geschützt werden sollten, wenn die korruptive Handlung den Wettbewerb nicht beeinflusst. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, das Vertrauen der Patienten zu schützen, wirklich erreicht werden kann, wenn etwa die Bestechung von Apothekern ausgeklammert wird.

b) Wird das Verbot der Bestechung und der Bestechlichkeit von Bediensteten ausländischer Staaten mit dem Ziel begründet, die Lauterkeit des ausländischen öffentlichen Dienstes zu schützen²⁵ bzw. einen Beitrag zur Good Governance fremder Staaten zu leisten²⁶, drängt sich die

²¹ Vgl. zu § 130 Abs. 3, 4 StGB *Jakobs* (Fn. 9), S. 87 (95 f.); *Kubiciel* (Fn. 10), S. 75.

²² Diesen Ausnahmecharakter sollte die Strafrechtswissenschaft hervorheben (s. namentlich *Roxin*, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn. 51 ff.) und nicht durch eine Uminterpretation in Ehrschutz- oder Organisationsdelikte zu kaschieren versuchen.

²³ Treffend *Jakobs* (Fn. 9), S. 82: ein Rechtsgut als „Normmotiv“.

²⁴ Schon aus diesem Grund ist die Forschung zum Strafverfassungsrecht weiter voranzutreiben. Grundlegend dazu *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998. Aus neuerer Zeit *Kaspar*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 338 ff.; *Gaede*, Der Steuerbetrug, 2016, S. 303 ff. sowie – unter Fortführung eines Ansatzes von *Joachim Vogel – Burchard/Jahn*, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 27 ff., 63 ff.

²⁵ BT-Drs. 18/4350, S. 24.

²⁶ So *Maas*, NStZ 2015, 305 (308); *Pieth*, in: FS Fuchs, 2014, S. 367 (375).

Frage auf, ob ein deutscher Straftatbestand mit seinem engen transnationalen Geltungsbereich²⁷ geeignet ist, dieses Ziel zu erreichen.²⁸

c) An der Eignung des Glücksspielverbots zum Schutz von Spielern lässt sich zweifeln, wenn das deutsche Recht – aus offenkundig fiskalischen Gründen – inländische Formen des Glücksspiels erlaubt, während es Angebote aus dem EU-Ausland trotz ihrer teilweise sogar höheren Schutzstandards bei Strafe verbietet.²⁹

Solche sachlich nicht erklärbaren Inkohärenzen zwischen dem proklamierten Ziel und der inhaltlichen Ausgestaltung einer Strafnorm sind nicht nur kriminalpolitisch fragwürdig, sondern begründen auch Zweifel an ihrer verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit.³⁰

VI. Orientierung an vorhandenen Grundstrukturen des Strafrechts

Die Prüfung eines Straftatbestandes am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips kann also, wie die Beispiele zeigen, durchaus ertragreich sein. Dennoch bleibt die Strafrechtswissenschaft dazu aufgerufen, eigene, genuin strafrechtliche Kriterien für die Prüfung der Legitimation von (neuen) Straftatbeständen zu entwickeln.³¹ Zwei Gründe sprechen dafür, sich dieser schwierigen und oft entgegungsvollen Aufgabe zu widmen:

Erstens stellen Kriminalisierungsentscheidungen stets Abwägungsentscheidungen dar zwischen den Grundrechten, die eingeschränkt werden, und jenen Grundrechten und Gemeinschaftsbelangen, die geschützt werden sollen. Diese Abwägung produziert jedoch nur in den seltensten Fällen evidente – im Sinne von: nicht hinterfragbare – Ergebnisse. Zumeist hängt die Überzeugungskraft des Abwägungsergebnisses von der Rationalität der Begründung ab: Je genauer und umfassender die Begründung, umso akzeptabler das Ergebnis. Eine derartige Begründung darf dabei nicht jene Besonderheiten ausblenden, die das Strafrecht – d.h. seine Tatbestände und ihre Rechtsfolgen – von anderen Eingriffsrechten des Staates unterscheidet. Folglich ist es Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, zunächst festzustellen, worin diese Besonderheiten liegen. Nur wenn sie diese Aufgabe erfüllt und die Spezifika des Strafrechts nicht in einer allgemein-verfassungsrechtlichen Perspektive aufgehen lässt, kann sie gegenüber dem Gesetzgeber mit diesen Besonderheiten argumentieren.

Zweitens hat die Strafrechtswissenschaft ein eigenes Interesse daran zu zeigen, dass sie in der Lage ist, die verfassungsrechtliche Kontrolle mit strafrechtstheoretischen

Kriterien anzureichern: Nur auf diese Weise kann sie deutlich machen, dass sie mehr ist als eine „angewandte Verfassungsrechtswissenschaft“. Will die Strafrechtswissenschaft also das Feld der wissenschaftlichen Strafrechtspolitik bestellen und dabei ihre disziplinäre Unabhängigkeit bewahren, kommt sie an der Entwicklung eigener Prüfungskriterien für die Inkriminierung von Verhaltensweisen nicht vorbei.

Damit stellt sich die Frage, wie genuin strafrechtstheoretische Maßstäbe für eine Kontrolle von Straftatbeständen gewonnen werden können, die nicht den Vorwurf auf sich ziehen, lediglich die philosophischen Präferenzen, dogmatischen oder ideologischen Überzeugungen oder andere subjektiven Richtigkeitsvorstellungen des jeweiligen Autors widerzuspiegeln.³²

Ein Weg könnte darin bestehen, neue Straftatbestände an der (inneren) Systematik des geltenden Strafrechts zu messen, also zu prüfen, ob sie das geltende Recht unter Beachtung der ihm eingeschriebenen Grammatik fortentwickeln.³³ Die methodische Grundlage dieser Methode besteht darin, das „Gegenwärtige und Wirkliche“ zu erfassen, nicht etwas „Jenseitiges“ zu begründen, an dem die Wirklichkeit zu messen ist (*Hegel*).³⁴ Das Unterfangen erschöpft sich nicht in einer eher äußerlichen, formalen Kohärenzkontrolle, die etwa das Verhältnis der neuen Tatvarianten des § 299 StGB zu § 266 StGB erörtert. Vielmehr ist in den tieferliegenden Schichten des geltenden Strafrechts nach „vernünftigen“, d.h. sachgerechten und legitimierbaren Strukturen zu suchen, die als Prüfungskriterien an einen neuen Straftatbestand angelegt werden können. Respektiert dieser die dem Recht eingeschriebenen Strukturen, so stellt er eine – im strafrechtswissenschaftlichen Sinne – richtige Fortentwicklung des Rechts dar. Bricht der Tatbestand dagegen aus diesen Strukturen aus, so weckt dies Zweifel daran, dass der Gesetzgeber einen legitimen Zweck mit erforderlichen und angemessenen Mitteln verfolgt hat.

Zu den vorgegebenen und jedenfalls nicht prinzipiell aufgebaren Strukturen gehören diejenigen, die die *Zurechnung* von Handlungen und insbesondere von Erfolgen zu einzelnen Personen betreffen. Der Gesetzgeber hat daher dafür Sorge zu tragen, dass die strafrechtlich geschützten Verhaltensnormen konsistent und insbesondere mit den Regeln über die Verteilung von Verantwortungsbereichen kompatibel sind. Von Bedeutung für die legitime Ausgestaltung einer Verhaltensnorm ist mithin die Frage, ob sie dem Adressaten legitimerweise strafrechtliche Zuständigkeit zuweist oder ob sie ihm in unzulässiger Weise eine

²⁷ Zum Zusammenhang zwischen Legitimation der Norm und ihrem transnationalen Anwendungsbereich *Weigend*, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 109 ff.; *T. Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 709 f.

²⁸ Zu diesbezüglichen Zweifeln s. etwa *Kubiciel*, in: Hoven/Kubiciel (Fn. 27). Dagegen meint *Hoven*, Auslandsbestechung, 2018, S. 532, die Entscheidung, ausländische Verwaltungen mit Hilfe des deutschen Strafrechts bessern zu wollen, sei eine „normativ-abstrakte und [könne] nicht von den faktischen Zuständen in den jeweiligen nationalen Behörden abhängen.“

²⁹ Kritisch dazu *Kubiciel*, NVwZ 2018, 841.

³⁰ *Gaede*, Der Steuerbetrug, 2016, S. 353 f.

³¹ Darauf insistiert auch *Greco*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 13. S. ferner *Kubiciel*, in: FS Fischer, 2018, S. 143 (151 ff.).

³² Zur Kritik an diesem methodischen Vorgehen *Roxin* (Fn. 2), S. 387 f. Von einer „Lieblingsphilosophenmethode“ spricht *Hörnle*, in: Festschrift zum zweihundertjährigen Bestehen der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 1265 ff. Zustimmung *Gärditz*, Verfassungsblog vom 14.10.2018.

³³ Dazu bereits *Kubiciel* (Fn. 10), S. 153.

³⁴ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Vorrede, S. 32. – Da die Strukturen auf ihre Vernünftigkeit zu befragen sind, lässt sich diesem Vorgehen nicht vorhalten, dass ihm eine gesetzessystematische Methodik zugrunde liege. Strukturen, die real vorhanden und zugleich vernünftig sind, zeichnen sich dadurch aus, dass sie keine „falschen Besonderheiten“ sind, sondern sich über die Zeit als stabile Elemente des Strafrechts erwiesen haben, die dazu beitragen, dass das Strafrecht in einer Gesellschaft Rechtsnormen als Voraussetzung personaler Freiheit garantiert.

Verantwortung für fremde Rechtskreise zuschreibt. Ausgangspunkt dieser Überlegungen sind die tradierten Formen der Zuständigkeitsverteilung, die häufig bei der Lehre von der objektiven Zurechnung diskutiert werden. Diese Formen der Zuständigkeitsverteilung findet der Gesetzgeber im geltenden Strafrecht vor.³⁵ Er kann sie nicht „überspringen“, ohne sich in Friktionen zu verstricken. Wer etwa die Unterstützung eines freiverantwortlichen Suizids unter Strafe stellen will (§ 217 StGB), muss begründen können, weshalb der Gehilfe für das (freiverantwortliche) straflose Handeln des Suizidenten (mit-)verantwortlich sein soll. Wer die „Beteiligung an einer Personengruppe“ pönalisiert, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt (vgl. § 184j StGB), muss erklären, weshalb (und unter welchen Umständen) er dem „Beteiligten“ die Begehung der Straftat durch eine andere Person zurechnet oder – falls nicht – weshalb er das Unrecht bereits in der Anwesenheit in einer Gruppe sieht.

Eine Strukturanalyse kann ferner hilfreich bei der Erörterung der Frage sein, ob ein Straftatbestand wie § 89a StGB tatsächlich eine unzulässige Verlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld eines Versuchs darstellt,³⁶ oder ob abstrakte Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht eine Abweichung vom „Normalstrafrecht“ darstellen und daher einer besonderen Legitimation bedürfen.³⁷ Schließlich gehört auch die Unterscheidung von negativen und positiven Pflichten (d.h. Schädigungsverbote und Förderungsverbote) zur Grundstruktur des (Straf-)Rechts. Letztere zeigt zugleich, dass die Postulation positiver Pflichten einer besonderen Begründung bedarf.

Die Analyse vorhandener strafrechtlicher Strukturen ist selbstredend keine Zauberformel, die die strafrechtstheoretischen Grenzen des Gesetzgebers auf einen griffigen Punkt bringt. Schon das Herausarbeiten dieser inneren Strukturen des Strafrechts ist schwierig, und erst recht die Beantwortung der Frage, ob eine neue Strafnorm mit diesen Strukturen in Einklang steht. Dennoch zeigen die angeführten Beispiele, dass es aussichtsreich sein kann, die Grammatik des geltenden Strafrechts als einen Richtkeitsmaßstab an neue Straftatbestände anzulegen.

VII. Gegenläufige Faktoren?

Wenn man einer Uferlosigkeit des Strafrechts – und damit auch einer Inflation der strafrechtlichen Sanktionen – entgegenwirken möchte, dürfte der effektive Ansatz heute weniger bei einer Kritik an der Erfindung neuer „Rechtsgüter“ liegen. Diese mögen manchmal ungeschickt formuliert sein; der Sache nach geht es aber häufig um den Schutz von Institutionen, die heute – bewusst oder unbewusst – von vielen Menschen als unverzichtbar für ein geordnetes, komfortables Leben in Freiheit angesehen werden. Dem Drang zu einem immer weiter reichenden Ausbau von Verhaltensnormen – die teilweise auch Handlungen erfassen, die weit im Vorfeld einer eigentlichen Beeinträchtigung liegen – kann man besser dadurch Einhalt gebieten, dass man die *Gegenrechte des Individuums* ge-

gen eine Kriminalisierung betont. Vertraut ist dies als verfassungsrechtliches Standardargument im Bereich von ausdrücklich geschützten Grundrechten, wie etwa der Meinungs- und Pressefreiheit. Wenn der Strafgesetzgeber in deren Schutzbereich eingreifen möchte, muss er sich stets die Bedeutung des Grundrechts vor Augen führen. Ähnliches sollte für den Bereich der nach Art. 1 Abs. 1 mit Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatsphäre gelten, die freilich aufgrund ihres prinzipiell passiven Charakters nur selten durch neue oder alte Strafnormen beeinträchtigt wird.³⁸

Relativ schwach fällt dann jedoch der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit aus – sie wird zwar durch strafrechtliche Verbote immer berührt, ist aber schon nach Art. 2 Abs. 1 GG selbst durch die Rechte anderer und die verfassungsmäßige Ordnung beschränkt. Letztere wird bekanntlich mit der Gesamtheit der verfassungsgemäß erlassenen Gesetze gleichgesetzt.³⁹ Eine solche rein formale Betrachtung wird jedoch dem Spezifikum des Strafrechts nicht gerecht. Zu fragen ist vielmehr, ob die Strafnorm gerade unter dem Aspekt ihrer Besonderheit als Strafgesetz, das heißt, angesichts der mit ihr notwendig verbundenen moralischen Missbilligung des beschriebenen Verhaltens, notwendig ist. Wenn es allein darum geht, bestimmte Verhaltensweisen zurückzudrängen oder mit negativen Folgen zu belasten, bedarf es der besonders gewichtigen *strafrechtlichen* Sanktionierung nicht. Diese enthält eine besonders radikale und schwerwiegende Einschränkung der Handlungsfreiheit; sie kann nur dann legitim sein, wenn gerade die für das Strafrecht charakteristische Verbindung von Verbot, ethischem Tadel einer Missachtung des Verbots und Auferlegung einer gewichtigen Sanktion notwendig ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn schon eines oder zwei dieser Elemente den Zweck der Verhaltenssteuerung in hinreichender Weise erfüllen. Deshalb haben etwa die Androhung einer Geldbuße nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht oder die bloße gesellschaftliche Verurteilung eines Fehlverhaltens als minder schwere Eingriffe in die Freiheit Vorrang vor der Inkriminierung durch ein Strafgesetz.

Außerdem ist danach zu fragen, ob die betreffende Verhaltensnorm so beschaffen ist, dass ihre Übertretung einen der anerkannten Zwecke der Strafe auslösen muss. Dabei handelt es sich einerseits um Retribution, andererseits um die symbolische Bestätigung der Geltung der vom Täter missachteten Norm. Ist etwa bei einem wenig gewichtigen Verstoß keine dieser Reaktionen notwendig, um die durch die Normverletzung ausgelösten Folgen zu beseitigen, so darf der Staat diesen Verstoß nicht unter Strafe stellen. Ein Beispiel kann der Gebrauch von Cannabis sein: Darin liegt kein so gewichtiger moralischer Verstoß, dass auf ihn mit einer unrechtsvergeltenden, missbilligenden Sanktion geantwortet werden muss; und man kann auch mit guten Gründen bezweifeln, dass die Verhaltensnorm „Verwende kein Cannabis!“ einer symbolischen Bekräftigung durch staatliche Verurteilung und Bestrafung bedarf. Da etwaige medizinische Nachteile des Cannabis-Konsums nur den Täter selbst treffen und da die Norm ohnehin von einem beachtlichen Teil der Bevölkerung nicht mehr

³⁵ Pawlik (Fn. 11), S. 146 (158 ff.).

³⁶ Dazu zuletzt Frisch, in: FS Fischer, 2018, S. 315 ff.

³⁷ Dazu Kubicieł, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen. Strukturen und Motive, 2015, S. 158 ff.

³⁸ S. aber die Abwägung im Volkszählungsurteil BVerfGE 65, 1 (39 ff.).

³⁹ Grundlegend BVerfGE 11, 1.

als verbindlich angesehen wird, liefe eine Norm“bestätigung“ durch Strafe weitgehend ins Leere.

Das Beispiel zeigt einmal mehr, dass man aus den Spezifika des Strafrechts selbst Grenzen für eine legitime Inkriminierung ableiten kann. Selbstverständlich können aus solchen Überlegungen, wie schon gesagt, keine intersubjektiv zwingend überzeugenden, „harten“ Beschränkungen staatlicher Strafgesetzgebung gewonnen werden. Die genannten Kriterien können jedoch, über die Stufen der allgemeinen verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung hinaus, kriminalpolitische Prüfsteine für strafrechtliche Gesetzgebungsvorhaben sein.

VIII. Zusammenfassung

Unsere Überlegungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

a) Der Rechtsgutsgedanke ist für eine Kritik von Strafgesetzgebung defizitär, da er allenfalls eine Mindestvoraus-

setzung der Inkriminierung benennt. Zudem sind unter den heutigen Lebensbedingungen zahlreiche institutionelle Voraussetzungen des Zusammenlebens schutzbedürftig, so dass die „klassischen“ Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Freiheit sicher nicht mehr ausreichen.

b) Wesentlich kommt es auf die Ausgestaltung der strafrechtlichen Verhaltensnorm an. Für deren Beurteilung gibt das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip ein gutes Gerüst. Es ist jedoch inhaltlich mit spezifisch strafrechtlichen Kriterien aufzufüllen.

c) Solche Kriterien können zunächst aus der „Grammatik“ des geltenden Strafrechts, insbesondere – aber nicht nur – aus der Verteilung von Zuständigkeiten zur Schadensverhinderung zwischen verschiedenen Personen, gewonnen werden. Weitere einschränkende Kriterien ergeben sich aus dem Spezifikum des Strafrechts, das moralischen Tadel mit der Verhängung erheblicher Sanktionen verbindet, sowie aus den legitimen Zwecken der Bestrafung.

Strafprozessrechtliche Vorhaben im Koalitionsvertrag

von Prof. Dr. Karsten Altenhain*

Abstract

In der 18. Legislaturperiode vom 22.10.2013 bis zum 24.10.2017 verabschiedete der Deutsche Bundestag insgesamt 32 Gesetze, durch welche die StPO geändert wurde, darunter zuletzt insbesondere das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.8.2017. Für die 19. Legislaturperiode haben CDU, CSU und SPD weitere Gesetzesvorhaben vereinbart, mit denen sie „die Strafprozessordnung modernisieren und Strafverfahren beschleunigen“ wollen, um „das Vertrauen in den Rechtsstaat“ zu stärken.¹ Mag diese Zielsetzung noch berechtigt erscheinen, jedenfalls wenn man einer Umfrage aus dem Frühjahr 2018 folgt, wonach 43 % der Bevölkerung überhaupt kein oder nur ein eher geringes Vertrauen in die Justiz haben,² so ist doch fraglich, ob Ursache hierfür das Strafverfahrensrecht ist, das die Koalitionäre allein in den Blick nehmen, und ob die geplanten Gesetzesänderungen irgendetwas zur Wiedergewinnung verlorenen Vertrauens beitragen könnten.

I. Überblick

Im Koalitionsvertrag stehen insgesamt neunzehn Maßnahmen, die ganz oder zum Teil das Strafverfahren betreffen. Acht Gesetzesvorhaben sind unter der Überschrift „Verfahrensrecht“ zusammengefasst und sollen ausdrücklich der Stärkung des Vertrauens in den Rechtsstaat durch Modernisierung der StPO und Beschleunigung der Strafverfahren dienen. Verbindlich angekündigt werden sechs Maßnahmen, von denen vier bereits auf dem Zweiten Strafkammertag 2017 erörtert wurden und dort gefassten Beschlüssen zumindest stark ähneln.³ Dies sind die Erweiterung des Selbstleseverfahrens, die Bündelung von Nebenklagen, die Vereinfachung der Ablehnung missbräuchlicher Befangenheits- und Beweisanträge und die Einführung eines Vorab-Entscheidungsverfahrens bei Besetzungsrügen. Daneben ist eine Ausweitung der DNA-Analyse auf äußerliche Merkmale (Haar, Augen, Hautfarbe) und das Alter vorgesehen sowie die Einführung gesetzlicher bundeseinheitlicher Qualitätsstandards für Gerichtsdolmetscher. Zwei weitere Vorhaben stellen die Koalitionäre unter den Vorbehalt, sie zunächst „prüfen“ zu

wollen. Das gilt für „die systematische Kodifizierung der Regeln zur Zulässigkeit von Beweiserhebung und -wertung“ und die „Rechtsgrundlage für die Tatprovokation“.⁴ Sie bleiben im Folgenden außer Betracht.

