

Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen

Band 44

Ist unser Rechtsstaat eigentlich noch zu retten?

Vom Schuldstrafrecht zum funktionalen Strafrecht

44. Strafverteidigertag
Berlin, 12. - 14. Mai 2023

Deutsche Bibliothek - CIP Einheitsaufnahme
Ist unser Rechtsstaat noch zu retten?
Texte und Ergebnisse des 44. Strafverteidigertages
Berlin, 12. - 14.5.2023
[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]
- 1. Auflage - Berlin 2024
Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (SchrStVV), Band 44

ISBN 978 - 3 - 946889 - 07 - 6

1. Auflage 2024

Alle Rechte vorbehalten. Printed in Germany.

Die Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen wird herausgegeben von den
Strafverteidigervereinigungen

Redaktion & Verlag Thomas Uwer | Organisationsbüro

Umschlagbild: organisationsbüro

Münchener Str. 16

10779 Berlin

Inhalt

- S. 9 Stefan Conen
VOM SCHULDSTRAFRECHT ZUM FUNKTIONALEN
STRAFRECHT
- S. 45 Dr. Oliver Harry Gerson
WIE UND AUS WELCHEN GRÜNDEN DIE FREIE
BERUFS AUSÜBUNG DER STRAFVERTEIDIGUNG
ZUNEHMEND BESCHNITTEN WIRD
EIN INTERDISZIPLINÄRER IMPULS
- S. 57 Dr. Walther Graf
HERAUSFORDERUNGEN FÜR DIE VERTEIDIGUNG IN
WIRTSCHAFTS-STRAFRECHTLICHEN GROSSVERFAHREN
- S. 67 Dr. Alexander Heinze und Julia Steinmetz
BEGRIFFSBILDUNG VON DER ROLLE?
KRIMINELLE VEREINIGUNG UND BANDE ZWISCHEN
SOZIALER WIRKLICHKEIT UND GESETZGEBERISCHER
FIKTION
- S. 137 Prof. Dr. Robert Esser
PASST ›EUROPA‹ NICHT INS DEUTSCHE STRAFVERFAHREN?
- S. 163 Sören Schomburg
EUROPÄISCHE VERTEIDIGUNGSANSÄTZE
- S. 175 Prof. Dr. Anne Schneider
EUROPÄISCHES STRAFRECHT UND STRAFPROZESSRECHT
EINE CHANCE FÜR DIE VERTEIDIGUNG
- S. 193 Dr. Vyacheslav Bortnikov
KI IM STRAFVERFAHREN AUS DATENSCHUTZSICHT
- S. 203 Prof. Dr. Kai-Uwe Goss
MANTRAILING ALS BEWEISMITTEL VOR GERICHT
- S. 209 Dr. Jörg Becker
WIE SUPER SIND SUPER-RECOGNIZER?

- S. 219 Paula Benedict
VORSTELLUNG: PROJEKT UNENTGELTLICHE BERATUNG
VON STRAFBEFEHLS-EMPFÄNGER:INNEN
- S. 227 Dr. Tobias Lubitz
PLÄDOYER FÜR EINE FAIRE BEWEISAUFNAHME NACH
EINSPRUCH GEGEN DEN STRAFBEFEHL
- S. 237 Patrick Welke
INTERNATIONALE ERFAHRUNGEN MIT DER
LEGALISIERUNG
- S. 245 Dr. Franziska Maubach
DIE SANKTIONIERUNG DES UMGANGS MIT ALKOHOL UND
CANNABIS – EIN VERGLEICH
- S. 267 ERGEBNISSE DES 43. STRAFVERTEIDIGERTAGES
AUTORINNEN & AUTOREN

Stefan Conen

VOM SCHULDSTRAFRECHT ZUM FUNKTIONALEN STRAFRECHT

Liebe Kolleginnen und Kollegen, liebe Freundinnen und Freunde, liebe Gäste,

der Titel dieses Vortrags ist dem Motto entlehnt, unter dem der Strafverteidigertag 2020 stattfinden sollte. Eine Pandemie später finden wir heute erstmals seit Regensburg wieder zusammen. Das Motto 2023 hat sich gewandelt, ist dramatischer formuliert, der Titel dieses Vortrags ist geblieben. Die These ist, dass ein Wandel stattgefunden hat. Ein Wandel von der Idee eines Schuld- zu einem immer weiter zunehmenden funktionalen Strafrecht. Es ist mir eine Ehre hier vor Ihnen sprechen zu dürfen, ohne dass ich mir anmaßen will, den gewaltigen Bogen, den dieser Titel spannt, annähernd erschöpfend auszufüllen.

Die Klage über einen Wandel des Strafrechts ist nicht neu und es ist beileibe nicht der erste Strafverteidigertag, der sich anschickt, sich dem zu widmen. Noch bevor er unser Kollege wurde, hat *Thomas Fischer* die Erwartungshaltung an den Eröffnungsvortrag mal wie folgt formuliert:

»Wer regelmäßig an den Strafverteidigertagen teilnimmt, weiß, dass am jeweils ersten Tag der dreitägigen Veranstaltung ein Vortrag erfolgt, der das Ende des Rechtsstaats und den Ausbruch diktatorischer Staatswillkür als unmittelbar bevorstehend geißelt.«

Schöne Arbeitsplatzbeschreibung – und wer bin ich daran zu rütteln und Sie dieses Jahr zu enttäuschen? Aber: Ich will auch versuchen, zumindest die Frage zu stellen, ob es nicht auch wir selbst sind, die mit an dem Ast sägen, auf dem wir sitzen. Vielleicht muss man bereits formulieren: »auf dem wir saßen«.

* Eröffnungsvortrag des 44. Strafverteidigertages, Berlin 12. Mai 2023

Der Titel vom ›Schuld- zum Funktionsstrafrecht‹ kann nur ein Einstieg sein. Das Schöne an ihm und damit für mich ist, dass er einen so breiten Rahmen bietet, dass man relativ frei ist, woran man sich abarbeitet. Ich will versuchen, Ihnen Entwicklungen aufzuzeigen, die uns beunruhigen müssen, weil sie dem Strafrecht und seiner Praxis jenseits der Ahndung individueller Tatschuld die Aufgabe zuweisen, Antworten der Gesellschaft auf unliebsame Phänomene zu liefern. Diese Entwicklungen werden durch eine Gesetzgebung befördert, die das materielle Strafrecht zunehmend vom unmittelbaren Rechtsgüterschutz löst und bereit ist, der Justiz die Mittel an die Hand zu geben, die staatlich erhoffte Reaktion prozessual unkomplizierter erreichen zu können.

Aber bevor es so weit ist: Auch als Praktiker kommt man nicht umhin, sich zunächst einiger Grundlagen zu versichern und sich einer Definition eines ›funktionalen Strafrechts‹ zumindest anzunähern, bevor man in die Diagnose einsteigt und sich den Boten und Symptomen des diagnostizierten Paradigmenwechsels widmet.

I.

Den Begriff eines funktionalen Strafrechts hat *Murmann* in seiner Antrittsvorlesung mit dem Titel ›Kritik des Funktionalen Strafrechts‹ vor mehr als zehn Jahren mitgeprägt. Alexander Ignor hat 2015 in der Festschrift für Landau die Krise des Strafrechts beklagt, die darin zum Ausdruck käme, dass dieses immer mehr etatistisch-funktional verstanden werde.

Was ist damit gemeint?

Es geht nicht unwesentlich um den alten Streit zwischen den Straftheorien um den Zweck des Strafens, also den Streit zwischen den absoluten und den relativieren Straftheorien. Aber nicht nur. Es geht auch um die dem Strafrecht gesellschaftlich zugeschriebenen Aufgaben.

Bei den Straftheorien gelten die relativieren oder die Vereinigungstheorien, die auf von Liszt zurückgehen als die ›modernen‹. Sie sind letztlich aber auch die Geburtshelfer eines funktional verstandenen Strafrechts. Ein funktional verstandenes Strafrecht ist nicht mehr Selbstzweck der Gerechtigkeit im Sinne eines Schuldausgleichs, wie

es die absoluteren Straftheorien verstanden. Diese fordern bekanntlich im Sinne von *Kant* und *Hegel* die Strafe als Vergeltung und Sühne für den Normbruch um seiner selbst willen.

Das klingt heutzutage martialisch und gestrig und vor allem auch unbarmherzig und trotz *Kant* eher unaufgeklärt.

Eines kann man einer solchen Sicht allerdings schwerlich abprechen: Indem die absoluten Theorien allein das Individuum in den Blick nehmen und Strafe nicht um des Willens überindividueller Ziele, sondern als Selbstzweck der Gerechtigkeitsübung fordern, begrenzen sie das Strafrecht auch. Sie erheben keinen Anspruch auf Prävention. Man kann sagen, sie verweigern sich der politischen Inanspruchnahme als Lenkungsinstrument der Gesellschaft.

Bei Immanuel Kant klingt das dann so: Bei Auflösung der Gesellschaft müsse auch der letzte im Gefängnis befindliche Mörder hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind. Da staunt der Laie und der Fachmann wundert sich: Vergeltung um ihrer selbst willen soll Aufklärung sein? Rationaler mutet da dann schon die Schule von Liszts an, der strafbare Handlungen als ein Phänomen betrachtet, das kausal zu erklären und zu erforschen sei. Hier liegt dann auch eine Quelle moderner Strafrechtsentwicklung in Deutschland.

Dem Versprechen, das Verbrechen kausal erklären zu können, wohnt aber auch die Verheißung seiner möglichen Beherrschbarkeit inne. Und wenn dem so ist, warum soll man dann das Strafrecht nicht auch funktional einsetzen?

Die Versuchung für die Politik ist ohnehin groß. Denn man muss nicht lange herumreden, Desinteresse hat das Strafrecht zu keiner Zeit von der Politik erfahren. Mit Strafrecht und Strafe lässt sich hervorragend an die Emotionen der Bevölkerung appellieren. Das sichert nicht nur die Auflage von Boulevardpresse, sondern auch die ein oder andere politische Karriere. Wir müssen uns da wenig vormachen: Das Bedürfnis, andere Menschen durch Übelzufügungen zu disziplinieren, mag sicher nicht zu unseren vornehmsten Instinkten zählen. Der Attraktivität aber, davon politisch Gebrauch zu machen, tut das keinen Abbruch. Dass sich hieran gerade in Zeiten des an Instinkte appellierenden Populismus absehbar nichts ändern wird,

hat der Kollege Frank Nobis bereits in seinem Eröffnungsvortrag in Münster pointiert beschrieben.

Dieser Trend ist zwar alles andere als neu. Aber er wirkt mittlerweile selbstverstärkend und rechtspolitisch dominant. *Professor Vogel* hat in einem wirklich lesenswerten Aufsatz aus dem Jahre 2003 einmal versucht, die Linien nachzuzeichnen, die das moderne Strafrecht genommen hat und inwieweit seine ultimative Funktionalisierung im Nationalsozialismus schon zuvor angelegt war und bis in die jüngere Zeit nachhallt. In seiner Analyse kommt er zu dem Ergebnis, dass formale Rationalität, Rechtssicherheit und Willkürausschluss zunehmend abgelöst wurden durch Gerechtigkeits- und Ergebnisrichtigkeitserwägungen. Das kam alles nicht aus heiterem Himmel: Schon *Binding*, dem man im Studium zu meiner Zeit kaum entgehen konnte, hatte 1885 postuliert:

»(W)er empfindet, was es heißt, schwere Missetaten bloß in Ermangelung des Gesetzesbuchstabens straflos zu lassen, der muss dem Richter die Verurteilung auf Grund der Analogie nicht nur freigeben, sondern sie von ihm fordern.«

Bei den Nazis, die das Strafrecht ultimativ funktionalisierten, führte dies ab 1935 zu § 2 StGB, der wie folgt lautete:

»Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesunder Volksempfindung Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.«

Liebe Kolleginnen und Kollegen, Lockerungen von der Gesetzesbindung wollen seit jeher die Theorien der Freirechtslehre, der Interessen- und Wertungsjurisprudenz legitimieren. Die mir schon im Studium höchst suspekten und nicht tot zu bekommenden Auslegungsregeln, es drohe eine »Strafbarkeitslücke« findet hier eine Wurzel.

Diese Ansätze appellieren an ein diffuses Gerechtigkeitsgefühl, an Moral und setzen begrifflich-formale Gesetzesbindung und -anwendung unter Druck und dies nicht ohne Erfolg: Unbestimmte Strafrechtsbegriffe, teleologisches Strafrechtsdenken und materiale Strafgerechtigkeit traten mit deren Rückenwind ihren Siegeszug an.

Ergebnisfindung unter dem Vorbehalt ihrer moralischen oder sonst »außerrechtlichen Richtigkeit«, zwingt dann letztlich dazu, Maßstäbe für Gerechtigkeit oder Ergebnisrichtigkeit jenseits von Gesetz und Recht anzugeben, um die gefundenen Ergebnisse zu legitimieren und abzusichern. Die in der Rechtstheorie der Aufklärung eigentlich zugespitzte Trennung von Recht und Moral wird hierdurch mindestens ebenso relativiert wie die Gesetzesbindung. Will man das vornehm verkaufen, mag man von einer Ethisierung des Rechts reden. Meines Erachtens treffender gesagt droht die Gesetzesanwendung unter den Vorbehalt des Bauchgefühls gestellt zu werden.

Ist das übertrieben? Ich meine: nein. Beispiel gefällig?

Ein Höhepunkt dieser Entwicklung wird in knapp zwei Wochen vor dem Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe verhandelt, wenn das neue Gesetz zur Wiederaufnahme zuungunsten eines Mordvorwurfs Freigesprochener auf dem Prüfstand steht, § 362 Nr. 5 StPO. Ich will hier jetzt nicht tief in die dogmatischen Fragen einsteigen, die mit diesem Gesetz verbunden sind, dem selbst das Justizministerium der GroKo noch eine verfassungsrechtliche Absage erteilt hatte. Aber die Begründung, mit der der Gesetzgeber den Grundsatz »ne bis in idem« aufweicht und vom Vorwurf des Mordes Freigesprochene gegebenenfalls ein zweites Mal vor Gericht stellen will, lässt aufhorchen. Sie illuminiert die eben beschriebene Tendenz als eine maßgebliche aktuelle Kompassnadel der Rechtspolitik: Ziel der Wiederaufnahme zuungunsten soll es sein, einen unerträglichen Zustand zu beseitigen, der darin liege, dass ein Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils mit der materiellen Gerechtigkeit kollidiere. Damit bemüht der Gesetzgeber im Jahr 2021 implizit die Radbruch'sche Formel, die Radbruch 1946 unter dem Eindruck der Rechtspervertierung der Nationalsozialisten entwickelte. Nach dieser muss das positive Recht der materiellen Gerechtigkeit dann weichen, wenn es selbst unerträgliches Unrecht darstelle. Radbruch hatte dabei, wie gesagt, das nationalsozialistische Unrecht vor Augen.

Wenn sich der Gesetzgeber des Jahres 2021 in seiner Begründung zur Wiederaufnahme zuungunsten Freigesprochener nun an Radbruch anlehnt, um den Verfassungsgrundsatz des Art. 103 Abs 3 GG mit einem neuen Wiederaufnahmegrund zu schleifen, der in seinen

tatbestandlichen Voraussetzungen dem stark ähnelt, was die Nationalsozialisten 1943 in die StPO einfügten und der sich von diesem in erster Linie dadurch unterscheidet, dass er auf Delikte begrenzt ist, die zwingend mit lebenslang geahndet werden, dann ist dies nicht nur ahistorisch, sondern ein performativer Widerspruch. In den Anhörungen des Rechtsausschusses wurde auch professoral diese Begründung aber nicht nur vertreten, sondern als verfassungsimmanente Metaebene unter dem Stichwort ›materielle Gerechtigkeit‹ bemüht.

Wenn »Unerträglichkeit« eine Kategorie ist, die geeignet ist, geschriebene Verfassungssätze zu beschneiden und wenn sie eine Begründungsebene ist, welche die Wiederaufnahme gegen einen Freispruch legitimiert, was soll eigentlich noch aus Beweisverwertungsverboten in Mordverfahren werden? Kann es die noch geben? Wer die Rechtsfindung unter den Vorbehalt der Erträglichkeit stellt und Diskrepanzen zwischen prozessualer und materieller Wahrheit für unerträglich erachtet, für den kann es konsequenterweise letztlich keine Beweisverwertungsverbote mehr geben. Aburteilung um jeden prozessualen Preis scheint kein rechtsstaatliches Tabu mehr.

Es erscheint heute offener, wie das Verfassungsgericht entscheiden wird, als man dies wohl noch vor wenigen Jahren prognostiziert hätte, als ein ähnlicher Vorstoß bereits vom wissenschaftlichen Dienst des Bundestages als klar verfassungswidrig bezeichnet wurde.

Zeiten ändern sich, liebe Freundinnen und Freunde, aber nicht von heute auf morgen. In dem Maße, wie sich die Politik dem Strafrecht zunehmend als Lösungsansatz zugewandt hat, in dem Maße hat sie auch die Rahmenbedingungen gesetzt, es zunehmend zu funktionalisieren.

Beredtes Zeugnis dieser Tendenz legen bereits die Kampftitel der Gesetzesnovellen des immer hektischer rotierenden Gesetzgebers ab, die teils auch schon die Themensetzungen vergangener Strafverteidigertage bestimmten. Es traten an: diverse Gesetespakete zur »Bekämpfung« von »Organisierter Kriminalität«, »von Sexualdelikten«, »von Korruption«, »von Rechtsextremismus und Hasskriminalität«, »von Schwarzarbeit«, der »Umweltkriminalität«. Anspruch auf Vollständigkeit habe ich nicht. Obwohl wir heute, was die Kriminalität angeht, in den vermutlich sichersten Zeiten dieser Republik leben,

bleibt der Staat im Dauerkampf gegen wechselnde, vermeintlich ausufernde Kriminalitätsphänomene. Auch hier mögen die Wurzeln durchaus bei v. Liszt und seinen funktionalen Strafzwecktheorien gesehen werden, denn auch er sprach von der Bekämpfung des Verbrechens. Freilich sah er im Gegensatz zum heutigen Gesetzgeber hierzu nicht das Strafrecht, sondern vor allem die Sozialpolitik als das probateste Mittel.

Je selbstverständlicher es aber wird, im Strafrecht die Antwort zur Lösung gesellschaftlicher Probleme zu erblicken, umso mehr wird sich auch die Frage an uns als Strafverteidiger*innen richten – was denn daran falsch sei, was hiergegen einzuwenden sei. Und je mehr auch wir uns an diesen Zustand erst gewöhnt und möglicherweise auch eingerichtet haben, umso schwerer wird uns die Antwort fallen.

Funktionales Strafrecht, Strafrecht also, das für sich in Anspruch nimmt, Ergebnisse der fortwährenden Bekämpfung der ins Visier genommenen Kriminalitätsphänomene zu erreichen, ist seiner Natur nach zwingend darauf angelegt, nur der Form halber noch repressiv daherzukommen. In Wahrheit ist es ganz wesentlich präventiv ausgelegt und in seiner präventiven Ausrichtung entgrenzt und tendenziell uferlos. Das Verführerische an der Prävention ist, dass sie scheinbar vernünftiger ist als die Repression. Präventive Argumente sind uns als Strafverteidiger ja auch alles andere als fremd. Vielleicht auch noch nicht mal unsympathisch.

Spezialprävention beim Strafmaß verspricht größere Rationalität als Vergeltung, Resozialisierung in der Strafvollstreckung ist sinnvoller als das Erdenken purer Übelzufügungen zum vermeintlichen Schuldausgleich. Und in der Tat: Das Konzept einer Strafe als Zweck um ihrer selbst willen wie bei *Kant* und den absoluten Straftheorien – das immunisiert sich auch gegen Kritik. Prävention hingegen bietet nicht nur die Verheißung Kriminalität zu bekämpfen – Prävention scheint auch der Rationalität besser zugänglich, weil man ihre Effekte empirisch messen und die Stellschrauben rational korrigieren kann.

Allein, liebe Kolleginnen und Kollegen, die Empirie als echte Grenze strafrechtlicher Sinnhaftigkeit und Verhältnismäßigkeit blieb stets mehr Verheißung denn eingelöstes Versprechen. Sie hat sich nie durchgesetzt und sie ist dem strafenden Staat so wenig Grenze gewesen

wie das Ultima-Ratio-Prinzip dem Gesetzgeber normative Mauer bei der Ausweitung von Strafnormen.

Allein eine wohlmeinende Politik kann in guten Zeiten einem präventiv ausgerichteten, funktionalen Strafrecht ein liberales und rationales Gesicht geben. Aber das wäre nicht mehr als eine Momentaufnahme und ein unverlässlicher temporärer Glücksfall für den Rechtsunterworfenen.

Tatsächlich haben Politik, Strafverfolgung und der Gesetzgeber die fortschrittlichen Gedanken eines auf seine präventive Wirkung bedachten, aber rational und empirisch begrenzten Strafrechts der Kriminologie, der Wissenschaft und letztlich auch der Strafverteidigung entwunden und für die Entgrenzung des Strafrechts fruchtbar gemacht. Der Trick, mit dem das geschah, ist so simpel wie effektiv. Die präventive, effektive Wirkung von Strafrecht und Strafvollstreckung wird herrschend einfach normativ als unwiderleglich vermutet und muss sich empirisch nicht mehr rechtfertigen. Auch der Beweis des Gegenteils wäre rechtspolitisch mittlerweile bedeutungslos. Die angebliche Effektivität ist normativ und systemimmanent gesetzt und kommt im Ergebnis letztlich nicht weniger absolut daher als die selbstreferentielle Rechtfertigung der absoluten Straftheorien. Die Stimmen derjenigen, die dieses Dogmen in Frage stellen, verhalten nicht nur in der Öffentlichkeit, sondern auch im Parlament schon lange ungehört. Das heißt aber nicht, dass sie nicht unser Ohr verdienen.

Die Beobachtungen, die ich im Folgenden mit Ihnen teilen will, können nur Schlaglichter auf die angesprochenen Phänomene sein.

1. Funktionalität durch Prävention

Aber zunächst zu den materiellen Wirkungen der Prävention und wie sie das herkömmliche Verständnis des liberalen Strafrechts wandeln. Ich hatte es ja schon gesagt: Funktionales Strafrecht ist präventives Strafrecht. Wie drückt sich das aus?

Es lässt sich unschwer der Bogen spannen vom präventiven Strafzweck zu Vorfeldstrafbarkeiten. Im Glauben, im Strafrecht ein taugliches politisches Mittel gesellschaftlicher Steuerung in den Händen zu halten, das einen vermeintlichen Zuwachs an Sicherheit verspricht, ist der Weg der Ausuferung bereits vorgezeichnet. Der Rechtsgüter-

schutz ist keine Grenze mehr. Denn der bedeutet ja, dass das Strafrecht erst zum Zuge kommt, wenn das jeweilige Rechtsgut tatsächlich greifbar bedroht ist. Funktionales Strafrecht will aber früher ansetzen. Je nach politischer Opportunität etabliert es daher Vorfeldstrafbarkeiten.

Dies geschieht etwa durch abstrakte Gefährdungs- oder Unternehmensdelikte, die den Rechtsgüterschutz so weit vorverlagern, dass man von einem solchen häufig kaum noch sprechen kann. Tatsächlich werden zunehmend Vorbereitungshandlungen pönalisiert. In ihren extremsten Formen knüpfen Tatbestände an neutrale Verhaltensweisen an, die erst durch die Gesinnung oder Intention des Handelnden als kriminell qualifiziert werden. Eines der jüngsten Beispiele ist hier etwa § 89a StGB, der es unter Strafe stellt, Deutschland zu verlassen, um sich in ein terroristisches Ausbildungscamp zu begeben. Strafbar ist bereits die Annäherung zum heimischen Flughafen mit der entsprechenden Absicht. Diesen Ansatz kann und muss man stärker kritisieren.