II. Qualitätsstandards für Dolmetscher

Dieses dürfte das einzige Vorhaben sein, das bislang keiner Kritik ausgesetzt ist. Auf ein bundeseinheitliches Regelwerk für Gerichtsdolmetscher hat der Gesetzgeber im Jahr 2013 bei der Umsetzung⁵ der Richtlinie 2010/64/EU⁶ noch verzichtet, weil er das bestehende Recht im Hinblick auf die in Art. 5 der Richtlinie geforderte Qualität der Dolmetscherleistung für ausreichend hielt.⁷ Daher fehlen bis heute eine klare Definition der Stellung und Aufgabe des Dolmetschers sowie eine umfassende Regelung seiner Rechte und Pflichten vor Gericht und im gesamten Verfahren. Das Gesetz enthält insoweit nur rudimentäre Regelungen wie die Pflichten, „treu und gewissenhaft“ zu übertragen und verschwiegen zu sein (§ 189 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 GVG). Es gibt außerdem keine einheitlichen Qualitätsstandards, weder was die Kenntnisse der Fachsprache und der Verfahrensrolle betrifft, noch hinsichtlich der Art der Ausbildung und Prüfung. Die Sicherung der Qualität liegt bislang einerseits beim Vorsitzenden, der den Dolmetscher nach freiem Ermessen auswählt, ohne dabei an Nachweise (z.B. allgemeine Bestellung, staatliche Prüfung) gebunden zu sein (vgl. § 189 GVG) oder dessen Sprachkompetenz beurteilen zu können, und andererseits bei den Bundesländern, die unterschiedliche Regeln zur fachlichen und persönlichen Eignung und zu deren Nachweis aufgestellt haben.

III. Modernisierung des Selbstleseverfahrens

Der Anwendungsbereich des Selbstleseverfahrens wurde erst Anfang 2018 erheblich erweitert, als der Gesetzgeber den Begriff der Urkunde auf verlesbare elektronische Dokumente ausdehnte (§ 249 Abs. 1 S. 2 StPO).⁸ Seither ist auch bei ihnen das Selbstleseverfahren zulässig. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um originär elektronische Dokumente handelt oder um solche, die erst für die e-Akte

* Karsten Altenhain ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Medienrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa, eine neue Dynamik für Deutschland, ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Berlin, 7.2.2018, S. 124, Z. 5794-5796.

² Pollitix, Vertrauen in politische und gesellschaftliche Institutionen, 2018, abrufbar unter: https://pollitix.de/wp-content/uploads/2018/05/pollitix_Vertrauen-in-politische-und-gesellschaftliche-Institutionen.pdf (zuletzt abgerufen am 7.1.2019).

³ Zweiter bundesweiter Strafkammertag am 26.9.2017 in Würzburg, Dokumentation, 2018, S. 72, 73, 75, 77. Es kommt daher nicht von ungefähr, wenn am Ende des Tagungsbandes unter der Überschrift „Echo der Politik“ der Abschnitt im Koalitionsvertrag zum Verfahrensrecht abgedruckt wird; a.a.O., S. 96.

⁴ Koalitionsvertrag (Fn. 1), S. 124, Z. 5797-5808.

⁵ Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren v. 2.7.2013; BGBl. I 1938.

⁶ Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren; ABl. L 280 v. 26.10.2010, 1.

⁷ BT-Drs. 17/12578, S. 7.

⁸ Art. 1 Nr. 23 Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs v. 5.7.2017, BGBl. I 2208 (2212).

umgewandelt worden sind (§ 32e Abs. 1 StPO).⁹

Die angekündigte Modernisierung des Selbstleseverfahrens zielt zunächst nicht auf eine erneute Ausweitung seines Anwendungsbereichs ab. Die Änderung wird aber den Weg dafür frei machen, dass das bislang als Ausnahme¹⁰ von der Verlesung angesehene Selbstleseverfahren künftig zum Regelfall werden kann.

Vorgesehen ist eine Einbeziehung der Öffentlichkeit. Die Urkunden sollen künftig „nicht nur den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung gestellt“ werden, sondern „mit Hilfe elektronischer Terminals [oder Projektoren] auch der interessierten Öffentlichkeit im Sitzungssaal“.¹¹ Dadurch soll dem Vorwurf, das Selbstleseverfahren verstoße gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK), begegnet werden. Ihn hatte zuletzt wieder die Expertenkommission erhoben. Ihre Forderung, die 1987 abgeschaffte¹² Mitteilung des wesentlichen Inhalts einer Urkunde durch den Vorsitzenden wieder einzuführen,¹³ greift der Koalitionsvertrag nicht auf.

Mit der stattdessen geplanten Selbstlesemöglichkeit der Öffentlichkeit geht ein Paradigmenwechsel einher. An die Stelle des mit dem Selbstleseverfahren konfligierenden Mündlichkeitsgrundsatzes,¹⁴ der eigentlich nur das Mittel beschreibt, wie die Information der Öffentlichkeit gewährleistet wird,¹⁵ tritt ein Transparenzgrundsatz, der das Ziel – die Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Verfahrens einschließlich der Beweisaufnahme – nennt, zu dessen Erreichung dann auch andere Mittel als die Verlesung einer Urkunde oder die Mitteilung ihres wesentlichen Inhalts in der Hauptverhandlung in Betracht kommen.¹⁶

Was zunächst für den Urkundenbeweis vorgesehen ist, könnte in späteren Reformschritten auch bei der Einnahme des Augenscheins Anwendung finden.¹⁷ Das wäre für die Öffentlichkeit eine Verbesserung, weil ihr bislang

keine Möglichkeit zur sinnlichen Wahrnehmung eingeräumt werden muss, wenn dem tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen.¹⁸ Es wäre außerdem ein Weg, künftig vermehrt audio-visuelle Aufzeichnungen (z.B. von Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren¹⁹) in die Hauptverhandlung einzuführen.²⁰ Und in letzter Konsequenz könnte es dazu führen, dass ganze Hauptverhandlungstermine, die nur solchen Beweisaufnahmen dienen, „durch eine Auslegung der Dokumente sowie Online-Veröffentlichung von Verfahrensschritten (etwa Anordnung des Selbstleseverfahrens, abschließende Feststellung seiner Durchführung) kompensiert werden“.²¹ Stellt man dann noch solche virtuellen Hauptverhandlungstermine den realen gleich, kann das wiederum die Einhaltung der Unterbrechungsfristen (§ 229 StPO) erleichtern.²²

IV. Gebündelte Vertretung der Interessen von Nebenklägern

Die Koalition will „in besonders umfangreichen Strafverfahren die gebündelte Vertretung der Interessen von Nebenklägern durch das Gericht“ ermöglichen.²³ Hier kündigt sich zwar kein Paradigmenwechsel an, aber vielleicht eine pragmatischere Sicht auf die Belange des Opfer-schutzes.

Die Koalition nimmt Vorschläge der Expertenkommission und des Strafkammertags auf.²⁴ Dort wird allerdings keine Beschneidung des Rechts des Nebenklägers verlangt, sich des Beistands eines Rechtsanwalts zu bedienen (§ 397 Abs. 2 S. 1 StPO). Angeregt wird nur eine Einschränkung des Anspruchs bestimmter Nebenkläger auf einen vom Staat (und im Falle einer Verurteilung vom Angeklagten) bezahlten Rechtsbeistand (§ 397a Abs. 1 StPO). Eine solche Reform würde allerdings keine genuin rechtliche Frage aufwerfen, sondern eine politische: Inwieweit soll der Staat Nebenklägern einen Anspruch auf Bestellung eines kostenlosen Rechtsbeistands einräumen?²⁵

⁹ BT-Drs. 18/9416, S. 63.

¹⁰ BGHSt 57, 306 (310: „Ausnahmecharakter“); *Frister*, in: SK-StPO, Bd. V, 5. Aufl. (2016), § 249 Rn. 57.

¹¹ *Graf-Schlicker*, in: Strafkammertag (Fn. 2), S. 25 (32).

¹² Art. 1 Nr. 16 StVÄG 1987 v. 21.1.1987, BGBl. I 475 (476).

¹³ BMJV (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 23, 142. Ein weiterer Grund für diese Forderung ist die Transparenz, inwieweit die Urkunde aus der Sicht des Gerichts wesentlich ist. Auch von anderer Seite wird kritisiert, dass der Angeklagte erst im Urteil erfahre, „welche der umfänglich außerhalb der Hauptverhandlung gelesenen Urkunden für die Entscheidungsbildung von Relevanz“ sind (*Norouzi*, AnwBl Online 2018, 290 [291 f.]). Die StPO verpflichtet jedoch das Gericht grundsätzlich nicht dazu, sich zu Inhalt und Ergebnis einzelner Beweiserhebungen zu erklären (BGHSt 43, 212 [215]). Dem Angeklagten steht nur das Recht zu, selbst eine Erklärung abzugeben (§ 257 Abs. 1 StPO).

¹⁴ Dieser findet im Gesetz keine Erwähnung, sondern wird §§ 261, 264 StPO („Verhandlung“) entnommen (Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 61. Aufl. (2018), § 261 Rn. 7). Er reicht also höchstens soweit, wie das Gesetz nicht andere Kommunikationsformen zulässt, etwa in §§ 249 Abs. 2, 257a StPO.

¹⁵ Die Rüge, das Selbstleseverfahren führe dazu, dass das Gericht seine Überzeugung nicht mehr aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpfe (vgl. *Frister*, in: SK-StPO, § 249 Rn. 54 m.w.N.), wäre berechtigt, wenn zum Inbegriff ausschließlich dasjenige gehören würde, was in der Hauptverhandlung mündlich erörtert wurde. Dagegen spricht aber gerade § 249 Abs. 2 StPO, der den Mündlichkeitsgrundsatz einschränkt und den Inbegriff auf das im Selbstleseverfahren zur Kenntnis Genommene erstreckt.

¹⁶ *Graf-Schlicker*, in: Strafkammertag (Fn. 2), S. 25 (32).

¹⁷ So auch bereits ein Beschluss auf dem 2. Strafkammertag (Fn. 2), S. 77.

¹⁸ *Rogall*, in: SK-StPO, Bd. I, 5. Aufl. (2018), § 86 Rn. 23.

¹⁹ Zur Notwendigkeit und Zulässigkeit der Einführung einer Aufzeichnungspflicht *Altenhain*, ZIS 2015, 269; *ders.*, in: Barton/Dubelaar/Kölbel/Lindemann (Hrsg.), „Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit“. Fehlurteile im Strafprozess, 2018, S. 225.

²⁰ Das „Selbst-Seh-Verfahren“ wird auch im Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (49), angeregt. Allerdings wird hinzugefügt, dass dadurch „ebenso wie durch das Selbstleseverfahren die Transparenz des Verfahrens für die Öffentlichkeit eingeschränkt [wird], so dass es vom Gesetzgeber in einer grundsätzlich öffentlichen Hauptverhandlung kaum zum Regelfall erhoben werden kann“.

²¹ *Graf-Schlicker*, in: Strafkammertag (Fn. 2), S. 25 (33).

²² A.a.O.

²³ Koalitionsvertrag (Fn. 1), S. 124, Z. 5797-5799.

²⁴ Expertenkommission (Fn. 12), S. 146; 2. Strafkammertag (Fn. 2), S. 75. Auch von Seiten der Anwaltschaft kommt Zustimmung: DAV, Stellungnahme 53/2017, S. 3 („noch zu zaghaft“); *Norouzi*, AnwBl Online 2018, 290 (291); s. bereits *Pues*, StV 2014, 304 (309); anders aber *Özata*, HRRS 2017, 197 (201).

²⁵ *Mutzbauer*, in: Expertenkommission (Fn. 12), Anlagenband II, 2015, S. 202.

Er könnte diese Wohltat ganz streichen und es bei der Gewährung von Prozesskostenhilfe (§ 397a Abs. 2 StPO) belassen.²⁶ So weit wollen Expertenkommission und Strafkammertag aber nicht gehen. An die Stelle der geltenden Regelung, wonach der Vorsitzende bestimmten Nebenklägern den von ihnen frei gewählten Rechtsbeistand grundsätzlich beordnen muss (§§ 397a Abs. 3 S. 2, 142 Abs. 1 S. 2 StPO), so dass die Anordnung eines Gruppenbeistands nur ausnahmsweise zulässig ist (z.B. für Ehefrau und minderjähriges Kind des Getöteten²⁷), soll eine Regelung treten, die den Vorsitzenden ausdrücklich ermächtigt, einen Gruppenrechtsbeistand²⁸ beizuordnen, wobei Expertenkommission und Strafkammertag über die Voraussetzungen uneins sind.

Zu klären sind dabei insbesondere zwei Fragen: Soll die Bestellung eines Gruppenrechtsbeistands in jedem Verfahren möglich sein oder nur bei umfangreichen Verfahren und ab einer bestimmten Anzahl von Nebenklägern? Häufig wird diese Frage mit Verfahren im Umfang des NSU- oder Loveparade-Verfahrens (96 bzw. 60 Nebenkläger und 62 bzw. 35 Nebenklagevertreter²⁹) assoziiert oder des Verfahrens gegen den Krankenpfleger *Niels Högel*, dem die Ermordung weiterer 100 Menschen vorgeworfen wird (126 Nebenkläger, 17 Nebenklagevertreter³⁰). Die Gerichte haben jedoch die Bestellung von Gruppenrechtsbeiständen schon in Fällen erörtert, in denen es um ein einzelnes Tötungsdelikt ging, bei dem das Opfer 4, 8 oder 13 nahe Angehörige (§ 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO) hinterließ, für die zwei, sechs oder sieben Anwälte ihre Beordnung beantragten.³¹

Zweitens ist zu klären, wonach sich bestimmt, ob für bestimmte Nebenkläger ein gemeinsamer Rechtsbeistand bestellt werden kann. Das soll davon abhängen, ob ihre Interessen gleichgerichtet sind. Aber welche Interessen sind relevant? Die Gerichte hatten es in den drei genannten Fällen mit nahen Angehörigen (§ 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO) zu tun, die sich – aus Gründen, die nichts mit dem Strafverfahren zu tun hatten – tatsächlich nicht nahe standen, und entschieden unterschiedlich.³² Der Strafkammertag empfiehlt deshalb eine Regelung, wonach Angehörige in der Regel einen gemeinsamen Rechtsbeistand erhalten sollen, weil sie grundsätzlich gleichgelagerte Interessen

hätten.³³ Das kehrt nur die Darlegungslast um, benachteiligt eine Nebenklägergruppe und führt zu einer Gewichtung der Motive für die Anschlussklärung, obwohl diese nach dem Gesetz gleichgültig sind.³⁴

Konsequent wäre es, ausschließlich dasjenige Interesse als berechtigt anzuerkennen, das dem Institut der Nebenklage zugrunde liegt: das Interesse des Nebenklägers, darüber zu wachen und darauf zu dringen, dass in Verfahren und Urteil anerkannt wird, dass er selbst oder sein naher Angehöriger tatbestandsmäßig und rechtswidrig verletzt worden ist. Dazu gehört vor allem sein Interesse, sich oder den nahen Angehörigen vor der Zuweisung einer Mitverantwortung oder Mitschuld durch den Angeklagten zu verteidigen.³⁵ Dieses Interesse ist bei den Nebenklägern regelmäßig gleich und steht der Bestellung eines Gruppenrechtsbeistands nicht entgegen.

Damit wäre der Weg frei für die Anordnung eines Gruppenrechtsbeistands bei *allen* Nebenklägern – also im Rahmen des § 397 Abs. 2 StPO. Nur wenn man die Bestellung oder die Verpflichtung zur Wahl eines gemeinsamen Rechtsbeistands unabhängig von der Frage regelt, wer für die Kosten der Einzelbeistände aufkommt, kann man die Zahl der Rechtsbeistände in der Hauptverhandlung wirklich begrenzen.³⁶

Dass es möglich sein muss, eine Grenze zu ziehen,³⁷ zeigen Strafverfahren wie das gegen *Anders Breivik* mit 785 Nebenklägern, anlässlich dessen in das norwegische Strafverfahrensrecht eine Regelung eingefügt wurde (§ 107h StrP³⁸), die es dem Gericht erlaubte, die Zahl der Rechtsbeistände in der Hauptverhandlung³⁹ auf drei Gruppenrechtsbeistände zu reduzieren.⁴⁰ Auch in den Verfahren vor dem IStGH kann das Gericht bei einer Vielzahl von Verletzten verlangen, dass sie einen oder mehrere gemeinsame Rechtsbeistände (common legal representatives) wählen oder ihnen solche zuweisen (Rule 90 ICC RPE⁴¹).⁴²

V. Vereinfachte Ablehnung missbräuchlicher Befangenheits- und Beweisanträge

Die Koalition kündigt an, sie werde „die Ablehnungsmög-

²⁶ Nur dies verlangt Art. 13 Richtlinie 2012/29/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI, ABl. L 315 v. 14.11.2012, 57. Ausdrücklich heißt es in Erwägungsgrund (47): „Die Mitgliedstaaten sollten nur die notwendigen Kosten der Opfer erstatten müssen, die durch deren Teilnahme am Strafverfahren entstehen, nicht aber die Rechtsanwaltskosten der Opfer.“

²⁷ *OLG Hamburg*, NStZ-RR 2013, 153; ebenso *OLG Köln*, StV 2014, 278 (279).

²⁸ Eine Mehrfachvertretung ist bei Nebenklägern zulässig; § 146 StPO gilt hier nicht. Es fehlt allerdings eine Berücksichtigung im Gebührenrecht.

²⁹ *Dauster*, in: FS Breidling, 2017, S. 43 (49); <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2017/12/loveparade-unglueck-verteidigerriege-vergroessert-sich-zum-prozessaufakt> (zuletzt abgerufen am 7.1.2019)

³⁰ https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/oldenburg_ostfriesland/Die-Morde-des-Krankenpflegers-Zahlen-zum-Prozess,hoegel1218.html (zuletzt abgerufen am 7.1.2019).

³¹ Fälle des *OLG Köln*, StV 2014, 277; des *OLG Hamburg*, NStZ-RR 2013, 153, und des *OLG Düsseldorf*, BeckRS 2015, 14047. Gegen eine Einschränkung auf besonders umfangreiche Strafverfahren daher 2. Strafkammertag (Fn. 2), S. 57.

³² Vgl. einerseits *OLG Düsseldorf*, BeckRS 2015, 14047; *OLG Hamburg*, NStZ-RR 2013, 153 f.; andererseits *OLG Köln*, StV 2014, 277 (278).

³³ 2. Strafkammertag (Fn. 2), S. 58, 75.

³⁴ *Dauster*, in: FS Breidling, 2017, S. 43 (51).

³⁵ Ausführlich *Altenhain*, JZ 2001, 791 (795 f., 800); ebenso *Dauster*, in: FS Breidling, 2017, 43 (44); Meyer-Goßner/*Schmitt*, vor § 395 Rn. 1.

³⁶ Ebenso *Dauster*, in: FS Breidling, 2017, S. 43 (50).

³⁷ Richtlinie 2012/29/EU steht nicht entgegen, da sie nicht vorschreibt, dass dem Opfer für die Hauptverhandlung ein individueller Rechtsbeistand zusteht.

³⁸ Abrufbar unter: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1981-05-22-25> (zuletzt abgerufen am 7.1.2019).

³⁹ Daneben gab es individuelle Beistände außerhalb der Hauptverhandlung. Dafür auch Expertenkommission (Fn. 12), S. 146.

⁴⁰ Ausführlich *Pues*, StV 2014, 304 (307 f.).

⁴¹ Abrufbar unter: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/legal-texts/rulesprocedureevidenceeng.pdf> (zuletzt abgerufen am 7.1.2019).

⁴² Ausführlich *Pues*, StV 2014, 304 (305 f.); s. auch *Hoven*, ZIS 2014, 679 (697); *Safferling*, ZStW 122 (2010), 87 (107); *Trüg*, ZStW 125 (2013), 34 (66).

lichkeiten von missbräuchlichen Befangenheits- und Beweisanträgen weiter vereinfachen“.⁴³ Sie knüpft damit an ihre Gesetzesänderungen in der 18. Legislaturperiode an. Seither kann das Gericht bei Befangenheitsanträgen eine fristgebundene, schriftliche Begründung verlangen (§§ 26 Abs. 1 S. 2, 26a Abs. 1 Nr. 2, 29 Abs. 3 StPO) und im Falle einer Antragstellung vor Beginn der Hauptverhandlung diese trotzdem eröffnen (§ 29 Abs. 1 S. 2 StPO). Außerdem kann es für Beweisanträge, die nach Abschluss der von ihm vorgesehenen Beweisaufnahme gestellt werden, eine Frist setzen und unentschuldigt verspätete Anträge im Urteil bescheiden (§ 244 Abs. 6 S. 2-4 StPO).⁴⁴ Diese Änderungen gingen auf Vorschläge der Expertenkommission zurück.⁴⁵ Was nun angekündigt wird, kann sich auf deren Expertise nicht mehr stützen.

1. Beweisanträge

Soweit es die Beweisanträge betrifft, votierte die Expertenkommission gerade nicht dafür, erweiterte Möglichkeiten zu schaffen, um Beweisanträge ablehnen zu können. Der Versuch, Anträgen ihre Beweisantragsqualität abzusprechen, löse das Problem nicht, führe zu einer schwer überschaubaren Differenzierung und Komplizierung des Beweisantragsrechts und benachteilige den unzureichend oder gar nicht Verteidigten.⁴⁶

Diese Warnung schlägt die Koalition in den Wind, falls sie nun der Forderung des Strafkammertags nachgibt, „ins Blaue hinein“ gestellte Beweisanträge durch erhöhte gesetzliche Anforderungen“ zu unterbinden.⁴⁷ Dabei versteht der Strafkammertag unter „ins Blaue hinein“ gestellt nicht nur solche Anträge, denen jeder Anhaltspunkt für das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache fehlt, sondern auch solche, denen es an einer Darlegung der – einfachen oder gar erweiterten – Konnexität mangelt.⁴⁸

Angesichts des langen Schweigens des Gesetzgebers ist nicht davon auszugehen, dass er die BGH-Rechtsprechung, deren Kodifizierung der Strafkammertag fordert, in Bausch und Bogen ablehnt. Falls er die Ansicht teilen sollte, dass ein Antrag „ins Blaue hinein“ kein Beweisantrag ist, dann empfiehlt es sich, dass er den gegen die Rechtsprechung des BGH erhobenen systematischen Einwand aus dem Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 3 S. 2 Var. 5 StPO)⁴⁹ ausräumt. Einen inhaltlichen Mehrwert hätte die Kodifizierung aber nicht. Es ist nicht ersichtlich, welche weiteren Anforderungen an Beweisanträge – neben den bereits vom BGH entwickelten – der Gesetzgeber stellen könnte, um den Gerichten die Möglichkeit zu eröffnen, in noch größerem Umfang

zuverlässig sog. Scheinbeweisanträge auszufiltern und abzulehnen.⁵⁰

Falls der Gesetzgeber das Konnexitätserfordernis für richtig erachtet, sollte er die Kodifizierung dazu nutzen, dessen Erweiterung einen Riegel vorzuschieben. Die Forderung des 5. Strafsenats des BGH, dass der Angeklagte bei einem Antrag auf Einvernahme eines Zeugen nicht nur darlegt, was der Zeuge aus eigener Wahrnehmung bekunden kann und warum er in der Lage war, diese Wahrnehmung zu machen, sondern auch noch, warum dies entgegen des Ergebnisses der bisherigen Beweisaufnahme plausibel ist, geht zu weit. Der Senat verlangt damit, dass der Angeklagte das Gericht von dem zu erwartenden Beweisergebnis überzeugt. Es ist jedoch gerade der Sinn des Beweisantragsrechts, dass der Angeklagte die Erhebung von Beweisen erzwingen kann, die das Gericht von sich aus nicht erhebt.⁵¹

2. Befangenheitsanträge

Auch bei den Befangenheitsanträgen sah die Expertenkommission von Vorschlägen ab, die Ablehnung rechtzeitig gestellter Gesuche zu erleichtern. Dasselbe gilt sogar für den Strafkammertag.⁵² Möglicherweise geht es bei der Ankündigung im Koalitionsvertrag, die Ablehnungsmöglichkeiten von missbräuchlichen Befangenheitsanträgen – über § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO hinaus – weiter zu vereinfachen, aber um die vom Strafkammertag aufgestellte Forderung, die Hauptverhandlung nach einem – vor und während der Hauptverhandlung gestellten – Befangenheitsantrag bis zum übernächsten Verhandlungstag, mindestens aber für zwei Wochen, fortsetzen zu können.⁵³

Angestrebt wird damit dreierlei: erstens eine Erweiterung der gerade erst geschaffenen Möglichkeit, die Hauptverhandlung trotz eines kurz zuvor gestellten Befangenheitsantrags zu eröffnen (§ 29 Abs. 1 S. 2 StPO), zweitens eine Streichung der einschränkenden Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 S. 1 StPO, die eigentlich sicherstellen sollen, dass ein Zuwarten mit der Entscheidung über den Befangenheitsantrag bis zum Beginn des übernächsten Verhandlungstages die Ausnahme bleibt,⁵⁴ und drittens eine Streichung auch dieses Fixpunktes durch den Zusatz, dass „mindestens für zwei Wochen“ mit dem abgelehnten Richter weiter verhandelt werden darf.

Dieser Vorschlag beruht auf der unausgesprochenen Prämisse, dass die Besorgnis der Befangenheit eigentlich immer unbegründet sei und deshalb den Fortgang des Verfahrens nicht behindern dürfe. Aber selbst wenn tatsächlich die meisten Befangenheitsanträge zu Recht abgelehnt

⁴³ Koalitionsvertrag (Fn. 1), S. 124, Z. 5803-5804 (im Original mit anderer Satzstellung).

⁴⁴ Art. 3 Rn. 4, 29 Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017, BGBl. I 3202 (3203, 3209).

⁴⁵ Expertenkommission (Fn. 12), S. 20, 23, 110 ff., 143 ff.

⁴⁶ Krauß, in: Expertenkommission (Fn. 12), Anlagenband I, 2015, S. 579.

⁴⁷ 2. Strafkammertag (Fn. 2), S. 43, 45 (und „eine Glaubhaftmachung der Gründe für die bestehende Konnexität“), S. 73.

⁴⁸ Dem 2. Strafkammertag (Fn. 2), S. 43, geht es ausdrücklich auch um eine Kodifizierung der Rechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH; s. zu dieser BGHSt 52, 284 (287); BeckRS 2008, 13812; NSiZ 2014, 351 (353 Rn. 25).

⁴⁹ Frister, in: SK-StPO, Bd. IV, 5. Aufl. (2015), § 244 Rn. 50.

⁵⁰ Fischer, Die Zeit v. 9.11.2017, 14; keine Notwendigkeit sehen auch: DAV, Stellungnahme 53/2017, 4; Kudlich, ZRP 2018, 9 (10).

⁵¹ Frister, in: SK-StPO, § 244 Rn. 57.

⁵² Dort regte zwar ein Referent an, „zu prüfen, wie die Ablehnung missbräuchlicher Befangenheitsanträge erleichtert werden kann“, und schlug als eine Möglichkeit vor, „dass die abgelehnten Richter nicht nur bei der Verwerfung unzulässiger, sondern auch bei der Bescheidung offensichtlich unbegründeter Ablehnungsgesuche mitwirken können“ (2. Strafkammertag [Fn. 2], S. 35 f.). Diese Anregung einer Ausweitung des § 26a Abs. 2 S. 1 StPO findet sich aber in den abschließenden Vorschlägen nicht mehr wieder.

⁵³ 2. Strafkammertag (Fn. 2), S. 39, 72.

⁵⁴ Treffend Kudlich, ZRP 2018, 9 (11): „Fiktion für ‚unaufschiebbare Handlungen“.

werden sollten, folgt daraus im Einzelfall nicht, dass der konkrete Antrag unbegründet ist. Dieser muss beschieden werden, woran eine Fristverlängerung nichts ändert,⁵⁵ und er sollte schnell beschieden werden, weil im Falle seiner Begründetheit die Hauptverhandlung – und der Vorschlag der Strafkammertags ermöglicht hier bis zu zehn Hauptverhandlungstage – wiederholt werden muss (§ 29 Abs. 2 S. 2 StPO).⁵⁶ Tritt diese Rechtsfolge ein, wäre es ein nicht – auch nicht mit der „Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege“ – zu rechtfertigender Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Angeklagten (sowie aller anderen zur Anwesenheit verpflichteten Personen, z.B. Zeugen), wenn er zuvor zur Teilnahme auch an solchen Hauptverhandlungsterminen verpflichtet wurde (§ 230 StPO), an denen ein befangener Richter mitwirkte, obwohl schon längst über den Befangenheitsantrag hätte entschieden werden können.⁵⁷

VI. Vorab-Entscheidungsverfahren bei Besetzungsrügen

Besetzungsrügen sollen, so der Koalitionsvertrag, „künftig in einem Vorab-Entscheidungsverfahren entschieden werden“.⁵⁸ Das ist eine alte Forderung der Praxis, die sich der Strafkammertag zu Eigen gemacht hat. Er ergänzt noch, dass es sich um eine sofortige Beschwerde ohne aufschiebende Wirkung handeln und die vom Beschwerdegericht getroffene Entscheidung für das Revisionsverfahren bindend sein solle.⁵⁹

Der Vorschlag erscheint auf den ersten Blick vorteilhaft für den Angeklagten. Ein Beschwerderecht gäbe ihm die Möglichkeit, die fehlerhafte Verwerfung seines Besetzungseinwands kassieren zu lassen und so sein Recht auf den gesetzlichen Richter frühzeitig durchzusetzen. Beides kann er bislang mit der Revision nicht erreichen. Es steht jedoch zu vermuten, dass „das Damoklesschwert“⁶⁰ des absoluten Revisionsgrunds der falschen Besetzung (§ 338 Abs. 1 Nr. 1 StPO) die Tatgerichte weit stärker zur Einhaltung der Besetzungsregeln anhält als ein Recht zur Beschwerde beim heimischen OLG – zumal der BGH das Recht auf den gesetzlichen Richter „sehr ernst“ nimmt.⁶¹

Da die Entscheidung des OLG für den BGH verbindlich sein soll, wäre ihm sogar im Gegenteil jede Möglichkeit genommen, Urteile aufzuheben, die unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG zustande gekommen sind. Zwar ist ihm das in einem begrenzten Umfang auch schon heute verwehrt, wenn die Besetzungsrüge präkludiert ist. Aber im Falle der Einführung einer Beschwerde wäre dies ebenso, wenn die fehlerhafte Besetzung rechtzeitig gerügt

wurde und weder das Gericht noch das Beschwerdegericht eingegriffen haben. Die Präklusion gilt nur deshalb als verfassungsrechtlich unbedenklich, weil nicht Inhalt und Umfang des Rechts auf den gesetzlichen Richter begrenzt werden, sondern seine zeitliche Geltendmachung.⁶² Das wäre nun anders: dem Angeklagten würde das Recht genommen.

Die Einräumung eines Beschwerderechts brähe schließlich mit dem Grundsatz, dass Entscheidungen des erkennenden Gerichts, die der Urteilsfällung vorausgehen, nicht der Beschwerde unterliegen (§ 305 S. 1 StPO; s. auch § 28 Abs. 2 S. 2 StPO). Dies dient dem Interesse an einer schnellen, konzentrierten und (von Eingriffen des Beschwerdegerichts) ungestörten Hauptverhandlung, also auch und gerade der im Koalitionsvertrag betonten Beschleunigung.⁶³

VII. DNA-Phenotyping

Das Vorhaben einer Erweiterung des § 81e Abs. 2 StPO um das sog. DNA-Phenotyping greift einen früheren, durch zwei aktuelle Mordfälle veranlassten Vorschlag des Landes Baden-Württemberg⁶⁴ auf. Wie dieser sieht der Koalitionsvertrag ausschließlich eine Ermittlung bestimmter äußerlicher Merkmale (Haar-, Augen-, Hautfarbe) und des Alters vor, nicht der – besonders umstrittenen, weil angeblich Minderheiten benachteiligenden⁶⁵ – biogeografischen Herkunft.⁶⁶

Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Erweiterung kommt es darauf an, worauf abzustellen ist: Kommt es darauf an, was festgestellt wird, oder darauf, woran dies festgestellt wird?

Stellt man darauf ab, was ermittelt werden soll, so betrifft die Ermittlung der Haar-, Augen- und Hautfarbe sowie des Alters solche Merkmale einer Person, die grundsätzlich jedermann wahrnehmen oder aufgrund seiner Wahrnehmung einschätzen kann. Es ist dann weder der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung (Intimsphäre) noch die Privatsphäre tangiert, sondern die Sozialsphäre, bei der „unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten die geringsten Rechtfertigungsanforderungen“ bestehen.⁶⁷ Dafür dürfte es genügen, dass das DNA-Phenotyping zwar nur Wahrscheinlichkeitsaussagen ermöglicht, dadurch aber Ermittlungsansätze liefern, die Priorisierung bestehender Ansätze ermöglichen und die Notwendigkeit anderer Eingriffe schmälern kann (z.B. Einschränkung einer DNA-Reihenuntersuchung).⁶⁸

⁵⁵ Dallmeyer, StV 2018, 533 (534); Kudlich, ZRP 2018, 9 (11).

⁵⁶ Dallmeyer, StV 2018, 533 (534); Gerckel/Jahn/Pollähne, LTO v. 9.11.2017.

⁵⁷ Gerckel/Jahn/Pollähne, LTO v. 9.11.2017, bejahen einen Verstoß in das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf einen unparteilichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bzw. Grundsatz des fairen Verfahrens). Da die Hauptverhandlung wiederholt werden muss, dürfte dieses Recht aber letztlich nicht verletzt werden (Dallmeyer, StV 2018, 533 [534 Fn. 8]).

⁵⁸ Koalitionsvertrag (Fn. 1), S. 124, Z. 58043-5805.

⁵⁹ 2. Strafkammertag (Fn. 2), S. 39, 72.

⁶⁰ Sandherr, DRiZ 2017, 338 (341).

⁶¹ Leitmeier, NJW 2017, 2086.

⁶² BGH, NStZ 1996, 48 (49); Gmel, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 222a Rn. 2.

⁶³ DAV, Stellungnahme 53/2017, 4, Dallmeyer, StV 2018, 533 (535), Gerckel/Jahn/Pollähne, LTO v. 9.11.2017, Norouzi, AnwBl Online 2018, 290 (291).

⁶⁴ Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg, BR-Drs. 117/17, S. 1; ebenso: Bundesrat, BT-Drs. 18/1277, S. 44; 206. Innenministerkonferenz v. 12.-14.6.2017, TOP 27 Nr. 3.

⁶⁵ Momsen, Freispruch 11/2017, 20 (21); ganz allgemein: Deckers, DRiZ 2017, 89; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 1682a; dagegen zutreffend: Beck, KriPoZ 2017, 160 (166); Rath, GSZ 2018, 67 (69); für eine Zulassung auch Zöller/Thörnisch, ZIS 2017, 331 (338).

⁶⁶ So aber der bayerische Gesetzesantrag, BR-Drs. 117/1/17, S. 2.

⁶⁷ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 84. Ergänzungslieferung 2018, Art. 2 Rn. 160.

⁶⁸ BR-Drs. 117/17, S. 2; Beck, KriPoZ 2017, 160 (163).

Stellt man hingegen darauf ab, *woran* die Feststellung erfolgt, so geht es um einen Zugriff auf den codierenden Bereich der DNA. Das macht das DNA-Phenotyping aber noch nicht zu einem unzulässigen Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung. Zwar wird dies in der Diskussion vielfach so gesehen,⁶⁹ seitdem das *BVerfG* in drei Kammerbeschlüssen aus den Jahren 1995, 1996 und 2000 zum genetischen Fingerabdruck die Unterscheidung zwischen codierendem und nicht codierendem Bereich verwendet hat.⁷⁰ Doch hat das *BVerfG* zwischen diesen Bereichen keine eindeutige Grenze zum Kernbereich gezogen. Sondern es hat nur ausgeführt, dass der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeit „jedenfalls“ nicht betroffen sei, „solange sich die Eingriffsermächtigung nur auf den nicht-codierenden [...] Anteil der DNA“ beziehe.⁷¹

Soweit ersichtlich, taucht die Unterscheidung zwischen codierendem und nicht codierendem Bereich seither in den Entscheidungen des *BVerfG* nicht mehr auf. Auch der Gesetzgeber hat sie nicht aufgegriffen, sondern im Gegenteil § 81e StPO bewusst offen ausgestaltet.⁷² § 81e StPO erlaubt also bereits einen Zugriff auf den codierenden Bereich.⁷³

Die Differenzierung ist weder sachlich noch rechtlich sinnvoll:⁷⁴ sachlich nicht, weil auch andere Spurenuntersuchungen Informationen liefern, die in den Erbanlagen festgelegt sind (z.B. Blutgruppe, Geschlecht), während umgekehrt der nicht codierende Bereich ebenfalls höchstpersönliche Informationen enthält (z.B. Veranlagung für bestimmte Krankheiten),⁷⁵ und rechtlich nicht, weil eine Beschränkung der Untersuchung auf den nicht codierenden Bereich das Ziel, eine Ausforschung des Kernbereichs der Persönlichkeit zu unterbinden, nicht gewährleisten

kann. Insoweit bieten klare Vorgaben, was ermittelt werden darf, und strikte Verbote sonstiger Feststellungen (§§ 81e Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. StPO⁷⁶), besseren Schutz.⁷⁷

Maßgeblich kann also allein sein, *was* ermittelt werden soll. So sah es auch der Gesetzgeber, als er im Jahr 2003 die Feststellung des Geschlechts erlaubte:⁷⁸ Dieses sei zwar „genetisch angelegt“, aber „regelmäßig von außen ohne weiteres erkennbar“.⁷⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint eine Erweiterung des § 81e Abs. 2 StPO auf die Ermittlung der Haar-, Augen-, Hautfarbe und des Alters vertretbar.⁸⁰ Unnötig wäre jedoch eine Speicherung (vgl. § 81g Abs. 5 StPO).⁸¹

VIII. Fazit

Nicht alle geplanten Vorhaben sind notwendig, manche noch nicht einmal sinnvoll. Ihnen allen liegt kein gemeinsames Konzept zugrunde. Sie lassen auch keine Vorstellung der Koalitionäre davon erkennen, was unter einem „modernen“ Strafverfahren zu verstehen sein könnte. Allenfalls bei der Änderung des Selbstleseverfahrens deutet sich vage an, dass dazu irgendwie auch die Nutzung der modernen Medien gehört. Aber wie zuvor bei der Erweiterung der Medienöffentlichkeit (§ 169 GVG⁸²) und der Einführung einer Pflicht zur audiovisuellen Aufzeichnung von Vernehmungen (§ 138 Abs. 4 S. 2 StPO⁸³) ist auch hier nur ein kleiner Schritt vorgesehen.⁸⁴ Ansonsten reagierten die Koalitionäre vor allem auf zeitlich passgenau geäußerte Wünsche aus der Strafrechtswelt und eine aktuelle, durch konkrete Straftaten veranlasste Diskussion. Für eine Rechtspolitik, welche die kommenden vier Jahre gestalten und dabei verlorenes Vertrauen in den Rechtsstaat zurückgewinnen will, ist das eine sehr schmale und dürftige Ausgangsbasis.

⁶⁹ Zuletzt Jahn, ZRP 2017, 1.

⁷⁰ *BVerfG*, NJW 1996, 771; 1996, 3071; *BVerfGE* 103, 21; s. zuvor schon *LG Berlin*, NJW 1989, 787; BGHSt 37, 157.

⁷¹ *BVerfGE* 103, 21 (31). BGHSt 37, 157 (159), sprach die Frage an, wie zu entscheiden wäre, wenn der codierende Teil untersucht würde, ließ sie aber offen.

⁷² BT-Drs. 13/667, S. 6, 11.

⁷³ Krause, in: LR-StPO, Bd. 2, 27. Aufl. (2017), § 81e Rn. 25.

⁷⁴ BT-Drs. 13/667, S. 6; Beck, KriPoZ 2017, 160 (164 f.); Rogall, in: SK-StPO, § 81a Rn. 109, 121, § 81e Rn. 5; Zöller/Thörnig, ZIS 2017, 331 (337 f.).

⁷⁵ BT-Drs. 13/667, S. 6.

⁷⁶ Dieser untersagt auch die Feststellung bei der Analyse anfallender (Überschuss-) Informationen; BT-Drs. 13/667, 7; Krause, in: LR-StPO, § 81e Rn. 38; Rogall, in: SK-StPO, Bd. I, § 81e Rn. 13.

⁷⁷ BT-Drs. 13/667, S. 11.

⁷⁸ Art. 3 Nr. 2 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften v. 23.12.2003, BGBl. I 3007 (3010).

⁷⁹ BT-Drs. 15/350, S. 12; einschränkend aber zu äußerlichen Merkmalen.

⁸⁰ Das heißt nicht, dass dasselbe für äußerlich erkennbare Krankheiten gelten würde; Zöller/Thörnig, ZIS 2017, 331 (338).

⁸¹ Ebenso der bayerische Gesetzesantrag, BR-Drs. 117/1/17, S. 2, 5; Beck, KriPoZ 2017, 160 (166); Zöller/Thörnig, ZIS 2017, 331 (339).

⁸² Geändert durch Art. 1 Nr. 1 Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren v. 8.10.2017, BGBl. I 3546; weitergehende Vorschläge bei Altenhain, Öffentlichkeit im Strafverfahren, Gutachten C zum 71. DJT, 2016, S. 110 ff.

⁸³ Eingefügt mit Wirkung ab 1.1.2020 durch Art. 3 Nr. 17 lit. b, Art. 18 Abs. 2 Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017, BGBl. I 3202 (3208, 3213). Zur mittlerweile notwendigen Änderung und früheren Einführung im JGG s. Art. 1 Nr. 19, Art. 2, Art. 6 Nr. 1, Art. 7 Abs. 2, 3 Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren; abrufbar unter <https://www.bmjjv.de>.

⁸⁴ Zu einem weiteren Vorstoß des BMJV in Richtung auf eine audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung s. Graf-Schlicker, in: Strafkammertag (Fn. 2), S. 25 (33 f.); ausführlich Feldmann, HRRS 2018, 395 (402 ff.).

Kriminalpolitische „Lücken“ im Koalitionsvertrag?

von Prof. Dr. Anja Schiemann*

Abstract

Obwohl der Koalitionsvertrag der Regierungsparteien CDU, CSU und SPD auch in der 19. Legislaturperiode zahlreiche Änderungen im strafrechtlichen Bereich vorsieht, werden doch einige dringend notwendige Reformen nicht angestoßen. Der Beitrag wird exemplarisch einige wenige Aspekte beleuchten, die nicht Eingang in den Koalitionsvertrag erhalten haben.

I. Einleitung

Im Koalitionsvertrag haben sich die Regierungsparteien eine Vielzahl kriminalpolitischer Ziele gesteckt. Von großen Reformen im Bereich der Unternehmenssanktionen oder der Bekämpfung der organisierten Kriminalität bis hin zu kleinteiligen Änderungen wie der Schaffung eines Straftatbestands zum Einbruch in Tierställe ist vieles bedacht worden. Hinzu kommt, dass bereits in der letzten Legislaturperiode mehr als 40 „Reform“-Gesetze zum Straf- und Strafprozessrecht mit mehr als 250 geänderten Vorschriften umgesetzt wurden. Matthias Jahn hat daher in einer Buchbesprechung zutreffend vom „Inkriminierungsrausch“ des Gesetzgebers gesprochen.¹ Insofern ist es schon erstaunlich, dass sich dennoch kriminalpolitische Lücken im Koalitionsvertrag ausmachen lassen, ja geradezu Löcher klaffen. Ich muss mich daher im Folgenden beschränken und werde dies tun, indem ich mich allein dem materiellen Strafrecht widme. Selbstverständlich sind trotz der Reform rund um die effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung des Strafverfahrens auch in der Strafprozessordnung Löcher auszumachen, denn Effektivität und Praxistauglichkeit sollte nicht dazu führen, dass Beschuldigtenrechte auf der Strecke bleiben bzw. zumindest mit den Reformen nicht Schritt halten können. Zudem wurden von der damals eingesetzten Expertenkommission vielfältigste Änderungen angestoßen, die den Weg nicht in die Gesetzgebung geschafft haben. All dies wäre ein eigener Vortrag, für den 15 Minuten Vortragszeit nicht ausreichen würden.