Mit derartig präventiv ausgerichteten Tatbeständen lässt sich in der Praxis eine viel repressivere Wirkung erzielen als mit klassischen Tatbeständen, in denen das Unrecht ohne weiteres allein durch die Handlung verkörpert wird, die unmittelbar das Rechtsgut angreift. Warum?

Die Strafbarkeit folgt aus der justiziellen Zuschreibung, dass eine Handlung mit einer bestimmten, letztlich schwer beweisbaren Intention vorgenommen wird. Das erfordert es vermeintlich, den großen Besteckkoffer des strafprozessualen heimlichen Überwachungspotentials zu öffnen – im Fall des § 89a StGB bis hin zum großen Lauschangriff, um herauszufinden, warum sich der Verdächtige gegebenenfalls Richtung Flughafen begeben will. Wie gesagt, das ist kein Polizei-, das ist Strafrecht.

Knüpft ein Tatbestand an ein neutrales oder gar zukünftiges Verhalten an, droht aber die Auflösung des Tatbegriffs. Nicht das Handeln ist Gegenstand des Vorwurfs, sondern das Motiv. *Jakobs* hat recht, wenn er schreibt:

»Wer wegen zukünftiger Taten straft, der hat keinen Grund mehr Gedanken straffrei zu lassen.«

Wem jetzt der § 89a StGB als Menetekel zu abstrakt erscheint, sollte bei Gelegenheit einen der zahllosen sogenannten Encrochat-Prozesse wegen Betäubungsmittelhandel besuchen und sich die justizielle Freude an der Entdeckung des Verbalhandels als Strafvehikel für als strafwürdig erachtete Personen gönnen. Für diejenigen, die nicht oder selten im Betäubungsmittelbereich verteidigen, kurz erklärt: Wenn Sie und ich uns heute Abend darauf einigen, dass ich Ihnen Marihuana zu einem bestimmten Preis verkaufe, das ich gar nicht habe, und Sie mir die Zahlung zusagen, obwohl Sie das Geld für mein Marihuana auch gar nicht parat haben, sind wir beide wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln strafbar, unabhängig davon, ob wir je wieder auf unsere Vereinbarung zurückkommen. Wir werden dem Grunde nach so bestraft, als ob es zu einem tatsächlichen Austausch realer Betäubungsmittel gekommen wäre, alleine, weil wir die Gesinnung hatten, einen BtM-Handel abzuwickeln, ohne dass wir zum Austausch je angesetzt hätten. Und dass uns ein Gericht hierfür einen minderschweren Fall zubilligt, ist alles andere als ausgemacht. Man muss sich mal vor Augen führen wie weit wir uns dabei von einer Gefährdung des geschützten Rechtsguts des Betäubungsmittelstrafrechts, der sogenannten Volksgesundheit, entfernt haben.

Das Unterfangen, Strafbarkeiten immer weiter auszudehnen, mag zwar im Einzelnen jeweils verfassungskonform sein. Ihm wohnt aber im Ansatz ein anderes Menschenbild inne als dem in unserer Verfassung verkörperten. Das Menschenbild des Grundgesetzes ist ein liberales, das die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger als zu gewährleistende und gegen staatliche Beschränkungen zu verteidigende Chance sieht. Die Verfassung nimmt den Mensch um seiner selbst willen in den Blick und grenzt auch den Straftäter nicht aus. Sie sichert seinen Freiheitsanspruch und seine Menschenwürde u.a. im verfassungsrechtlich verbürgten Recht auf Resozialisierung. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Mensch grundsätzlich Hoffnung und nicht Gefahr.

Präventiv ausgerichtete strafrechtliche Tatbestände teilen dieses Bild nicht. Sie sehen den Menschen mit Argwohn und verorten auch neutrale Handlungen als potentielle Gefahrenquelle für die zu schützende Ordnung, und zwar lange bevor Rechtsgüter konkret gefährdet oder gar verletzt werden.

Moderne Präventionsjakobiner suchen folglich den Mensch als Risiko und Gefahrenquelle auszumachen, ihn einzuhegen und knüpfen daher an seinen vermuteten Intentionen an.

Das ist allerdings keine spezifisch deutsche Erscheinung, sondern Teil eines internationalen Trends:

Die nordamerikanische Kriminologie hat dieses Phänomen schon Anfang der 90er Jahre als Ausdruck einer *New Penology* der Kriminalpolitik beschrieben, die sich einer neuen Sprache bedient und ihren Fokus auf Risikoabschätzungen verlagert hat. Vor fast 30 Jahren analysierten die Kriminologen, dieser Wandel zeige sich in einem nicht mehr hinterfragten, fast gläubigen Setzen der Strafverfolgung auf Einsperren, auf Überwachen und auf das richtige Containment für gefährlich erachtete Gruppen.

Damit komme ich zu einem weiteren Punkt, den ein funktionales Strafrecht als Mittel der Politik und nicht nur der Kriminalpolitik zu zeitigen droht. Dem Anspruch auf Bekämpfung von »Tätergruppierungen«. Ein reines Tatstrafrecht setzt diesem Anspruch Grenzen. Funktionales Strafrecht als Mittel der Politik redet daher einer stärkeren täterstrafrechtlichen Ausrichtung das Wort. Entsprechende Tendenzen lassen sich unschwer ausmachen. Gesinnungen und Motive, die in der Rechtstheorie der Aufklärung aus der Rechtsanwendung ausgeschieden und in den Bereich der Moralität verwiesen wurden, feiern ihre Wiedergeburt als Kategorien der Legalität. Sie sind außerdem die modernen Einfallstore für populistische Strafrechtspolitik.

II.

STÄRKERE TÄTER- STATT TATSTRAFRECHTLICHE TENDENZEN

Ein die Täter- statt Tatorientierung forcierendes Strafrecht rückt notwendig die subjektive Seite des Tatbestands stärker in den Blickpunkt. Das betrifft den Vorsatz ebenso wie Motive und Intentionen des Täters.

Es ist sicherlich kein Zufall, dass sich der Trend der Vorfeld- und Motivationskriminalisierung am stärksten in den Deliktsbereichen Bahn bricht, in denen politisch und gesellschaftlich am wenigsten Widerstand zu erwarten ist, weil sich Maßnahmen und Tatbestände eben

vermeintlich gegen bestimmte, besonders unpopuläre Tätertypen richten.

Neben den bereits erwähnten, terroristischer Umtriebe verdächtigten Personen und der sog. ›Organisierten Kriminalität‹ sind das etwa Verdächtige von Sexualstraftaten. Exemplarisch lassen sich hier die Aktivitäten des Gesetzgebers in seiner Dauerbaustelle des § 184 StGB anführen. Der scheint so etwas wie der Berliner Flughafen des Gesetzgebers zu sein. In der reihenhausartigen Nummerierung strafwürdigen sexualisierten Verhaltens ist man vorerst bei 184j angelangt, der als Reaktion auf die eigentlich kaum aufgeklärten Geschehnisse übergreifiger Belästigungen auf der Kölner Domplatte an Silvester 2015 Gesetz wurde.

Wir erinnern uns: Als Adressat für die allgemeine Empörung wurde der Bevölkerung so pauschal wie ethnisch zentriert und im Nachhinein wohl nicht mal zutreffend der »Nafri« – polizeideutsch für nordafrikanischer Intensivtäter – als verantwortlich kredenzt. Und der Staat hat reagiert: Die amtliche Überschrift des neuen § 184j lautet »Straftaten aus Gruppen« und die Norm stellt die Zurechnung einer Person zu einer Gruppe, aus der heraus Straftaten u.a. der sexuellen Belästigung begangen werden, unter Strafe. In der Kommentarliteratur wird ausgeführt, dass durch die weite Fassung des Tatbestandes jetzt auch diejenigen für begangene Sexualdelikte strafrechtlich verantwortlich gemacht werden, die die Verwirklichung solcher Delikte nicht vorausgesehen haben oder sogar ablehnen. *Monika Frommel* sieht zu Recht das Schuldprinzip verletzt. Das muss nicht verwundern. Denn ein nicht unwesentlicher Aspekt eines funktional täterstrafrechtlich gedachten Strafrechts ist die niedrigschwellige Möglichkeit der Zuschreibung von Verantwortlichkeit, von Schuld.

Ein etatistisch-funktionaler Ansatz, um den Begriff von *Alexander Ignor* aufzugreifen, kann schlecht damit umgehen, wenn ein Vorgang wie das Silvestergeschehen in Köln, im präventiven, gerade auch im generalpräventiven Sinne einer Reaktion würdig ist, aber nicht der Erwartungshaltung entsprechend geahndet werden kann, weil sich individuell Vorsatz und/oder Schuld nicht oder schwerlich nachweisen lassen. Aus einer funktionalen Betrachtung normativer Erwartungshaltung erweist sich ein entsprechendes Ergebnis systemisch als dysfunktional.

Es zeigt sich erneut: Funktionales Strafrecht nimmt weniger das Individuum in den Blick, sondern überindividuelle Ziele und Erwartungshaltungen. Die Auseinandersetzung lässt sich aus meiner Sicht gut – das kann ich aus eigener Erfahrung sagen, auch wenn ich immer nur revisionsrechtlich damit befasst war – am Beispiel des sog. ›Berliner Raserfalls‹ aufzeigen. Einem funktionalen Ansatz kommt es zugute, den Vorsatzbegriff zu normativieren, um die Zuschreibung zu erleichtern. Und die Wissenschaft zieht mit. *Ingeborg Puppe* schreibt, dass das im traditionellen Vorsatzverständnis enthaltene selbständige Willenselement zu einer unangemessenen Privilegierung des auf tiefster Gleichgültigkeit beruhenden Unverstands führe und eine angemessene Zuschreibung der Vorsatzschuld hindere und nicht wenige Wissenschaftler stoßen ins gleiche Horn.

Eine mehr täterstrafrechtlich orientierte Ausrichtung ist aber nicht bloß zufällige Nebenfolge eines funktional ausgerichteten Strafrechts. Die Möglichkeit, täterstrafrechtliche Elemente mehr in den Vordergrund zu rücken dürfte vielmehr eine ihrer Triebfedern sein.

Fragt man sich, ob die Politik in diesen Fragen von der Öffentlichkeit getrieben wird oder selbst treibende Kraft ist, mag die Antwort schwer zu finden sein. Darauf kommt es letztlich nicht an, denn Politik und Öffentlichkeit scheinen sich in dieser Hinsicht gegenseitig hochzuschaukeln.

So wird die Herkunft von Verdächtigen mittlerweile zum tauglichen Erklärmuster der Tat herangezogen, und zwar offiziell. Nach der Kölner Silvesternacht etwa wurde der Pressekodex geändert. Galt zuvor noch, dass ein klarer Sachbezug zur Tat vorhanden sein müsse, um die Nennung der Herkunft zu legitimieren, reicht seitdem ein begründetes öffentliches Interesse – die Einladung zum Zirkelschluss, denn das Vorurteil begründet das öffentliche Interesse und lässt sich durch die Herkunftsnennung bei Bedarf pflegen. Der NRW-Innenminister Reul nannte es ein Gebot der Transparenz, die Nationalität Tatverdächtiger zu nennen; angeblich um der AfD das Wasser abzugraben. Tatsächlich schüttet er das Kind mit dem Bade aus. Wer es für nötig hält, die Herkunft von Verdächtigen als mitteilenswert hervorzuheben, schafft keine Transparenz, er suggeriert den Zusammenhang – wozu sonst das Mitteilungsbedürfnis?

Eine Steigerung erfährt die täterstrafrechtliche Orientierung aktuell noch unter dem Begriff der sog. ›Clankriminalität‹, der Stigmatisierung anhand familiärer Herkunft zum staatlichen Verfolgungsprogramm erhebt. Das Strafrecht wird erneut operabel bzw. gezielt funktional gegen bestimmte Gruppen in Stellung gebracht. Dem wohnt eine erstaunliche Vergessenheit für ein Land inne, das sich, nachdem es das größte staatlich organisierte Menschheitsverbrechen auf den Weg gebracht und verübt hatte, gegen den Vorwurf der Kollektivschuld verwahrte. Vollkommen zurecht übrigens. Schuld ist und bleibt individuell festzustellen. Dass dies in der Folge hierzulande nur wenige der individuell schuldigen NS-Täter traf, gehört ebenso zur Wahrheit wie festzuhalten ist, dass dies auf einem anderen Blatt steht.

Dass aber ein Land, dessen Bevölkerung zurecht nicht pauschal für die von ihr in breiten Teilen begangenen Verbrechen in Sippenhaft genommen werden wollte und will mit dem diffusen Begriff der Clankriminalität ein Bekämpfungsprogramm gegen kriminalitätsbelastete Familien nichtdeutscher Herkunft fährt – der Porscheclan im Abgasskandal ist ja offenbar nicht gemeint – ist ein geschichtsvergessener trauriger Tiefpunkt täterstrafrechtlicher und – ja, man muss es leider wohl so sagen – populistischer Funktionalisierung des Strafrechts.

III.

Ein Strafrecht, das seiner Rechtsgemeinschaft das trügerische Versprechen von »Sicherheit« verheißt, das bereits Vorfeldverhalten kriminalisiert, vor abstrakten Gefahren schützen und jederzeit bereit sein will, sich auch täterstrafrechtlich an bestimmten Personengruppen zu orientieren, ein solches Strafrecht droht nicht nur materiell uferlos zu werden. Ein solches Strafrecht ist denklogisch darauf angewiesen, die Ermittlungsbefugnisse massiv auszuweiten. Dass dies kontinuierlich geschehen ist, muss ich Ihnen nicht darlegen. Was im Sexualstrafrecht der § 184 mit seiner Buchstabenkette, ist dem Strafprozessrecht die Reihenhaussiedlung des § 100 StPO: Eine expansive Dauerbaustelle, auf der man mittlerweile bei § 100k angekommen ist. Weiteres Bauland bleibt vorhanden. Die Auswirkungen der 2017 Gesetz gewordenen Quellen-TKÜ haben dabei die Gerichtssäle noch

gar nicht erreicht. Der strafprozessuale Bruder der Vorfeldkriminalisierung und von täterorientierten Bekämpfungsprogrammen sind die heimlichen Ermittlungsmethoden. Ihr scheinbar unbegrenzter Ausbau ist sicher auch die Frucht technischer Machbarkeit. Ihre Siegespromenade ist die Via Dolorosa der Bürger- und Beschuldigtenrechte. Und deren Geschichte hat neben dem technischen auch einen normativen Strang, der dem technischen den Weg ebnet.

Eine weitgehende Implementierung des technisch Möglichen wird so lange kaum in Zaum zu halten sein, wie etwa das Verfassungsgericht mit der Figur der »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« der Strafverfolgung einen normativ so mächtigen wie fast abwägungsfesten verfassungsrechtlichen Fürsprecher zur Seite gestellt hat. Gegen ihn scheint kein bürgerrechtlich orientiertes Kraut gewachsen zu sein. Dass das BVerfG dem Gesetzgeber dennoch in Einzelfragen gelegentlich in den Arm fällt, bessert die Bilanz kaum auf.

Mit der Figur der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege lohnt die Auseinandersetzung, die wir vielleicht bislang nicht hinreichend geführt haben. Denn eines wird hier doch klar: Wenn es dem einfachen Gesetzgeber gestattet ist, die Strafbarkeit immer weiter vorzuverlagern und auszuweiten, dann ist es ihm erlaubt, ist er scheinbar vielleicht sogar gehalten, unter dem vermeintlich verfassungsrechtlichen Gebot funktionstüchtiger Strafrechtspflege die Verfolgung sicherzustellen.

Die sogenannte Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege ist der Leviathan der Strafverfolgung. Unser Kollege *Ulrich Sommer* hat sich in einem Aufsatz damit befasst und festgestellt, dass der Begriff in jeder Abwägungsschlacht obsiegt, in die ihn die Rechtsprechung warf. *Hassemer* hatte schon 1982 eine Art Bodycount der Opfer der Funktionstüchtigkeit aufgelistet, den *Sommer* dann ergänzte:

Die Sorge um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege hebt nicht nur regelmäßig im Raum stehende Beweisverwertungsverbote aus und gestattet die Verwendung von beschlagnahmten Unterlagen einer Drogenberatung, private Tonaufnahmen oder gesetzeswidrig angeordnete Telefonüberwachungen. Vor den jüngsten Reformen gesetzlich nicht vorgesehene richterliche Fristsetzungen für die Stellung von Beweisanträgen fanden ihre revisionsrichterliche Legitimation ebenso in dieser Figur wie die eine Revisionsbegründung

vernichtende nachträgliche Protokollberichtigung oder nachträgliche Änderungen des Geschäftsverteilungsplans. Auch hier: Kein Anspruch auf Vollständigkeit!

Aber ich ergänze: Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege gestattete und verlangte nach dem BVerfG geradezu die Verurteilung auch von Bürgern, die Opfer einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation wurden, gleichviel es hierzu ebenso wenig eine strafprozessuale Rechtsgrundlage gibt wie für den Einsatz von V-Leuten überhaupt. Hier musste erst der EGMR mit seinen Entscheidungen zu *Furcht* und *Akbay* Deutschland daran erinnern, dass auch beim Bau der Kathedrale effektiver Strafverfolgung rechtsstaatliche Grenzen gelten, die nicht einfach mit dem Bagger der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege platt gewalzt werden können.

Die Beschäftigung mit dem Begriff der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege lohnt sich auch deshalb, weil er zeigt, wie sich das Verständnis von Begriffen, die das Strafrecht und seine Auslegung prägen, gewandelt hat, um das Strafrecht funktionaler und operabler im Sinne der Strafverfolgung zu machen. Erstmals tauchte er in einer Entscheidung des BVerfG zur Abwehr von einer Verfassungsbeschwerde auf, die begehrte, aus der Verfassung direkt ein Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter abzuleiten. Gegen das dort bemühte Argument, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege könne es sich nicht leisten, durch Analogien jenseits der StPO die Wahrheitsuche einzuschränken, ist auch aus heutiger Sicht wenig zu erinnern.

Seitdem hat der Begriff sich aber gewandelt und ist zu einem Passepartout für eine Einschränkung der Justizförmigkeit des Strafverfahrens geworden. Statt richtig verstanden allenfalls als Justizgewährungspflicht im Rahmen der geltenden Gesetze, also der Notwendigkeit, die Strafjustiz auch so auszustatten, dass diese ihre Aufgaben bewältigen können, ist er im Laufe der letzten 20 Jahre zu einem kriminalpolitischen Kampfbegriff mutiert, der auf vermeintlich unabweisbare Bedürfnisse einer *effektiven* Strafrechtspflege verweist und mit effektiv nichts anderes als *effizient strafend* meint.

Der Begriff der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege ist in seinem Wandel nicht allein geblieben. Das immer stärkere Vertrauen in das Strafrecht als eine, ja als möglicherweise sogar die tauglichste,

jedenfalls aber als kurzfristig zur Verfügung stehende Antwort auf gesellschaftliche Fragen, Probleme und Fehlentwicklungen, bestärkt ein Bedürfnis, das Strafrecht als *funktional* im Sinne von *geschmeidig funktionierend* zu interpretieren.

Und dieses Bedürfnis zeigt sich auch in einer Neuinterpretation von Begriffen, die einer solchen Funktionalisierung hinderlich scheinen. *George Orwell* hat einmal geschrieben, dass man die Erosion eines Wertes am effektivsten dadurch betreiben kann, dass man seine Begrifflichkeit so umdefiniert, dass man ihm einen anderen, am Ende einen völlig gegenteiligen Inhalt gibt.

Eine solche Entwertung und Umwidmung haben auch andere Begriffe erfahren, die einer funktionalen, operablen Strafverfolgung im Weg stehen. Dies geschieht in der Rechtsprechung ebenso wie im politischen Raum. Greifbares Beispiel ist das Beschleunigungsgebot. Von einem Abwehrrecht des Beschuldigten gegen Saumseligkeiten der Strafverfolgung, die sogar bei Inhaftierung gemächlich ermittelte, ist das Beschleunigungsgebot seitens der Rechtsprechung zunächst usurpiert und sodann gegen den Beschuldigten gewendet worden. Die Rechtsprechung hat sich dieses Beschuldigtenrecht einverleibt und für sich als Voraussetzung und Unterpunkt der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege eingruppiert. Nunmehr begegnet dem Beschuldigten sein ehemaliges Abwehrrecht als ein Anspruch des Staates auf seine beschleunigte Aburteilung. Das hat orwellsche Qualität. Aber nicht nur das Beschleunigungsgebot ist gegen den Beschuldigten funktionalisiert worden.

Der Begriff vom Rechtsstaat selbst und damit auch das Verständnis von dem, was rechtsstaatlich ist, ist in Bewegung geraten. Wenn von ihm in der politischen Diskussion, in den Feuilletons, in der politischen Tagespresse die Rede ist, dann meist von der »vollen Härte des Rechtsstaats« und »klarer Kante des Rechtsstaats«, die diesem oder jenen mal wieder gezeigt werden müsse. Auch wenn man nicht infrage stellt, dass Straftaten angemessen zu bestrafen sind, bedeutet doch die Gleichsetzung des Rechtsstaats mit dem strafenden und vergeltenden Staat die Verkehrung des Rechtsstaatsbegriffs in sein Gegenteil.

Der vor einigen Jahren verstorbene ehemalige Verfassungsrichter *Bockenförde* hatte noch treffend formuliert:

»Der Rechtsstaat ist stets auf die Begrenzung und Eingrenzung staatlicher Macht im Interesse der Freiheit der Einzelnen angelegt.«

Wenn also vom »wehrhaften Rechtsstaat« die Rede ist, müsste eigentlich gemeint sein, dass Bürger*innen in der Lage sind, sich gegen staatlich unverhältnismäßige Übergriffe zu wehren und, dass Beschuldigte effektiv in der Lage sein müssen, die ihnen gemachten Vorwürfe auf den prozessualen Prüfstand zu stellen. Von einem solch klaren Rechtsstaatsverständnis ist wenig geblieben.

Sprache prägt das Recht, weil sie unser normatives Verständnis determiniert – oder um es nochmals mit *Orwell* zu sagen:

»Wenn das Denken die Sprache korrumpiert, korrumpiert die Sprache auch das Denken.«

Deswegen ist es so wichtig, dass wir uns der Werte der juristischen Begriffe immer wieder versichern, und sie nicht im Treibsand einer das Strafrecht funktionalisierenden Tagespolitik verlieren und durch Gewöhnung selbst verlustig gehen.

Sprache und Begrifflichkeiten bilden die Maßstäbe der Rechtsfindung. Beim Kampf um das Verständnis solcher Begrifflichkeiten ist auch für uns Strafverteidiger sicher noch Luft nach oben. Geraten sie ins Rutschen und verkehren sich die Maßstäbe, ist alle Subsumtionskunst darunter vergebens.

Ich denke, es ist daher auch kein Zufall, dass über die schon angesprochene Wiederaufnahme zuungunsten Freigesprochener heute ganz anders diskutiert wird als dies in früheren Zeiten der Fall war. Ob der alte Satz »lieber zehn Schuldige freigesprochen als ein Unschuldiger zu Unrecht in Haft« heute noch so selbstverständlich als rechtsstaatliche Kompassnadel geteilt wird, wie dies nach meinem Eindruck noch vor 20 oder 30 Jahren der Fall war, halte ich für zweifelhaft.

IV.

Konstatiert man, dass sich das rechtspolitische Umfeld und die Erwartung an das, was Strafrecht leisten soll, möglicherweise gewandelt hat oder noch im Wandel befindet, bleibt die Frage, wie reagiert die Justiz, speziell die Rechtsprechung darauf? Und danach, bei unserer Zusammenkunft fast noch interessanter – wie reagieren wir, die Strafverteidiger*innen?