Auch die Löcher im materiellen Strafrecht alle aufzuführen, würde den Vortragsrahmen sprengen, so dass ich einige Aspekte herausgreifen möchte. Die Löcher im materiellen Strafrecht zu schließen heißt nicht zwangsläufig, noch mehr Straftatbestände zu schaffen, ganz im Gegenteil. Gute Kriminalpolitik kann auch gerade darin liegen,

den Ultima-ratio-Gedanken des Strafrechts ernst zu nehmen und über den Abbau von Strafrecht nachzudenken und dann entsprechend umzusetzen.

II. Entkriminalisierung des Schwarzfahrens

Bestes Beispiel ist die zu begrüßende neuerliche Diskussion um die Entkriminalisierung des Schwarzfahrens. Sowohl die Fraktion DIE LINKE als auch die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN haben jeweils einen Gesetzentwurf zur Änderung des Strafgesetzes – einmal mit dem Vorschlag zur vollständigen Streichung des § 265a StGB und einmal zur Herabstufung als Ordnungswidrigkeit – in den Bundestag eingebracht.² Am 7.11.2018 fand eine öffentliche Anhörung statt. Die Fraktion DIE LINKE ist der Auffassung, es komme einer Doppelbestrafung gleich, wenn neben dem erheblich erhöhten Beförderungsentgelt noch Geldstrafen zu begleichen wären. Das Strafrecht mit seiner Ultima-Ratio-Funktion dürfe hier nicht unverhältnismäßig hart zur Anwendung gelangen. Es reiche vielmehr aus, wenn die Verkehrsbetriebe selbst für einen Ausgleich des finanziellen Schadens sorgen würden. Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN möchte mit ihrer Herabstufung der Beförderungser schleichung zu einem reinen Ordnungswidrigkeitstatbestand die Strafverfolgungsbehörden und die Justiz, sowie letztlich auch den Strafvollzug durch den Wegfall von Ersatzfreiheitsstrafen entlasten. Ob dies aber bei der Schaffung eines Ordnungswidrigkeitstatbestandes zu erreichen ist, ist meiner Meinung nach mehr als fraglich, man denke nur an die Erzwingungshaft zwecks Eintreibung von Geldbußen.³

III. Ersatzfreiheitsstrafe und Strafzumessung

1. Ersatzfreiheitsstrafe

Das Stichwort Ersatzfreiheitsstrafen ist ein weiterer wichtiger Punkt, der einer verstärkten kriminalpolitischen Debatte und Überprüfung bedarf. Bleiben wir beim Schwarzfahren. Das Risiko einer Ersatzfreiheitsstrafe ist für zur Geldstrafe verurteilte Schwarzfahrer verglichen mit anderen Delikten am höchsten.⁴ Bei Stichtagszählungen verbüßen bundesweit regelmäßig 7-10 % aller Gefangenen Ersatzfreiheitsstrafen.⁵ Die Ersatzfreiheitsstrafen werden für Bagatelldelikte verhängt, bei denen die Personen häufig wegen Mittellosigkeit und Erwerbslosigkeit nicht in der

* Die Verfasserin ist Universitätsprofessorin und Fachgebietsleiterin des Fachgebiets für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminalpolitik an der Deutschen Hochschule der Polizei in Münster. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, der am 9.11.2019 auf einer Tagung des Kriminalpolitischen Kreises in Frankfurt gehalten wurde. Der Vortragsstiel wurde beibehalten.

¹ NJW 2017, 3638.

² BT-Drs. 19/1115 und BT-Drs. 19/1690, beide abrufbar unter: <https://kripoz.de/2018/03/12/gesetzentwurf-zur-straffreiheit-fuer-fahren-ohne-fahrschein/> (zuletzt abgerufen am 2.11.2018).

³ Zur Erzwingungshaft bei der Vollstreckung von Verkehrsverstößen vgl. Stollwerk, NZV 2010, 125; kritisch zur Herabstufung des § 265a StGB zur Ordnungswidrigkeit mit Blick auf die Erzwingungshaft auch Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 352 (357).

⁴ Bögelein/Ernst/Neubacher, Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen. Evaluierung justizieller Haftvermeidungsprojekte in Nordrhein-Westfalen, 2014, S. 29.

⁵ Bögelein, FS 2018 (Heft 1), 19. Vgl. auch <https://www.dbh-online.de/aktuelles/handhabung-und-bewertung-von-ersatzfreiheitsstrafen-steigende-anzahl-von-gefangenen> (zuletzt abgerufen am 2.11.2018).

Lage sind, die gegen sie ausgesprochene Geldstrafe zu begleichen. Der BGH hat daher schon früh – nämlich 1978 – auf die Diskriminierung von Personen am Existenzminimum hingewiesen. Er spricht im Zusammenhang mit der Ersatzfreiheitsstrafe in den damaligen Entscheidungsgründen von einer „grundsätzlich härtere(n) Behandlung auch des unverschuldet zahlungsunfähigen Verurteilten“.⁶ § 47 StGB macht deutlich, dass der Verhängung kurzer Freiheitsstrafen „eigentlich“ entgegengewirkt werden soll, da diese als spezialpräventiv ungünstig angesehen werden.⁷ Dennoch wird durch die Ersatzfreiheitsstrafe die kurze Freiheitsstrafe durch die Hintertür eingeführt, die weder angemessen noch erforderlich ist.⁸ Daher haben mittlerweile alle Bundesländer gem. Art. 293 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB) von der Ermächtigung Gebrauch gemacht, eigene Regelungen zu treffen, damit die Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe durch freie Arbeit abgewendet werden kann.⁹ Allerdings haben diese Vorschriften bislang nicht zu dem gewünschten Effekt einer Reduzierung der Ersatzfreiheitsstrafen geführt, vielmehr ist ein leichter Anstieg von mittlerweile 4.700 Inhaftierten zu einem bestimmten Stichtag zu beklagen.¹⁰ Umgerechnet auf das Jahr kommt man so auf ca. 50.000 Personen, die eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen müssen.¹¹ Dementsprechend wurde bereits im Juni 2016 auf der Frühjahrskonferenz der Justizminister ein Beschluss gefasst, nach dem eine etwaige Neugestaltung der Ersatzfreiheitsstrafe einer eingehenden und vertiefenden Prüfung bedarf und eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe zu bilden ist.¹² Obwohl diese Arbeitsgruppe ihre Arbeit aufgenommen hat, ist das Thema Ersatzfreiheitsstrafen im Koalitionsvertrag nicht thematisiert worden. Dies wohl auch deswegen, weil die Bundesregierung gar nicht beabsichtigt, an der Ersatzfreiheitsstrafe zu rühren. Dies ergibt sich aus einer Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, in der es heißt, ich zitiere: „Aus Sicht der Bundesregierung ist die Ersatzfreiheitsstrafe ein unerlässliches Mittel zur Durchsetzung der Geldstrafe, da diese sonst bei zahlungsunwilligen Verurteilten ins Leere liefe.“¹³ Berufen wird sich auf eine empirische Untersuchung aus dem Jahr 1993, die belegen soll, dass 77 % der zunächst als uneinbringlich geltenden Geldstrafen doch noch gezahlt werden.¹⁴ Zunächst gilt es, diese Zahlen nach 25 Jahren einer weiteren Überprüfung zu unterziehen. Doch auch wenn der Prozentsatz weiterhin Gültigkeit ha-

ben sollte, so belegen doch die vorhin genannten Inhaftiertenzahlen, dass noch viel zu viele zu einer Geldstrafe Verurteilte die Ersatzfreiheitsstrafe verbüßen müssen.

Daher haben einzelne Abgeordnete sowie die Fraktion DIE LINKE im April dieses Jahres einen Gesetzentwurf zur Aufhebung der Ersatzfreiheitsstrafe in den Bundestag eingebracht und bei uneinbringlicher Geldstrafe stattdessen in § 43 StGB die gemeinnützige Arbeit mit Zustimmung des Verurteilten festgeschrieben.¹⁵ Was allerdings passieren soll, wenn der Verurteilte nicht zustimmt, bleibt unklar. Ich bin ehrlich gesagt noch unschlüssig, wie man dem Problem uneinbringlicher Geldstrafen wirksam begegnen sollte. Es zeigt sich jedenfalls, dass der Umgang mit der Vollstreckung und Beitreibung der Geldstrafe aufgrund des Ermessens der Vollstreckungsbehörden ganz unterschiedlich ist. So können auf der einen Seite Zahlungserleichterungen gem. § 459a StPO bewilligt werden. Auf der anderen Seite kann sogar ein Beitreibungsversuch gem. § 459c StPO unterbleibt, wenn die Vollstreckungsbehörde zur Einschätzung kommt, dass dieser Beitreibungsversuch ohnehin nicht zum Erfolg führt.¹⁶ Die Ersatzfreiheitsstrafe wird dann sofort vollstreckt.

Kommt freiwillige Arbeit in Betracht, so variiert der Umrechnungsschlüssel von Bundesland zu Bundesland. Einem Tagessatz Geldstrafe stehen je nach Bundesland 3-6 Stunden freiwillige Arbeit gegenüber.¹⁷ Insofern tut eine rechtsvergleichende Evaluation des Procederes in den einzelnen Bundesländern Not, die ebenfalls zu überprüfen hätte, inwieweit die länderspezifischen Programme die freie Arbeit im Einzelnen ausgestalten.¹⁸ Erst dann kann ernsthaft eine neue und wirkungsvolle gesetzliche Neujustierung erfolgen, die auch weitere Aspekte der Strafzumessung mit einzubeziehen hätte.

2. Bemessung der Geldstrafe

Denn ein grundsätzlicheres, dem Übel der Ersatzfreiheitsstrafe vorgeschaltetes, Problem ist die Frage, warum die Geldstrafen überhaupt so hoch bemessen sind, dass sie nicht gezahlt werden können. Bereits auf der Herbstkonferenz der Justizminister im Jahr 2014 wurde das Bundesjustizministerium mit der Prüfung beauftragt, ob das Nettoeinkommensprinzip bei Personen, die am Existenzminimum leben, mit dem Sozialstaatsprinzip zu vereinbaren

⁶ BGHSt 27, 93.

⁷ Fischer, StGB, 65. Aufl. (2018), § 47 Rn. 2; BGHSt 22, 199.

⁸ So auch Treig/Pruin, FS 2018 (Heft 1), 10.

⁹ Unter freier Arbeit ist eine gemeinnützige und unentgeltliche Tätigkeit zu verstehen, die nicht erwerbswirtschaftlichen Zwecken dient und sonst nicht oder nicht in diesem Umfang ausgeübt würde, s. Putzke, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. (2018), Art. 293 EGStGB Rn. 4. Von 4.042 im Jahr 2014 bis 4.700 im Jahr 2017, vgl. ausführlich zu den Zahlen BT-Drs. 19/803, S. 3, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/008/1900803.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.11.2018).

¹⁰ Vgl. Lorenz/Sebastian, KriPoZ 2017, 352.

¹¹ Beschluss der Ministerinnen und Minister vom 1. und 2. Juni 2016, TOP II.11: Prüfung alternativer Sanktionsmöglichkeiten – Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen gem. § 43 StGB, S. 1, abrufbar unter http://www.jm.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2016/Fruerhjahrskonferenz_2016/TOP-II_11---Pruefung-alternativer-Sanktionsmoeglichkeiten.pdf (zuletzt abgerufen am 3.11.2018). Bereits im Januar 2016 hatte Prof. Dr. Johannes Feest eine Petition zur Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe in den Bundestag eingebracht, Petition 63094, abrufbar unter https://epetitionen.bundestag.de/petitionen/_2016/_01/_09/Petition_63094.nc.html (zuletzt abgerufen am 3.11.2018).

¹² S. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/008/1900803.pdf>, S. 4 (zuletzt abgerufen am 3.11.2018).

¹³ A.a.O. mit Hinweis auf Feuerhelm, Bewährungshilfe 1993, 200 (202).

¹⁴ S. BT-Drs. 19/1683, S. 3, abrufbar unter <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/04/bt-drs-19-1689.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.11.2018).

¹⁵ Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 61. Aufl. (2018), § 459c Rn. 5.

¹⁶ Vgl. Treig/Pruin, FS 2018 (Heft 1), 10 (12).

¹⁷ Vgl. zu den unterschiedlichen Modellen der Ausgestaltung ausf. auch Albrecht, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 43 Rn. 10.

ist.¹⁹ Ein Ergebnis dieser Prüfung steht nach meinen Recherchen noch aus. Notwendig erscheint eine Reform des § 40 Abs. 2 StGB, denn schließlich hat sich der Gesetzgeber 1973 quasi in letzter Minute²⁰ gegen das sog. „Einbußprinzip“²¹ und für das zuvor nicht diskutierte Nettoeinkommensprinzip²² entschieden.

Das Nettoeinkommensprinzip führt im Regelfall zu einem höheren Tagessatz als wenn das Einbußprinzip zum Tragen käme. Denn während bei letzterem ein notwendiger Selbstbehalt des Verurteilten verbleiben würde, ist dafür beim Nettoeinkommensprinzip kein Platz. Hier kann das gesamte verbleibende täglich erzielte oder ggf. sogar erzielbare Einkommen abgeschöpft werden.²³ Eine Reform der Geldstrafenbemessung scheint demnach unumgänglich,²⁴ um unbillige Härten zu vermeiden. Doch obwohl das Bundesjustizministerium seit 2014 entsprechende Reformen prüft, wurden mögliche Änderungen nicht in den Koalitionsvertrag aufgenommen.

3. Strafzumessung

Auch der 72. Deutsche Juristentag hat sich im September dieses Jahres mit der Frage beschäftigt, ob Deutschland ein neues Strafzumessungsrecht benötigt. Dabei kreist die aktuelle Debatte um eine – mögliche – Begrenzung tatrichterlicher Strafzumessung. Bereits 1905 hat Franz v. Liszt die Strafzumessung als „Griff ins Dunkle“ bezeichnet.²⁵ Einig dürfte man sich bei der neuerlichen Diskussion zumindest darüber sein, dass die zentrale Formel der Strafzumessung in § 46 StGB dieses Dunkel nicht ausgeleuchtet hat.²⁶ Die empirischen Befunde bestätigen die Kritik, nämlich dass die vagen Vorgaben des Gesetzgebers de lege lata und die unbestimmten Maßstäbe zu beachtlichen regionalen Unterschieden im Strafmaß führen.²⁷ Wie dieses Ungleichgewicht zu beheben ist, darüber streiten sich die Geister. Im „Ring um die richtige Strafzumessung“²⁸ werden u.a. die Schlagworte Strafzumessungsrichtlinien, Reform des § 46 StGB sowie Reformen im Bereich der Strafraumen in die Kampfarena geschrien – ob einer dieser Reformgedanke siegen wird, bleibt ungewiss, zumal auch die Strafzumessung an sich nicht auf der kriminalpolitischen Agenda des Koalitionsvertrages steht.

IV. Schuldfähigkeit

Noch eine andere Thematik aus dem Allgemeinen Teil hat es nicht in den Koalitionsvertrag geschafft, obwohl ich eine Reform für dringend geboten halte. Dies betrifft die Frage der Schuldfähigkeit bzw. Schuldunfähigkeit. Schon allein die diskriminierenden Begrifflichkeiten des Schwachsinn und der Abartigkeit in § 20 StGB²⁸ müssen gestrichen oder ersetzt werden. Ihnen sollte in einem modernen Strafrecht kein Platz eingeräumt werden. Hinzu kommt, dass die veralteten Rechtsbegriffe in der Norm mit den Diagnosen moderner Medizin nicht mehr kompatibel sind.²⁹ Eine Neuformulierung des § 20 StGB tut daher dringend Not.³⁰

V. Mordtatbestand

Dieser Blick auf veraltete Begrifflichkeiten im Recht lässt mich abschließend noch kurz auf einen Straftatbestand im besonderen Teil blicken, nämlich den Mordparagrafen. Auch zu seiner Reform findet sich nichts im Koalitionsvertrag. Dies ist nicht weiter erstaunlich, denn ein entsprechender Referentenentwurf aus der letzten Legislaturperiode ist nach massivem Widerstand aus Reihen der CDU/CSU wieder in der Schublade des Justizministeriums verschwunden.³¹ Es ist unwahrscheinlich, dass er dort wieder hervorgezogen wird oder eine Expertengruppe in alter oder neuer Besetzung die Reformen neu anstößt. Dennoch ist eine Neuformulierung meines Erachtens unabdingbar. Die Gründe sind bekannt und vielfältig formuliert worden.³² Ich möchte mich hier auf einen Aspekt beschränken. Das *BVerfG* hat im Jahr 1977 festgestellt, dass die Qualifikation der heimtückischen und der zur Verdeckung einer anderen Straftat begangenen Tötung eines Menschen als Mord den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur dann nicht verletzt, wenn diese Merkmale restriktiv ausgelegt werden.³³ Eine solche restriktive Auslegung nimmt der *BGH* aber bezüglich des Heimtückemerkmals schon lange nicht mehr vor. Vielmehr formuliert er zahlreiche Ausnahmefälle, nach denen Heimtücke auch dann bejaht wird, wenn das Opfer zum Zeitpunkt des Angriffs nicht mehr arglos ist.³⁴ Durch diese Vorverlagerungskonstruktionen wird die Strafbarkeit wegen Mordes erheblich ausgeweitet, was der angemahnten restriktiven Auslegung durch das *BVerfG* zuwiderläuft

¹⁹ Beschluss der 85. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 6.11.2014, TOP II.12: Stärkere Ausrichtung der gesetzlichen Regelung zur Bemessung der Tagessatzhöhe von Geldstrafen am Sozialstaatsprinzip, abrufbar unter: http://www.jm.nrw.de/JM/jumiko/beschluesse/2014/herbstkonferenz14/II_12.pdf (zuletzt abgerufen am 3.11.2018).

²⁰ So Grebing, Die Geldstrafe im deutschen Recht nach Einführung des Tagessatzsystems, in: Jescheck/Grebing (Hrsg.), Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht, 1978, S. 13 (98).

²¹ Nach dem Einbußprinzip wird dem Zahlungsverpflichteten ein zum Leben notwendiger Selbstbehalt belassen. Lediglich das darüberhinausgehende Einkommen Vermögen wird mittels Geldstrafe, die wiederum nach Tagessätzen verhängt wird, abgeschöpft. Vgl. ausf. zum Einbußprinzip Radtke, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2016), § 40 Rn. 4.

²² S. nochmals Radtke, in: MüKo-StGB, § 40 Rn. 5.

²³ So auch Wilde, NK 2017, 205 (217).

²⁴ S. v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 393.

²⁵ Stratenwerth spricht gar von einer „Fehlleistung ersten Ranges“, s. ders., Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, S. 13.

²⁶ Dabei sind die Unterschiede der Strafniveaus teilweise bereits von Gerichtsbezirk zu Gerichtsbezirk auffällig und die Ungleichheit „bunter und vielschichtiger“, als es das gelegentlich vermutete Süd-Nord-Gefälle nahelegt, so Radtke, DRiZ 2018, 250; zu den Befunden im Einzelnen vgl. Streng, StV 2018, 593.

²⁷ So Kudlich/Koch, NJW 2018, 2762.

²⁸ Zum diskriminierenden bzw. diffamierenden Charakter vgl. Rasch, NSTZ 1982, 177; ders., StV 1984, 264 (266); Frister, JuS 2013, 1057 (1059).

²⁹ Vgl. Schieman, Unbestimmte Schuldfähigkeitsfeststellungen, 2012, S. 355; dies., R&P 2013, 80 (81).

³⁰ Vgl. hierzu Schieman, R&P 2013, 80 (86 f.).

³¹ Vgl. König, AnwBl 2017, 746; Lange, SchlHA 2017, 42.

³² Vgl. in Auseinandersetzung mit dem Abschlussbericht der Expertengruppe statt vieler nur Duttge, KriPoZ 2016, 92; Haas, ZStW 2016, 316; Kreuzer, NK 2016, 307. Der Abschlussbericht ist abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 4.11.2018). Vgl. zur Reform der Tötungsdelikte auch Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NSTZ 2014, 9 und Walter, NSTZ 2014, 368.

³³ NJW 1977, 1525.

³⁴ Vgl. zuletzt BGH, NSTZ 2018, 654 m. krit. Anm. Schieman.

und zu einer nicht mehr verfassungskonformen Auslegung führt.³⁵ Insofern bedarf es dringend einer Überarbeitung des Mordparagrafen, um einer beliebigen, exzessiven Auslegung vorzubeugen.

VI. Sexualstrafrecht

Es gäbe noch viele weitere Normen im Strafgesetzbuch, die es wert gewesen wären, wenn ihnen der Koalitionsvertrag Beachtung geschenkt hätte. So fragt man sich, um nur ein Beispiel herauszugreifen, was aus dem umfangreichen Abschlussbericht zur Reform des Sexualstrafrechts wird, der von dem überstürzten Gesetzgebungsverfahren durch das 50. Strafrechtsänderungsgesetz überrollt wurde. Über zwei Jahre Tätigkeit und 61 Empfehlungen der Expertenkommission sollten nicht versanden.³⁶ Dennoch steht ge-

nau dies zu befürchten. Dabei hat die Kommission neben Änderungs- auch Streichungsvorschläge unterbreitet. So sprach sie sich beispielsweise mehrheitlich für eine Streichung der Straftatbestände wegen exhibitionistischer Handlungen (§ 183 StGB),³⁷ wegen Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183a StGB) und der Ausübung verbotener Prostitution (§ 184f StGB) aus.