Aber zunächst zur Richterschaft:

Ich hatte als Student einen Richter in einem universitären Strafrechtsrepetitorium, der mich viel mehr als alle anderen Dozenten für das Strafrecht begeistert hat. Der formulierte damals, wenn Fallgestaltungen zu Ergebnissen führten, die hinter den Erwartungen staatsanwaltschaftlichen Denkens zurückblieben: »Ich bin Richter, ich bin kein Teil der Strafverfolgung, sondern dafür da, diese zu kontrollieren und mir ein unabhängiges Urteil zu bilden.«

Mein damaliger Dozent ist mittlerweile am BGH angekommen, immer noch sehr sympathisch in der Begegnung, die Entscheidungen seines Senats lesen sich allerdings in Gänze anders als sein früheres Credo. Und nicht nur seine.

Ein Richter, den ich eigentlich wirklich sehr schätze, hat, wohl ohne es selbst zu merken, die Erosion seiner richterlichen Aufklärungspflicht neulich ohne Arg in einem Beschluss wie folgt zusammengefasst:

»Dass es dem Gericht regelmäßig nicht obliegt, sich vor der Einvernahme eines Ermittlungsbeamten zu Beweismitteln selbst Kenntnis von diesen zu verschaffen, folgt schon daraus, dass dies vielfach – etwa bei großen Datenmengen [...] – gar nicht möglich wäre. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier – keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die polizeilichen Auswertungen in relevanter Weise fehlerhaft oder unvollständig sind. Auch ohne Kenntnis der Originalbeweismittel wird das Gericht grundsätzlich in der Lage sein, die polizeilichen Ermittlungsergebnisse anhand der Aussagen des Auswertungsbeamten zu überprüfen.«

Aus der richterlichen Amtsaufklärung wird so die Plausibilitätskontrolle polizeilicher Schlussberichte. Statt der im strengbeweislichen Verfahren mit den sach nächsten Beweismitteln zu widerlegen

den Unschuldsvermutung gilt die Richtigkeitsvermutung polizeilicher Beweisbewertung.

Dass das Ermittlungsverfahren die Hauptverhandlung entgegen der ursprünglichen Intention der StPO determiniert, ist eine Binsenweisheit. Sie durchzieht die Strafverteidigertage fast von Anbeginn. Durch den steten Ausbau der heimlichen Ermittlungsmethoden und die hierdurch generierten Datenmengen ist aber mittlerweile ein Maß erreicht, das man nicht mehr nur am politischen Willen, sondern tatsächlich auch an den realen Möglichkeiten einer Umkehr zweifeln muss. Einer Umkehr, die der Hauptverhandlung den ihr gebührenden Wert als zentralen und entscheidenden Ort unmittelbarer Wahrheitsfindung zurückgibt und sie vom Stigma befreit, die Aufführung eines weitgehend von der Polizei determinierten Drehbuchs zu sein, von dem abzuweichen neben allen anderen Unwägbarkeiten, sich schon deshalb zu verbieten scheint, weil dann die Terminplanung außer Kontrolle gerät. Das ist sicherlich überspitzt formuliert. Aber die Justiz hat es in dem Bestreben zu funktionieren weitgehend aufgegeben, um die Kontrolle über die eigene Aufklärungspflicht zu kämpfen und sich die Möglichkeit, diese tatsächlich auch wahrzunehmen zu erhalten. Das potentiell schon immer latent vorhandene Bestreben, das Boot der Erkenntnisse des Ermittlungsverfahrens halbwegs unfallfrei durch den Kanal der Hauptverhandlung gesteuert zu bekommen, hat im Zeitalter der Flut digitaler Beweismittel nochmal eine Steigerung erfahren. Nicht selten gibt das Gericht das Steuer schon mal gleich zu Beginn der Hauptverhandlung ab und promoviert den polizeilichen Ermittlungsführer zum informellen Hauptverhandlungsführer, indem es ihm gestattet, die Beweisaufnahme »mit einem Überblick über den Gang des Ermittlungsverfahrens« zu eröffnen. Diese Eröffnung ist regelmäßig nichts anderes als die Gelegenheit zu einer Vorwärtsverteidigung der Polizeiarbeit und ihrer Ergebnisse – und jeder weiß es. Das Verbot, das wesentliche Ermittlungsergebnis einer Anklage zu verlesen, wird dabei nur noch der Form halber respektiert. Tatsächlich wird es viel wirkmächtiger substituiert. Denn mit der Beförderung des Ermittlungsführers zum Conferencier der Hauptverhandlung wird es durch einen Zeugen referiert und damit zum Inbegriff der Hauptverhandlung.

Als prozessökonomisch zu verführerisch haben sich zudem die kombinierbaren Möglichkeiten aus Einführung der schriftlichen Polizeivermerke nach § 256 Nr. 5 StPO und dem Selbstleseverfahren erwiesen. Mit 256 Nr. 5 StPO setzte der Gesetzgeber vor knapp 20 Jahren polizeiliche Berichte und Vermerke auf eine Stufe mit neutralen Behördenzeugnissen, vereidigten Sachverständigen und ärztlichen Bescheinigungen.

Man muss nicht Anhänger des dialektischen Materialismus sein, um zu konstatieren, dass die These, das Sein bestimme das Bewusstsein, nicht ganz falsch ist. Wenn polizeiliche Berichte vom Gesetzgeber als gleichsam neutrale Zeugnisse geadelt werden, kann es nicht verwundern, dass im richterlichen Denken – wie in dem vorhin zitierten Beschluss – die Richtigkeitsvermutung für polizeiliche Thesen schleichend die Unschuldsvermutung ablöst. Das verträgt sich im Übrigen gedanklich dann auch wunderbar mit der »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« und der Vorstellung vom »wehrhaften Rechtsstaat«.

Wenn Strafverteidigung sich dem heute noch mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln entgegenstellt, wird sie von der Richterschaft als obstruktiver wahrgenommen als dies noch vor 20-30 Jahren der Fall war. Das Wort von der sog. Konfliktverteidigung fällt mittlerweile nicht selten schon bei der Stellung einzelner Beweisanträge. Im Denken eines funktionalen Strafrechts, das sich nicht auf individuelle Schuld feststellung beschränkt, sondern auch die Bekämpfung von Kriminalitätsphänomenen intendiert, ist die Rolle der Verteidigung aber auch per se mindestens insoweit dysfunktional, als sie sich in ihrem Bestreben, die Feststellung individueller Schuld auf den Prüfstand zu stellen, der funktionalen Metaebene verweigert, im Strafurteil auch die vermeintlich angemessene Antwort auf unliebsame gesellschaftliche Phänomene zu finden. Eine derartige Perspektive verleitet dann auch rechtspolitisch leicht, zu leicht dazu, Verteidigung in ihren Verfahrenskompetenzen einschränken zu wollen.

Bei zwei sogenannten Strafkammertagen, bei denen sich rund 80 Vorsitzende von Strafkammern trafen, wurden Resolutionen verabschiedet, die den Gesetzgeber u.a. aufforderten, das Beweisantragsrecht ebenso wie die Besetzungsrüge und das Befangenheitsrecht

zur vermeintlich notwendigen Beschleunigung von Verfahren zu beschneiden, ohne dass es hierfür eine empirisch belegte Notwendigkeit gegeben hätte. Die genannten Forderungen des 2. Strafkammertags sind Gesetz geworden – nur Beschuldigtenrechte unter den Opfern.

Damit kontrastiert eindrucksvoll die richterliche Position zum ›Verteidiger der ersten Stunde‹, bei Umsetzung der EU-Richtlinie. Der Forderung, in Fällen notwendiger Verteidigung Beschuldigten schon vor der ersten polizeilichen Einvernahme einen Verteidiger von Amts wegen beizuordnen, ist die Richterschaft entgegengetreten. Es war von unnötigen Ausweitungen, Bürokratisierungen und auch von Einschränkungen der Amtsaufklärung die Rede. Im Rechtsausschuss des Bundestags hieß es in der Anhörung zum Regierungsentwurf von Strafverfolgerseite, frühe Beteiligung von Verteidigung, die Beschuldigten ja regelmäßig zum Schweigen rate, könne diesen hindern, sich zu entlasten und er laufe daher Gefahr, unnötig in Untersuchungshaft zu geraten. Treuherziger wurden Krokodilstränen selten vergossen. Ehrlicher ist da schon die F.A.Z., die schreibt, worum es eigentlich geht: Es drohten frühe Geständnisse verloren zu gehen, weil gute Verteidiger regelmäßig zum Schweigen raten.

Sorge vor Bürokratisierung, Prozessökonomie und Verfahrensverzögerung und Kosten sind mir als durchschlagende Abwehrargumente übrigens nie aufgefallen, wenn die Ausweitung von Opferrechten auf der Tagesordnung stand, sei es psychosoziale Prozessbegleitung, sei es die Ausweitung der nebenklagefähigen Delikte mit entsprechenden Beiordnungen.

Die Frage, woher die Richterschaft eigentlich ihre Selbstsicherheit nimmt, mit einer stetig geschwächten Verteidigung noch zu materiell richtigen und gerechten Ergebnissen zu kommen, kann man allgemein zwar schon deshalb nicht tauglich beantworten, weil es *die* Richterschaft so wenig gibt wie *die* Anwaltschaft. Zu denken geben muss es aber, wenn der damalige Vorsitzende des DRiB, *Jens Gnisa*, sicher nicht völlig unrepräsentativ formulierte:

»Mir fällt kein Fall ein, in dem ich mein Urteil im Nachhinein nicht mehr für gerecht gehalten hätte.«

Und er meint, damit nicht allein zu sein:

»Fast allen Richtern geht es ähnlich [...] Die Gerechtigkeit ist

für sie kein großes Thema – weil sie damit im Reinen sind. Sie haben andere Sorgen.«

Schöner und zirkulärer ist Gerechtigkeit mit Selbstgerechtigkeit wohl kaum zu verwechseln. Es scheint mir diese zur Schau gestellte Selbstgewissheit zu sein, aus der sich die Chuzpe speist, die es für die Forderungen der Strafkammertage brauchte. Eine solche Selbstgewissheit wird in einem funktionalen Strafrecht genährt, wenn Richter*innen aufgegeben wird – oder sie meinen –, mit der Feststellung individueller Schuld auch übergeordneten Zielen zu dienen und Antworten auf gesellschaftliche Probleme zu liefern.

Mit dem verfassungsrechtlich verbrieften Arbeitsauftrag, die Wahrheit zu suchen und Gerechtigkeit zu finden, betritt die Richterschaft den öffentlichen und politischen Diskursraum ohnehin schon mal in der Rüstung der Kreuzritter des Guten. Gestärkt wird ihr Auftritt aber auch, wenn die Rechtspolitik ihr überindividuelle Problemlösungen zuweist. Wenn der Gesetzgeber die Justiz derart einspannt, wird er sich auch schwertun, die von ihr als notwendig erachteten Werkzeuge zu verweigern. Und in einem derartigen rechtspolitischen Klima ist die Stimme der Strafverteidigung von vornherein keine starke.

Wie authentisch ist aber die zur Schau gestellte Selbstsicherheit eines nicht gerade leisen Teils der Richterschaft? Ein Teil, der offenbar meint, dass sich Wahrheit und Gerechtigkeit in ihren Gerichtssälen automatisch wie ein Gebirgsbach den Weg bahnen, sobald sie ihre Robe überstreifen und niemand dazwischenfunkelt. Man kann da durchaus zweifeln, wenn man näher hinschaut. Darauf weisen gerade auch die Forderungen Strafkammertage hin. Zwei Thesen, die auch mit Aplomb gefordert und nicht Gesetz wurden, sind überaus aufschlussreich für das Selbstverständnis dieser Versammlung:

- Revisionen sollen nur noch dann zulässig sein, wenn sie durch einen Verteidiger begründet werden, der die Sachrüge in gleicher Weise wie die Verfahrensrüge auszuführen hat.

und weiter:

- Die Tatsachenfeststellungen und der Schuldspruch im Strafverfahren sollen eine Bindungswirkung in nachfolgenden Zivilverfahren entfalten.

Man darf sich schon fragen: Geht es denjenigen, die solche Forderungen aufstellen um Wahrheit und Gerechtigkeit? Oder geht es nicht vielmehr darum, die selbst gefundene Wahrheit gegen jeden Angriff zu stählen? Die Antwort ist offensichtlich.

Die eigene Fehlbarkeit soll gegen Aufdeckung so gut es geht immunisiert werden. Wir kehren zurück zum ehemaligen Vorsitzenden des DRiB, Herrn *Gnisa*, und erinnern uns, dass ihn andere Sorgen als die Gerechtigkeit umtreiben. Welche das u.a. sind, führt er in seinem Buch aus. Z.B., dass ihn jede Aufhebung durch ein höheres Gericht immer noch schmerze und dass das strafrechtliche Revisionsrecht zu einer strukturellen Unterlegenheit der Tatgerichte führe.

Dass Richter*innen, die mit der Überzeugung stets gerecht gewesen zu sein, die Anfechtungsmöglichkeit ihrer Urteile als stetes Misstrauensvotum und die Korrektur ihrer Urteile als persönlich schmerzhaft empfinden, keine Exoten ihres Berufsstandes sind, zeigt sich nicht nur bei Herrn *Gnisa*. Auch der Strafkammertag schlug in die gleiche Kerbe und hatte, obwohl aus Vorsitzenden der landgerichtlichen Strafkammern bestehend, auch ein Herz für die Sorgen des am Amtsgericht tätigen Vorsitzenden *Gnisa*: Eine weitere Forderung des Strafkammertags lautete nämlich, die Sprungrevision abzuschaffen.

Die Sorge von Strafrichtern vor Kontrolle ihrer Ergebnisse begegnet einem mit am deutlichsten in der Forderung des Strafkammertags, die in Strafprozessen gefundenen Feststellungen müssten Zivilgerichte binden. Klingt erstmal nicht besonders dramatisch, anders allerdings, wenn man sich kurz das Schicksal von *Harry Wörz* und seines Verfahrens vor Augen führt, das wohl Mitanlass dieser Forderung war:

Harry Wörz wurde 1998 vom LG Karlsruhe zu 11 Jahren wegen versuchten Totschlags an seiner Ex-Frau, die aufgrund der physischen Folgen des Anschlags auf ihr Leben nicht mehr aussagen konnte, verurteilt. Die Verurteilung war umstritten, zumal als möglicher Alternativtäter ein Polizist infrage kam, der eine Beziehung zum Opfer hatte und der Polizeibehörde angehörte, die die Ermittlungen führte. Die Revision von Harry Wörz verwarf der Bundesgerichtshof. Die Eltern der Geschädigten verklagten Wörz nach Rechtskraft des strafrechtlichen Urteils zivilrechtlich auf Schadensersatz wegen der

immensen Pflegekosten. Dann geschah das Unwahrscheinliche. Das Zivilgericht führte eine Beweisaufnahme durch, an deren Ende es die Klage abwies, weil es sich von der Schuld von Wörz keineswegs überzeugen konnte. In diesem Urteil wurde auch nicht mit Kritik an der Polizei gespart. Unser Kollege Hubert Gorka nahm den Ball auf und strebte eine Wiederaufnahme an. Dabei musste er zweimal das OLG Karlsruhe bemühen, nachdem das Landgericht jeweils die Wiederaufnahme nicht zulassen wollte, bis es 2005 – Wörz war durch das OLG Karlsruhe 2001 bereits vorläufig aus der Haft entlassen worden – zu einer neuen Hauptverhandlung kam. Das LG Mannheim sprach Wörz nunmehr frei. Aber die Staatsanwaltschaft wollte sich hiermit nicht abfinden und legte Revision ein. Der BGH-Senat, der zuvor Wörz Revision gegen seine Verurteilung verworfen hatte, kassierte nun den Freispruch mit einer Segelanweisung wie eine haltbare Verurteilung von Wörz im anstehenden dritten Verfahren aussehen könnte. 2009 begann dieser Prozess, der wiederum mit Freispruch endete. Elf Jahre nach der ersten Verurteilung urteilte eine Strafkammer nun, dass Wörz nicht nur nicht der Täter war, sondern es keine durchgreifenden Argumente gegen die Täterschaft des Alternativtäters, des Angehörigen der Polizei, die die Ermittlungen führte, gebe. Ende der Geschichte? Nein. Die Staatsanwaltschaft zog erneut vor den Bundesgerichtshof, um den Freispruch zu kippen, was diesmal allerdings nicht gelang.

Hat sie nach dem deutlichen Hinweis des Gerichts auf den Alternativtäter ein Verfahren eingeleitet? Nein. Ein Anfangsverdacht sei nicht ersichtlich.

Das Zivilgericht, das sich die Sache nochmals angeschaut hat, hat das Fehlurteil korrigiert und der Wiederaufnahme den Weg gebnet. Man möchte meinen, ein Segen, der die Folgen eines Justizirrtums immerhin abmilderte. Ein Segen für die Wahrheitsfindung, ein Sieg der Gerechtigkeit.

Wie kann es dann aber sein, dass ein Strafkammertag in Kenntnis dieses viel diskutierten Verfahrens, dem einen Riegel verschieben und Zivilgerichte an die strafrechtlichen Feststellungen gebunden sehen will? Bei Realisierung dieser Forderung wäre Herr Wörz statt im Jahre 2009 freigesprochen zu werden als hartnäckig leugnender

Verurteilter erst nach Vollverbüßung in die anschließende Führungsaufsicht entlassen worden.

Bei der Suche nach der Antwort erinnern wir uns einmal mehr an die Worte von Herrn *Gnisa* – jede Aufhebung des eigenen Urteils durch ein späteres Gericht schmerzt. Und scheinbar sind diese Schmerzen größer als die Bereitschaft Fehler korrigieren zu lassen, mögen sie auch das Leben eines Bürgers zerstören. Die Forderung des 2. Strafkammertags legt hierfür Zeugnis ab. *Wörz* ist nicht alleine. Hatte das Landgericht Mannheim Herrn *Kachelmann* offenbar nur mit Bauchschmerzen vom Vorwurf der Vergewaltigung freigesprochen und betont, dieser Freispruch bedeute nicht, dass er nicht doch der Täter sein könne, verurteilte das OLG Frankfurt als Zivilgericht die vermeintlich Geschädigte auf Schadensersatz und judizierte, dass sie Herrn *Kachelmann* »vorsätzlich, wahrheitswidrig der Vergewaltigung bezichtigte«. Mit der Forderung des Strafkammertags nach der Bindungswirkung strafrechtlicher Urteile wäre Herrn *Kachelmann* diese Klage zu seiner Rehabilitierung nicht mehr möglich.

Führt man sich dies alles vor Augen, bekommt das Bild einer organisierten Richterschaft, der man die Wahrheits- und Gerechtigkeitsuche vorbehaltlos anvertrauen könnte und sollte und die fordert, hierfür alle Hemmnisse – in erster Linie Beschuldigten- und Verteidigerrechte sowie Überprüfungsmöglichkeiten – abzubauen, mehr als ernste Risse.

Wer wie der Strafkammertag postuliert, dass die allgemeine Sachrüge, also die von Amts wegen erfolgende Überprüfung des schriftlichen Urteils auf in diesem enthaltene Rechtsfehler durch den BGH abgeschafft werden und eine Prüfung nur noch soweit stattfinden solle, als die Verteidigung Fehler aufgespürt und explizit formgerecht gerügt hat, der orientiert sich nicht an Gerechtigkeit, sondern will schlicht auch dann Recht behalten können, wenn er falsch liegt. Was ist das für eine Zumutung gegenüber dem Wahrheits- und Gerechtigkeitsbegriff, wenn man dem Bundesgerichtshof abverlangen will, offenkundig falsche schriftliche Urteile abzusegnen, die einem Verurteilten gegebenenfalls Jahre seiner Freiheit kosten, weil die Verteidigung den materiellen Fehler nicht kunstgerecht benannt hat?

Lässt man das alles Revue passieren, merkt man schnell, dass die Rüstung der rechtspolitischen Stimme der organisierten Richterschaft im Sonnenlicht keineswegs nur vor Gerechtigkeit und unbedingter Wahrheitssuche schimmert. Dies müssen wir uns bewusst machen und auch nach außen tragen. Denn vor uns liegt eine der wichtigsten rechtspolitischen Auseinandersetzungen der letzten Jahrzehnte, nämlich die um die Dokumentation der Hauptverhandlung. Hierzu wird morgen auch eine AG stattfinden. Liebe Kolleginnen, liebe Kollegen, wenn diese Chance in dieser Legislaturperiode verpasst wird, wird sie so schnell nicht wiederkommen. Die organisierte Richterschaft läuft in einer Weise Sturm gegen dieses Vorhaben, die auch mich überrascht hat. Kein Argument ist dabei zu absurd, um nicht ins Feld geführt zu werden:

Die Wahrheitsfindung werde durch die Dokumentation gefährdet. Darauf muss man erstmal kommen; die unbestechliche Dokumentation des Inbegriffs der Hauptverhandlung gefährde die Wahrheitsfindung. Angeführt wird, dass Zeugen nicht mehr so unbefangen drauflos reden könnten, wenn dokumentiert wird. Den Wunsch nach unbefangenen Drauflosplappern als Quell der eigenen Wahrheitsfindung kann aber ohnehin nur derjenige hegen, der seine Belehrung nie ernst gemeint hat, dass auch fahrlässig falsche Angaben im Falle der Vereidigung strafbar sind.

In einem Essay in der F.A.Z. hat die Bundesrichterin Dr. *Allgayer* vom 1. Strafsenat des BGH in Erwiderung eines Beitrags unseres Kollegen *Martin Stucke*, in dem er anprangerte, der Bundesgerichtshof habe die Kontrolle der Tatgerichte praktisch aufgegeben, geschrieben, Straferichte würden nicht unter zu wenig Kontrolle leiden, sondern unter Überlastung. Wer die Qualität des gerichtlichen Strafverfahrens verbessern wolle, müsse den Tatrichtern vertrauen, sie wertschätzen und vor allem in die Lage versetzen, ihr Kerngeschäft besser erledigen zu können.

Für die Dokumentation der Hauptverhandlung bleibt da keine Sympathie: Sie sei zur Erreichung der Ziele des Strafverfahrens nicht erforderlich. Sie würde lediglich zu mehr Verfahrensaufwand, nicht aber zu richtigeren Urteilen führen. Wer jetzt schon darüber staunt, woher diese Gewissheit kommt, den frappt die Antwort um so

mehr: Frau *Dr. Allgayer* schreibt, dass bekannt gewordene Fehlurteile ganz überwiegend auf Fehler im Ermittlungsverfahren zurückgingen, weil es dort zu falschen Zeugenangaben oder unrichtigen Geständnissen gekommen sei, gegen die auch eine Dokumentation der späteren Hauptverhandlung nichts ausgerichtet hätte.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, das muss man sich kurz auf der Zunge zergehen lassen. Es waren die im Ermittlungsverfahren aufgenommenen falschen Zeugenangaben und Geständnisse, die zu Fehlurteilen führten. Zwar weiß ich noch nicht einmal, welche Fälle hier gemeint sind und ob das überhaupt stimmt. Aber was soll uns das sagen? In der Hauptverhandlung war eigentlich alles paletti und die Fehlurteile wegen der Fehler im Ermittlungsverfahren richterlich unverschuldet und quasi unvermeidlich? Was wäre das für eine Auffassung von der Rolle von Strafgerichten? So kann vielleicht ein Zivilrichter reden, der ein Versäumnisurteil erlassen muss, aber doch kein Strafrichter. Und das kommt ja nicht von irgendjemand, sondern von einer Bundesrichterin, der die Kontrolle über die Tatrichter überantwortet ist. Und es ist auch kein undurchdachter Versprecher in irgendeinem Hinterzimmergespräch, sondern der Tenor eines Aufsatzes, der sich in der F.A.Z., dem Zentralorgan bürgerlichen Rechtsstaatsverständnisses an die Öffentlichkeit wendet – und dessen Fazit übrigens ist, dass Fehlentwicklungen in der Tatsacheninstanz dort zu korrigieren sind und nicht über den Umweg des Revisionsgerichts und im Übrigen – vertraute Melodie – eine funktionsfähige Strafrechtspflege Verfassungsauftrag sei. Erneut wird deutlich, dass funktionsfähig hier als geschmeidig, gleichsam möglichst ungestört ablaufend aufgefasst wird.