VII. Fazit

Insofern müssen Reformen keinesfalls zum eingangs beschriebenen Inkriminierungsrausch führen. Vielmehr ist eine verhaltene Kriminalpolitik zu fordern, die nicht nur aufrüstet, sondern präzisiert und darüber hinaus auch den Mut hat, Strafrecht abzubauen.

³⁵ Vgl. *Schiemann*, NStZ 2018, 655 (657).

³⁶ Der Abschlussbericht ist abrufbar unter: https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Studien-Untersuchungen/Fachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 4.11.2018); vgl. auch BMJBV (Hrsg.), Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, passim (allerdings ohne Sitzungsprotokolle und Impulsreferaten). Zum Abschlussbericht vgl. auch *Bezjak*, ZStW 130 (2018), 303 ff. und *Renzikowski/Schmidt*, KriPoZ 2018, 325 ff.

³⁷ Vgl. hierzu auch *Heger*, ZRP 2018, 118.

AUSLANDSBEITRAG

Zur gesetzlichen Gewährleistung der Patientenautonomie in Taiwan

von Assistant Prof. Dr. Chun-Jung Chen*

Abstract

Die Patientenautonomie ist auch in Asien ein bedeutsamer Wert. Mit dem Patientenautonomiegesetz (PatAG) hat Taiwan als erste Rechtsordnung ein dezidiert der Rechtsstellung des Patienten gewidmetes Sondergesetz verabschiedet. Zur Gewährleistung der Patientenautonomie setzt das Gesetz einen Schwerpunkt im Erfordernis der informierten Einwilligung, deren Subjekt nicht der Arzt, sondern der Patient ist. Des Weiteren wird der Prozess zum Recht auf Auswahl, Annahme und Ablehnung der ärztlichen Behandlung durch den Patienten ausdrücklich geregelt. Die Ablehnung einer vital indizierten ärztlichen Behandlung findet sich jedoch nur unter gesetzlich festgelegten Voraussetzungen akzeptiert; erst dann darf die medizinische Einrichtung oder der Arzt nach Maßgabe einer Patientenverfügung handeln.

I. Einleitung

Am 18. Dezember 2015 verabschiedete das taiwanische Parlament das Patientenautonomiegesetz (PatAG), das aber jetzt nach Ablauf von drei Jahren in Kraft getreten ist. Das PatAG ist die erste selbstständige bzw. spezielle gesetzliche Regelung in Asien zur Gewährleistung der Patientenautonomie. Die Ausgestaltung des PatAG wird allgemein als ein Markstein bei der Reform der taiwanesischen Rechtsordnung in Bezug auf die Rechte des Patienten angesehen, obwohl im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens durchaus auch Zweifel und Kritik zu den Inhalten bzw. hinsichtlich der rechtstatsächlichen Durchführung dieses Gesetzes – vor allem von Ärzten – zu artikuliert wurden. In diesem Beitrag sollen zunächst die konkreten Regelungen des PatAG vorgestellt und die zentralen mittels einer näheren Übersicht verständlich gemacht werden, ehe sich eine kritische Würdigung zu einigen Regelungen anschließen wird.

II. Das Patientenautonomiegesetz in seiner normtextlichen Gestalt

Damit sich der interessierte Leser selbst einen unmittelbaren Eindruck von den neuen gesetzlichen Regelungen verschaffen kann, seien diese in ihrer konkreten normtextlichen Fassung zunächst ausdrücklich vorgestellt:

§ 1

Die Zwecke des PatAG sind, den Respekt gegenüber der Patientenautonomie sicherzustellen, das Recht auf einen friedlichen Tod zu gewährleisten und ein harmonisches Verhältnis zwischen Arzt und Patient zu fördern.

§ 2

Im Sinne dieses Gesetzes ist die zuständige Behörde: das Ministerium für Gesundheit und Soziales („Ministry of Health and Welfare“) auf der zentralen Ebene, die Regierung auf der Ebene der regierungsunmittelbaren Städte und die Regierung auf der Ebene der Landkreise (Städte).

§ 3

Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. lebenserhaltende Behandlung: Herz-Lungen-Wiederbelebung, mechanische extrakorporale Membranoxygenierung, Gabe von Blutprodukten, spezielle Behandlungen für bestimmte Krankheiten oder Verwendung des Antibiotikums zur Behandlung von gravierenden Infektionskrankheiten sowie andere erforderliche medizinische Behandlungen, die das Leben des Patienten verlängern könnten.
2. Zuführung von künstlicher Ernährung und Flüssigkeit: Nährlösungen und Flüssigkeiten werden durch Katheter oder andere Eingriffe zugeführt.
3. Patientenverfügung (Advance Decision, AD): eine vorherige schriftliche Willenserklärung, in der darüber entschieden wird, ob eine Person unter bestimmten klinischen Bedingungen die lebenserhaltende Behandlung, Zuführung von künstlicher Ernährung und Flüssigkeit oder sonstige einschlägige Wünsche von medizinischer Versorgung oder einen friedlichen Tod annehmen oder ablehnen will.
4. Entscheider: eine Person, welche die Patientenverfügung in Schriftform errichtet.
5. medizinischer Bevollmächtigter (Durable Power of Attorney, DPA): eine Person, welche die schriftliche Beauftragung des Entscheiders annimmt, in seiner Vertretung seine Wünsche auszudrücken, wenn der Entscheider bewusstlos ist oder seine Wünsche nicht deutlich äußern kann.
6. gesundheitliche Vorausplanung (Advance Care Planning, ACP): ein dialogischer Prozess zwischen dem Patienten, dem medizinischen Dienstleistungserbringer, den Angehörigen oder anderen Betroffenen, über die Art des Angebots geeigneter Versorgungsmaßnahmen und über die Wünsche des Patienten, ob er die lebenserhaltende Behandlung bzw. Zuführung von künstlicher Ernährung und Flüssigkeit annehmen oder ablehnen wird, wenn er sich in bestimmten klinischen Zuständen befindet, bewusstlos ist oder seine Entscheidung nicht deutlich äußern kann.
7. Palliativversorgung: Anbieten einer palliativen bzw. unterstützenden medizinischen Versorgung, um körperliche, spirituelle und seelische Schmerzen zu lindern oder den Patienten hiervon zu befreien.

§ 4

(1) Der Patient hat das Recht auf Wissen über seine Krankheit, die therapeutischen Optionen und deren potentiellen Auswirkungen sowie über die zu prognostizierenden Risiken. Der Patient hat das Recht, den vom Arzt angebotenen medizinischen Optionen auszuwählen und hierüber zu entscheiden.

(2) Die Person, welche gesetzlicher Vertreter, Ehepartner, Angehörige oder medizinische Bevollmächtigte des Patienten ist, oder die in einem besonders engen Verhältnis zum Patienten steht (nachstehend Betroffene genannt), darf die Umsetzung der vom Patienten getroffenen Entscheidungen über die ihm von der medizinischen Einrichtung oder vom Arzt angebotenen therapeutischen Optionen nicht verhindern.

§ 5

(1) Die medizinische Einrichtung oder der Arzt hat den Patienten zu einem nach eigenem Urteil passenden Zeitpunkt und auf geeignete Weise über dessen Krankheiten, die medizinischen Behandlungsrichtlinien

* Der Verfasser ist Assistant Professor of Law an National Taiwan Ocean University, Taiwan.

bzw. Maßnahmen, Medikamente, Prognosen und die potentiell unerwünschten Reaktionen usw. aufzuklären. Sie können auch den Betroffenen aufklären, wenn die Patienten sich nicht deutlich hiergegen entscheiden.

(2) Die medizinische Einrichtung oder der Arzt hat den Betroffenen auf geeignete Weise aufzuklären, wenn der Patient geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist, vom Gericht als hilfsbedürftig erklärt wird oder nicht in der Lage ist, die Willenserklärung abzugeben bzw. anzunehmen.

§ 6

Die medizinische Einrichtung darf eine Operation oder eingreifende Untersuchung oder eine Heilbehandlung im Sinne der Regelungen der zuständigen Zentralbehörde erst nach erfolgter Einwilligung des Patienten oder des Betroffenen und nach Unterzeichnung der Einverständniserklärung durchführen. Dies gilt nicht, wenn die Situation dringend ist.

§ 7

Für den Notfallpatienten hat die medizinische Einrichtung oder der Arzt angemessene Notfallbehandlungen oder erforderliche Maßnahmen ohne Verzögerung durchzuführen, es sei denn, dass eine Situation im Sinne von § 14 Abs. 1 und 2 vorliegt bzw. diese den relevanten Regelungen der „Hospice Palliative Care Act“ entspricht.

§ 8

- (1) Ein voll Geschäftsfähiger kann eine Patientenverfügung errichten und diese jederzeit schriftlich widerrufen oder verändern.
- (2) Die Patientenverfügung enthält den Willen des Patienten über die vollständige oder teilweise Annahme oder Ablehnung lebenserhaltender Behandlungen bzw. Zuführung von künstlicher Ernährung und Flüssigkeit beim Vorliegen der spezifischen klinischen Zustände gemäß § 14.
- (3) Inhalt, Umfang und Form der Patientenverfügung sind von der zuständigen Zentralbehörde festzulegen.

§ 9

- (1) Zur Errichtung einer Patientenverfügung sind vom Entscheider folgende Erfordernisse zu beachten:
 1. Die gesundheitliche Vorausplanung wird mit der medizinischen Einrichtung besprochen, und die Patientenverfügung wird durch die medizinische Einrichtung abgestempelt und bestätigt.
 2. Die Patientenverfügung wird durch den Notar beglaubigt oder durch mehr als zwei voll geschäftsfähige Personen vor Ort bezeugt.
 3. Die Patientenverfügung ist in dem Zertifikat der nationalen Gesundheitsversicherung (elektronische Gesundheitskarte) eingetragen.
- (2) An der in Abs. 1 Nr. 1 benannten gesundheitlichen Vorausplanung müssen der Entscheider, mindestens einer seiner Angehörigen zweiter Ordnung und der medizinische Bevollmächtigte teilnehmen. Mit Einwilligung des Entscheiders können auch andere Angehörige daran teilnehmen. Sofern die Angehörigen zweiter Ordnung gestorben oder verschwunden sind oder ihrer Teilnahme andere besondere Umstände entgegenstehen, kann auf ihre Teilnahme verzichtet werden.
- (3) Die in Abs. 1 Nr. 1 benannte medizinische Einrichtung darf die abgestempelte Bestätigung nicht erteilen, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass der Entscheider seelischen Störungen ausgesetzt ist oder er unfreiwillig handelt.
- (4) Medizinische Bevollmächtigte des Entscheiders, Mitglieder der ärztlichen Hauptbetreuungsgruppe sowie die in § 10 Abs. 2 bezeichnete Person dürfen nicht als Zeuge im Sinne von Abs. 1 Nr. 2 tätig werden.
- (5) Die erforderliche Qualifikation der Mitglieder der Planungsgruppe und das Verfahren zu deren Qualifizierung sowie andere die medizinische Einrichtung betreffende Erfordernisse, die eine gesundheitliche Vorausplanung anbietet, sind von der zuständigen Zentralbehörde festzulegen.

§ 10

- (1) Wer vom Entscheider mit seinem schriftlichen Einverständnis als medizinischer Bevollmächtigter benannt ist, muss mindesten 20 Jahre alt und geschäftsfähig sein.
- (2) Neben den Erben des Entscheiders dürfen folgende Personen nicht als medizinische Bevollmächtigte bestimmt werden:
 1. Vermächtnisnehmer des Entscheiders.
 2. Benannte Empfänger des Körpers bzw. eines Organs des Entscheiders.
 3. Begünstigter auf den Todesfall des Entscheiders.
- (3) Ist der Entscheider bewusstlos oder nicht in der Lage, seine Willenserklärung deutlich zu äußern, vertritt der medizinische Bevollmächtigte ihn mit folgenden Befugnissen:
 1. Teilnahme an der Aufklärung gemäß § 5.
 2. Unterzeichnung der Einverständniserklärung gemäß § 6.

3. Äußerung des Willens gemäß der Patientenverfügung in Vertretung des Patienten.

(4) Sind mehr als zwei medizinische Bevollmächtigte bestimmt, darf jeder von ihnen den Entscheider einzeln vertreten.

(5) Bei Angelegenheiten innerhalb ihres Aufgabenbereiches muss der medizinische Bevollmächtigte seinen Identitätsausweis der medizinischen Einrichtung oder dem Arzt vorlegen.

§ 11

- (1) Der medizinische Bevollmächtigte darf seine Beauftragung jederzeit schriftlich kündigen.
- (2) Bei Vorliegen einer der folgenden Umstände in der Person des medizinischen Bevollmächtigten wird dieser automatisch abberufen:
 1. Seine Geistestätigkeit ist nach ärztlicher oder psychiatrischer Begutachtung wegen Krankheit oder Unfall beeinträchtigt.
 2. Er wird als hilfsbedürftig erklärt oder einer Vormundschaft unterstellt.

§ 12

- (1) Die zuständige Zentralbehörde hat die Patientenverfügung in dem Zertifikat der nationalen Gesundheitsversicherung (elektronische Gesundheitskarte) einzutragen.
- (2) Vor der Eintragung der Patientenverfügung in dem Zertifikat der nationalen Gesundheitsversicherung (elektronische Gesundheitskarte) hat die medizinische Einrichtung die gescannte Kopie in der Datenbank der zuständigen Zentralbehörde abzuspeichern.
- (3) Sofern die in dem Zertifikat der nationalen Gesundheitsversicherung (elektronische Gesundheitskarte) eingetragene Patientenverfügung dem per Schriftform deutlich geäußerten Willen des Entscheiders bei der ärztlichen Behandlung nicht entspricht, muss die Patientenverfügung geändert werden.
- (4) Die geänderte Patientenverfügung ist von der zuständigen Zentralbehörde zu veröffentlichen.

§ 13

- Bei Vorliegen einer der folgenden Umstände in der Person des Entscheiders ist eine Änderung bei der zuständigen Zentralbehörde zu beantragen:
 1. Widerruf oder Änderung der Patientenverfügung.
 2. Berufung, Abberufung oder Wechsel des medizinischen Bevollmächtigten.

§ 14

- (1) Wenn einer der folgenden klinischen Bedingungen festgestellt wird und eine Patientenverfügung vorliegt, darf die medizinische Einrichtung bzw. der Arzt gemäß der Patientenverfügung die lebenserhaltende Behandlung oder die Zuführung von künstlicher Ernährung und Flüssigkeit teilweise oder vollständig beenden, entfernen oder nicht durchführen:
 1. Patienten im Endstadium einer Krankheit.
 2. Patienten in einem irreversiblen Koma.
 3. Patienten im permanent vegetativen Zustand.
 4. Patienten in einer extrem schwerwiegenden Demenz.
 5. Patienten entweder mit einer Krankheit gemäß Bekanntmachung der zuständigen Zentralbehörde oder mit unerträglichen Schmerzen, ohne Hoffnung auf Heilung oder angemessene Lösung nach dem aktuellen medizinischen Standard.
- (2) Jede der vorstehenden Bedingungen ist von zwei Ärzten mit der relevanten fachlichen Qualifizierung sowie von dem Hospiz- und Palliativversorgungs-Team mindestens für zwei Besprechungstermine zu bestätigen.
- (3) Wenn die medizinische Einrichtung oder der Arzt nach ihrer fachlichen Einschätzung dem Willen der Patientenverfügung nicht folgen kann, kann die Patientenverfügung nicht umgesetzt werden.
- (4) Die medizinische Einrichtung oder der Arzt hat den Patienten oder den Betroffenen über die vorgenannte Situation zu informieren.
- (5) Wenn die medizinische Einrichtung bzw. der Arzt die lebenserhaltende Behandlung oder die Zuführung von künstlicher Ernährung und Flüssigkeit teilweise bzw. vollständig beendet, entfernt oder nicht durchgeführt, ist sie oder er strafrechtlich oder verwaltungsrechtlich nicht verantwortlich; für die verursachten Schäden ist sie oder er nicht schadenersatzpflichtig, es sei denn, es wurde vorsätzlich oder grob fahrlässig die Patientenverfügung missachtet.

§ 15

Bevor die medizinische Einrichtung oder der Arzt die Patientenverfügung des Patienten gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 5 umsetzt, sind Inhalte und Umfang der Patientenverfügung vom willensfähigen Entscheider zu bestätigen.

§ 16

Wenn die medizinische Einrichtung bzw. der Arzt die lebenserhaltende

Behandlung oder die Zuführung von künstlicher Ernährung und Flüssigkeit teilweise bzw. vollständig beendet, entfernt oder nicht durchführt, sind dem Patienten eine Hospiz- und Palliativversorgung sowie andere angemessene Behandlungen anzubieten. Wenn die medizinische Einrichtung eine solche Behandlung mangels Personals, Ausstattung oder Fähigkeit nicht anbieten kann, hat sie eine Patientenüberweisung vorzuschlagen und Unterstützung anzubieten.

§ 17

Die Verfahrensweise nach §§ 12 Abs. 3, 14 und 15 ist durch die medizinische Einrichtung oder den Arzt ausführlich in die medizinische Dokumentation einzutragen; die Einverständniserklärung, die schriftliche Willenserklärung des Patienten sowie die Patientenverfügung sind gemeinsam mit der medizinischen Dokumentation zu speichern.

§ 18

Die Durchführungsverordnung dieses Gesetzes ist von der zuständigen Zentralbehörde festzulegen.

§ 19

Dieses Gesetz tritt in drei Jahre nach seiner Veröffentlichung in Kraft.

III. Erläuternder Überblick zu den Regelungen

Den Inhalt dieses Gesetzes kann man aus zwei Blickwinkeln betrachten: einerseits vor dem allgemeinen Hintergrund der Gesetzgebung und insbesondere im Lichte des dem PatAG immanenten Normzwecks, andererseits mit Blick auf die konkreten Verfahrensweisen, wie also das Recht auf Patientenautonomie im Einzelnen gewährleistet werden soll.

1. Hintergrund der Gesetzgebung und Normzweck des PatAG

a) Rechtspolitischer Hintergrund

Vor Verabschiedung des Patientenautonomiegesetzes (PatAG) trat im Jahr 2000 der „Hospice Palliative Care Act (HPCA)“¹ in Kraft. Normsubjekt des HPCA ist ausschließlich der Patient im Endstadium einer tödlichen Krankheit. Mit dem HPCA sind die Rechte des Patienten, insbesondere auch in Bezug auf die ärztliche Beachtung seines Willens gewährleistet, d.h. der Patient darf schon hiernach, sofern er sich im Endstadium einer tödlichen Erkrankung befindet, zwischen seiner Palliativversorgung und lebenserhaltenden Maßnahmen (Life-sustaining treatment, LST) entscheiden.

Obwohl das HPAC eine gesetzliche Regelung zur Gewährleistung des Rechts auf Patientenautonomie darstellt, wird es immer noch kritisiert. Der hauptsächliche Mangel des HPAC ist sein eng begrenzter Anwendungsbereich, weil er einerseits nur für den Patienten im Endstadium einer tödlichen Krankheit gilt und andererseits die Qualifizierung zu solchem Patienten einer strengen Beurteilung unterliegt. Ein Beispiel für den erstgenannten Grund: Wenn ein schwerwiegend erkrankter Patient, der sich nicht im Endstadium, aber im permanent vegetativen Zustand oder in einem irreversiblen Koma befindet, nicht vorher seinen Willen deutlich geäußert hat, kann sein Recht auf Patientenautonomie wegen der Anwendungsbeschränkung dieses Gesetzes nicht realisiert werden. Um

diese Lücken des HPAC zu füllen und zugleich einige Fehler in anderen Gesetzen (z.B. im „Medical Care Act“²) zu korrigieren, kommt der aktuellen Gesetzgebung (PatAG) große Bedeutung zu.

b) Normzweck

Nach Auskunft der Parlamentsdrucksache haben die derzeitigen Vorschriften über die Rechte des Patienten drei große Fehler, welche die neue Gesetzgebung beseitigen müsse: Das PatAG ist daher zur Wahrung der Menschenwürde und zur Respektierung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Patienten erforderlich:³

(1) Die rechtliche Stellung von Patient und Betroffener waren in Bezug auf die ärztliche Aufklärung und das Äußern von Patientenwünschen bisher gleichrangig. Dies ist aber zur Absicherung des Einwilligungrechts des Patienten offensichtlich nicht sachgerecht.

(2) Es gibt im bisherigen Medizinrecht auch kein lückenloses System zum Schutz des Rechts auf Patientenautonomie, insbesondere bei Konstellationen, in denen der Patient bewusstlos oder nicht in der Lage ist, seine Willenserklärung deutlich äußern zu können.

(3) Das Recht auf Ablehnung ärztlicher Behandlungen ist bislang nicht deutlich genug geregelt, und dies führt in der Praxis dazu, dass der Patient erzwungenermaßen ungewollt Schmerzen und Qualen erleiden muss. Folge dessen ist aber, dass die Menschenwürde des Patienten verletzt wird.

Aus der vorstehenden offiziellen Erklärung kann man ersehen: Die Normzwecke des PatAG liegen einerseits in der Wahrung des Rechts auf Patientenautonomie für den Patienten selbst, andererseits in der Verbesserung des Prozesses zur informierten Auswahl von ärztlichen Behandlungen wie auch deren Annahme oder Ablehnung durch den Patienten.⁴ Und diese Zwecke sind in § 1 PatAG geregelt: Danach soll das neue Gesetz insbesondere den nötigen „Respekt gegenüber der Patientenautonomie sicherstellen“ und „das Recht auf einen friedlichen Tod (...) gewährleisten“.