Nicht erst, wenn man nach alledem mal führende Stimmen der Richterschaft resümiert, ist klar, worum es ihr in der Diskussion um die Dokumentation der Hauptverhandlung eigentlich geht: Es ist die Sorge um die uneingeschränkte Deutungsmacht dessen, was im Gerichtssaal passiert. Wer aber die Wahrheitsfindung bereits gefährdet sieht, wenn er seine alleinige Deutungshoheit bedroht wähnt, signalisiert ungewollt auch, dass die Wahrheitsuche bei ihm offenkundig nicht optimal verortet ist. In einem Rechtsstaat ist dies der, wenn auch unbewusste Ruf nach mehr und nicht weniger Kontrolle.

Kontrolle ist ein Stichwort, wenn wir an ein regelmäßig von uns und nun auch von Frau *Dr. Allgayer* angesprochenes Problem denken. Das Ermittlungsverfahren determiniert die Hauptverhandlung. Wenn eine Bundesrichterin die Tatrichter für Fehlurteile exkulpiert, weil die Fehler im Ermittlungsverfahren geschehen seien, möchte man meinen, es sei ein Anliegen des Bundesgerichtshofs, die Tatgerichte verstärkt zur Kontrolle des Ermittlungsverfahrens und fehlerfreier Beweiserhebung anzuhalten. Weit gefehlt! Mit Fehlern oder Verfahrensvorgängen aus dem Ermittlungsverfahren möchten die Revisionsgerichte möglichst nicht behelligt werden. Der 1. und ihm in jüngerer Zeit folgend auch der 5. und der 6. Senat halten die Tatgerichte dazu an, Verfahrensvorgänge, mögen sie auch Ermittlungsfehler betreffen, die zu Beweisverwertungsverböten führen können, »tunlichst« aus den Urteilsgründen herauszuhalten.

Der Hintergrund dürfte klar sein. Mit Verfahrensrügen aus diesem Bereich, die nur schwerlich über die Hürde der Zulässigkeit zu hieven sind, wird man beim BGH schon fertig. Wird aber alles im Urteil ausgebreitet, könnte man auf die Sachrüge hin gezwungen sein, sich zu befassen. Lautet die Botschaft des BGH an die Tatrichter aber, behelligt uns bitte nicht mit Verfahrensfehlern – wieviel Anlass hat dann der Tatrichter von sich aus diesen nachzugehen? Es kommt hinzu, dass wir Verteidiger*innen Beweisverwertungen widersprechen müssen, um sie noch geltend machen zu können.

Psychologisch ist für den Tatrichter nach alledem klar: Meine Sache ist dies nicht. Und wenn Verteidiger das unbedingt thematisieren wollen, kann ich das mit dem Segen des Bundesgerichtshofs aus dem Strengbeweisverfahren der Hauptverhandlung heraushalten und muss mich damit allenfalls im Freibeweisverfahren befassen.

Wenn Frau *Dr. Allgayer*, egal ob das überhaupt zutrifft, in der F.A.Z. konstatiert, dass Fehler im Ermittlungsverfahren die wesentliche Quelle der bekannten Fehlurteile sei, ist die Festlegung der Rechtsprechung, sich gegenüber diesen Themen so gut es geht zu immunisieren, in Ansehung vom Wahrheits- und Gerechtigkeitsbegriff nicht frei von Zynismus.

Einer Funktionalisierung des Strafrechts ist diese Lässlichkeit indes dienlich. Beredtes Zeugnis hierfür legen auch die »legendierten

Kontrollen« ab, in denen die Täuschung des Beschuldigten nicht unter § 136a StPO gefasst, sondern höchststrichterlich dem Polizeirecht zwecks Bekämpfung vor allem des BtM Handels zugeschrieben und legalisiert wird.

Liebe Kolleginnen, liebe Kollegen – leben wir in einem funktionalen Strafrecht wie der Titel dieses Vortrags suggeriert? Nein, ganz sicher nicht. Schon gar nicht, wenn man auf Länder schaut, in denen das Strafrecht ungehemmt zur politischen Machtdurchsetzung missbraucht wird. Davon sind wir zum Glück weit entfernt.

Gibt es verstärkte Tendenzen, die das Strafrecht in seiner Entwicklung für eine Funktionalisierung anfällig machen und öffnen? Die Antwort lautet ja.

Ich fasse einige Faktoren nochmals kurz zusammen:

1. Die Betonung außerrechtlicher, insbesondere moralisierender Kategorien wie »Unerträglichkeit« oder »überragende Gemeinwohlinteressen«, mit denen die Rückwirkung bei den Einziehungsregeln verfassungsrechtlich legitimiert wurde.
2. Die präventive Ausgestaltung des materiellen Strafrechts mit weiten Vorfeldstrafbarkeiten, die sich von einer echten Bedrohung des Rechtsguts entfernen und an die Gesinnung als Gefährdung anknüpfen und die gleichzeitig die Befugnisse der Strafverfolgung ausweiten, um auch abstrakte Gefahren zu ergründen.
3. Politisch oder sonst gewollte Fokussierung der Strafverfolgung auf bestimmte Gruppierungen; die Verlagerung des Gewichts von einem Tatstrafrecht auf eine mehr täterstrafrechtliche Sicht, die insbesondere im Ermittlungsverfahren einsetzt.
4. Das Zurückschrauben von Kontrolldichte der Instanzen des Verfahrens untereinander. Dagegen könnte man zunächst einwenden, dass eine straffe Kontrolle der Rechtsprechung von oben nach unten eher ein Kennzeichen des Maßnahmestaats und funktionaler Strafrechtspflege ist. Das ist sicher nicht falsch. Aber wenn das Ermittlungsverfahren die Hauptverhandlung so determiniert wie derzeit und die Tatgerichte mit dem Segen der Revisionsgerichte keine wirksame Kontrolle mehr bieten und sich gegen eine solche auch sträuben, drohen sie einer potentiellen Funktionalisierung anheimzufallen.

V.

Wie steht aber Strafverteidigung zu diesen funktionalen Tendenzen?

Wir sind in der rechtspolitischen Diskussion gegenüber etwa dem DRiB strukturell unterlegen. Es stärkt aber unsere Stimme politisch nicht, wenn wir uns in unseren grundsätzlichen Positionen nicht sicher sind. Strafverteidigung hat sich an der Seite des Beschuldigten immer progressiv als Beistand desjenigen verstanden, der sich dem wirkmächtigsten Eingriff und Instrumentarium des Staates als Individuum ausgesetzt sah. Gleichzeitig erzwingt unser Alltag entgegen der puristischen Lehre, wie wir sie auf Strafverteidigertagen gerne pflegen, zum Wohle des Mandanten eine gehörige Portion Opportunismus von uns, und zwar um des Verfahrensergebnisses willen.

Wer hat noch nicht rechtspolitisch gegen den Kronzeugenparagrafen gewettert, um dann im Plädoyer dessen zweifelhafte Segnungen einzufordern?

Wer hat noch nicht in einer Haftprüfung mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass der eigene Mandant mit seiner Familie seit x Generationen als sogenannter Biodeutscher in Deutschland lebt, hier zur Schule gegangen ist, in einem ausgebildeten Beruf arbeitet usw. und damit die empirisch nachgewiesenermaßen falschen, aber justiziell maßgeblichen Kriterien für die Frage der Fluchtgefahr gespiegelt und hierdurch zu deren Festigung zum Nachteil derjenigen beigetragen, auf die das nicht zutrifft?

Die Liste ließe sich fortsetzen. *Thomas Scherzberg* hat gegen Ende seines Eröffnungsvortrags in Frankfurt 2016 zurecht appelliert, Grundprinzipien unserer auf Strafverteidigertagen beschworenen Grundsätze auch im Alltag zu leben. Dem sind durch die Interessen unserer Mandanten am bestmöglichen Verfahrensergebnis allerdings Grenzen gesetzt.

Solche Grenzen haben wir aber nicht in der rechtspolitischen Diskussion. Das Selbstverständnis der Strafverteidigervereinigungen, aber auch des RAV war es traditionell, sich unbedingt gegen Schärfungen sowohl des Strafrechts als auch des Strafprozessrechts zu stellen. Dies waren nie unpolitische Organisationen gewesen und sie sind es bis heute nicht, ganz im Gegenteil. Aber so wenig wie man es dem Staat durchgehen lassen wollte, Politik auch mit dem Strafrecht zu

betreiben, so wenig sollte das Strafrecht nach ihrem Selbstverständnis Mittel zur Durchsetzung eigener politischer Positionen sein. Mit anderen Worten, eine Funktionalisierung des Strafrechts war diesem Verständnis von Strafverteidigung nicht nur fremd, es sah sich als Antagonist solcher Bestrebungen. Auch das hat sich gewandelt.

Die Frage, wie stehen wir zum strafenden Staat, wird von uns nicht mehr eindeutig beantwortet. Sehen wir selbst in ihm auch ein taugliches Mittel der Durchsetzung rechtspolitischer Interessen? Mit anderen Worten, erliegen wir selbst der Versuchung, die Macht der Strafe einzusetzen, sie funktionalisieren zu wollen, wo sie uns politisch opportun scheint?

Auch von uns kommen mittlerweile Stimmen, die etwa fordern, es solle eine »Opfervermutung« im Umgang mit mutmaßlich Geschädigten von Sexualstrafverfahren geben. Apodiktisch wird sogar schlicht behauptet, diese müsse sich nicht mit der Unschuldsvermutung beißen. Auch von uns kommen Stimmen, die dafür werben, bestimmte Phänomene zu labeln und ihre Kriminalisierung zu fordern. Und es sind Stimmen von sehr zu schätzenden Kolleginnen und Kollegen, die sich das auch alles nicht einfach machen und mit intellektueller Redlichkeit um Rechtspolitik ringen.

Aber sollten auch wirklich wir anfangen, Kriminalitätsphänomene, die wir politisch verachten, mit Chiffren anzuprangern und Beschuldigte als strafwürdig unter diese Phänomene statt unter Tatbestände zu subsumieren? Ist das, was dem Innenminister sein Clanmitglied, sein Raser, sein migrantischer Sozialhilfebetrüger ist, uns der Femizidtäter, der rechtsradikale Schläger oder der übergriffige metoo-Verdächtige, den wir, ehemals strafrechtskritisch, nun selbst gern im Bannstrahl des strafenden Staates sehen würden?

Wer Beschuldigte Phänomenen zuordnet und sie stellvertretend für das Phänomen bestraft sehen will, entkleidet sie ihrer Individualität und verweigert ihnen das, wofür Strafverteidigung seit jeher kämpft: den differenzierten Blick auf ihre jeweilige individuelle Schuld oder Unschuld. Viele unserer Homepages plakatieren das bekannte Alsberg-Zitat, nach dem der Kritizismus des Verteidigers den »hochgemuten voreiligen Griff nach der Wahrheit« hemmen will. Wenn wir uns in dieser Tradition sonnen wollen, ist eines doch klar:

Wer glaubhaft dem vorschnellen, hochgemuten Griff zur Wahrheit in den Arm fallen will, darf sich selbst nicht im sicheren Besitz derselben wähnen.

Und was macht das mit uns Verteidigern, wenn wir selber auf den Zug einer Funktionalisierung aufspringen und beginnen teilweise täterorientiert zu denken? Wir haben beim letzten Strafverteidigertag in Regensburg in einer AG den Versuch unternommen, unser Selbstverständnis zur Frage zu diskutieren, wer soll rechte und rechtsradikale Beschuldigte verteidigen und wie soll dies geschehen. Egal wie man die inhaltlichen Positionen dazu bewerten mag – wer dabei war, kommt nicht um die Bewertung herum, dass dieser Diskursversuch in Sprachlosigkeit scheiterte. Einen Ansatz sollten wir uns jedenfalls verbitten und schon gar nicht untereinander pflegen: Verteidiger*innen danach zu beurteilen, wen sie verteidigen. Die wenigsten unserer Mandanten taugen als Posterboys oder -girls an der Speerspitze gesellschaftlichen Fortschritts.

In Harvard ist mit *Ronald Sullivan jr.* der erste schwarze Dean gefeuert worden, allein weil er sich dem Verteidigerteam von *Harvey Weinstein* anschloss und Studenten daraufhin protestierten. Seine Frau, die ebenfalls Dean war, wurde gleich mit gefeuert. Wenn wir es ernst meinen mit der Unteilbarkeit von Rechten und Menschenrechten, müssen wir sie nicht nur auch jenen zugestehen, die wir verachten und aus persönlichen Gründen nie verteidigen würden. Kolleginnen und Kollegen, die dies tun, verdienen erstmal nichts anderes als unseren Respekt und unsere Solidarität, wenn sie dafür unter Druck geraten – und davon sollten wir uns erst dann lösen, wenn sie sich in der Verteidigung die Positionen ihrer Mandanten zu eigen machen. Wenn wir das wegen unserer eigenen politischen Bauchgefühle nicht durchhalten, begeben wir uns selbst auf den Weg eines funktionalen Strafrechts, vielleicht sogar eines feindstrafrechtlichen Denkens, gegen das, als *Jakobs* diese Idee in die rechtspolitische Arena warf, wir uns zurecht vor 20 Jahren noch vehement verwahrt haben.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, unser Bild in der rechtspolitischen Diskussion wird nicht nur durch unsere Stellungnahmen zu Gesetzesvorhaben und Policy Papers geprägt, sondern auch durch unser Auftreten nach außen, in Strafprozessen aber auch abseits von ihnen.

Die Verteidigungsrechte sind in den letzten Legislaturperioden regelrecht überrollt worden und es stellt sich die Frage, ob wir die Generation von Strafverteidiger*innen sein werden, der die Strafprozessordnung als Magna Charta der Beschuldigtenrechte durch die Finger gleitet.

Stefan König hat bei seinem Eröffnungsvortrag vor 23 Jahren hier in Berlin, da war ich noch nicht mal Anwalt, einen Satz gesagt, der mir in seiner bildhaften Schönheit bis heute im Gedächtnis geblieben ist: »Wenn die Grenze zwischen Staat und Bürger schwimmt, wechselt die Freiheit das Ufer.« Wenn das für die Frage der Distanz zwischen Bürgerinnen und Staat gilt, dann erst recht zwischen Strafverteidigung und Strafverfolgung. Statt der die Ufer wechselnden Freiheit kann man die Beschuldigtenrechte in diesen Satz einfügen. Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich habe Eure Zeit bereits strapaziert, aber eines will ich noch kurz anreißen.

Es ist unsere Einbindung in die Strafverfolgung, zu der wir bislang auch kein Selbstverständnis haben, das wir, meine ich, aber finden müssen. Die Praxis – und ihr folgend die Entwürfe eines Verbandssanktionenrechts – übertragen der Anwaltschaft immer häufiger Ermittlungsaufgaben im Rahmen von »internal Investigations«. Es sind Kolleginnen und Kollegen, die mit intransparenter Methodik im Rahmen solcher internen Untersuchungen Beschuldigtenrechte unterlaufen in einer Art, wie wir es den Strafverfolgungsbehörden nie durchgehen lassen würden. Natürlich sind das finanziell wahnsinnig lukrative Mandate, weswegen von den großen Anwaltsverbänden mutmaßlich auch kein Aufschrei kommt, dass die Anwaltschaft sich nicht zum Büttel der Strafverfolgung machen lassen darf. Aber Strafverteidigung muss hierzu eine eigene Position finden.

Das betrifft auch die mehr oder weniger gelegentlichen Tätigkeiten von Strafverteidigern und Strafverteidigerinnen in der Nebenklage. Beim Strafverteidigertag 2012 haben wir die Abschaffung der Nebenklage in der Schlussklärung in den Raum gestellt. Die Nebenklage ist nicht nur der Antagonist der Strafverteidigung. *Barton* kam in einer Untersuchung zu dem Schluss, dass es gerade der Typus des Strafverteidigers sei, der sich dazu hinreißen lasse, in der Rolle des Nebenklägers unbarmherziger und geflissentlicher denn die Staatsanwaltschaft zu agieren.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir kommen glaube ich nicht umhin wahrzunehmen, dass diese im Prozessalltag eingenommene Flexibilität von Standpunkten auch das Bild von uns prägt. Unsere Stimme in der rechtspolitischen Debatte stärkt das nicht. Viele von uns übernehmen Nebenklagen und die Abschaffung des Instituts erscheint illusorisch. Illusorisch darf es aber nicht sein, dass wir die Debatte hierzu führen und versuchen zu einer Position zu kommen und die kann als konsequente Stimme der Strafverteidigung wie schon beim Strafverteidigertag in Hannover nur lauten, dass die Nebenklage abzuschaffen ist.

Wenn jedenfalls die Kakophonie des Prozessalltags in der rechtspolitischen Debatte ihre Fortsetzung findet, werden wir in dieser Beschuldigtenrechte nur so gut bzw. schlecht verteidigen können wie das etwa beim Agieren in Mandaten mit massiven Interessenkonflikten gelten würde.

Im Moment haben wir nach Jahren des Mehltaus eine Koalitionsvereinbarung, die vielleicht keine Zeitenwende im Strafprozess mit sich bringt, aber immerhin dringend notwendige Reformen des zu unseren Lasten in Schieflage geratenen Strafprozesses angehen will. Lasst uns dies, nachdem wir in den vergangenen Jahren wegen der Pandemie in unseren Zusammenkünften weitgehend lahmgelegt waren, konstruktiv unterstützen, lasst uns in die Debatten eingreifen und lasst uns diesen Strafverteidigertag gemeinsam in den AGs und Pausen genießen und Kraft schöpfen, für eine fruchtbare Teilnahme am rechtspolitischen Diskurs auch nach diesen Tagen in unseren lokalen Vereinigungen und darüber hinaus.

Ich danke Euch für Euer Ohr, Eure Aufmerksamkeit und überhaupt für die Gelegenheit hier vor Euch sprechen zu dürfen. Auf einen gelungenen Strafverteidigertag an den kommenden Tagen nach drei Jahren unfreiwilliger Auszeit.

Dr. Oliver Harry Gerson

WIE UND AUS WELCHEN
GRÜNDEN DIE FREIE
BERUFSAUSÜBUNG DER
STRAFVERTEIDIGUNG
ZUNEHMEND BESCHNITTEN
WIRD
EIN INTERDISZIPLINÄRER IMPULS*

Sehr geehrte Damen und Herren,

man hört allerorten, dass es einen *Klimawandel* gibt. Manche Menschen sind davon sogar so erschüttert, dass sie sich, als Protestaktion und Aktivisten firmierend, auf öffentlichen Straßen und Plätzen fixieren, um auf die als bedrohlich empfundene Gesamtsituation aufmerksam zu machen. Auf diesem echten Klimawandel möchte ich im Folgenden allerdings nicht hinaus; mir geht es vielmehr um eine ›neue Eiszeit‹, wie sie von einigen Akteuren in der Strafverteidigung empfunden wird. Zum Teil ist – zumindest hinter vorgehaltener Hand – von ›atmosphärischen Störungen‹ die Rede; womöglich sei sogar ein ›neues Tiefdruckgebiet‹ im Verhältnis zwischen den Strafverfolgungsbehörden und Vertretern der Strafverteidigung im Anmarsch.

* Es handelt sich um die verschriftlichte und um Nachweise erweiterte Ausformulierung des Impulsvortrags des *Verfassers* bei der Schlussdiskussion des 44. Strafverteidigtags in Berlin. Die Vortragsform wurde durchgehend beibehalten. Bei Verwendung des generischen Maskulinums sollen alle Geschlechter erfasst werden.

Wie sind diese Unkenrufe einzuordnen? Dass das Verhältnis zwischen Verfolgern und Verteidigern traditionell eher angespannt ist, ist weder neu noch besonders.¹ Gleichwohl scheint die Gangart von Seiten der Strafverfolgungsbehörden in letzter Zeit spürbar anzuziehen.² Anhand eines aktuellen Beispiels, nämlich dem (erwartbaren) Umgang mit Strafverteidigern, die sich für (mutmaßliche) Mitglieder der sog. »Letzten Generation« professionell engagieren, soll in aller Kürze skizziert werden, wie leicht das materielle Recht und das Verfahrensrecht als Bollwerke gegenüber der Strafverteidigung eingesetzt werden könn(t)en (dazu I.) und welche Ursachen dafür denkbar sind, dass Strafverfolger dazu neigen könn(t)en, vermehrt den ›worst case‹ zu unterstellen (dazu II.). Die ›Auflockerung‹ könnte – wie so oft – im Miteinander reden liegen (dazu III.).

I.

NEUE RISIKEN FÜR SUPPRESSION?

Bereits ritualisierte Konfliktfelder sind die zahlreichen angestregten Ermittlungsverfahren gegen Strafverteidiger wegen Geldwäsche (§ 261 StGB), Untreue (§ 266 StGB), Strafvereitelung (§ 258 StGB) und Parteiverrat (§ 356 StGB).³ Nach einer heißen Phase in den 1970er und 1980er Jahren und zwischenzeitlicher Beruhigung scheint sich nunmehr ein neuer (alter) Krisenherd zu erhitzen: die Verfolgung von Strafverteidigern wegen Unterstützung einer kriminellen Vereinigung nach § 129 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StGB.

In medias res: Dürfen Sie einem (mutmaßlichen) Aktivisten der sog. »Letzen Generation« raten, dass er eine Ihnen offenbarte, anstehende ›Klebeaktion‹ unterlässt und auch seine Mitaktivisten davor warnt? Dürfen Sie ihm raten, dass er sich besser nicht auf die Autobahn, sondern lieber auf eine Nebenstraße kleben soll?

1 So sei Strafverteidigung stets »Kampf« (so zumindest *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015, Rn. 1). Kämpfen impliziert das Vorliegen von Gegnern und deren Besiegen, ist also keine spannungsfreie Tätigkeit; vgl. auch *Hamm*, NJW 2006, 2084, 2085.

2 Vgl. hierzu auch die BRAK-Presseerklärung Nr. 7/2023 »Finger weg von Verteidigerkorrespondenz!«

3 Zur Instrumentalisierung der Verfolgung von Verteidigern wegen Parteiverrats *Rudolph/Gerson*, StV 2019, 210 ff.

Unterstellt man für die hiesigen Zwecke, dass es sich zumindest bei Teilen der sog. »Letzten Generation« um eine kriminelle Vereinigung i.S.d. §§ 129 Abs. 2 StGB handelt,⁴ machen sich Aktivisten, die sich an Klebeaktionen auf öffentlichen Straßen als Mitglieder dieser Vereinigung beteiligen,⁵ (auch⁶) nach § 129 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB strafbar. Strafverteidigung kann nunmehr zum strafbaren »Unterstützer« nach § 129 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StGB werden.⁷ Nach der Rechtsprechung sei Strafverteidigung bereits ihrer Natur nach auf den Schutz des Beschuldigten vor Anklage, Verhaftung und Verurteilung ausgerichtet und wirke sich daher »notwendigerweise günstig auf den Fortbestand einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung« aus.⁸ Das bedeutet, dass jede Betätigung der Strafverteidigung zum Wohle des Mandanten⁹ als Unterstützungshandlung i.S.d. § 129 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StGB subsumiert werden könnte – zumindest insoweit die dem Mandanten angediehene Besserstellung auch auf die kriminelle Vereinigung »als solche durchschlägt«.¹⁰ Da selbst »kognitive Hilfe« als Unterstützung i.S.d. § 129 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB erfasst wird, rückt auch

4 Die rechtliche Bewertung der Aktivitäten der sog. »Letzten Generation« sollen nicht den Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen bilden. Sie dienen lediglich als Aufhänger, um aufzuzeigen, wie leicht ein Strafverteidiger in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden geraten kann. Zur Diskussion über die rechtliche Einordnung der Gruppierung u.a. *Bleckat*, NJ 2023, 293 ff.; *Kuhli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, 74 ff.; *Heger/Huthmann*, KriPoZ 2023, 259 ff.