2. Die Durchführung des Rechts auf Patientenautonomie

a) Informierte Einwilligung

Sowohl nach dem „Medical Care Act“ als auch dem „Physicians Act“ sind die medizinische Einrichtung und der Arzt vor bzw. bei der medizinischen Behandlung zur Aufklärung des Patienten verpflichtet. Jedoch ist Adressat dieser Aufklärung in beiden Gesetzen nicht allein oder jedenfalls primär der Patient, sondern sind es auch (mindestens)

¹ <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=L0020066> (zuletzt abgerufen am 2.1.2019).

² <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=L0020021> (zuletzt abgerufen am 2.1.2019).

³ Agenda Related Documents of Legislative Yuan, 2015/5/20, Nr. 1155/17769, S. 109.

⁴ Chien-Yu Liao, Die Entwicklungen des Patientenautonomiegesetzes für das derzeitige System (I), Angle Health Law Review 2017/1, Nr. 3, S. 145; vgl. Li-Ching Chang, Patient Autonomy Act – Choice of Good Death, Tunghai University Law Review 2016/12, Nr. 50, S. 9 ff.

tens) der/die Ehepartner(in) und Angehörige des Patienten.⁵ Dies bedeutet, dass die medizinische Einrichtung oder der Arzt die Aufklärung gegenüber irgendeiner dieser Personen vornehmen kann und damit bereits seiner Aufklärungspflicht genügt. Demzufolge ist der Patient bei der ärztlichen Aufklärung nicht die vorrangige Bezugsperson. Nach § 4 PatAG hat dagegen allein der Patient das Recht auf Wissen, Auswahl und Entscheidung über ärztliche Behandlungen; das neue Gesetz geht sogar noch einen Schritt weiter, wenn es erklärt, dass der Betroffene die Entscheidung des Patienten nicht dadurch konterkarieren darf, dass er die Umsetzung der vom Patienten getroffenen Entscheidungen über die ihm von der medizinischen Einrichtung oder vom Arzt offerierten Therapieoptionen verhindert (Abs. 2). Hierbei ist zu beachten, dass die medizinische Einrichtung oder der Arzt dem Betroffenen des Patienten die in § 5 PatAG benannten Informationen nur geben darf, wenn und solange der Patient nicht deutlich hiergegen votiert. Daraus kann man ersehen, dass der Patient bei der ärztlichen Aufklärung grundsätzlich die Priorität besitzt. Allerdings geht das Gesetz durchaus noch von einer Regelvermutung aus, wonach der Patient mit der Aufklärung seines Bevollmächtigten bzw. seiner Angehörigen mutmaßlich einverstanden sein wird; sonst hätte anstelle eines „deutlichen“ Widerspruchs eine explizite Zustimmung verlangt werden müssen.

b) Einführung von ACP, AD und DPA

Zur Gewährleistung der Patientenautonomie werden vom PatAG drei Systeme eingeführt, nämlich die gesundheitliche Vorausplanung (Advance Care Planning, ACP), die Patientenverfügung (Advance Decision, AD) und der medizinische Bevollmächtigte (Durable Power of Attorney, DPA). Nach §§ 9, 14 PatAG sind die Voraussetzungen bzw. der Prozess zur Geltendmachung des patientenseitigen Selbstbestimmungsrechts einschließlich seines Rechts auf Ablehnung der ärztlichen Behandlung mit u.U. tödlicher Folge wie folgt festgeschrieben: (1) via gesundheitlicher Vorausplanung (ACP); (2) per Errichtung einer Patientenverfügung (AD) und Eintrag in die elektronische Gesundheitskarte; (3) das Vorkommen einer der in § 14 Abs. 1 PatAG bestimmten klinischen Bedingungen.⁶

Die gesundheitliche Vorausplanung in Sinne vom PatAG bedeutet, dass „ein dialogischer Prozess zwischen dem Patienten, den medizinischen Dienstleistungserbringern, Angehörigen oder anderen Betroffenen“ stattfinden muss mit dem Ziel, den weiteren Behandlungsplan unter Berücksichtigung des ärztlich Sinnhaften und vom Patienten Gewünschten oder aber Abgelehnten festzulegen und fortlaufend anzupassen (§ 3 Nr. 6 PatAG). Dabei müssen die möglichen Versorgungsangebote erörtert und insbesondere auch die konkreten Wünsche des Patienten ermittelt

werden, ob die lebenserhaltende Behandlung bzw. Zuführung von künstlicher Ernährung und Flüssigkeit annehmen oder ablehnen wird, wenn er sich in jeweils bestimmtem klinischen Zuständen befindet, bewusstlos ist oder seine Entscheidung nicht deutlich äußern kann.

Die Geltendmachung seines Selbstbestimmungsrechts setzt für den Patienten das Erfassen der Sachlage auf Grundlage hinreichender Informationen voraus, sonst könnte der Patient wegen unzulänglicher Überlegungen leicht eine irrtümliche Entscheidung treffen. Aufgrund dessen wird verlangt, dass der Patient vor allem an einem dialogischen Prozess teilnehmen muss, in dem er, seine Angehörigen und sein medizinischer Bevollmächtigter sich mit dem Behandlungsteam vollumfänglich austauschen können.⁷ Die Teilnahme an einer solchen gesundheitlichen Vorausplanung ist aber nicht nur für den Patienten bindend; auch die Angehörigen und der medizinische Bevollmächtigte sind hierzu verpflichtet, weil einerseits der Angehörige in der taiwanischen Gesellschaft heutzutage eine immer größere Rolle spielt und andererseits der medizinische Bevollmächtigte in Vertretung des Entscheiders (Patienten) dessen Wünsche zum Ausdruck bringen muss, wenn der Entscheider bewusstlos ist oder seine Wünsche nicht deutlich äußern kann; eine zweckentsprechende Erfüllung dieser Aufgabe erfordert aber eine möglichst zuverlässige Kenntnis von den Wünschen und Ideen des Entscheiders wie auch des gesetzlichen Prozesses der Entscheidungsfindung.⁸ Es ist freilich nur der medizinischen Einrichtung erlaubt, die gesundheitliche Vorausplanung anzubieten.

Von einer Patientenverfügung ist im Sinne des PatAG immer dann die Rede, wenn „eine vorherige schriftliche Willenserklärung“ des Entscheiders vorliegt, in der dieser darüber befunden hat, ob er unter bestimmten klinischen Bedingungen die lebenserhaltende Behandlung, Zuführung von künstlicher Ernährung und Flüssigkeit oder eine sonstige einschlägige medizinische Versorgung oder einen friedlichen Tod annehmen oder ablehnen will (§ 3 Nr. 3 PatAG). Im Übrigen bedarf es nach § 9 Abs. 1 PatAG für eine wirksame Patientenverfügung: (1) Es muss eine durchgeführte gesundheitliche Vorausplanung mit dem Stempel der medizinischen Einrichtung bestätigt sein, (2) die Patientenverfügung ist beglaubigt oder bezeugt und (3) sie ist auch in der elektronischen Gesundheitskarte eingetragen. Liegen diese drei Bedingungen vor, so handelt es sich um eine rechtsgültige Patientenverfügung. Die persönliche Qualifikation zur Errichtung einer Patientenverfügung ist nach § 8 Abs. 1 PatAG auf das Vorhandensein uneingeschränkter Geschäftsfähigkeit beschränkt: Denn weil sich die Patientenverfügung auf die vitale Selbstbestimmung bezieht, muss für deren Errichtung eine reife Einsichtsfähigkeit gefordert werden.⁹

⁵ Z.B. § 63 Abs. 1 Medical Care Act: „Medical care institutions shall explain the reasons for surgical operation, success rate, possible side-effects and risks to the patient or his/her legal agent, spouse, kin, or interested party, and must obtain his/her consent and signature on letter of consent for surgery and anesthesia before commencing with surgical procedure. However, in case of emergency, the provisions above shall not apply.“ – § 12-1 Physicians Act: „When diagnosing and treating patients, a physician shall inform the patient or the patients family of the status of the disease, treatment principles, treatment, medication, prognosis and possible unfavorable reactions.“

⁶ Hsiao-Chih Sun, Einführung zum Patientenautonomiegesetz, Hospital, 2016/2, Nr. 49/1, S. 2.

⁷ Chen-Chi Wu/Fu-Chang Tsai, Anmerkungen zu den Auswirkungen des Patientenautonomiegesetzes, Hospital, 2016/2, Nr. 49/1, S. 7.

⁸ Hsiao-Chih Sun (Fn. 6), S. 3.

⁹ Hsiao-Chih Sun (Fn. 6), S. 3.

Der Normzweck des § 14 PatAG liegt im Wesentlichen in der Nachbesserung der Fehler anderer Gesetze. § 60 Abs. 1 Medical Care Act und § 21 Physicians Act verpflichten die medizinische Einrichtung und den Arzt ausnahmslos zur Behandlung des Patienten.¹⁰ Danach ist dem Arzt somit eine – auch strafbewehrte – Garantenpflicht auferlegt, so dass er sich einer Strafverfolgung wegen Totschlags durch Unterlassen gegenübersehen könnte, wenn er den Patienten nicht mit ganzer Kraft oder nicht von Anfang bis zum natürlichen Ende behandelt bzw. rettet und der Patient deswegen verstirbt. Obwohl bereits die Regelungen des HPCA die ausnahmslose rechtliche Pflicht des Arztes zur lebenserhaltenden/-verlängernden Behandlung des Patienten durchbrechen, ist dieses Gesetz aber in seinem Anwendungsbereich auf den Patienten im Endstadium einer Krankheit beschränkt. Dies bedeutet, dass der Arzt alle sonstigen Patienten noch immer ausnahmslos behandeln bzw. retten muss, und dass diesen Patienten infolgedessen kein Recht auf Ablehnung der ärztlichen Behandlung garantiert ist. Nach § 14 Abs. 1 PatAG darf die medizinische Einrichtung oder der Arzt nun allerdings gemäß den Vorgaben einer Patientenverfügung die lebenserhaltende Behandlung oder die Zuführung von künstlicher Ernährung und Flüssigkeit teilweise oder vollständig beenden, entfernen oder deren Vornahme von vornherein unterlassen, sofern bei dem Patienten einer der darin näher bestimmten klinischen Bedingungen (z.B. „irreversibles Koma“, „permanent vegetativer Zustand“, „extrem schwerwiegende Demenz“) festgestellt werden kann.

Zu dem Recht auf Ablehnung einer ärztlichen Behandlung ist allgemein anzumerken, dass der Patient dieses Recht im PatAG in zwei Konstellationen nutzen kann: Zum einen findet es sich in § 14 Abs. 1 PatAG in Bezug auf dort näher benannte klinische Zustände des Patienten gewährleistet, denen gemeinsam ist, dass sie die ärztliche Behandlung bei Bestehen einer Lebensgefährdung oder sonst hochgradigen Einschränkung der Lebensperspektive betreffen; ein solches Ablehnungsrecht ist aber auch in § 6 PatAG verbürgt, der sich auf die ärztliche Behandlung jenseits einer Lebensgefährdung des Patienten bezieht.¹¹ Denn hierin ist generell – Notfallsituationen ausgenommen – das Einwilligungserfordernis für jedweden Heileingriff gesetzlich verankert, unabhängig davon, ob diese der Patient selbst abgeben kann oder für ihn gesetzlich oder bevollmächtigte Vertreter, Ehepartner oder Angehörige (§ 4 Abs. 2 PatAG) entscheiden. Wenn ein Heileingriff zwingend die Einwilligung aus der Sphäre des höchstpersönlich Betroffenen voraussetzt, bedeutet das denknöwendig zugleich, dass ein ärztliches Therapieangebot jederzeit abgelehnt werden kann.

IV. Kritische Würdigung

Diese Zielrichtung des Gesetzes lässt sich aus der Perspektive der Patientenautonomie dem Grunde nach begrüßen. Allerdings wecken die konkreten Inhalte des Gesetzes bei näherer Betrachtung doch auch einige Zweifel.

1. Der beschränkte Anwendungsbereich

Einer der ursprünglichen Normzwecke des PatAG bestand im Ausfüllen jener Lücken, die der sehr begrenzte Anwendungsbereich des HPAC hinterlassen hat. Jedoch zeigt sich der persönliche Schutzbereich des PatAG als noch immer deutlich limitiert. So kann nach § 8 Abs. 1 PatAG nur der voll Geschäftsfähige eine Patientenverfügung errichten; infolgedessen ist der nur beschränkt geschäftsfähige Minderjährige – selbst wenn er nach dem taiwanischen BGB testierfähig ist und er daher als hinreichend kompetent erachtet wird, den Sinn des Todes zu verstehen¹² – von § 14 PatAG ausgeschlossen. Ihm ist also das Recht nicht zuerkannt, die ärztliche Behandlung abzulehnen.¹³

Außerdem muss der unbeschränkt Geschäftsfähige i.S.v. § 8 Abs. 1 PatAG ein Patient sein, weil die Errichtung der Patientenverfügung eine gesundheitliche Vorausplanung voraussetzt, die sich gem. § 3 Nr. 6 PatAG ausschließlich auf Patienten bezieht. Nur für solche dürfte eine konkrete Behandlungsplanung auch Sinn machen. Dies bedeutet aber, dass eine Patientenverfügung von Personen, die noch nicht Patient sind, auch nicht errichtet werden kann. Darin liegt eine erhebliche Einschränkung der Möglichkeit zur frühzeitigen Vorsorge und Verlautbarung des eigenen Willens in Bezug auf mögliche ärztliche Behandlungsangebote.

Wenn einer der in § 14 Abs. 1 benannten klinischen Fallkonstellationen bei dem Patienten festgestellt wird, aber im Voraus keine Patientenverfügung errichtet worden ist, kommt das PatAG ebenfalls nicht zur Anwendung und kann der Patient daher nicht sein Recht auf Patientenautonomie geltend machen. Dem Patienten stehen dann allein seine Rechte aus dem HPAC noch offen; dazu muss er sich aber bereits im Endstadium einer tödlich verlaufenden Erkrankung befinden. Sonstige klinische Krankheitszustände sind hiernach nicht relevant, auf die sich der Patient somit im Anwendungsbereich des HPAC nicht berufen kann.¹⁴

2. Unklare gesetzessystematische Positionierung

Dies leitet aber sogleich zu der Frage über, wie das Verhältnis zwischen dem PatAG und dem HPAC im Rahmen

¹⁰ § 60 Abs. 1 Medical Care Act: „Medical care institutions shall not solicit patients through improper manners proclaimed and prohibited by the central competent authority.“; § 21 Physicians Act: „A physician may not without reason delay treatment according to his professional abilities of a critically ill patient, nor may he without reason delay the adoption of necessary measures.“

¹¹ Der Inhalt des § 6 PatAG ist ähnlich wie der Inhalt der §§ 63, 64 Medical Care Act. Der Normzweck des § 6 PatAG liegt in der Koordinierung der in §§ 63, 64 Medical Care Act getroffenen Regelungen. Außerdem ist das Normsubjekt vom Medical Care Act nicht der Patient, sondern der Arzt; im Gegensatz dazu ist die modifizierte Darstellung des PatAG zur Respektierung der Patientenautonomie der Patient als das Normsubjekt. Siehe dazu Agenda Related Documents of Legislative Yuan, 2015/5/20, Nr. 1155/17769, S. 113.

¹² § 1186 Civil Code: (1) A person without disposing capacity may not make a will. (2) A person limited in disposing capacity may make a will without first obtaining the approval of his statutory agent. But a person who has not completed his sixteen years of age may not make a will.“

¹³ Yat-Che Cheng/Chao-Jung Shih, An Euthanasia – A Brief Comment on the Patient's Self-determination Right Act, Taiwan, 2016, The Military Law Journal, 2016/8, Nr. 62/4, S. 32.

¹⁴ Yat-Che Cheng/Chao-Jung Shih (Fn. 13), S. 21.

der Rechtsanwendung überhaupt zu verstehen ist. Diese Verhältnisbestimmung ist dem ersten Anschein zuwider keineswegs von Klarheit bestimmt, wenn man sich die in Betracht kommenden denkbaren Konstellationen näher vergegenwärtigt.

Handelt es sich um einen Patienten im Endstadium einer tödlichen Erkrankung und begehrt dieser die Nichtdurchführung einer Herz-Lungen-Wiederbelebung oder einer sonstigen lebenserhaltenden Maßnahme (Life-sustaining treatment, LST), so ist ihm die Möglichkeit der Ablehnung nach den Regelungen des HPCA eröffnet, sofern er seinen Willen noch deutlich äußern kann. Ist er bereits bewusstlos oder aus sonstigen Gründen nicht in der Lage, seinen Willen zu bekunden, hat er aber bereits zuvor seine Wünsche in einer Patientenverfügung festgehalten, so kann er nach dem neuen PatAG mit Respekt und Achtung seines Patientenwillens rechnen. Fraglich ist aber, wie ihm die Regelungen des PatAG bzw. des HPCA dienen, wenn er keine Patientenverfügung errichtet hat.¹⁵ Denn dann kommen die unterschiedlichen Anwendungsvoraussetzungen und Divergenzen insbesondere zum Verfahren ihrer Feststellung im Verhältnis von PatAG und HPCA zum Tragen: Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 HPCA ist die Qualifizierung des Patienten als ein solcher, der sich im Endstadium einer Erkrankung befindet, nur von zwei Ärzten zu bestätigen; dagegen verlangt § 14 Abs. 2 PatAG hierfür die Bestätigung „von zwei Ärzten mit der relevanten fachlichen Qualifizierung (...) sowie von dem Hospiz- und Palliativversorgung-Team mindestens für zwei Besprechungstermine“. Es ist offensichtlich, dass das PatAG bei dem Prozess der Rechtsanwendung strengere Anforderungen stellt als das HPCA. Ausgehend davon wird zur Auflösung dieser Normenkollision behauptet, dass das PatAG im Vergleich zu dem HPCA ein spezielles Sondergesetz sei (*lex specialis derogat lex generalis*).¹⁶

Wenn man allerdings das Problem unter dem Blickwinkel der generellen Anwendungsbereiche beider Gesetze betrachtet, liegt es weit näher anzunehmen, dass der Gegenstand des HPCA sich auf den Patienten im Endstadium einer Erkrankung beschränkt, der Sachbereich des PatAG im Gegensatz dazu aber unbeschränkt ist. Infolgedessen wäre daher gerade umgekehrt das HPCA im Vergleich zum PatAG ein Sondergesetz¹⁷ mit der – freilich wenig plausiblen – Folge, dass die im (neueren) PatAG enthaltenen höheren Anforderungen zur Qualifizierung des Patienten dann insoweit nicht zur Anwendung kommen, wie der (ältere) HPCA abweichende Regelungen getroffen hat.

Mit Blick auf die vorstehenden Argumentationen kann man ohne Übertreibung sagen, dass der Gesetzgeber bei Verabschiedung des PatAG die Anwendung dieser Regelungen im systematischen Verhältnis zu anderen Gesetzen („Einheit der Rechtsordnung“) nicht vollständig durchdacht hat. Dies könnte seine Befolgung in der Rechtswirklichkeit beeinträchtigen und damit seinen Normzweck beschädigen, wenn derartige Zweifel auf die behandelnden Ärzte und/oder Patienten durchschlagen.

3. Unbestimmte Rechtsbegriffe

In § 14 Abs. 1 Nr. 5 PatAG wird das Ablehnungsrecht des Patienten u.a. auch für eine klinische Situation eröffnet, in welcher der Patient „unerträglichen Schmerzen“ erleidet oder ohne „Hoffnung auf Heilung“ ist. Beide Varianten gründen sich auf ausnehmend unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Auslegung und Anwendung erhebliche Schwierigkeiten bereiten dürfte. Eine besondere Herausforderung bildet dabei der Umstand, dass der Bewertungsmaßstab hierfür – wann sind Schmerzen nicht mehr aushaltbar? wann liegt eine „infauste“ Lage vor? – innerhalb der Gesellschaft aufgrund divergierender Werthaltungen kein einheitlicher ist. Und es ist sehr zweifelhaft, ob in dieser Hinsicht überhaupt ein gesamtgesellschaftlicher Konsens überhaupt erwartet werden kann. Bis dahin bleibt dieser Regelungsteil unanwendbar, sofern man die benannten Anwendungsvoraussetzungen der Nr. 5 nicht vom Willen und damit rein subjektiven Belieben des Patienten abhängig machen wollte.

4. Der medizinische Bevollmächtigte

Nach §§ 3 Nr. 5, 10 Abs. 3 Nr. 3 PatAG ist die wichtigste Aufgabe bzw. Befugnis des medizinischen Bevollmächtigten die „Äußerung des [Patienten-]Willens gemäß der Patientenverfügung in Vertretung des Patienten“. Daraus lässt sich klar entnehmen, dass der medizinische Bevollmächtigte keine Befugnis hat, eine eigene Willenserklärung nach eigenen Richtigkeitsvorstellungen abzugeben. Der medizinische Bevollmächtigte erscheint danach nur mehr als Überbringer (Bote) des Patientenwillens, nicht jedoch als sein Stellvertreter des Patienten im juristischen Sinne. Die rechtliche Positionierung des medizinischen Bevollmächtigten ist daher unklar.

5. Aktualisierung der Wünsche des Patienten

In der aktuellen Literatur wird noch eine weitere gravierende Unklarheit des PatAG genannt: Wenn ein Patient seine Überlegungen bzw. Wünsche ändern will, nachdem seine Patientenverfügung bereits errichtet ist, weil sich beispielsweise die medizinische Technik im Laufe der Jahre verbessert hat, dann ist fraglich, ob und auf welche Weise der Patient seinen veränderten Willen mit rechtlicher Gültigkeit bekunden kann. Zwar sieht § 13 PatAG einen Widerruf oder eine Änderung der Patientenverfügung durchaus vor; die Gültigkeit einer solchermaßen neuen Willensbekundung setzt danach jedoch voraus, dass dies bei der zuständigen Zentralbehörde neu beantragt werden muss. In der Zwischenzeit bleibt die ältere Fassung der Patientenverfügung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 3 PatAG in jener veralteten Fassung eingetragen und auf der elektronischen Gesundheitskarte gespeichert. Wenn der Patient nunmehr während des erforderlichen Änderungsprozesses z.B. durch einen Unfall bewusstlos geworden ist oder aus anderen Gründen seine Wünsche nicht mehr deutlich äußern kann, bleibt sein mittlerweile aktualisierter Wille unberücksichtigt. Der Prozess der Aktualisierung und ggf. Modifizierung der Patientenwünsche zur Gewährleistung der Patientenautonomie ist ersichtlich mangelhaft.¹⁸

¹⁵ Vgl. Yat-Che Cheng/Chao-Jung Shih (Fn. 13), S. 23.