5 Als Mitglied beteiligt sich, wer sich unter Eingliederung in die Organisation deren Willen unterordnet und zugleich eine Tätigkeit zur Förderung der kriminellen Zwecke der Vereinigung entfaltet. Kein Beteiligungsakt liegt vor, wenn nur eine formale oder passive, für das Wirken der Vereinigung in der Sache nicht bedeutsame Mitgliedschaft besteht.

6 Ausführlich zur Beurteilung der Strafbarkeit der Aktivitäten der letzten Generation *Preuß*, NZV 2023, 60 ff.; *Bohn*, HRRS 2023, 225 ff.

7 Eine kriminelle Vereinigung unterstützt, wer als Nichtmitglied ihren Fortbestand oder die Verwirklichung ihrer Ziele fördert. Entscheidend ist, ob die dargebotene Hilfe an sich wirksam ist und sich für die Organisation irgendwie vorteilhaft auswirkt und dabei die ihr eigene Gefährlichkeit festigt, vgl. BGHSt 54, 69, 117 f.; Beschl. v. 3.9.2020 – AK 23/20; LK-StGB/*Krauß* (13. Aufl. 2021), § 129 Rn. 120; NK-StGB/*Eschelbach* (6. Aufl. 2023), § 129 Rn. 69; *Matt/Renzikowski/Kuhli* (2. Aufl. 2020), § 129 Rn. 24.

8 BGH NJW 1980, 64; NJW 2000, 2217, 2218 f.; zustimmend LK-StGB/*Krauß* (13. Aufl. 2021), § 129 Rn. 138.

9 Fälle, in denen Strafverteidiger sich tatsächlich aktiv mit mutmaßlichen Straftätern gemein machen, sind hier nicht weiter auszuführen; die Strafbarkeit ergibt sich insoweit regelmäßig aus § 258 StGB bzw. je nach Fallkonstellation als §§ 261, 267 ff. StGB oder sogar wegen Beihilfe (§ 27 StGB) zur Haupttat.

10 LK-StGB/*Krauß* (13. Aufl. 2021), § 129 Rz. 121 m.w.N.

die beratende Betätigung der Strafverteidigung in die Schusslinie.¹¹

Da es – unstreitig – einen geschützten Raum für Verteidigungstätigkeit geben muss (vgl. nur Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, § 137 StPO),¹² formuliert die Rechtsprechung (vor allem in Bezug auf §§ 258 und 261 StGB), dass »prozessual zulässiges Verteidigerhandeln nicht strafbar« sein solle.¹³ Aus Sicht der Praxis liegt es allerdings im Ermessen der zuständigen Strafverfolgungsbehörden, ob sie zumindest *einen Anfangsverdacht* bezüglich der Unterstützungshandlung i.S.d. §§ 129 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StGB annehmen. Wegen Vorliegens einer Katalogtat ergibt sich daraus die Möglichkeit für TKÜ-Maßnahmen und auch die Online-Durchsuchung nach den § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. d, § 100b Abs. 2 Nr. 1 lit. c und § 110 Abs. 1 Nr. 1 StPO.¹⁴ Damit fällt es nicht schwer, sich vorzustellen, dass auf diese Weise – vor allem missliebige (?) – Strafverteidiger mithilfe von Zwangsmaßnahmen unter Druck gesetzt werden könnten.

11 Sich schlichtweg nicht mehr an mutmaßlichen kriminellen Handlungen zu beteiligen, sollte zwar denklogisch kein strafbarer Rat der Verteidigung sein; ergeht dadurch allerdings mittelbar zugleich eine Warnung an die übrigen Mitglieder der Vereinigung, könnten diese sich vor der Entdeckung wappnen und so ihren Fortbestand sichern. Der Ratschlag, dass sich an eine andere Stelle (hier: eine weniger bedeutsame Straße) geklebt werden solle, ist ohnehin heikel. Insoweit das »Sich-auf-eine-Straße-kleben« zumindest nach § 240 StGB strafbar ist, rät die Verteidigung dadurch zur Begehung von Straftaten, die das Ziel der Vereinigung (hier: das Aufmerksam-Machen auf den Klimawandel bzw. auf das Nichthan-deln der Politik) fördern. Ein solcher Rat ist daher grundsätzlich nicht sinnvoll. Auch der Hinweis auf den Erwerb oder die Nutzung von Verschlüsselungstechnologien könnte in einen Rat zur Abschottung umgedeutet werden, der damit das Fortbestehen und zugleich die Gefährlichkeit der Vereinigung als Ganze fördert.

12 Vgl. nur BVerfG NJW 2004, 1304, 1307 f.; BGH NJW 2000, 2217, 2219 m.w.N.; instruktiv LR-StPO/Jahn (27. Aufl. 2021), § 137 Rn. 1 ff.

13 BGHSt 29, 99, 101; Lackner/Kühl/Heger (30. Aufl. 2023), § 129 Rn. 10; Rechtfertigung (i.E. aber gleichbedeutend); Schöncke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm (30. Aufl. 2019), § 129 Rn. 15a; Müller, StV 1981, 90, 97; LK-StGB/Krauß (13. Aufl. 2021), § 129 Rn. 141; SSW-StGB/Lohse (6. Aufl. 2023), § 129 Rn. 49.

14 Heger/Huthmann, KriPoZ 2023, 259, 263; Walischewski, StV 2000, 583. Nach Stimmen aus der Verteidigerschaft soll es entsprechende Maßnahmen bereits geben.

II.

GRÜNDE FÜR DEN ›KLIMAWANDEL‹

An dieser Stelle soll kein Lösungsweg für die Zähmung des augenscheinlich zu weitreichenden Tatbestands des §§ 129 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StGB erdacht werden.¹⁵ Umrissen werden soll vielmehr eine erste – dem Vortrag geschuldet *impulsartige* – Ursachenforschung für das erneute (?) Aufkeimen von Misstrauen gegenüber der Arbeit und Funktionstüchtigkeit der Strafverteidigung. Denn dieses *Misstrauen* scheint die (undogmatische) Motivation dafür zu sein, dass Strafverteidigern bei ihrer Betätigung der ›worst case‹ (d.h. die Verbrüderung mit dem mutmaßlichen Täter) *zugetraut* wird. Hierfür lassen sich zum einen rechtspolitische, zum anderen sozialpsychologische Ursachen anführen.

1. RECHTSPOLITISCHE URSACHEN

Nicht erst seit gestern neigt die Kriminalpolitik dazu, tatsächliche und geglaubte gesellschaftliche Probleme maßgeblich mithilfe des Strafrechts lösen zu wollen.¹⁶ Das *strafrechtliche Enrichment* umfasst nicht nur das Kernstrafrecht, bei dem bereits seit Jahren von vielen Seiten eine Entrümpelung gefordert wird,¹⁷ sondern führt auch zur Expansion von Sanktionsregimen in weite Teile von zuvor strafrechtlich unbefleckten Gefilden. Greift nun das Strafrecht häufiger, d.h. wird sein Anwendungsbereich erweitert, fallen schon denklogisch weit mehr Verhaltensweisen in das Spektrum des Strafrechts hinein. Quantitativ mehr strafbares Verhalten führt zu quantitativ mehr Verfolgungstätigkeit, was wiederum in mehr Fällen dazu führen kann, dass die dadurch erforderlich gewordene Strafverteidigung in den

¹⁵ Ausführlich hierzu *Gerson*, GA 2024 (im Erscheinen); dazu bereits *Rudolphi*, FS Bruns (1978), S. 315, 334 ff.; *Böttke*, JR 1985, 122, 124; *Müller-Dietz*, JR 1981, 76, 77; *Giemulla*, JA 1980, 253; SK-StGB/*Stein/Greco* (9. Aufl. 2019), § 129 Rn. 48.

¹⁶ Treffende Analyse bei *Zabel*, ZRP 2016, 202 ff.; *Jahn*, NJW 2017, 3638 (›finaler Inkriminierungsrausch« [in Bezug auf die zurückliegende Legislaturperiode]); vgl. bereits *Hassemer*, StV 1995, 483 ff.; *Naucke*, KritV 1993, 135 ff.; *Albrecht*, StV 1994, 265 ff.; *Neumann*, StV 1994, 273 ff.

¹⁷ U.a. BRAK-Stellungnahme Nr. 57 (September 2021), ›Weniger ist mehr – den Rechtsstaat stärken durch Entkriminalisierung‹; *Schiemann*, ZRP 2022, 61 ff.; *Scheerer*, KJ 2019, 131 ff.; *Hoven*, ZStW (129) 2017, 334 ff.; vgl. nunmehr auch das ›Eckpunkte zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs« v. 23.11.2023.

Fokus der Strafverfolger hineingerät. Ein erstes Puzzlestück zur Beantwortung der Frage, weshalb es Vertretern der Strafverteidigung vermehrt so vorkommt, als seien sie (wieder) stärker in den Blick der Strafverfolgung gerückt, liegt damit in der Mengenlehre begründet: Mehr Strafrecht bedeutet auch mehr durchgeführte Ermittlungsverfahren, was wiederum mehr Strafverteidigung nach sich zieht, die wiederum zu mehr Fällen von Strafverteidigung führt, die in den Verdacht geraten kann, selbst Straftat zu sein.

Eine weitere Ursache liegt in der fortschreitenden Europäisierung und Internationalisierung der Strafverfolgung begründet.¹⁸ Neben der Einwirkung auf das materielle Recht ist es auch das Aufrüsten und zunehmende Vernetzen der europäischen Strafverfolgungsbehörden, die den Hammer des Strafrechts zunehmend auf jeden gesellschaftlichen Nagel anwendbar erscheinen lassen. Da zwar europäische Polizeiorganisationen (Europol), europäische Justizielle Netze (EJN), europäische Justizorganisationen (Eurojust) und inzwischen sogar eine europäische Staatsanwaltschaft (EuStA) existieren, es aber keine europäische Strafverteidigung gibt,¹⁹ ist der „inquisitorische overkill“²⁰ deutlich.

2. SOZIALPSYCHOLOGISCHE URSACHEN

Bezüglich der sozialpsychologischen Ursachen lässt sich eine Vielzahl von Umständen eruieren, die sowohl isoliert als auch als Konglomerat erklären können, weshalb Strafverfolgungsbehörden zunehmend die Tätigkeiten der Strafverteidigung in den kritischen Blick nehmen. Es geht also um die Frage, wieso Strafverfolger den *worst case* (also das strafbare Verhalten des Strafverteidigers) als realis-

18 Dazu auch NK-StGB/*Neumann/Saliger* (6. Aufl. 2023), vor § 1 Rn. 357 ff. Die Ausweitung konkret des §§ 129 Abs. 2 StGB geht ebenfalls auf europäische Rechtssetzungsakte zurück, vgl. u.a. den Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität v. 25.10.2008 (ABl. 2008 L 300); vgl. auch die Gemeinsame Maßnahme v. 21. Dezember 1998 betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. 1998 L 351/1).

19 Zu dieser Idee bereits *Arnold*, StraFo 2013, 54 ff. Zumindest besteht ein Interessenverband, die European Criminal Bar Association (ECBA). Zum »Eurodefensor« *Beukelmann*, FS Mehle (2009), S. 58 ff.; *Sieber/Satzger/von Heintschel Heinegg-EuStrafR/Esner* (2. Aufl. 2014), § 59 Rn. 1 ff.

20 *Schünemann*, StV 2003, 118.

tisch und erwartbar antizipieren. Wichtig ist, zu betonen, dass es sich im Nachfolgenden um pauschalisierende Unterstellungen handelt, die eher das System und seine inhärenten Schwingkräfte und weniger den individuellen Protagonisten adressieren. Dass im Einzelfall ganz andere Beweggründe hinter dem Verhalten der Strafverfolgung stehen, ist dabei so naheliegend wie trivial. Unabhängig dieser vor die Klammer gezogenen Einschränkung wirken die nachfolgenden Ursachencluster zumindest subkutan auf die Abläufe ein.

Als erste Ursache lässt sich eine spezifische Form von Unkenntnis der Arbeitsweise von Strafverteidigung herauschälen: die fehlende Vorstellungskraft für den Alltag eines Strafverteidigers. Das Manco ist hausgemacht: Der typische Karriereweg eines Strafverfolgers sieht nicht vor, dass dieser zuvor als Strafverteidiger gearbeitet hat.²¹ Anwaltliche Beratung stellt für den gewöhnlichen Staatsanwalt damit eine ›Blackbox‹ dar. Er kann schlicht nicht wissen – oder sich allenfalls aus seiner Zeit als Rechtsreferendar erinnern – wie ein Strafverteidiger mit seinem Mandanten spricht und welche Strategien sein Repertoire enthält. Grundsätzlich ist es zwar an den Strafverfolgern, keine Vorurteile zu haben (§ 160 Abs. 2 StPO); doch ist es gleichsam allzu menschlich, anderen Menschen zu unterstellen, dass sie durch Türen, wenn sie denn offenstehen, auch hindurchgehen.²² Die erste Ursache für die zunehmende Annahme von Straftaten unterstützender Strafverteidigung liegt damit im defizitären Verständnis für Arbeitsweise, Arbeitsethos und Selbstverständnis der Strafverteidigung seitens der Strafverfolgungsbehörden.

Eine weitere Ursache gründet im »normierten Misstrauen«,²³ wie es insbesondere in den Zwangsmaßnahmen der StPO zu Tage tritt. Hier reicht in den allermeisten Fällen ein einfacher Tatverdacht aus,

21 Zumindest wird dies durch die Einstellungsvoraussetzungen für den Staatsdienst der Bundesländer aufgrund kurzer Bewerbungsfristen in vielen Fällen nicht erleichtert.

22 Mit dieser latenten Unterstellung sagt die Strafverfolgung zwar viel über sich und recht wenig über die Realität von Strafverteidigung aus; faktisch ist das aber unschädlich, da sie stets am längeren Hebel sitzt.

23 Vgl. auch die gleichnamige Monographie von *Schulz* (2001).

um tiefgreifende Zwangsmaßnahmen anordnen zu können.²⁴ Zudem hat die geltende Praxis der Beweislehre, nach der Verwertungsverbote i.d.R. nur ausnahmsweise und nach opaker Abwägung möglich sind,²⁵ die Herausbildung einer toxischen Anreizstruktur für übergriffige Maßnahmen begünstigt, die die Schaffung von vollendeten Tatsachen provoziert und quasi »belohnt«.²⁶ Demzufolge verleiten selbst die intensivsten Zwangsmaßnahmen (wie TKÜ, Online-Durchsuchung, Wohnraumüberwachung) bereits durch ihre praktischen Strukturen dazu, sie recht frühzeitig und flächendeckend anzuwenden. Das trifft den gewöhnlichen Beschuldigten in gleicher Härte wie den Strafverteidiger. Eine »Hemmschwelle« gegenüber den Professionsvertretern scheint es dabei nicht zu geben.

Über allem schwebt ein Meta-Problem: Strafverteidigung ist – jeweils zeitgeistabhängig – weder in der Justiz noch bei den Strafverfolgungsbehörden sonderlich wohlgefallen. Sie wird häufig als unangenehme Störung der Abläufe empfunden.²⁷ Überspitzt formuliert lautet das Narrativ: Strafverteidigung verhindert, dass schnell, zügig und effektiv ermittelt und abgeurteilt werden kann.²⁸ Mithin liegt es nicht fern, Strafverteidigung eher »auszuschalten«, damit die Inculpationsmaschine reibungsfrei funktionieren kann.²⁹ Folgt man diesem

24 Der Tatverdacht unterliegt zwar strengeren Anforderungen als der bloße Anfangsverdacht (BVerfG NJW 2004, 999, 1012). Der Verdacht muss allerdings weder hinreichend i.S.v. § 203 StPO noch dringend i.S.v. § 112 Abs. 1 S. 1 StPO sein, vgl. BGH, Beschl. v. 11.8.2016 – StB 12/16, Rn. 9.

25 Statt vieler BGH StV 2020, 690, 691; *Beulke*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), *Psychologie des Strafverfahrens* (2020), S. 9, 41; eine umfassende Untersuchung des Abwägungsmodells bietet *Neuber*, *Beweisverwertungsverbote im Strafprozess – Rechtsstaatlichkeit* (2017).

26 Wie sollen die Ermittlungsbehörden auch zum regelgerechten Vorgehen in der Beweiserhebung erzogen werden, wenn nahezu jeder Fehler nachträglich geheilt werden kann?

27 Erhellend *Dauster*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), *Psychologie des Strafverfahrens* (2020), S. 65 ff. zur Sichtweise der Justiz auf die Anwaltschaft.

28 So zum Teil der Duktus der Handbücher von *Föhrig*, *Kleines Strafrichterbrevier* (2. Aufl. 2013), *Heinrich*, *Konfliktverteidigung im Strafprozess* (2. Aufl. 2017) sowie der sog. »Notfallkoffer« (unveröffentlichtes Vortragsskript) von *Breidling*; zu den Diskussionen des zweiten Strafkammertags 2017 in Würzburg vgl. die Dokumentation sowie *Sandherr*, DRiZ 2017, 338 ff.

29 Das ist auch über verzögerte Akteneinsicht, Salomitaktik bei der Eröffnung des Vorwurfs u.ä. möglich. Die Brandmarkung als »Konfliktverteidiger« tut sodann ihr Übriges, vgl. *Groß-Börling*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), *Psychologie des Strafverfahrens* (2020), S. 111, 115 ff.

– dramatisierten – Gedankengang, wird klar, mit welcher Intention solche Vorschriften, die die Strafverteidigung unter Druck setzen können, u.U. auch als Druckmittel angewendet werden. Gleichwohl: Es existiert kein empirisches Material zu der Frage, in wie vielen Fällen Zwangsmaßnahmen gegen Strafverteidiger tatsächlich ausschließlich als ›Schikane‹ und Suppression eingesetzt werden. Anekdotische Evidenz und zur objektiven Realität umgedeutete, zutiefst individuelle Entrüstungsgeschichten von Seiten der Strafverteidigung sind dabei ebenso wenig geeignet, einen Generalverdacht gegen die Strafverfolgungsbehörden zu begründen, wie es andererseits die Mär vom stets störenden Strafverteidiger leisten kann.

Hinzu kommt: Menschen neigen in emotional aufwühlenden Konfliktsituationen häufig dazu, Parteien der Gegenseite, die sich für bestimmte Umstände einsetzen, alle (negativen) Eigenschaften des vertretenden Umstands zuzuschreiben.³⁰ Beispielsweise müssen Menschen, die sich negativ gegenüber den Aktivitäten der Letzten Generation äußern, sich – häufig zu Unrecht – den Vorwurf gefallen lassen, sie würden auch den Klimawandel leugnen oder würden selbst nichts für das Klima tun / den Ernst der Lage verkennen etc. Bereits nach kurzem Nachdenken wird klar, dass hier weder eine Kausal- noch eine Konditionalkette zwischen den jeweiligen Ansichten besteht und man sowohl gegen das Vorgehen der Letzten Generation als auch gleichzeitig dafür sein kann, dass mehr für den Klimawandel getan werden muss. Verklebt (!) nun ein Akteur die isolierte Argumentationslinie des direkten Gegenübers *mit allen Umständen* der Gegenseite, d.h. lässt er alles, was er an Ressentiments mit der Gegenseite verbindet auch gegenüber seinem unmittelbaren Kontrahenten gültig werden, lässt sich das griffig mit dem Kampfbegriff der »Kontaktschuld« bezeichnen.³¹ Auf die Strafverteidigung bezogen: wer einen *Täter* (sic.!) vertritt, der muss selbst auch »so einer« sein. Das ist als Schlussfolgerung selbstredend unsinnig und verkennt die Struktur des Strafprozesses – und doch finden genau diese Überlegungen tagtäglich in unzähligen Bereichen statt; u.U. sogar in der

30 Zum Teil wegen der »Fehlattribution von Erregung«, zum Teil aufgrund des Halo-Effekts, zum Teil wegen des »Association fallacy«; zu letztem *Damer*, *Attacking Faulty Reasoning: A Practical Guide to Fallacy-free Arguments* (2009), S. 112 ff.

31 Geprägt von *Heinrich Hannover*; vgl. *ders.*, *Politische Diffamierung der Opposition im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat* (1962).

Strafverfolgung, denn auch diese setzt sich aus Menschen zusammen, die den gewöhnlichen Mechanismen und Fliehkräften sozial-psychologischer Wahrnehmungsverzerrungen unterliegen.³²

III. AUSWEGE?

Der Klimawandel lässt sich (wohl) nicht (mehr) aufhalten. Die Eiszeit zwischen Strafverfolgung und Strafverteidigung ließe sich aber abtauen. Dazu müssen beide Seiten aktiv werden. Vor allem im Hinblick auf die eingeschliffenen Fehlvorstellungen bezüglich der Betätigung von Strafverteidigung wird sich die Annäherung nicht über rechtliche, sondern vermehrt über mentale Modifikationen vollziehen.

Staatsanwaltschaftliche Ermittlungen gegen den Strafverteidiger sind geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Beschuldigtem tiefgreifend zu stören.³³ Strafverfolgungsbehörden müssen daher u.U. ihr Bewusstsein dafür schärfen, dass Strafverteidigung eine Rolle spielt im Strafverfahren, die nicht von Grund auf torpediert werden darf.³⁴ Die Unterstellung, dass sich Strafverteidiger systematisch mit ihren Mandanten solidarisieren, um Straftaten zu begehen, ist so falsch wie hinderlich.

Strafverteidigung muss sich im Gegenzug – auch wenn es ermüdet – mehr erklären.³⁵ So könnte beispielsweise der Erlass von Practice Guidelines oder Verhaltenskodizes zuträglich sein,³⁶ um der Justiz und den Verfolgungsbehörden die Standards und Werte der Strafverteidigung deutlicher vor Augen zu führen. Ein Verweis auf §§ 1 ff. BRAO genügt hier nicht. Es mag durchaus sein, dass diese Forderung zunächst auf Unverständnis in den Reihen der Strafverteidigung sto-

32 Umfassend *Gerson*, Das Recht auf Beschuldigung (2016), S. 150 ff.

33 BVerfG NJW 2004, 1305, 1310.

34 Vgl. auch *Beulke*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Psychologie des Strafverfahrens (2020), S. 9, 46.

35 Zum »Miteinander und Gegeneinander« im Strafverfahren vgl. *Meyer-Lohkamp/Junck/Gerson/Gubitz*, StraFo 2022, 338 ff.

36 Erarbeitet z.B. von den großen Fachausschüssen in der BRAK, im DAV und von den Strafverteidigervereinigungen.

ßen wird. Schließlich müsse man Gerichtskundiges nicht beweisen. Das ist jedoch zu kurzfristig gedacht und verdeckt womöglich, dass die Einigung über entsprechende Guidelines eine mühsame Nabelschau abfordern wird.³⁷ Sollte nämlich schon innerhalb der Strafverteidigung kein Konsens darüber zu finden sein, wie in heiklen Fällen verteidigt wird und verteidigt werden soll – wie soll dann erwartet werden dürfen, dass die Strafverfolgung im Zweifel den für die Strafverteidigung günstigsten Fall unterstellt?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

³⁷ Instruktiv zu ersten Überlegungen *König*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), *Psychologie des Strafverfahrens* (2020), S. 49 ff.

Dr. Walther Graf

HERAUSFORDERUNGEN FÜR DIE VERTEIDIGUNG IN WIRTSCHAFTS- STRAFRECHTLICHEN GROSSVERFAHREN

I.

AUSGANGLAGE: STRAFJUSTIZ AN DER BELASTUNGSGRENZE

Porsche und VW, Wirecard. Die Liste von wirtschaftsstrafrechtlichen Großverfahren der letzten Jahre ließe sich beliebig fortführen. Die Illegalität und Illegitimität von Cum/Ex-Geschäften ist in aller Munde. Zu deren Strafbarkeit hat der BGH mittlerweile ein Machtwort gesprochen.

Der ehemalige nordrhein-westfälische Justizminister Peter Biesenbach hatte für diesen Fall »Anklagen wie am Fließband« angekündigt. Die Infrastruktur zum Fließband steht bereit. In Köln ermitteln derzeit 33 Staatsanwälte gegen über 1.700 Beschuldigte und 120 Finanzinstitute. Die Leitung obliegt einer Staatsanwältin, die der geneigte Zuschauer der ARD-Dokumentation »Der Milliardenraub: Eine Staatsanwältin jagt die Steuermafia« in bester Netflix-Manier kennengelernt hat. Der ebenfalls medienaffine Präsident des Landgerichts Bonn hat für die Fließbandbearbeitung durch die Bonner Justiz Vorkehrungen getroffen. Stolz hat er verkündet, dass für die Bearbeitung des Cum/Ex-Komplexes zehn Strafkammern mit insgesamt zehn Stellen für Vorsitzende und 20 Stellen für Beisitzer geplant seien. Der personellen Aufrüstung werde in räumlicher Hinsicht durch den Neubau eines Gerichtsgebäudes im benachbarten Siegburg Rechnung getragen.

Herrn Biesenbach reicht das alles nicht aus. Nach Beendigung seiner Amtszeit hat er es für richtig gehalten, Dienstaufsichtsbeschwerde gegen die Behördenleitung der Staatsanwaltschaft Köln zu erstatten und den dortigen Staatsanwälten »Beißhemmung« vorzuwerfen.

Davon kann allerdings nun wirklich nicht die Rede sein. Den ›Cum/Ex-Jägern‹ in Köln stehen im Vergleich zu anderen wirtschaftsstrafrechtlichen Großverfahren nachgerade fantastische Ermittlungsressourcen zur Verfügung. Über 150 Ermittlungspersonen aus ganz Deutschland arbeiten ihnen zu. Mit ausländischen Strafverfolgungsbehörden – etwa aus Frankreich oder den Niederlanden – sind sogenannte ›Joint Investigation Teams‹ etabliert, die den transnationalen Austausch von Beweismitteln jenseits der lästigen Rechtshilfefahrern ermöglichen.

Bei Banken, Serverbetreibern und Kanzleien sind Daten in einer unvorstellbaren Menge vorläufig sichergestellt worden. Bei deren Auswertung werden die Ermittlerteams durch externe Dienstleister unterstützt, wobei die Grenzen der Aufgabenverteilung zwischen Ermittlungspersonen und IT-Dienstleistern fließend sind.

Medien begleiten die Geschichte der Cum/Ex-Verfahren auf Seiten der Strafverfolgung. Vom »Griff in die Steuerkasse« bis »Milliardenraub« reicht das Spektrum. Investigativ-Journalisten sind stets bestens über Ort und Zeitpunkt von Durchsuchungsmaßnahmen bei Finanzinstituten unterrichtet.

Den Verteidiger im Wirtschaftsstrafverfahren stellen diese Rahmenbedingungen vor neue Herausforderungen. Strafverteidigung in wirtschaftsstrafrechtlichen Großverfahren muss ›neu gedacht‹ werden.

Die aus meiner Sicht brennendsten Themen können im Folgenden nur kurz angerissen werden.

II.

DIE WUCHT DER ERSTEN BEWEISAUFNAHME – »ÜBERBESCHLAGNAHME« ELEKTRONISCHER SPEICHERMEDIEN BEI DURCHSUCHUNGSMASSNAHMEN

Während Ermittlungspersonen in grauer Vorzeit ebenso mühevoll wie medienträchtig Umzugskisten mit Papierunterlagen aus Durchsuchungsobjekten schleppten, ist im EDV-Zeitalter der Hunger nach Daten nachgerade unersättlich. ›Vor Ort‹ wird am Durchsuchungstag erst gar nicht mehr versucht, zwischen relevanten und irrelevanten Daten zu differenzieren. Der Grundsatz der Datensparsamkeit gilt für Strafverfolgungsbehörden offenbar nicht.

Von der Last, schon am Durchsuchungsort ›die Spreu vom Weizen‹ zu trennen, hat der Gesetzgeber die Strafverfolgungsbehörden befreit. 2021 erfolgte in § 110 Abs. 3 StPO eine Klarstellung dahin, dass § 110 Abs. 1 u. 2 StPO auch für die Durchsicht von Daten gelten, die auf Speichermedien im unmittelbaren Gewahrsam des Beschuldigten abgelegt sind. Sie dürfen vorläufig gesichert werden, wenn eine Durchsicht vor Ort unmöglich ist.

Insgesamt wird damit die Mitnahme einer Gesamtheit von Daten ausdrücklich gebilligt. Deren Sichtung erfolgt erst in den Diensträumen der Ermittlungsbehörden. Über die Frage, wann die Durchsicht der Daten auf Beweisrelevanz »zügig« ist, besteht in der Rechtsprechung Uneinigkeit.

In der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis ist es keine Seltenheit, dass die Sichtung als vorläufige prozessuale Zwangsmaßnahme weit über ein Jahr andauert.

III.

FOLGEPROBLEME

Aus der erheblichen Dauer der Datensichtung nach § 110 StPO resultieren Folgeprobleme.

Wichtigstes Privileg des Verteidigers im Ermittlungsverfahren ist bekanntlich das in § 147 StPO geregelte Recht zur Akteneinsicht. Es erstreckt sich allerdings nur auf Akten, die dem Gericht bei An-

klageerhebung wegen ihrer potentiellen Beweisbedeutung vorzulegen wären. Auf die vorläufig sichergestellten, nach § 110 StPO zu sichten- den Daten erstreckt sich das Akteneinsichtsrecht nicht.

Nach einer Durchsuchungsmaßnahme kann der Verteidiger deshalb schon froh sein, wenn ihm die Ermittlungsakte auf dem Stand des Zeitpunkts der Beantragung der Durchsuchungsbeschlüsse zur Verfügung gestellt wird. Der Verteidiger und sein Mandant fühlen sich gelegentlich wie der Küstenbewohner, der dabei zusieht, wie sich beim Tsunami zunächst das Wasser von der Küste mehrere hundert Meter zurückzieht, bevor die Wassermassen mit voller Wucht auf die Küste treffen.

Eine seriöse Evaluierung der Verdachtslage macht daher in der Regel eine eigene Bewertung des vorläufig gesicherten Datenbestandes erforderlich.

Eine eDiscovery mit entsprechenden Searchterms stellt an die Strafverteidigerkanzlei allerdings besondere personelle (die Durchführung eines EDV-Datenscreenings erfordert andere Kompetenzen als die Überprüfung von Kontobewegungen und Buchhaltungsdaten) und technologische (Datentransfer, Einsatz von Analysesoftware und deren fallspezifische Konfiguration) Herausforderungen. Den betroffenen Mandanten entstehen dadurch ganz erhebliche Kosten.

IV.

UMGANG MIT INTERNEN ERMITTLUNGEN DES BETROFFENEN WIRTSCHAFTSUNTERNEHMENS

Neben dem Beschuldigten und seinem Verteidiger hat in aller Regel auch das von Ermittlungen betroffene Unternehmen ein erhebliches Interesse daran, den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt richtig zu erfassen. Viele Unternehmen suchen daher bei Bekanntwerden strafrechtlicher Verdachtssachverhalte ihr Heil darin, (Groß-) Kanzleien mit der Durchführung einer ›Internal Investigation‹ zu beauftragen.

Die Durchführung einer Internal Investigation stellt wiederum den Beschuldigten und seinen Verteidiger vor besondere Herausforderungen. Denn Kernstück unternehmensinterner Untersuchungen sind üblicherweise Mitarbeiterbefragungen.

Während der beschuldigte Mitarbeiter im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren selbstverständlich ein uneingeschränktes Schweigerecht hat, ist er arbeitsrechtlich grundsätzlich zur Teilnahme an Mitarbeiterbefragungen verpflichtet. Eine sachgerechte Auflösung des Interessenwiderstreits ist nicht möglich. Kooperiert der Beschuldigte mit den internen Ermittlern, gefährdet er seine Position im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Kooperiert er nicht, droht er schon deshalb seinen Arbeitsplatz zu verlieren.

Entscheidet er sich zur Kooperation mit den internen Ermittlern, ist er häufig mit dem weiteren Problem konfrontiert, dass es für diese Situation keine mit § 147 StPO vergleichbare Verpflichtung gibt, den betroffenen Mitarbeiter über die bereits ermittelten Verdachtssachverhalte und relevanten Beweismittel in Kenntnis zu setzen. Nicht selten erleben daher Beschuldigte und ihre Verteidiger in internen Befragungen »böse Überraschungen«, wenn ihnen bis dato unbekannte Ergebnisse aus der unternehmensinternen eDiscovery präsentiert werden.

Es gehört zur Aufgabe des Verteidigers, den Mandanten vor solchen Überraschungen dadurch zu schützen, dass er sicherstellt, dass seinem Mandanten alle für die Befragung relevanten Dokumente vorher – sei es auch nur im »read only-Modus« – zur Verfügung gestellt werden.

V.

GRENZEN DER »SOCKELVERTEIDIGUNG« BEI EINER VIELZAHL VON BESCHULDIGTEN

Verteidigung ist immer Individualverteidigung. Sockelverteidigung wird geführt, um den eigenen Mandanten möglichst effizient zu verteidigen. Sie ist kein Gegensatz zur Individualverteidigung, sondern findet innerhalb dieser statt. Insbesondere in komplexen Wirtschaftsstrafverfahren mit einer Vielzahl von Beschuldigten stellen sich insoweit besondere Probleme. Man denke beispielsweise an bestehende Subordinations- und Abhängigkeitsverhältnisse.

Ungeachtet dessen ist und bleibt Sockelverteidigung auch unter Einbeziehung der Unternehmensanwälte selbstverständlich zulässig und rechtmäßig. Soweit Staatsanwaltschaften jüngst

wiederholt versucht haben, jegliche Kommunikation zwischen Verfahrensbeteiligten zu unterbinden, ist dies klar zurückzuweisen.

Die Kooperation zwischen den einzelnen Verteidigern und Unternehmensvertretern setzt zwingend die Klärung der unterschiedlichen Interessen voraus. Während die Ermittlung des Mandanteninteresses im Falle der Verteidigung natürlicher Personen vergleichsweise simpel erscheint, ist die Ermittlung eines strafrechtlichen Unternehmensinteresses ungleich komplexer. Eine kontradiktorische Verteidigung liegt keinesfalls immer im Interesse des von strafrechtlichen Ermittlungen betroffenen Unternehmens.

VI.

KOMMUNIKATION MIT DRITTEN

Es gilt auch heute noch der von *Hans Dachs* geprägte Grundsatz:

»Die Verteidigung ist im Verfahren und nicht in den Medien zu führen.«

In großen Wirtschaftsstrafverfahren finden allerdings – gewollt oder ungewollt – ständig Informationen aus dem Bereich der Ermittlungsbehörden den Weg in die Öffentlichkeit (s.o.). In solchen Konstellationen ist es unerlässlich, flankierend zur Verteidigung in der Sache professionellen Kontakt mit den Medien zu suchen. Ob es geboten ist, dafür eine Krisen-PR-Agentur einzuschalten, mag dahinstehen. Die Erfahrungen der Praxis lehren, dass ein versierter Strafverteidiger mit guten Kontakten und Beziehungen zu seriösen Journalisten durch entsprechende Aktivitäten einiges für seinen Mandanten bewirken kann.

Dabei ist allerdings ein unverrückbarer Grundsatz zu beachten: Ermittlungsakten haben in Redaktionen nichts verloren!

VII.

SONDERPROBLEME BEIM INHAFTIERTEN MANDANTEN

Beim inhaftierten Mandanten stellen sich Sonderprobleme, die hier ebenfalls nur gestreift werden können.

Ein trauriges Beispiel für den tristen Justizalltag hat hier wieder das Cum/Ex-Verfahren geliefert. Dort wurde ein über siebzigjähriger Angeklagter zwischen zwei Justizvollzugsanstalten ›hin- und hergeschubt‹, weil sich die Justiz nicht auf die einheitliche Durchführung

eines Strafverfahrens gegen den Angeklagten verständigen konnte. Er musste sich deshalb gleichzeitig einer Hauptverhandlung in Bonn und Wiesbaden stellen.

In einer solchen Konstellation ist schon die Vereinbarung eines Besprechungstermins mit dem Mandanten in der Justizvollzugsanstalt eine Herausforderung. Erschwerend kommt hinzu, dass die Justizvollzugsanstalten technisch nicht darauf vorbereitet sind, dem inhaftierten Angeklagten in einem für seine Verteidigung erforderlichen Ausmaß Zugang zu den auf elektronischen Datenträgern gespeicherten Ermittlungsakten zu verschaffen.

VIII.

VERTEIDIGUNG IN DER HAUPTVERHANDLUNG

In der Hauptverhandlung setzen sich die Probleme fort.

Nicht selten ist es für die Strafjustiz schon eine Herausforderung, einen geeigneten Sitzungssaal für die Hauptverhandlung zu finden. Das ›Dieselverfahren‹ wird etwa in der Braunschweiger Stadthalle geführt. Dort sitzen die Angeklagten und die Verteidiger so weit von Richterbank und Zeugenstuhl entfernt, dass der Verteidigung die Wahrnehmung der Mimik von Prozessbeteiligten unmöglich ist. Ein untragbarer Zustand, wenn man bedenkt, dass die Forschung den Anteil nonverbaler Kommunikation auf etwa 80 Prozent taxiert.

Bei der Terminierung nehmen Vorsitzende viel zu wenig auf die Belange auswärtiger Verteidiger Rücksicht. Gerne wird am Dienstag und Donnerstag terminiert. Was der zu einer Hauptverhandlung in den Norden anreisende Verteidiger aus Süddeutschland am Mittwoch macht, findet selten das Interesse von Strafkammervorsitzenden.

Die immer noch unzureichende Dokumentation der Beweisaufnahme in erstinstanzlichen strafgerichtlichen Hauptverhandlungen an den Land- und Oberlandesgerichten zwingt alle Prozessbeteiligten zum ›Mitschreiben‹ in der Hauptverhandlung. Dass dadurch die Konzentration auf die Vernehmung der Beweispersonen leidet, liegt auf der Hand. In Wirtschaftsstrafverfahren werden daher häufig Stenographen für eine zuverlässige Dokumentation der Beweisergebnisse hinzugezogen. Deren Vergütung ist allerdings so hoch, dass sie auch gutsituierte Mandanten vor Herausforderungen stellt.

Schwierigkeiten bereitet auch die ausgiebige Nutzung der verfahrensökonomischen Vorteile des Selbstleseverfahrens. In nahezu allen großen Wirtschaftsstrafverfahren umfasst der ›Selbstlesestoff‹ mehrere Leitz-Ordner. Sehr häufig bleibt unklar, welche Urkunden das Tatgericht für die Beantwortung der Tat- und Schuldfrage wirklich als relevant erachtet. Dieses Transparenzdefizit kann natürlich durch eine Erörterung der den Selbstleseverfahren zugeführten Urkunden in der öffentlichen Hauptverhandlung begegnet werden. Dazu sind die Vorsitzenden der Strafkammern indessen rechtlich nicht verpflichtet. Viele verweigern sich dem Dialog.

Sowohl in den ›Dieselverfahren‹ als auch in den ›Cum/Ex-Verfahren‹ stellt sich immer wieder die Problematik von während der Hauptverhandlung geführten ›Parallelermittlungen‹ in abgetrennten Verfahren.

Die Verteidigung wird in der Hauptverhandlung immer wieder durch brandneue Erkenntnisse aus diesen Verfahren überrascht. Beziehungsanträge in die Akten der parallel geführten Ermittlungsverfahren werden häufig mit dem Argument abgebugelt, das Akteneinsichtsrecht nach § 147 StPO bezöge sich nur auf die Akten des Verfahrens, die dem erkennenden Gericht vorlägen.

IX.

STRAFE DURCH VERFAHREN

Für alle Beschuldigten bedeutet ein Strafverfahren eine besondere Belastung.

Besonders ›Weiße-Kragen-Täter‹ werden indessen den schädigenden Mechanismen der Inkulpatation über Gebühr besonders unterworfen. Insbesondere der sogenannte ›Investigativjournalismus‹ hat die Aufgabe des modernen Prangers übernommen und erfüllt diese – wie etwa die Berichterstattung in Cum/Ex-Verfahren zeigt – in beängstigender Perfektion. Dabei muss man noch nicht einmal als Person des öffentlichen Lebens gelten, um durch den ›medialen Fleischwolf gedreht‹ zu werden.

Die Durchführung des Strafverfahrens in Wirtschaftsstrafsachen kann bis zur Vernichtung der bürgerlichen Existenz des Betroffenen führen. Sie ist zumeist mit dem Verlust des Arbeitsplatzes verbunden. Die Chance, bei einem anderen Arbeitgeber eine Anstellung in seinem angestammten Beruf zu finden, ist gleich Null. Die finanziellen Kosten, die mit der Durchführung einer mehrjährigen Hauptverhandlung verbunden sind, sind auch für (vormals) gut bezahlte ›Weiße-Kragen-Täter‹ kaum zu stemmen. Von den psychologischen Belastungen, die mit der Durchführung einer mehrjährigen Hauptverhandlung verbunden sind, ganz zu schweigen.

Strafe durch Verfahren existiert und ist als Faktum wahrscheinlich auch nicht verhinderbar. Kritisch wird es, wenn Strafkammern sich – wie etwa die Strafkammer im ›Dieselverfahren‹ in Braunschweig – kategorisch weigern, die strafprozessualen Möglichkeiten auszunutzen, die Folgen der Fehlsteuerungen und Disbalancen im Strafverfahren abzumildern.

Dr. Alexander Heinze und Julia Steinmetz¹

BEGRIFFSBILDUNG VON DER ROLLE?

KRIMINELLE VEREINIGUNG UND BANDE ZWISCHEN SOZIALER WIRKLICHKEIT UND GESETZGEBERISCHER FIKTION

I. EINLEITUNG

Gruppenkriminalität ist und war schon immer eine Herausforderung an Strafjustiz und vor allem Strafverteidigung. Wenn heute Digitalisierung und Virtualisierung moderner Kommunikationsmittel den Strafverfolgungsbehörden einen bunten Strauß an Entfaltungsmöglichkeiten bieten, so ist eine effektive Strafverteidigung wichtiger denn je. Diese wird nicht nur durch Vorfeldkriminalisierung und Sicherheitsstrafrecht erschwert, sondern erhält durch den Kampf um die Diskurshoheit zwischen sozialen Bewegungen und Strafjustiz eine ganz neue Dimension. Denn wer sich aus diesem Diskurs heraushält, geht nicht notwendigerweise als Sieger vom Platz.

Hier spielen die dem Strafrecht immanenten Typen und Begriffe eine besondere Rolle. Erklärt eine Staatspräsidentin jemanden zum Terroristen, kann dies den puren politischen Zweck haben, seine nicht-terroristischen Handlungen (z.B. die Teilnahme an einer Demonstration) als ›terroristisch‹ zu etikettieren, genauer: *framen*, also einer bewussten Assoziation auszusetzen.²

¹ Der Beitrag ist die erweiterte Fassung des Vortragsmanuskripts für einen Vortrag auf dem 44. Strafverteidigertag in Berlin vom 12.-14. Mai 2023. Eine gekürzte und veränderte Fassung, in der die gewonnenen Erkenntnisse auf die Letzte Generation (LG) angewendet werden, ist in Heft 4/2023 der Neuen Kriminalpolitik (NK), S. 387-408, erschienen.

² Näher *Bens*, *The Sentimental Court*, 2022, S. 71.

Mitglieder der Gruppierung ›Letzte Generation‹ (LG) sind plötzlich Unterstützer*innen einer kriminellen Vereinigung – mitsamt Hausdurchsuchungen und anderen Zwangsmaßnahmen.³

Hier entscheiden Begriffsdefinitionen über Unrecht und Schuld. Dann geht es nicht mehr darum, ob eine Regel gebrochen wurde, sondern ob die Definition erfüllt ist. Weil Begriffsdefinitionen aber nun einmal keinem Richtigkeitsdogma folgen, sondern in aller Regel Typen sind, ist die Wahl der richtigen Definition eine Sache von – sprechen wir es aus – Macht und Autorität. Im Kleinen illustriert das der Bandenbegriff,⁴ im Großen aber ist es der Begriff der kriminellen Vereinigung. Das hat kürzlich die LG erfahren, deren Website vom Bayerischen LKA beschlagnahmt und mit dem später wieder entfernten Hinweis versehen worden ist: »Die Letzte Generation stellt eine kriminelle Vereinigung gemäß § 129 StGB dar! (Achtung: Spenden an die Letzte Generation stellen mithin ein strafbares Unterstützen der kriminellen Vereinigung dar!).«⁵

In seiner berühmten Entscheidung zur Vereinigung ›Kameradschaft Sturm 34‹ hat der 3. Strafsenat des BGH die Autorität eines europäischen (weiten) Vereinigungsbegriffs zu Gunsten des deutschen (engen) Vereinigungsbegriffs abgelehnt. Inzwischen gilt zumindest auf dem Papier der deutsche (enge) Begriff nicht mehr. Der Gesetzgeber hat ihn per Legaldefinition im 54. StrÄndG vom 17.7.2017 (BGBl. I 2017, 2440) erweitert, indem er die bislang geltenden strengen Voraussetzungen an die Organisationsstruktur und die Willensbildung absenkte.

Im Vergleich zur Autorität der Sturm 34-Entscheidung ist diese Legaldefinition eine Sparringspartnerin. Denn mit großem Pinselstrich bereitete der Senat dort den Boden für ein Begriffsverständnis der kriminellen Vereinigung, das bis heute vorherrschend ist. Der methodische Paukenschlag der Entscheidung ist Grundlage dieses Beitrags,

3 Dazu *Kuhli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, S. 71 ff.; *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, S. 885 (891); https://www.lto.de/persistent/a_id/51822/<17.12.2023>; https://www.lto.de/persistent/a_id/51828/<17.12.2023>. Das LG München I stufte die Durchsuchungsbeschlüsse als rechtmäßig ein, Beschl. v. 16.11.2023 – 2 Qs 14/23.