¹⁶ Vgl. Chen-Chi Wu/Fu-Chang Tsai (Fn. 7), S. 8 ff.

¹⁷ Vgl. Yat-Che Cheng/Chao-Jung Shih (Fn. 13), S. 23.

¹⁸ Yat-Che Cheng/Chao-Jung Shih (Fn. 13), S. 32.

V. Fazit

Die Patientenautonomie beinhaltet die freie Entfaltung der Persönlichkeit für jeden Patienten auf der Grundlage seiner unverlierbaren und unverfügbaren Menschenwürde. Hierzu gehört insbesondere auch das Recht zur Mitbestimmung über lebenserhaltende oder -beendende Maßnahmen (Einwilligungserfordernis). Von dieser Warte aus ist der Zielrichtung des neuen PatAG, das sich erstmals unmittelbar an den Patienten richtet und ihm ausdrücklich

Rechte zuerkennt, zuzustimmen. Die Besonderheit des PatAG liegt darin, dass es zur Gewährleistung der Patientenautonomie für willensunfähige Patienten ein System mit drei Kompensationen einführt: ACP (Advance Care Planning), AD (Advance Decision) und DPA (Durable Power of Attorney). Mit diesem System können nicht nur die Wünsche des Patienten realisiert, sondern kann auch das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten verbessert werden.

BUCHBESPRECHUNGEN

Astrid Kempe: Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention

von RA Priv.-Doz. Dr. Kay H. Schumann

2018, Duncker & Humblot, Berlin, ISBN: 978-3-428-15496-8, S. 337, Euro 89,90.

In ihrer Dissertation aus dem Jahr 2017, betreut von *Renzikowski* (Halle-Wittenberg), befasst sich *Kempe* (Verf.) ausführlich mit der Frage, ob die zur Begründung der jüngsten Reform der Sexualdelikte vielbeschworenen Strafbarkeitslücken in diesem Bereich tatsächlich zu beklagen waren und so die umfassende Gesetzesänderung notwendig machten, um den Anforderungen der Istanbul-Konvention und der EMRK gerecht zu werden.

Die Arbeit ist in vier Kapitel aufgeteilt. Im ersten Kapitel widmet sich die *Verf.* den „völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Schutz des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung“ (S. 20-45). Es ist erfreulich, dass sie sich hier nicht mit einem nur kurzen Verweis auf die maßgeblichen Rechtsquellen begnügt, sondern vielmehr versucht, den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung für die weitere Arbeit völkerrechtlich nachvollziehbar anzubinden. So wird in angemessenem Umfang (S. 20-25) die EMRK sowohl allgemein in ihrer Bedeutung für den nationalen Gesetzgeber als auch im Besonderen mit Blick auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung beleuchtet. Abgerundet wird die bis dahin notwendig recht abstrakte Betrachtung der europäischen Grundlagen dann durch eine (im Vergleich vielleicht etwas zu breite, S. 25-31) Darstellung des für das verfolgte Untersuchungsinteresse wichtigen Grundsatzurteils des EGMR „M.C. gegen Bulgarien“, mit dem der Gerichtshof klargestellt hat, dass ein allein auf Nötigungskonstellationen beschränktes Sexualstrafrecht den aus Art. 8 und 3 abgeleiteten Anforderungen nicht genüge.

Sodann wird ausführlich die sog. Istanbul-Konvention dargestellt: Von den historischen Wurzeln der Konvention (S. 33-39) über eine Skizze ihres wesentlichen Inhaltes (S. 39-41) führt die *Verf.* hin zu dem für ihre Untersuchung maßgeblichen Art. 36 IK, der die Kriminalisierung aller non-konsensualen sexuellen Übergriffe betrifft. Die *Verf.* kommt damit zu dem wohlbegründeten Schluss, dass das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung aus völkerrechtlicher Perspektive „sowohl einen Schutz vor geschlechtsspezifischen Diskriminierungen als auch eine freie Selbstbestimmung der sexuellen und der geschlechtlichen Identität gewährleistet“, dessen strafwürdige Verletzung folglich stets dann vorliege, wenn eine sexuelle Handlung fremdbestimmt, i.S. von nicht einverständlich, erfolge (S. 45). An diesem Ergebnis will die *Verf.* dann das frühere deutsche Sexualstrafrecht messen.

Das zweite Kapitel, das den Titel der Gesamtuntersuchung als Überschrift trägt, ist mit rund 200 Seiten dann auch das umfangreichste: In einem geschichtlichen Abriss, der zwar konsequent, doch ohne Not, auf die sexuelle Nötigung bzw. Vergewaltigung beschränkt ist, stellt die *Verf.* nach einer Stippvisite in den germanischen Volksgesetzen die Tatbestände der Notzucht bzw. sexuellen Nötigung im RStGB und den StGB-Fassungen von 1969, 1973 und schließlich 1997/98 dar (S. 46-61). Die Nachzeichnung leidet hier ein wenig unter einem nicht immer klaren Wechsel zwischen einfacher Wiedergabe des Gesetzes und der Position der je dazu herrschenden Ansichten (es wäre wünschenswert gewesen, hätte die *Verf.* die behandelten alten Regelungen in einem Anhang ihrem Text beigelegt).

Der Hauptteil des Kapitels ist der Ergründung der Lückenhaftigkeit des Gesetzes in seiner vor der letzten Reform geltenden Fassung gewidmet (bei beibehaltenem Schwerpunkt des Tatbestands der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung). Bevor sie *in medias res* geht, stellt die *Verf.* den Unterschied zwischen Regelungs- und Rechtsanwendungslücken klar; dass dies verhältnismäßig oberflächlich geschieht, ist im Rahmen der Untersuchung verzeihbar. Insgesamt leitet die *Verf.* damit gut in die nachfolgende Darstellung ein, da es ihr angelegen ist zu verdeutlichen, dass sich viele der Strafbarkeitslücken des früheren Sexualstrafrechts nicht bereits theoretisch aus dem Gesetz selbst, sondern vielmehr erst praktisch aus dessen restriktiver Anwendung durch die Gerichte ergaben. Es folgt damit ein Kompendium der Probleme, die die Diskussion über die sexuelle Nötigung bzw. die Vergewaltigung gem. § 177 StGB a.F. beherrschten. Mit großem Fleiß und Sorgfalt trägt die *Verf.* die zahlreichen Probleme zusammen und illustriert sie durch in aller Regel auch gut passende Urteile. Hier und da mögen Wiedergabe und Besprechung der Entscheidungen etwas zu breit geraten sein (etwa für den Begriff der Schutzlosigkeit des Opfers in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F.) und auch hier hat die *Verf.* stellenweise Schwierigkeiten der Trennung oder Gewichtung einzelner Positionen. Dem Untersuchungsziel der *Verf.* dient diese raumgreifende Wiedergabe der Probleme zur alten Fassung v.a. dadurch, dass die *Verf.* damit ihre Vermutung bestätigt sieht, dass viele der zuvor ausgemachten „Lücken“ in der Tat zumeist Ergebnis einer – zum Teil nur schwer nachvollziehbaren – Rechtsprechung waren.

Nach den langen Ausführungen zur älteren Rechtslage und der deutlichen Orientierung am deutschen Gesetz und seiner Rechtsprechung kommt das dritte Kapitel dann auf den ersten Blick beinahe exotisch daher: Die *Verf.* widmet sich hier dem „Sexualstrafrecht des common law“

(S. 166-218). Dieser vermeintliche Fremdkörper in der Untersuchung dient jedoch durchaus seinem Zweck: Die *Verf.* stellt nämlich nicht zu Unrecht fest, dass die völkerrechtliche Diskussion um die umfassende Kriminalisierung von „non-consensual“ Sexualkontakten offensichtlich vor allem vom englischen Verständnis der Sexualdelinquenz geprägt ist, während sich der deutsche Gesetzgeber ja dagegen für eine Widerspruchslösung entschieden hat (zumindest grundsätzlich). Die *Verf.* überprüft daher in diesem Kapitel, ob das englische und das deutsche (Sexualstraft-)Recht tatsächlich so inkompatibel zueinander stehen, dass ein „eigener“ deutscher Weg der Reform notwendig war oder ob es nicht vielmehr ebenso möglich wie ausreichend gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber dem bestehenden Regelungsapparat nur einen Auffangtatbestand des nicht einvernehmlichen Sexualkontaktes nach englischem Vorbild hinzugefügt hätte. Die *Verf.* stellt die zahlreichen Unterschiede zwischen den beiden Rechtssystemen dar, kommt aber dennoch gut nachvollziehbar zu dem Schluss, dass auch unter der Herrschaft des deutschen Rechtsverständnisses eine „Nur Ja heißt Ja“-Lösung das StGB entsprechend den Konventionsvorgaben gut hätte ergänzen können, ohne dass es einer umfassenden Reform oder gar eines völligen Paradigmenwechsels bedurft hätte.

Im vierten Kapitel ist es dann an der Zeit, sich mit der eigentlichen Reform des deutschen Sexualstrafrechts aus dem Jahre 2016 zu beschäftigen. Hier werden zuerst die beiden großen entgegengesetzten Modelle, das des „Nein heißt Nein“ und das des „Nur Ja heißt Ja“ gegenübergestellt (S. 220-245). Das vom deutschen Gesetzgeber letztlich (zumindest als Grundsatz) präferierte erste Modell wird hier (u.a.) formal aufgrund der Inkongruenz mit den Konventionsvorgaben („*Consent must be given*“) sowie wegen der Anwendungsschwierigkeiten bei der Beibehaltung des Vorsatzerfordernisses kritisiert (S. 224, 229 f.). Vorzugswürdig ist aus der Perspektive der *Verf.* der Reformvorschlag des Konsensmodells. Mit Blick auf Gesetzesbestimmtheit, Rechtsstaatlichkeit, Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzip erläutert die *Verf.*, dass Entscheidung gegen das „Nein heißt Nein“ zu einem einfach zu handhabenden Gesetz geführt hätte, das zumindest alle strafwürdigen Fälle sexueller Handlungen des Täters am Opfer leicht hätte abdecken können; in Fällen sexueller Handlungen des Opfers am Täter oder an Dritten hätte es hingegen beim bisherigen Nötigungsmodell bleiben müssen (S. 230-245). Dass der politische Diskurs von einer entsprechenden Reflexion profitiert hätte, wird im folgenden Abschnitt deutlich, wenn die *Verf.* nun recht breit die Reformdiskussion im Deutschen Bundestag, samt Präsentation der Gesetzentwürfe der Linken und von Bündnis 90/Die Grünen behandelt (S. 245-267).

Der inhaltliche Teil der Untersuchung mündet dann in eine (zum Zeitpunkt des Abschlusses der Arbeit notwendigerweise kursorischen) kritischen Betrachtung der neuen bzw. neugefassten Vorschriften des 13. Abschnitts des StGB, mit denen der Gesetzgeber sich für ein kasuistisch orientiertes Mischmodell aus „Nein heißt Nein“ und Zustimmungsanforderungen entschieden hat. Die *Verf.* legt den Finger in die (zahlreichen) Wunden des Gesetzes, etwa dort, wo die Folgen der neuen Gesetzesfassung für die Gruppe behinderter Menschen offensichtlich nicht hinreichend bedacht wurden (S. 281 ff.); sie unterstreicht aber auch vorsichtig optimistisch evidente Fortschritte des Gesetzes, vor allem bei der nun gelungenen (wenn auch nicht perfekten) Abdeckung von Überraschungsangriffen (S. 293 f.). Eine sehr wichtige Weichenstellung für die zukünftige Arbeit mit dem Gesetz nimmt die *Verf.* schließlich dort vor, wo sie sich hinsichtlich der „neuen“ Qualifikationstatbestände des § 177 Abs. 5 StGB mit zahlreichen Stimmen aus der Reformkommission dahingehend positioniert, dass trotz des Verzichtes auf das Nötigungselement im Wortlaut der Vorschrift an dem bisherigen zweiaktigen Nötigungsverständnis der a.F. festgehalten werden sollte (S. 302 f.). Zuletzt liefert die *Verf.* eine kritische Betrachtung der neuen Tatbestände der sexuellen Belästigung (§ 184i StGB; S. 307-310) und den Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB, S. 310-315). Während § 184i StGB bis auf seine Ausgestaltung als relatives Antragsdelikt noch begrüßt wird, verhält sich die *Verf.* deutlich zurückhaltender gegenüber § 184j StGB, dessen Erforderlichkeit und Angemessenheit im Normgefüge der Sexualdelikte zu Recht angezweifelt wird.

Eine sehr knappe aber präzise Zusammenfassung schließt die Arbeit ab.

Nach alledem sollte es nicht überraschen, dass sich eine Leseempfehlung an dem jeweiligen Leserkreis auszurichten hat: Die langen Passagen zur alten Rechtslage sowie zur Reformdiskussion dienen zwar als flüssig zu lesende Chronik des neuen Sexualstrafrechts, dürften aber dem hier bereits orientierten Fachpublikum bestenfalls als (gutes) Nachschlagewerk dienen. Das dritte samt des Eingangs des vierten Kapitels, in denen die *Verf.* ihre Präferenz für eine „Nur Ja heißt Ja“-Lösung mit einer attraktiven und „internationalen“ Argumentation begründet, bietet aber auch Veteranen anregenden Lesestoff. Leserinnen und Leser hingegen, die erst jetzt in die Diskussion um das aktuelle Sexualstrafrecht einsteigen wollen, dürften von der Lektüre des Buches insgesamt immens profitieren, zumal die *Verf.* ihnen die gedankliche Freiheit lässt, sich auch von den Vertretern der „Nein heißt Nein“-Lösung überzeugen zu lassen.

Johann Sieber: Sanktionen gegen Wirtschaftskriminalität. Eine vergleichende Untersuchung der repressiven, präventiven und schadenskompensierenden Normensysteme zur Verhinderung von Wirtschaftskriminalität in Unternehmen

von Prof. Dr. Anja Schiemann

2018, Duncker & Humblot, Berlin, ISBN: 978-3-428-15476-0, S. 577, Euro 109,90.

Vor dem aktuellen kriminalpolitischen Hintergrund, dass das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in diesem Jahr einen Referentenentwurf zum Verbandssanktionenrecht vorlegen wird, ist die Dissertation von *Sieber* hochinteressant. Denn in diesem umfassenden Werk werden die Grundlagen und Zusammenhänge des deutschen Sanktionensystems im Hinblick auf Wirtschaftskriminalität ermittelt, um Sanktionsdefizite zu benennen und die erforderlichen Fortentwicklungen anzustoßen (S. 40).

Dazu wird in einem ersten Schritt der Frage nach den historischen Ursprüngen und zentralen Entwicklungen der Wirtschaftskriminalität und des Wirtschaftsstrafrechts nachgegangen. Dieser historische Rückblick verdeutlicht das Spannungsfeld aus rein reaktiver Regulierung einerseits und liberal orientierter Zurückhaltung andererseits. In welche Richtung der Gesetzgeber tendiert, hängt laut Verfasser entscheidend von äußeren Faktoren wie der Stabilität der wirtschaftlichen Lage, den Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen aber auch aktuellen gesellschaftlichen Faktoren ab (S. 90). *Sieber* kritisiert, dass sich der Gesetzgeber bei der Wahl der Mittel zur Wirtschaftssteuerung und zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität hauptsächlich des Sanktionsinstrumentariums des Strafrechts bedient habe. Wegen des ultima-ratio-Gedankens sei diese Wahl bedenklich, soweit zivil-, verwaltungs- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Reglementierungen gleichermaßen der Wirtschaftskriminalität entgegenwirken könnten. Insofern macht es sich der Verfasser zur Aufgabe, eine vergleichende Betrachtung der Sanktionierungsmöglichkeiten gegen wirtschaftskriminelles Fehlverhalten anzustellen, um so die Forschungslücke in Bezug auf außerstrafrechtliche Bekämpfungsmöglichkeiten der Wirtschaftskriminalität zu schließen (S. 97).

Dazu analysiert *Sieber* in seinem Hauptkapitel der Dissertation die unterschiedlichen Regelungssysteme und ihre Sanktionsmöglichkeiten (S. 98-393). Er beginnt mit dem Kriminalstrafrecht und arbeitet heraus, dass sich Kriminalstrafsanctionen zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminali-

tät mit diversen Schwierigkeit konfrontiert sehen. So begegnen zum einen die bekannten strafrechtlichen Zurechnungskategorien bei der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität erheblichen Problemen. Zum anderen werden der Unterlassungshaftung im Unternehmensbereich enge Grenzen gesetzt.

Da sich die Begründung individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit im Unternehmenskontext als problembehaftet und schwierig darstelle, sei es umso wichtiger, bei der Sanktionierung von Wirtschaftskriminalität verstärkt auf spezifisch gegen Unternehmen gerichtete Maßnahmen zurückzugreifen.

Im Ordnungswidrigkeitenrecht schließe § 130 OWiG effektiv die Zurechnungslücke für Handlungen von Unternehmensmitarbeitern, denen keine Leitungsaufgaben zukomme. Hier träfe nämlich den Unternehmensinhaber eine Aufsichtspflicht, so dass über § 130 OWiG zahlreiche Verstöße auf untergeordneter Unternehmensebene erfasst werden können, die ansonsten mangels Zugehörigkeit zum Täterkreis des § 30 OWiG zu einer Sanktionsfreiheit des Unternehmens führen würden. Zudem seien die Tatbestandsvoraussetzungen des § 130 OWiG im Vergleich zu den strafrechtlichen Tatbeständen weiter ausgestaltet. *Sieber* spricht sich gleichwohl mit guten Gründen dafür aus, § 130 OWiG nicht zur Straftat herauf zu stufen. Demgegenüber sei als Anknüpfungspunkt für die Sanktionierung in erster Linie das Unternehmen und nicht der verantwortlich Handelnde zu favorisieren und hier eine effektive Gewinnabschöpfung zu betreiben.

Der Verfasser arbeitet die deutlichsten Unterschiede zwischen den Sanktionsregimen zwangsläufig bei den zivilrechtlichen Sanktionsvoraussetzungen heraus. Allerdings spiele die Verhängung von Schadensersatz gegen Täter der unteren Unternehmensebene in der Praxis eine sehr untergeordnete Rolle. Demgegenüber hafte insbesondere der Vorstandshaftung gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ein positiv-generalpräventiver Nebeneffekt an. Denn die Managerhaftung stärke aufgrund des erhöhten persönlichen Haftungsrisikos das Interesse an rechtmäßigem Verhalten. Im Hinblick auf den Umfang der Kontroll- und Überwachungspflichten von Vorstandsmitgliedern könne man sich an der zu § 130 OWiG entwickelten Rechtsprechung orientieren. Im Gegensatz zum Kriminal- und Ordnungswidrigkeitenrecht orientiere sich der Umfang der drohenden Sanktion streng am verursachten Schaden und sei aufgrund der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs auch nicht nach oben beschränkt.

Der bedeutsamste Konzeptionsunterschied der Rechtsregime komme auf der Sanktionsebene gegen Unternehmen zum Tragen. Denn im Zivilrecht erfolge gerade kein Durchgriff auf den Handelnden, d.h. es erübrigen sich die oftmals schwierigen und aufwendigen Feststellungen einer individuellen Zuwiderhandlung bzw. der Nachweis einer konkreten Anknüpfungstat. Insofern sei zivilrechtlicher Schadensersatz unmittelbar und direkt von der juristischen Person zu leisten. Dies sei der größte Vorteil des zivilrechtlichen Sanktioneninstruments.

In seiner umfangreichen vergleichenden Untersuchung, die hier nur angerissen werden konnte, kommt *Sieber* zu dem Ergebnis, dass das Nebeneinander hoheitlicher und privater Sanktionierung von Wirtschaftskriminalität zu einem komplexen Regelungspluralismus geführt hat. Diese unterschiedlichen Sanktionssysteme stünden dabei in einem gegenseitigen Wettbewerbs- und Konkurrenzverhältnis, da zwischen ihnen weder eine hierarchische Ordnung noch eine absolute Rechtseinheit bestehe. Daher seien Kollisionen zwischen den unterschiedlichen Sanktionssystemen systemimmanent. Die Wirksamkeit der verschiedenen Sanktionsmechanismen ergebe sich nicht aus einer rein kumulativen Anwendung, sondern daraus, dass sie je nach Einzelfall nur spezielle Teilbereiche eines unerwünschten Verhaltens erfassen und damit gerade aufgrund ihrer Alternativität besonders wirksam seien.

Allerdings gerate das Kriminalstrafrecht bei der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität an seine funktionalen Grenzen. Zudem gäbe es Disharmonien in Bezug auf die einzelnen Sanktionen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts, da hier divergierende Prinzipien, wie z.B. Brutto- oder Nettoprinzip gelten würden. Daher empfiehlt *Sieber*, zur Sicherstellung einer effektiven Vermögensabschöpfung auch bei der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Geldbuße das Nettoprinzip durch das Bruttoprinzip zu ersetzen. Dies würde nicht nur die Wirkung der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Geldbuße erhöhen, sondern auch der Notwendigkeit einer stetigen Anhebung des Bußgeldrahmens durch den Gesetzgeber entgegenwirken. So nachvollziehbar hier auch der Wunsch *Siebers* nach einer höheren Abschöpfung im Bereich der Wirtschaftskriminalität ist, bleibt doch zu bedenken, dass das Bruttoprinzip im Rahmen der Geldstrafe nicht unumstritten ist, führt es doch zu sozialen Ungerechtigkeiten bei zu Geldstrafe verurteilten Geringverdienern, die nicht selten nicht in der Lage sind, ihre Strafe zu bezahlen und dann Ersatzfreiheitsstrafe antreten müssen. Dieses Dilemma sollte man nicht aus den Augen verlieren, wenn man auf in der Regel liquide Wirtschaftskriminelle und die Unternehmen blickt.