4 Krit. *Bosch*, Jura 2021, S. 879.

5 Dazu *Höffler*, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, in: *Bönemann* (Hrsg.), Kleben und Haftens – Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise, 2023, S. 23, 25; *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, S. 885 (891).

weshalb den Lesern bereits an dieser Stelle die Lektüre folgenden Ausschnitts ans Herz gelegt wird – um sie danach entbehrlich zu machen:

»Die Übertragung der Definition einer kriminellen Vereinigung in Art. 1 des Rahmenbeschlusses vom 24. 10. 2008 in das nationale Recht würde zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen, auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht. Die Umschreibung einer kriminellen Vereinigung nach Art. 1 des Rahmenbeschlusses vom 24. 10. 2008 unterscheidet sich in ihrem inhaltlichen Gehalt allenfalls nur noch in unwesentlichen Randbereichen von derjenigen einer Bande, wie sie in der neueren Rechtsprechung (BGHSt 46, 321 = NJW 2001, 2266 = NStZ 2001, 421) vorgenommen wird. [...] Nach deutschem Recht ist indes allein die Mitgliedschaft in einer Bande nicht strafbar; vielmehr führt das Handeln als Bandenmitglied (lediglich) dazu, dass der Täter nicht nur einen strafrechtlichen Grundtatbestand erfüllt, sondern ein Qualifikationsmerkmal [...]. Demgegenüber stellt § 129 I StGB mit Blick auf vereinigungsspezifische Gefährdungen gewichtiger Rechtsgüter bereits unter anderem die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung als solche unter Strafe. Dieser grundlegende Unterschied ginge bei einer Übernahme des europarechtlichen Begriffs der kriminellen Vereinigung verloren, denn in diesem Fall wäre bereits die Mitgliedschaft in einer Gruppierung strafbar, die lediglich die Voraussetzungen einer Bande erfüllt.«⁶

Dazu das Landgericht Köln:

»Der Anwendungsbereich des § 129 StGB ist weiterhin subjektiv zu begrenzen (Fortgeltung der in BGHSt 54, 216 = NJW 2010, 1979 entwickelten Auslegungsgrundsätze). Eine darauf verzichtende, allein am Zweck des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates der Europäischen Union vom 24.10.2008 orientierte Auslegung würde demgegenüber zu einer Verwischung der Grenzen von Bande und krimineller Vereinigung und damit zu einem unauflösbaren Bruch im System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen, auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht.«⁷

6 BGH NJW 2010, S. 1979 (1982 Rn. 29).

7 LG Köln, NStZ-RR 2021, S. 74.

In diesem Beitrag wollen wir der Frage nachgehen, wie es dazu kommen konnte, dass sich der BGH auf eine Begriffsschlacht eingelassen hat und welchen Ausweg es daraus geben könnte. Er fußt auf der Prämisse, dass sich die Bedeutung von Begriffen oder Theorien nicht nur aus einem Wechselspiel mit der Wirklichkeit schöpft, indem sie sich aus ihr speisen und ihr zugeordnet sind; sondern auch aus einem systemischen Zusammenspiel mit anderen Begriffen.⁸ Konkret: Die Definition der »kriminellen Vereinigung« z.B. ergibt sich aus einem vorrechtlichen Verständnis der kriminellen Vereinigung; Sachverhalten, die in der Vergangenheit unter den Begriff der kriminellen Vereinigung subsumiert worden sind; sowie dem Zusammenspiel zwischen der kriminellen Vereinigung und anderen Gruppenphänomenen wie der Bande, der Mittäterschaft oder der Verbrechensverabredung.

Gerade die Anwendungsbeispiele des § 129 StGB verdeutlichen, dass die Auslegung der Tatbestandsmerkmale asymmetrisch ist zum Kriminalisierungsgrund von kriminellen Vereinigungen. Der liegt nämlich darin, organisationsspezifische Handlungen in Bezug auf eine Vereinigung aufgrund der Gefährlichkeit der Vereinigung selbst unter Strafe zu stellen⁹ – unabhängig also von der Verantwortlichkeit des Einzelnen. Dann aber muss auch bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale die Gefährlichkeit dieser Vereinigung – z.B. über eine separate Verantwortungszuschreibung – etabliert werden. Das Problem bei Begriffen wie der kriminellen Vereinigung ist, dass ihre Rechtsanwendung Begriffs- und Sachverhaltskonkretisierung sowie Definition und Nachweis vermengt. Sind Begriffs- und Sachverhaltskonkretisierungen die beiden gegenüberliegenden Strafräume eines Fußballspiels, so findet die Rechtsanwendung in diesem Spiel weitestgehend dazwischen, nämlich im Mittelfeld statt. Das Ergebnis ist kein

8 Abgesehen von den begriffstheoretischen Grundlagen unten basiert diese Annahme auf Volks Übertragung des aus der Wissenschaftstheorie stammenden sog. Zwei-Stufen-Modells auf die Rechtswissenschaft, s. *Volk*, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, in *Canaris ua* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 739 (743), der darauf hinweist, »daß die Zuordnung empirischen Bedeutungsgehalts immer nur zu einer partiellen Deutung theoretischer Begriffe führt. Einen großen Teil seiner Bedeutung erhält der Begriff Vorsatz aus seiner Verbindung mit anderen theoretischen Begriffen auf der Theorieebene«. Schon vorher *ders.*, Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit, in *Arthur Kaufmann ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 75 (77 ff.).

9 *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 174 f.

Ergebnis: In der Regel fallen keine Tore und die Leistung der Teams liegt im Auge des Betrachters.

Unser Vorschlag wird sein, den methodischen Nachteilen des Subsumtionsdogmas ins Auge zu sehen, um so zu einer Anwendung von »krimineller Vereinigung«, »Bande« etc. zu kommen, die zum einen den normativen Anforderungen des StGB gerecht wird und zum anderen das Begriffsverständnis an der Wirklichkeit orientiert. Diese Wirklichkeitsorientierung verankert die Verantwortlichkeit sowohl von Vereinigungen/Gruppen als auch deren Mitglieder in dem, was sie ausmacht: Willen, Organisation und Zurechnung. Für die Feststellung, dass es sich bei einer Gruppe um eine kriminelle Vereinigung, Bande usw. handelt, kommt es also nicht nur darauf an, welche Eigenschaften wir ihr *zuschreiben*, sondern auch – und vor allem – darauf, was sie tatsächlich *ist*.

Der Beitrag gliedert sich in einen systemischen Teil (II.), in dem ausgewählte Rechtsbegriffe innerhalb des Organisationsstrafrechts in Beziehung gesetzt und untersucht werden soll, ob sich daraus ein ›System‹ ergibt; einen begriffstheoretischen Teil (III.), in dem jene Rechtsbegriffe und ihre Definitionen abstrakt untersucht werden; einen normtheoretischen Teil (IV.), in dem Rechtsbegriffe und Typen im Tatbestand verortet werden; einen begriffsphilosophischen Teil (V.), der den Wirklichkeitsbezug von Begriffen innerhalb der Organisationsdelikte skizziert; einen Anwendungsteil (VI.), der die gewonnenen Erkenntnisse auf ausgewählte Rechtsbegriffe anwendet; sowie einen methodischen Teil (VII.), der die Sachverhaltszuordnung zu den betroffenen Rechtsbegriffen methodisch hinterfragt.

II.

SYSTEMISCHER TEIL:

EXISTIERT EIN »SYSTEM DER STRAFBARKEIT MEHRERER ZUSAMMENWIRKENDER PERSONEN«?

Wie oben beschrieben, speist sich die Bedeutung von Begriffen unter anderem aus deren Verhältnis zueinander. Das »System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen«, das der BGH, wie einleitend beschrieben, erkennen will, wäre dann eine Hauptquelle für die Bedeutungssetzung z.B. der kriminellen Vereinigung.

1. Überblick über verschiedene Gruppendifinitionen

Schauen wir uns dazu zunächst die geltenden Definitionen von Bande, krimineller Vereinigung, Mittäterschaft und Konspiration an.

a) Bande, u.a. §§ 244 I Nr. 2, 244a I, 250 I Nr. 2, 253 IV 2, 260 I Nr. 2, 260a I, 263 V StGB

Laut Rspr.¹⁰ besteht eine Bande im Zusammenschluss von mindestens drei Personen, »die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps [...] zu begehen«.¹¹ Während früher noch ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse gefordert wurden (diese überkommenen Voraussetzungen sollen noch wichtig werden), ist dies inzwischen ebenso wenig erforderlich wie ein Mindestmaß an konkreter Organisation oder festgelegten Strukturen.¹² Das *voluntative* Element ist »eine ausdrücklich oder konkludent getroffene Bandenabrede, bei der das einzelne Mitglied den Willen hat, sich mit mindestens zwei anderen Personen zur Begehung von Straftaten in der Zukunft für eine gewisse Dauer zusammenzutun«.¹³ *Organisatorisch* muss die Person in die Organisation der Bande eingebunden sein, die dort geltenden Regeln akzeptieren, zum Fortbestand der Bande beitragen und sich an den Straftaten als Täter oder Teilnehmer

10 Zuletzt BGH wistra 2023, S. 421-424 zu § 370 AO.

11 BGH wistra 2023, S. 421 (422) Rn. 14.

12 Ebd.

13 Ebd.

beteiligen.¹⁴ Der BGH definiert Negativelemente (auch diese Definitionsmethode soll uns noch bei § 129 StGB begegnen): Nicht erforderlich ist, »dass sich alle Bandenmitglieder persönlich miteinander verabreden oder einander kennen« und »dass sich die Bandenmitglieder gleichzeitig absprechen«.¹⁵

Abgrenzung zur Mittäterschaft: Organisatorisch müssen die Personen derart miteinander verbunden sein, dass sie nicht nur Einzeltaten planen oder bestimmte Gelegenheiten ausnutzen, auch sollen sie nicht nur kurzfristig zusammenwirken; im Vordergrund stehe eine »organisierte Willensbildung«.¹⁶ Bandenmitgliedschaft führt nicht automatisch zu einer Mittäterschaft; andersherum kann auch der bloßer Gehilfe Mitglied der Bande sein.¹⁷

b) Kriminelle Vereinigungen

aa) Vereinigung (§ 129 Abs. 2)

Vereinigung ist nach § 129 Abs. 2 n.F. ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses.¹⁸ Unter bloßer Berücksichtigung der Positivmerkmale setzt die Vereinigung also zweierlei voraus: Zum einen den *organisierten Zusammenschluss* von mehr als zwei Personen, was eine gewisse (Mindest-)Organisationsstruktur, instrumentelle Vorausplanung und Koordination erfordert, zum anderen ein *übergeordnetes gemeinsames Interesse*.¹⁹ Zur Feststellung

14 Ebd.

15 Ebd. Weiter: »Sie kann etwa durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, die eine bereits bestehende Vereinigung von Mittätern zu einer Bande werden lassen, oder dadurch zustande kommen, dass sich zwei Täter einig sind, künftig Straftaten mit zumindest einem weiteren Beteiligten zu begehen, und der Dritte, der durch einen dieser beiden Täter über ihr Vorhaben informiert wird, sich der deliktischen Vereinbarung - sei es im Wege einer gemeinsamen Übereinkunft, gegenüber einem Beteiligten ausdrücklich, gegenüber dem anderen durch sein Verhalten oder nur durch seine tatsächliche Beteiligung - anschließt.«

16 Vgl. BGHSt 42, S. 255 (259); *Duttge*, in: HK-GS/StGB, 2022, § 244 Rn. 20.

17 BGH NStZ 2008, S. 570 (571); so auch *Duttge*, in: HK-GS/StGB, 2022, § 244 Rn. 21.

18 *Hartmann*, in: HK-GS/StGB, 2022, § 129 Rn. 2.

19 BGH Beschl. v. 5.9.2019, AK 49/19, juris = BeckRS 2019, 23746; BT-Dr. 18/11275, S. 11.

des übergeordneten gemeinsamen Interesses können eine Rolle spielen: eine festgelegte einheitliche Willensbildung, eine interne Sanktionierung von Verstößen gegen gemeinschaftliche Regeln, der Anzahl der Mitglieder, ein von den konkreten Personen losgelöster Bestand, eine etwaigen Gemeinschaftskasse, die Beanspruchung quasistaatlicher Autorität sowie die Einflussnahme auf grundlegende gesellschaftliche oder hoheitliche Akteure.²⁰

bb) »Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet« (§ 129 Abs. 1)

Das eigenständige Tatbestandsmerkmal »Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet« (§ 129 Abs. 1 StGB) wird dahingehend konkretisiert, dass die Organisation nach dem fest gefassten Willen der für ihre Willensbildung maßgeblichen Personen den Zweck hat, strafbare Handlungen zu begehen.²¹ Die Organisation der Vereinigung muss darauf hin konzipiert sein; eine konkrete Planung bestimmter Taten ist wiederum nicht erforderlich.²² Die Begehung von Straftaten muss dabei auch nicht zwingend End- oder Hauptziel sein, sie kann auch als Mittel zur Erreichung eines anderen Zwecks eingesetzt werden.²³

cc) (Mangelnde) Erheblichkeit und Priorität?

Angesichts des recht weit gefassten Tatbestandes des § 129 StGB²⁴ sollen Elemente wie Erheblichkeit und Priorität in der Rechtsanwendung durchaus Gehör finden – nämlich über die die Organisationsabsicht einschränkende Voraussetzung, dass die begangenen oder geplanten Straftaten eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen,²⁵ bzw. über die Ausnahme des § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB, »wenn die Begehung von Straftaten nur ein

20 BGH Urt. v. 2.6.2021 - 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2813, wistra 2021, S. 441 Rn. 33. S.a. *Wimmer*, wistra 2023, S. 142 (143).

21 *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 64.

22 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 48 f. mwN.

23 Ebd.

24 S. u. VI. 4; s.a. *Heger/Huthmann*, KriPoZ 2023, S. 259 (261).

25 BGH NStZ-RR 2021, S. 136 (137); NJW 2021, S. 2979 (2980); *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 53; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 38 ff.; *Lohse*, in: SSW-StGB, 2021, § 129 Rn. 28; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 50; *Singelnstein/Winkler*, NJW 2023, S. 2815 ff.; *Ebbinghaus*, HRRS 2023, S. 318 (322). AA *Kuhli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, S. 71 (75) (Erheblichkeit als Fallgruppe von § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB).

Zweck oder eine Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung ist«. Neben die Zweckausrichtung tritt also ein ungeschriebenes Gravitäts-²⁶ bzw. Prioritätserfordernis. § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB stellt die legalen Zwecke den illegalen gegenüber,²⁷ wobei u.a. die Prägung des Erscheinungsbildes der Vereinigung nach außen maßgeblich ist.²⁸

Was die Erheblichkeit anbelangt, ist nicht bloß an die abstrakte Strafandrohung anzuknüpfen, sondern das Gewicht der Straftaten anhand einer Gesamtbetrachtung aller Begleitumstände zu beurteilen, etwa der tatsächlichen oder potentiellen Tatauswirkungen, einer planmäßigen und überregionalen Vorgehensweise und der Zeitverhältnisse.²⁹

c) Mittäterschaft

Mittäterschaft i.S.v. § 25 Abs. 2 StGB, das sog. bewusste und gewollte Zusammenwirken Mehrerer,³⁰ setzt voraus, dass jemand einen Tatbeitrag leistet und »diesen so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint«.³¹

Umfasst sind also sowohl eine subjektive als auch eine objektive Voraussetzung: a) der gemeinsame Tatplan und b) die gemeinsame Tatausführung.³² § 25 Abs. 2 StGB dient dabei der wechselseitigen Zurechnung der Tatbeiträge des jeweils anderen und trägt damit dem arbeitsteiligen Vorgehen von Mittätern Rechnung.³³

Der gemeinsame Tatplan setzt voraus, dass sich die Beteiligten ausdrücklich oder konkludent verabreden, gleichberechtigt und

²⁶ Vgl. auch *Jahn/Wenglarczyk*, JZ 2023, S. 885 (893).

²⁷ *Kuhli/Papenfuß*, KriPoZ 2023, S. 71 (75).

²⁸ *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 79.

²⁹ Vgl. dazu BGHSt 41, S. 47 (51 ff.); 5, S. 14 (17); BGH NJW 1995, S. 3395 (3396); StV 2012, S. 339 (341); 2018, S. 95; *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 42; *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 54.

³⁰ *Rengier*, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 2; vgl. *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 52.

³¹ BGH NSTZ 2021, 663 Rn. 50.

³² *Rengier*, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 2; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 56; vgl. *Fischer-StGB*, 2024, § 25 Rn. 23 ff.

³³ *Rengier*, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 4; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 52; vgl. *Fischer-StGB*, 2024, § 25 Rn. 23.

arbeitsteilig ein bestimmtes Delikt zu verwirklichen.³⁴ Eine gemeinsame Tatausführung liegt vor, wenn jeder einen täterschaftlichen objektiven Tatbeitrag leistet.³⁵ Wie festzustellen ist, ob es sich tatsächlich um einen täterschaftlichen Beitrag handelt (und nicht um einen bloßen Teilnehmerbeitrag), ist umstritten. Die Tatherrschaftslehre verlangt »Wesentlichkeit« des Tatbeitrags.³⁶ Die Rechtsprechung beurteilt dies aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung.³⁷

d) Verbrechensverabredung/ Konspiration

Ist die Tat nicht einmal in das Versuchsstadium vorgedrungen, so kann § 30 Abs. 2 StGB greifen: eine Verbrechensverabredung gem. § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB ist die »von einem ernstlichen Willen getragene Einigung von mindestens zwei Personen, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich, also nicht nur als Gehilfe mitzuwirken«. ³⁸ Strafgrund ist hierbei die besondere Gefährlichkeit von Vorbereitungshandlungen zu einem Verbrechen, wenn diese im Rahmen eines »konspirativen Zusammenwirken[s] von Beteiligten schon vor dem Eintritt in das Versuchsstadium« geschehen. ³⁹

2. Abgrenzungsfragen *de lege lata*

Willensbildungs- und Organisationselement bei Bande und krimineller Vereinigung sind inzwischen so sehr angeglichen worden, dass sie sich kaum noch unterscheiden.

Ganz offensichtlich unterscheiden sich Bande und kriminelle Vereinigung nicht im *organisatorischen Element*, das bei beiden nunmehr entsprechend weich gezeichnet ist. ⁴⁰ Die Alternative wäre: starkes organisatorisches Element bei § 129 StGB, schwaches bei einer Bande. ⁴¹ Stattdessen

34 Rengier, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 11; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 57; vgl. Fischer-StGB, 2024, § 25 Rn. 33-34a.

35 Rengier, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 40.

36 Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 64; vgl. auch Rengier, Strafrecht AT, 2022, § 44 Rn. 40 f. mwN.

37 BGH NStZ 2020, S. 344. Vgl. Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 27 Rn. 65; Fischer-StGB, 2024, § 25 Rn. 24, 25 mwN.

38 BGH NJW 2009, S. 1221; Fischer-StGB, 2024, § 30 Rn. 18.

39 Vgl. Fischer-StGB, 2024, § 30 Rn. 2 *in fine*.

40 BGH NZWiSt 2022, S. 371 (374).

41 So Krauß, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 44.

ist für die Rechtsprechung, in Anlehnung an den Willen des Gesetzgebers, entscheidendes Abgrenzungskriterium die Verfolgung eines *übergeordneten gemeinsamen Interesses*.⁴² Eine Bande brauche weder einen gefestigten Bandenwillen noch ein übergeordnetes Bandeninteresse.⁴³ Bandenmitglieder können also auch »ihre eigenen Interessen an einer risikolosen und effektiven Tatausführung und Beute- und Gewinnerzielung« verfolgen, während die Vereinigungsmitglieder in einem übergeordneten gemeinsamen Interesse tätig werden müssen.⁴⁴

Um es vorwegzunehmen: Mit welcher Sicherheit hier eine Trennlinie gezogen wird zwischen Willensbildung, Organisation und übergeordnetem gemeinsamem Interesse, ist schon erstaunlich. Beispiel: Insbesondere in den Fällen, in denen das übergeordnete gemeinsame Interesse nicht in der Verfolgung eines gemeinsamen Weltbildes liegt, sondern die Gewinnerzielung im Vordergrund steht, und der BGH das übergeordnete Interesse anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung ermitteln will, ist eine Abgrenzung von der Bande kaum noch möglich.⁴⁵ Dazu kommen wir gleich.

Gehen wir aber von einer Verzichtbarkeit des Bandenwillens aus, verschwimmen wiederum die Grenzen zwischen Bande und Mittäterschaft.⁴⁶ Denn dann reicht ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bei Begehung der Tat. Auch hier malt die Rechtsprechung mit breitem Pinselstrich: Das bewusste und gewollte Zusammenwirken solle sich – im Rahmen einer Gesamtbetrachtung – auch aus der Rolle des Täters innerhalb einer Vereinigung ergeben.⁴⁷ Tatherrschaftselemente treten zunehmend in den Hintergrund, wodurch auch die Begriffe kriminelle Vereinigung und Mittäterschaft verschwimmen. Sehr oft wird die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung also eine Mittäterschaft begründen.

Auch bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und krimineller Vereinigung zeigt sich die Ungeeignetheit der Oberkategorie des »voluntativen Elements«, namentlich hinsichtlich der Unterscheidung

42 BT-Drucks. 18/11275 S. 11; BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

43 BGHSt 46, S. 321 (325).

44 So *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 44, Zitat ohne Fn.

45 *Knaupe*, NZWiSt 2022, S. 371 (378 f.).

46 *Knaupe*, NZWiSt 2022, S. 371 (378).

47 BGH Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 64.

von Tatinteresse und Ideologie. Regelmäßig geht es dabei um mittäterschaftliche Zurechnung von tatortabwesenden Vereinigungsmittgliedern. Im Fall der Mitgliedschaft in der sog. Roten Armee Fraktion (RAF) sah der BGH die Mittäterschaftsvoraussetzungen als *nicht* erfüllt an; das Tatinteresse sei zwar groß, es habe in diesem Fall als Abgrenzungskriterium aber nur eine geringe Bedeutung.⁴⁸ Im Verfahren um den sog. Nationalsozialistischen Untergrund (NSU) war es dann das ideologische Band zwischen den Mitgliedern, das die Verbindung zu den Einzelakten und damit zur Mittäterschaft knüpfte. Tatinteresse sei dafür also nicht ausreichend, Ideologie schon.⁴⁹

Die Vorverlagerung der Strafbarkeit ist kennzeichnend sowohl für § 129 StGB als auch § 30 Abs. 2 StGB. § 129 StGB geht dabei dahingehend weiter als § 30 StGB, als dass nicht einmal konkrete Straftaten geplant sein müssen.⁵⁰

Wir halten fest: Die recht vagen Begriffe ›kriminelle Vereinigung‹, ›Bande‹ und ›Mittäterschaft‹ enthalten recht vage organisatorische und voluntative Elemente, wobei das voluntative Element so vage ist, dass es (a) zwischen Willen, Zwecken und Zielen nicht unterscheidet und (b) für das Organisationselement wiederum indiziell ist.

48 BGH Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 38: »Zwar ist anzunehmen, dass das Interesse der Beschuldigten an der Tat sehr groß war. Jedoch kommt diesem Abgrenzungskriterium hier keine wesentliche Bedeutung zu, weil die Tatherrschaft nicht bei der Beschuldigten, sondern ausschließlich bei den unmittelbaren Tätern des Attentats lag [...]. Die Beschuldigte war bei sachgerechter Bewertung des bisherigen Ermittlungsergebnisses an der eigentlichen Tatausführung selbst nicht beteiligt; deren konkreter Ausgang hing deshalb nicht von ihrem Willen ab. Eine große Wahrscheinlichkeit dafür, dass sie Tatherrschaft oder wenigstens den Willen hierzu hatte, besteht mit Blick auf die Rollenverteilung innerhalb der ›RAF‹ demnach nicht. Ihr bei vorläufiger Würdigung feststellbarer objektiver Tatbeitrag erschöpft sich vielmehr in einer psychischen Unterstützung der Täter im Vorfeld der Tat. Dass dieser von ihr bereits vor dem eigentlichen Tatgeschehen geleistete Beitrag für die konkrete Ausführung des Attentats von wesentlicher Bedeutung war, ist derzeit nicht ersichtlich.«; *Schweer/Knoop*, ZJS 2023/2, S. 381 (386 f.).

49 *Schmitt/Zierz*, famos 2021/12, S. 67 (72).

50 *Fischer-StGB*, 2024, § 129 Rn. 18.

III.