Die Einführung eines „echten“ Unternehmensstrafrechts sieht der Verfasser kritisch an. Der Vorteil der Anwendung des Legalitätsprinzips werde vermutlich durch die fehlenden personellen und materiellen Ressourcen der Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden negiert. Zu vermuten sei, dass auf die Einstellungsvorschriften der §§ 153a ff. StPO ausgewichen werde.

Sieber hebt die Bedeutung des Ordnungswidrigkeitenrechts bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität hervor. Es fungiere nicht mehr nur als „kleine Schwester“ des Kriminalstrafrechts, sondern erfülle bei der Sanktionierung von Unternehmensdelinquenz inzwischen seine Aufgabe als „erfahrenes Familienoberhaupt“. Das Ordnungswidrigkeitenrecht sei flexibler als das Kriminalstrafrecht und sei eine einzigartige Möglichkeit, gegen Unternehmen selbst Geldbußen zu verhängen.

Im Bereich des Zivilrechts sei die Sanktionswirkung von Klagen durch Privatparteien prinzipiell geeignet, staatliche Sanktionen effektiv zu ergänzen. Zudem sei das Präventionspotential von Schadensersatzansprüchen gegen

Unternehmen und verantwortlich Handelnde nicht zu unterschätzen. Gleichwohl sei vor überzogenen Erwartungen an das Zivilrecht als Steuerungsinstrument zu warnen, da dessen Wirkkraft zumindest dann stark eingeschränkt sei, wenn es um die Verletzung von Kollektivgütern gehe, eine völlige Vermögenslosigkeit des Schädigers zu befürchten sei oder es auf Seiten des Geschädigten zu Streu- und Bagatellschäden komme.

Zudem stellten Bußgelder einen Schaden i.S. der §§ 249 ff. BGB dar, so dass hier Wertungswidersprüche bestehen, die de lege lata nur durch eine teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 AktG zu beheben wären. Insofern spricht sich *Sieber* für eine Neuregelung im Rahmen des § 30 OWiG aus, dem ein Absatz 2b einzufügen sei:

„Für Geldbußen, die die juristische Person oder die Personenvereinigung auf Grund dieses Gesetzes treffen, ist ein Innenregress ausgeschlossen. Dies gilt nicht im Falle einer vorsätzlichen Straftat“ (S. 460).

Eine solche Regelung hätte laut *Sieber* den Vorteil, dass die Qualität des zugrundeliegenden Verschuldens maßgeblich berücksichtigt würde.

Der Verfasser fordert eine stärkere Rückbesinnung auf das Kriminalstrafrecht im Bereich der Wirtschaftskriminalität, da nur die Kriminalstrafe in der Lage sei, einen deutlichen Verhaltensappell an den Einzelnen zu richten.

Er formuliert am Ende seiner Arbeit „rechtspolitische Impulse“ für den Gesetzgeber. Empfohlen wird die Beibehaltung des ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsinstrumentariums zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität. Man darf hier durchaus den Blick in die Zukunft wagen, dass das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in seinem Referentenentwurf kein Unternehmensstrafrecht verfolgen, sondern eine Modifizierung des Unternehmenssanktionenrechts anstreben wird. Ich hoffe dagegen nicht, dass sich die Forderung *Siebers* nach einer Übernahme des Bruttoprinzips auch für die Unternehmensgeldbuße durchsetzen wird. Vielmehr ist die Bemessung von Geldstrafe und Geldbuße zunächst einer umfassenden Überprüfung zu unterziehen. An deren Ende kann dann allerdings durchaus eine Umkehrung der Prinzipien im Kriminalstraf- und Ordnungswidrigkeitenrecht stehen. Allerdings sind voreilige gesetzgeberische Schnellschüsse zu vermeiden.

Eine weitere rechtspolitische Forderung des Verfassers ist es, dass die im Kriminalstrafrecht festgestellten Lücken den Gesetzgeber nicht dazu verleiten dürfen, schwerstes Kriminalunrecht herabzustufen und im Rahmen vereinfachter Verfahrensabläufe als Verwaltungssanktion zu ahnden. Ich denke, dass auch dies nicht passieren wird. Der Gesetzgeber tut gut daran, am Dualismus zwischen Kriminal- und Ordnungswidrigkeitenrecht festzuhalten. Die Gründe hierfür benennt *Sieber* in seiner Dissertation ausführlich und treffsicher. Insofern bietet dieses Werk eine wertvolle Grundlagenarbeit für die Diskussion rund um die zukünftige Ausgestaltung der Sanktionierung von Wirtschaftskriminalität – sei es für den Täter im Unternehmen oder für das Unternehmen an sich. Dass der Gesetzgeber bei dieser „Gratwanderung“ (S. 467) von der Schaffung eines echten Unternehmensstrafrechts absehen sollte, ist eine Empfehlung, die nur unterstrichen werden kann.

TAGUNGSBERICHT

Strafen „im Namen des Volkes“? Expertentagung zur rechtlichen und kriminalpolitischen Relevanz empirisch feststellbarer Strafbedürfnisse

von Wiss. Mit. Lukas Cerny

Der Streit um die Zwecke von Strafrecht und Strafe ist bis heute nicht befriedigend gelöst. In jüngerer Vergangenheit scheint dabei der – zumindest in der Literatur zum Teil bereits für tot erklärte – „Vergeltungsgedanke“ in modernisierter Form vereinzelt wieder aufzuleben. Eine dieser neuen Erscheinungsformen ist die Integration gesellschaftlicher Vergeltungsbedürfnisse in positiv-generalpräventive Modelle. Doch wie sehen etwaige Bedürfnisse der Gesellschaft aus? Sind diese überhaupt verlässlich ermittelbar? Ist es tatsächlich der Zweck der Strafe, die Gesellschaft auf diese Weise zu stabilisieren, oder ist vielleicht doch die Vergeltung selbst ihr ureigener Zweck? Den Antworten auf diese und weitere Fragen ein Stück näher zu kommen war Ziel einer Expertentagung am 29. und 30. November 2018 an der Universität Augsburg. Der Einladung von Prof. Dr. Johannes Kaspar (Universität Augsburg) und RiOLG Prof. Dr. Tonio Walter (Universität Regensburg) folgten dabei zahlreiche prominente Vertreter der Strafrechtswissenschaft aus dem In- und Ausland. Interessierte seien bereits an dieser Stelle auf den geplanten Tagungsband hingewiesen. Einem ersten Überblick über den Verlauf der Tagung dient dieser Bericht.

Eröffnet wurde die Tagung von einem der in diesem Bereich weltweit profiliertesten Strafrechtswissenschaftler: Prof. Dr. Paul H. Robinson von der University of Pennsylvania Law School. In seinem Vortrag mit dem Titel „*A truce in the distributive principle wars? Coercive crime control, moral credibility, and empirical desert*“ bezeichnete er sein an empirisch ermittelten Gerechtigkeitsvorstellungen ausgerichtetes Modell als Möglichkeit, einen „Waffenstillstand“ im „Krieg“ zwischen Utilitaristen und Vertretern absoluter Straftheorien zu erreichen. In diesem Sinne widmete er sich insbesondere einigen häufig auftretenden Fragen zu einem solchen Konzept, bei deren Beantwortung er argumentativ auf zahlreiche eigene kriminologische Untersuchungen zurückgriff. Dabei betonte er insbesondere die präventiv wirkenden Effekte eines moralisch glaubwürdigen Systems. Ziel jedes Gesetzgebers müsse es deshalb auch aus utilitaristischer Sicht sein, das Strafrecht in weitestgehender Übereinstimmung mit den Gerechtigkeitsvorstellungen der Bevölkerung auszugestalten. Der verbreiteten Angst vor brutalen und drakonischen Strafbedürfnissen versuchte er mit Hilfe zahlreicher Studien aus dem amerikanischen Raum zu begegnen. Dass dies nicht vollständig gelang, zeigte die anschließende Diskussion, in der unter anderem die Übertragbarkeit der Ergebnisse auf den deutschsprachigen Raum angezweifelt wurde. Auch wurde die folgerichtige Frage diskutiert, ob eine solche Ausrichtung an den Vergeltungsbe-

dürfnissen im Gegenzug nicht die Gefahr von Straferhöhungen mit sich brächte. Nach dieser lebhaften Debatte endete der erste Tagungstag.

Den Auftakt des zweiten Tages und somit des ersten Themenbereiches („Straftheoretische Grundlagen“) machten die beiden Veranstalter der Tagung. Zunächst führte dabei RiOLG Prof. Dr. Tonio Walter in die Grundlagen seiner empirisch begründeten Vergeltungstheorie ein, die sich an den Strafbedürfnissen der Gesellschaft orientiere. Dabei betonte er insbesondere die soziologische Begründung des Ansatzes, den er auch als „retributive Generalprävention“ bezeichnete. Die Befriedigung von Vergeltungsbedürfnissen habe in diesem Sinne einen gesellschaftlichen Nutzen, da sie eine Destabilisierung des Staates verhindere und die Kooperation der Bürger mit Polizei und Justiz festige. Spezial- und Generalprävention könnten dabei erfreuliche Nebeneffekte sein, nie aber der eigentliche Grund der Strafe. Aus evolutionsbiologischer Sicht sei es zudem nicht fernliegend, dass sich die menschlichen Vergeltungsbedürfnisse langfristig zurückentwickeln und die Gesellschaft der Zukunft ohne Strafrecht auskomme.

Im Anschluss erörterte Prof. Dr. Johannes Kaspar verschiedene verfassungsrechtliche Aspekte einer Generalpräventionstheorie, in der er – insbesondere bei Fragen der Strafzumessung – auch auf empirisch fundierte Befunde zurückgreifen wolle. Wenn man die Wiederherstellung des Rechtsfriedens nämlich [wie er] als empirisches Phänomen verstehe, für das Bevölkerungsumfragen zumindest ein wichtiges Indiz seien, liege es in der Natur der Sache, sich bei der Verfolgung dieses Ziels auch auf letztere zu stützen. Im Rahmen der Strafzumessung sehe er aber nur dort Handlungsbedarf, wo die Bevölkerung auch mit mildereren Strafen zufrieden wäre (asymmetrische Relevanz der ermittelten Strafbedürfnisse). Das schon in der Diskussion angeklungene „Expansionsproblem“ würden letztlich auch verschiedene verfassungsrechtliche Grenzen relativieren, die einer solch generalpräventiven Position immanent seien.

Den Abschluss des ersten Themenblocks machte Prof. Dr. Katrin Höffler (Universität Göttingen). Sie referierte zur Rolle der Spezialprävention aus Sicht der Bevölkerung – letztlich also zu der Frage, welche straftheoretischen Erwägungen hinter gesellschaftlichen Straferwartungen ständen. Unter Rückgriff auf verschiedene Studien kam sie zu dem vorsichtigen Schluss, dass man aktuell wohl von einer Zunahme repressiver Tendenzen und einer Abnahme spezialpräventiver Erwägungen sprechen könne. Richte man das Strafrecht an den Strafbedürfnissen der

Gesellschaft aus, sei insofern eine Vernachlässigung der Täterbelange zu befürchten. Vor allem aber wies sie darauf hin, dass sich der Einfluss der prävalierenden Strafzwecke im steten Wandel befinde, weshalb die innere Verknüpfung des Strafrechtssystems mit dem einen oder dem anderen nicht zu empfehlen sei, wenn es doch vor allem um die Stabilisierung der Gesellschaft bzw. die Steigerung des Vertrauens in das System gehe. Die mit diesem Vortrag notwendigerweise verbundenen kriminologischen Fragen und methodischen Probleme prägten in der Folge die angeregte Diskussion, die der Berücksichtigung gesellschaftlicher Bedürfnisse in der Tendenz eher skeptisch gegenüberstand.

Thematisch leitete die Diskussion so nahtlos über zum zweiten Themenblock („Empirisch-kriminologische Aspekte“), den am Nachmittag *Prof. Dr. Henning Ernst Müller* (Universität Regensburg) eröffnete. In seinem Vortrag zu Methoden und aktuellen Ergebnissen von Studien zur Deliktsschwereeinschätzung grenzte er letztere insbesondere von Punitivitätsuntersuchungen ab, welche zusätzlich die Forderung nach einer angemessenen konkreten Strafe einbezögen. Die Deliktsschwere selbst eindeutig zu definieren sei bisher nicht gelungen. Methodisch seien solche Untersuchungen außerdem schwierig, da je nach gegebener (zusätzlicher) Information über Täter und Tatintergründe die von den Befragten angegebene Schwere differiere und sich so gezielt „steuern“ lasse. Wenn man aber, um solche Differenzen und Ankereffekte weitgehend zu vermeiden, möglichst nur „rohe“ abstrakte Tatinformationen angebe, die sich kaum vom juristischen Tatbestand unterscheiden, würden sich Befragte nach kognitionspsychologischen Erkenntnissen dennoch an verschiedenen, von ihm dargelegten Heuristiken orientieren. Einer Ausrichtung des Strafrechts an derartigen kriminologischen Erkenntnissen stehe er deshalb skeptisch gegenüber.

Prof. Dr. Dr. h.c. Franz Streng (Universität Erlangen-Nürnberg) widmete sich – nach kurzer Einführung in die Problematiken verschiedener Erhebungsmethoden – den Ergebnissen aktueller Studien zu Strafbedürfnissen der Bevölkerung. Als Hauptquelle diene ihm eine Zeitreihenstudie mit Jura-Studienanfängern, die er selbst erstmals im Jahr 1989 an der Universität Konstanz durch- und von 1993 bis 2016 an der Universität Erlangen-Nürnberg fortgeführt hatte. In den dort gestellten Sanktionsfragen sei übergreifend eine Tendenz oder gar ein klarer Trend zu härteren Strafen beobachtbar. Auf Basis dieser und weiterer vorgestellter Ergebnisse sei es aus seiner Sicht nicht empfehlenswert, für die richterliche Strafzumessung die Vorstellungen der Bürger in ungefilterter Form heranzuziehen. Dafür ständen ohnehin keine ausreichend verlässlichen Methoden zur Verfügung. Vielmehr sei dies in einer repräsentativen Demokratie die Aufgabe der Richter und Staatsanwälte. Um diese zu unterstützen und Strafmaßdisparitäten zu verhindern, empfehle sich aber der Aufbau eines computergestützten bundesweiten Strafzumessungs-Informationssystems.

Nach kurzer Diskussion startete der dritte Themenblock, in dem spezifisch auf konkrete Anwendungsfelder und Erfahrungen aus dem Ausland eingegangen wurde. Dabei gab man zunächst auch dem juristischen Nachwuchs die Möglichkeit aktiver Teilnahme, und so eröffneten den

Nachmittag die Vorträge von drei Doktoranden: *Philipp Eierle* (Universität Augsburg) wies zunächst darauf hin, dass es mit den Termini des „Öffentlichen Interesses“ und der „Verteidigung der Rechtsordnung“ durchaus bereits Rechtsbegriffe mit empirischem Gehalt gebe. Bei ihnen fehle dem Richter oder Staatsanwalt allerdings abseits des subjektiven Empfindens jegliche Erkenntnisquelle. Unterstützend sei es hier also durchaus empfehlenswert, der Justiz empirische Erkenntnisse an die Hand zu geben. *Lukas Cerny* (Universität Regensburg) ging auf die Bedeutung des Unrechtsbewusstseins für die Gerechtigkeitsintuitionen und Strafbedürfnisse der Bevölkerung ein. Dabei warb er zunächst dafür, seines Erachtens bislang ignorierte Fragen bei (fehlendem) Unrechtsbewusstsein als Argument im straftheoretischen Diskurs heranzuziehen. Anschließend zog er aus straftheoretischen Einsichten und empirischen Erkenntnissen Konsequenzen zur dogmatischen und kriminalpolitischen Behandlung verschiedener Fragen rund um die §§ 16, 17 StGB. Einen ersten internationalen Vergleich lieferte *Gregor Prijatelj* (Universität Augsburg), der die Vorstellungen zur Reichweite des Notwehrrechts in der deutschen und slowenischen Bevölkerung darstellte. Dabei verglich er insbesondere die Ergebnisse einer deutschen Studie von *Amelung/Kilian* zur Akzeptanz des Notwehrrechts und einer entsprechenden Replikationsstudie aus Slowenien. Seines Erachtens sind die Einstellungen der Bevölkerung bis auf wenige Ausnahmen sehr ähnlich. Diese Übereinstimmungen legten die Vermutung nahe, dass sich die Vorstellungen der Gesellschaft unabhängig von der rechtlichen Situation entwickelten. Es sei deshalb ratsam, diese Bedürfnisse im nationalen und auch im europäischen Strafrecht nicht zu vernachlässigen.

Zur Frage, inwieweit Strafbedürfnisse der Bevölkerung im Internationalen Strafrecht (Strafanwendungsrecht) Berücksichtigung finden könnten, referierte die Habilitandin *Dr. Konstantina Papathanasiou* (Universität Regensburg). Über eine generell normtheoretische Betrachtung, in der sich die faktische Komponente des Rechts in den Begriffen der Strafbedürftigkeit und Strafwürdigkeit widerspiegeln lasse, schlug *Papathanasiou* den Bogen zur Straftheorie. Dort würden die Gerechtigkeitsvorstellungen eine zentrale Rolle spielen. Da es eine Tatsache sei, dass Strafen immer auch einen vergeltenden Charakter hätten, gehe es bei der Befriedigungsfunktion der §§ 3 ff. StGB auch um die Befriedigung von Vergeltungsbedürfnissen. Insofern könne die empirische Ermittlung von Strafbedürfnissen schließlich relevant für die Frage sein, ob die extraterritoriale Strafgewaltserstreckung mit dem Einmischungsverbot vereinbar sei.

Nach der sich anschließenden Diskussion und Kaffeepause eröffnete *Prof. Dr. Martino Mona* (Universität Bern) in Vertretung seiner Frau *Ass.-Prof. Dr. Anna Coninx* (Universität Luzern) den letzten Referatsblock mit einem Vortrag zu Möglichkeiten und Grenzen empirischer Argumente in der Schweizerischen Strafzweckdiskussion. Er ging dabei zunächst auf einige direktdemokratische Besonderheiten des Schweizerischen Rechts ein. Im Anschluss wies er darauf hin, dass in der Schweiz keine Forderung nach generell schärferen Strafen auszumachen sei. Es gebe aber klare Anzeichen für einen Ruf nach einem schärferen, präventiv ausgerichteten Maßnahmenrecht. Einem überbordenden Sanktionenrecht müsse

dadurch Einhalt geboten werden, dass wieder vermehrt über die gerechte Strafe für alle nachgedacht werde. Diese Neuauflage des Vergeltungsgedankens sollte seines Erachtens aber nicht mit Befragungen der Bevölkerung, sondern im Rahmen einer wissenschaftlich begleiteten politischen Debatte über die Ankerpunkte der mildesten und schärfsten Strafe (kardinale Proportionalität) stattfinden.

Prof. Dr. Peter Lewisch (Universität Wien) befasste sich im Anschluss mit dem individuellen Strafverhalten aus Sicht der Rechtsökonomie. Sie biete der traditionellen Rechtsdogmatik ein Verhaltensmodell, welches als Grundlage für die Beurteilung der Wirkungsweise von Rechtsnormen herangezogen werden könne. Verschiedene Aspekte des rationalen, altruistischen und rachsüchtigen Handelns erläuterte er dabei anhand einer Reihe rechtsökonomischer Experimente, von denen ein Großteil auch unter eigener Mitwirkung stattgefunden hatte.

Den Abschluss der Tagung bildete der Vortrag von *Prof. Dr. Elisa Hoven* (Universität Leipzig) und *Prof. Dr. Thomas Weigend* (Universität zu Köln) zur Rolle empirisch ermittelter Einstellungen der Bevölkerung im Bereich der Strafgesetzgebung und der Strafzumessung. Dabei stellten auch sie die Ergebnisse einer Reihe eigener

Studien vor. So ließen sich beispielsweise in einer – bereits veröffentlichten – Studie, in der die Kommentarspalten verschiedener Online-Zeitschriften analysiert wurden, gewisse Muster in der öffentlichen Wahrnehmung von Strafzumessungsentscheidungen feststellen. Auch eine noch unveröffentlichte Folgestudie mit Studenten verschiedener Fakultäten zeige den bedeutenden medialen Einfluss, dessen Wirkweise im Übrigen je nach berichtendem Medium stark variere. Schließlich wurden die Ergebnisse einer Vignettenbefragung von 200 Berufsrichtern und 1000 Laien verglichen. Danach würden Laien im Durchschnitt härter als die professionellen Richter urteilen, bei denen sich aber auch starke Schwankungen zeigten. Sämtliche Befunde würden letztlich ein Umdenken in der Strafzumessung nahelegen. In diesem Sinne sei die Einführung von Strafzumessungsrichtlinien zu befürworten, wobei zuvor eine Vielzahl von Aspekten, etwa das Maß an Verbindlichkeit oder die Detailgenauigkeit, geklärt werden müssten. Nach einer abschließenden Diskussion, in der Einigkeit zumindest dahingehend herrschte, dass die verschiedenen Beiträge zahlreiche anregende Denkansätze liefern konnten, schloss die rundum gelungene Tagung schließlich mit einem Dankeswort der beiden Veranstalter und einem gemeinsamen Abendessen.