BEGRIFFSTHEORETISCHER TEIL: RECHTSBEGRIFFE UND DEFINITIONEN

Zweck einer Definition ist es, einen Begriff oder ein Wort gegen andere abzugrenzen.⁵¹ Diese auf den ersten Blick selbsterklärende Aussage hat es in sich. Die Unterscheidung zwischen Wort (oder Ausdruck), Begriff und Gegenstand ist in juristischen Methodikdiskussionen entweder unterrepräsentiert oder missverstanden – anekdotisch berichtet *Busse* von der Frage eines Rechtsanwalts, ob Gegenstand der Auslegung eines Gesetzes der »Begriff« oder das »Wort« sei.⁵² Das mag auch daran liegen, dass seit dem sog. *linguistic turn*⁵³ das Wort gegenüber dem Begriff erheblich an Bedeutung gewonnen hat.⁵⁴ Aus Platzgründen kann die komplexe und umstrittene Beziehung zwischen Wort, Begriff und Gegenstand hier nicht ausgeführt werden.⁵⁵ Um es an einem einfachen Beispiel zu verdeutlichen: Das Wort ›Tisch‹ (auf deutsch; englisch: table) als Teil der Sprache repräsentiert den Begriff Tisch als Teil des Denkens, der wiederum mit dem Gegenstand Tisch in einer wie auch immer gearteten Beziehung steht.⁵⁶ Sowohl die Existenz als auch Art und Grad dieser Beziehung sind als Kernfrage der Philosophie hoch umstritten. Erkenntnistheoretisch befinden sich der Gegenstand Tisch und der Begriff Tisch auf zwei methodisch verschiedenen Ebenen, komplettiert durch den Ausdruck ›Tisch‹. Je genereller und vager Gegenstand und Begriff werden, desto stärker verschwimmen diese Ebenen, z.B. bei Urkunde, Verwerflichkeit oder Gerechtigkeit (aufsteigend nach dem Grad ihrer Allgemeinheit). Die ›kriminelle Vereinigung‹ oder ›Bande‹ lässt sich hier bereits nur mit Mühe anreihen, denn der Gegenstandsbezug bleibt unklar. Aber einmal angenommen, bei der kriminellen Vereinigung handele es sich um einen Begriff, und sprachphilosophische

51 *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, S. 496 f.; *ders.* GreifRecht 2006, S. 1 (6).

52 *Busse*, Juristische Semantik, 2010, S. 7 f.

53 *Rorty*, Introduction, in: *ders.* (Hrsg.), The linguistic turn, 1967, S. 1-39.

54 *von der Pfordten*, Suche nach Einsicht, 2010, S. 79-81.

55 Ausführlich *von der Pfordten*, ARSP 98 (2012), S. 439-456; *Schulz*, Philipp Hecks Rechts- und Begriffstheorie und ihre erkenntnistheoretischen Voraussetzungen, 2022, S. 109 ff.

56 Vgl. *Damschen/Schönecker*, Selbst Philosophieren, 2013, S. 20 f.

Vorbedingungen unterschlagend,⁵⁷ so könnte der Gesetzgeber die Bedeutung einer kriminellen Vereinigung entweder nach Gutdünken *festlegen* (Nominaldefinition) oder sie anhand tatsächlich existierender Begriffsbedingungen wiedergeben (Realdefinition).⁵⁸ Wenn auf den ersten Blick Nominaldefinitionen die Regel zu sein scheinen, dann nur deshalb, weil der Definitionsmacht des Gesetzgebers stets eine gewisse Beliebigkeit innewohnt. Genaugenommen aber verletzt die Jurisprudenz fundamentale Regeln der Nominaldefinition, wie *Puppe* schon vor Jahrzehnten aufzeigte,⁵⁹ die eher »theoretische Aussagen, die nur die Form einer Definition haben«, erkennen will.⁶⁰ In jedem Fall aber muss die *Begriffs*-Definition einen Mehrwert an Klarheit und Präzision erzeugen,⁶¹ um den »Gesetzesbefehl zu verdeutlichen.«⁶²

Das kann zweierlei Konsequenzen haben: Die ›kriminelle Vereinigung‹ ist entweder ein Begriff, der typisierend konstruiert wird, ausgehend von einem radikalen Konstruktivismus.⁶³ Oder aber, es handelt sich eher um eine Kategorie als einen Gegenstand, genauer: die kriminelle Vereinigung ist ein Typus.⁶⁴ Ein Typus zeichnet sich

57 Laut Nominalismus wären Begriff kriminelle Vereinigung und Ausdruck »kriminelle Vereinigung« unabhängig vom Gegenstand kriminelle Vereinigung und nur sprachliche Mittel, um diesen Gegenstand zu erkennen und auszudrücken. Laut Konzeptualismus ist der Begriff kriminelle Vereinigung eine Vorstellung vom Gegenstand kriminelle Vereinigung und steht von diesem abhängig; der Begriff kriminelle Vereinigung wird dabei »durch sprachliche Konvention bzw. sprachliche Konvention bzw. durch Sprachpraxis inhaltlich bestimmt und begrenzt«, Vgl. *Schulz*, Philipp Hecks Rechts- und Begriffstheorie und ihre erkenntnistheoretischen Voraussetzungen, 2022, S. 114.

58 *Schnapp/Schneider*, Logik für Juristen: Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 2019, § 6 S. 42 ff.

59 *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (17): »Aber Nominaldefinitionen sind diese Festsetzungen oder Vorschläge zur Bestimmung der im Gesetz vorkommenden Begriffe offensichtlich auch nicht, sonst wären sie beliebig und bedürften keiner Begründung, und es dürfte nichts aus ihnen ableitbar sein, was nicht auch ohne sie ableitbar ist.«

60 *Ebd.*

61 *Knauff*, Zeitschrift für Gesetzgebung 2007, 328 (329); ebenso *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 5. Aufl. 2023, S. 74; *Kindhäuser*, Rechtstheorie 12 (1981), 226 (230).

62 *Bund*, in: Schäffer/Triffiterer (Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, 1984, S. 57 (59).

63 Dazu *Ferreira Leite de Paula*, Rechtsontologie, 2020, S. 158 Fn. 12; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 129 Fn. 185.

64 Ebenso *Ebbinghaus*, HRRS 2023, S. 318 (319) mwN.

dadurch aus, dass er »steigerungsfähige« bzw. »abstufbare«⁶⁵ Elemente enthält, die graduell erfüllt sein können und den Typus eher beschreiben, statt ihn zu definieren.⁶⁶ Das Merkmal kann also nicht nur ganz oder gar nicht vorliegen, sondern ist graduierbar.⁶⁷

1. Die kriminelle Vereinigung als Typus

Dieser typologische Charakter führt dazu, dass die Typenelemente des organisatorischen Zusammenschlusses und des übergeordneten gemeinsamen Interesses unterschiedlich stark ausgeprägt und sich gegenseitig kompensieren können. Der Typus der kriminellen Vereinigung folgt damit komparativen Gesetzen.⁶⁸ Entscheidend ist allein die Summe der Typenelemente, unabhängig von der Zusammenstellung ihrer Summanden. Ist in dieser »Gesamtbetrachtung« z.B. die Koordination bei der Verfolgung des gemeinsamen Interesses entsprechend hoch, seien die Anforderungen an die tatrichterlichen Feststellungen zum gemeinsamen Interesse gesenkt;⁶⁹ eine ausgeprägte Struktur kompensiere einen Mangel an Regeln zur Willensbildung;⁷⁰ usw. Das hat zweierlei Auswirkungen: zum einen bzgl. der Unterscheidung zwischen denjenigen Sätzen, die die (kriminelle) Vereinigung definieren und denjenigen, die Indizienschlüsse von Hilfstatsachen auf die Haupttatsache ›kriminelle Vereinigung‹ sind.⁷¹ Letzteren werden

65 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 39 ff., S. 290 ff. Ebenso *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (30): »Als Typusbegriffe sollte man nur solche Begriffe bezeichnen, die mehrere Merkmale haben, von denen mindestens eines abstufbar ist. Im Rahmen solcher komplexerer Begriffsstrukturen können komparative Gesetze eine neue Bedeutung gewinnen.«

66 Zum Typusbegriff *Heinze*, ZfISW 1 (2022), S. 497 (502) mwN.

67 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 41 mwN. in Fn. 88 (mit einer Liste von Befürworter*innen und Gegner*innen der Typus-Konstruktion). Krit. *Koch/Rießmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 210.

68 Dazu *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (30 f.) am Beispiel des „dolus eventualis“.

69 BGHSt 54, S. 216 (228 ff.) m. Bspr. *Winkler*, jurisPR-StrafR 5 (2010), Anm. 1 und *Zöller*, JZ 2010, S. 908; s.a. BGH NJW 2005, S. 1668 (1670); *Stein/Greco*, in: SK-StGB, 2019, § 129 Rn. 22 mwN.

70 *Stein/Greco*, in: SK-StGB, 2019, § 129 Rn. 22.

71 Vgl. (allerdings zum Begriff und Beweis des Vorsatzes) *Volk*, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, in *Canaris ua* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 739 (745).

wir uns unten widmen.⁷² Zum anderen betreffen die Auswirkungen die Straftat selbst. Negativelemente wie bei § 129 Abs. 2 »von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss« sind dem Typus immanent.⁷³ Sie unterscheiden sich bei Typen von denen bei Begriffen: Dort bestimmen sie darüber, was *eindeutig* nicht unter den Begriff fällt;⁷⁴ bei Typen hingegen sind sie neutraler, ihnen kommt eher eine Indizwirkung zu, vergleichbar mit dem sog. Begriffshof.⁷⁵

2. ›Kriminelle Vereinigungen‹ vs. ›Vereinigungen mit kriminellen Zweck‹

Dass hinsichtlich des Vorliegens einer kriminellen Vereinigung dennoch eine ›Ja oder Nein‹-Entscheidung (und keine graduelle) getroffen werden muss, liegt daran, dass spätestens seit dem weiten Verständnis der Vereinigung die Frage von Unrecht und Schuld größtenteils (von § 129 Abs. 3 StGB einmal abgesehen) bereits in der Begriffsbestimmung der kriminellen Vereinigung selbst angelegt ist. Anders gewendet: Das Unrecht besteht zu einem großen Teil in der *Existenz* einer kriminellen Vereinigung.⁷⁶ Tatbestände sind Unrechtstypen,⁷⁷ heißt also: ausgehend vom materiellen Unrechtsbegriff ist die Summe aller Tatbestandsmerkmale der Unrechtstyp, dessen Verwirklichung mit Strafe bedroht ist.⁷⁸ Aufgrund »graduelle[r] Erwägungen«⁷⁹ innerhalb des Unrechtstyps Tatbestand gibt es daher Tatbestandsmerkmale, die neutraler sind, und solche, die (unrechtsbezogen) werthaltiger sind.⁸⁰

72 S. u. VI. 4.

73 Dazu *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 132.

74 *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2023, S. 129.

75 Ebd.

76 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 1. Übersicht bei *Montenegro*, GA 2019, S. 489.

77 *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2022, § 14 Rn. 1; *Zaufal*, Was kann ein strafrechtlicher Tatbestand leisten?, 2018, S. 244.

78 *Hilgendorf*, § 27: System- und Begriffsbildung im Strafrecht, in: *ders./Kudlich/Valerius* (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 27 Rn. 70.

79 *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrichterlichen Rechtsanwendung, 2018, S. 168.

80 Ebd.

Hinzu kommt, dass der Anwendungsbereich einer möglichen Rechtswidrigkeitsprüfung bei § 129 StGB gering ist.⁸¹ Denn oftmals betreffen geltend gemachte Rechtfertigungsgründe wie das Widerstandsrecht der »Südtiroler«⁸² oder das Selbstverteidigungsrecht der Arbeiterpartei Kurdistans (PKK)⁸³ nur die Straftaten, die durch die Vereinigung verübt werden (sollen),⁸⁴ ggf. als Beihilfehandlungen Außenstehender⁸⁵ – nicht jedoch die Bildung, Unterstützung etc. der Vereinigung selbst.⁸⁶

Wer also die kriminelle Vereinigung definiert, beschreibt nicht etwa nur eine Tatmodalität, sondern den Unrechtstypus selbst. Denn die Definition der ›Vereinigung‹ ist zumindest *konzeptionell* eine Definition der kriminellen Vereinigung.⁸⁷ Das mag auf den ersten Blick *contra legem* anmuten: Der Gesetzeswortlaut liest sich so, dass die Feststellung der (auch legalen) Vereinigung unabhängig erfolgt von der Feststellung eines illegalen Zwecks. Jedoch zeigen schon die Elemente der Erheblichkeit der bezweckten Straftaten sowie des untergeordneten Zwecks, dass Strukturelemente der Vereinigung nicht nur bei der Vereinigungsdefinition nach Abs. 2 eine Rolle spielen. Auch ein Blick in die bewegte Geschichte von § 129 StGB zeigt die Relativität des Wortlauts: § 129 StGB ist die »Loslösung der Vereinigungsstrafbarkeit von rein politischen Delikten« und schuf im Vergleich zu den damals geltenden Straftatbeständen ein Aliud.⁸⁸ Seine gravierende Änderung 1951 veranlasste das BVerfG zur plakativen, jedoch treffenden Aussage,

81 *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 87.

82 BGH NJW 1966, S. 310 (312 f.).

83 BGH NStZ-RR 2018, S. 106.

84 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 126.

85 *Dessecker*, ZStW 135 (2023), S. 185 (203).

86 Zu den Ausnahmen: *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski-StGB, 2020, § 129 Rn. 38; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 88 ff.

87 S. zB BGH NStZ 2008, S. 575: »Nach ständiger Rechtsprechung ist unter einer *kriminellen Vereinigung* ein auf eine gewisse Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluss von mindestens 3 Personen zu verstehen, die bei Unterordnung des Einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen [...].«; *Sinn/Iden/Pförtner*, ZIS 2021, S. 435 (440): Die Definition in Abs. 2 enthalte »die vier klassischen Merkmale einer *kriminellen Vereinigung*«, Herv. jeweils A.H.; *Lohse*, in: SSW-StGB, 2021, § 129 Rn. 8 ff. sieht die kriminelle Vereinigung in einer Zusammenschau von Abs. 1 und 2 definiert. A.A. *Heil/Vogt*, JA 2023, S. 881 (882).

88 *Barisch*, Die Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch § 129b StGB, 2009, S. 60.

der Tatbestand treffe vor allem »Verbrechervereine«.⁸⁹ Dazu *Gräßle-Münscher*: »§ 129 StGB ist nicht, wie es der Gesetzeswortlaut nahelegt, als eine Vereinigung mit dem Anhängsel des kriminellen Zwecks bzw. der kriminellen Betätigung zu fassen, sondern eine von ihrer kriminellen Zweckrichtung her definierte und geformte ›kriminelle Vereinigung«.⁹⁰ Konsequenter wäre es daher gewesen, in Abs. 1 nur zu formulieren: »Mit Freiheitsstrafe [...] wird bestraft, wer eine kriminelle Vereinigung gründet oder sich an einer Vereinigung als Mitglied beteiligt [...]« und in Abs. 2 der Vereinigungsdefinition dann den Satz »deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist« hinzuzufügen. Das suggeriert auch die Anlehnung⁹¹ an den Europäischen Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates vom 24. Oktober 2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, der in Art. 1 Nr. 1 die ›kriminelle Vereinigung« und nicht lediglich die ›Vereinigung« definiert; sowie das Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit,⁹² das bei der Auslegung jedes Tatbestandsmerkmals Pate steht;⁹³ sowie der Umstand, dass es sich bei einer terroristischen Vereinigung um eine qualifizierte kriminelle Vereinigung handelt.⁹⁴

3. Die Behandlung des Irrtums als Indiz für den Unrechtsgehalt

Ein Test für den Unrechtsgehalt eines Merkmals ist der Irrtum und die Frage, ob bei fehlender Kenntnis von Merkmalen wie ›kriminelle Vereinigung« oder ›Bande« eine Bewertung fehlt, die auf die Unrechtskenntnis so sehr durchschlägt, dass ein Verbotsirrtum iSd. § 17 StGB in Betracht kommt. Bei Begriffsirrtümern, also Irrtümern über einen Begriff des Tatbestandes, ist dabei fast alles umstritten – von der Frage, wann eine Täterin überhaupt Kenntnis vom Begriff hat, bis zu der Frage, wie ein Irrtum zu behandeln ist. Einigkeit besteht nur darin, dass eine genaue juristische Kenntnis des Begriffs nicht erforderlich ist.

89 BVerfGE 17, S. 155 (165).

90 *Gräßle-Münscher*, Der Tatbestand der kriminellen Vereinigung (§ 129 StGB) aus historischer und systematischer Sicht, 1982, S. 68.

91 S.u. VI. 3. und 4.

92 Stellv. *Lohse*, in: SSW-StGB, 2021, § 129 Rn. 2.

93 Stellv. *Walter*, Kern des Strafrechts, 2006, S. 22 ff. Ausf. *Heinze*, ZfStW 1 (2022), S. 497 (500 f.).

94 *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 16; *Dessecker*, ZStW 135 (2023), S. 185 (199).

a) Irrtum bzgl. der ›kriminellen Vereinigung‹

Wie schon gezeigt und wie noch deutlich werden wird, kann ein Rechtslaie unmöglich alle Rechtsprechungsnuancen zum Vereinigungsbegriff kennen. Gleichzeitig ist aber – s.u. V. 1. – der Begriff der ›kriminellen Vereinigung‹ kein Kunstbegriff, der durch den Gesetzgeber erfunden worden ist. Gruppenbegriffe, inklusive der Zurechnung, hat der Gesetzgeber regelmäßig der Gemeinsprache entnommen. Sie sind vorrechtlich, dazu sogleich. Wegen des Unrechtstypus des § 129 StGB machen sich Fehlvorstellungen z.B. hinsichtlich des übergeordneten Interesses und der Strafbarkeit der geplanten Handlungen direkt auf Tatbestandsebene bemerkbar und lassen den Vorsatz entfallen, § 16 Abs. 1 StGB.⁹⁵ Umgekehrt formuliert: Es sind nur sehr wenige Fehlvorstellungen bzgl. des Vereinigungsbegriffs denkbar, in denen der Täter ein Vereinigungsmerkmal zwar nicht kennt, das Unrecht von § 129 StGB im Übrigen aber erfüllt ist. Beispielhaft ist dem Täter zwar bewusst, dass innerhalb der organisierten Gruppe, an der er sich beteiligt, keine Rollen verteilt sind – er geht jedoch davon aus, dass gerade deshalb dieser Zusammenschluss nicht den Tatbestand des § 129 StGB erfüllt, weil er übersehen hat, dass nach neuem Recht eine Rollenverteilung nicht mehr notwendig ist (Subsumtionsirrtum).

Bei der *LG* zum Beispiel betreffen Irrtumskonstellationen vor allem die Frage der Strafbarkeit der Protestaktionen, insbesondere der Sitzblockaden. Hier ergibt sich eine interessante doppelte Irrtumskonstellation: Beschuldigte bzw. Angeklagte der *LG* machen regelmäßig geltend, dass sie ihr Verhalten *aus Rechtsgründen* für straflos halten.⁹⁶ Laut Angaben eines Verurteilten gäbe es dazu sogar eine vorgefertigte Mustererklärung, die Mitglieder der *LG* vor Gericht

95 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 125: »Die Behandlung von Irrtumsfragen folgt den allgemeinen Regeln. Hält der Täter die Zwecke oder Tätigkeit, auf welche die Vereinigung gerichtet ist, irrtümlich für legal oder geht er irrig von einer Ausnahme nach Abs. 2 Nr. 2 aus, kommt § 16 zur Anwendung«; *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski-StGB*, 2020, § 129 Rn. 37: »Allerdings muss der Vorsatz des Täters allgemein die kriminelle Zielsetzung der Vereinigung erfassen; da diese Zielsetzung Teil des objektiven Tatbestands von § 129 ist, muss sich der Vorsatz des Täters bei § 129 auch auf die Strafbarkeit der geplanten Handlungen beziehen. Nimmt der Täter hier infolge eines Rechtsirrtums fälschlicherweise an, eine von der Vereinigung geplante Handlung sei nicht strafbar, so stellt dies in Bezug auf § 129 einen Tatbestandsirrtum nach § 16 dar«.

96 AG Freiburg (Breisgau) Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22, KlimR 2023, S. 62, Rn. 46.

verwenden können.⁹⁷ »Aus Rechtsgründen« meint hier, dass die Personen also durchaus alle zugrundeliegenden Tatsachen kennen, sie jedoch zur Schlussfolgerung bzw. rechtlichen Wertung gelangen, sie handelten nicht »verwerflich« iSd. § 240 Abs. 2 StGB – z.B. weil sie den Klimaschutz für einen legitimen Zweck halten⁹⁸ oder weil sie meinen, innerhalb der Grenzen des Art. 8 Abs. 1 GG zu handeln.⁹⁹ Die Gerichte können es sich verfahrensökonomisch leisten, den im Ergebnis wohl herrschenden Weg über die Prüfung des § 17 StGB zu gehen, wobei dessen Ablehnung idR. in einer kaum nachvollziehbaren Kürze erfolgt.¹⁰⁰ Dogmatisch ist dieses Ergebnis jedoch hoch umstritten und letztlich eine kriminalpolitische Entscheidung.¹⁰¹

Die Annahme, dass die Handlungen, die die Vereinigung ausführen soll, regelmäßig straflos sind, bezieht sich Rahmen von § 129 StGB auf ein *Tatbestandsmerkmal* (»deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist«) mit der Folge, dass unter Anwendung von § 16 Abs. 1 StGB der Vorsatz bzgl. der kriminellen Vereinigung entfiel.¹⁰² Dasselbe gilt für die irrige Annahme einer Ausnahme des Abs. 3 Nr. 2.¹⁰³

b) Irrtum bzgl. der »Bande«

Anders verhält es sich bei der Bande: Der Bandenbegriff als Qualifikationsmerkmal ist nicht der Unrechtstyp selbst, sondern nur ein

97 Vgl. *Mayr*, ZEIT v. 1.6.2023, S. 3.

98 Dazu *Heinig*, NK 35 (2023), S. 231 (233, 241 ff.) (zum zivilen Ungehorsam ebd. S. 234 ff.).

99 Dazu *Pschorr/Blaschke*, ZJS 2023, S. 332; *Rönnau/Saathoff*, JuS 2023, S. 439 ff.

100 AG Freiburg (Breisgau) Urt. v. 22.11.2022 – 28 Cs 450 Js 23773/22, KlimR 2023, S. 62, Rn. 46.

101 Ausführlich und kritisch *Wolf*, Error facti et error iuris: Die Vorsatzirrelevanz des Rechtsirrtums, 2019, S. 159 ff.

102 Lackner/Kühl/Heger-StGB, 2023, § 129 Rn. 9. Dogmatisch vergleichbar ist diese Konstellation mit den Vorsatzanforderungen hinsichtlich der rechtswidrigen Vortat bei der Hehlelei, § 259 StGB. Auch hier ist rechtswidrige Vortat ein Tatbestand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Um diesen Umstand nachvollziehen zu können, bedarf es nicht nur der Tatsachenkenntnis, sondern auch eines Nachvollziehens der Rechtswidrigkeitskomponente – zumindest nach Laienart, *Hoyer*, in: SK-StGB, 2019, § 259 Rn. 41.

103 *Schäfer/Anstötz*, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 125; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 85.

bestimmter Angriffsweg zur Rechtsgutsverletzung.¹⁰⁴ Zwar ist ›Bande‹ ein normatives Tatbestandsmerkmal mit den sich daraus ergebenden Anforderungen an den Vorsatz.¹⁰⁵ Die Vorstellungsanforderungen bei diesem besonderen persönlichen Merkmal sind jedoch herabgesetzt: Der Täter muss sich bei Begehung der Tat nicht vor Augen halten, dass er Mitglied einer Bande ist (sachgedankliches Mitbewusstsein).¹⁰⁶ Nach früherer Ansicht (heute nicht mehr vertreten) war es für den Vorsatz sogar irrelevant, ob sich der Täter des besonderen persönlichen Merkmals bewusst war.¹⁰⁷

Damit können wir festhalten: Sowohl beim Bandenbegriff als auch beim Begriff der kriminellen Vereinigung handelt es sich um Typen, die der Gesetzgeber nur vage beschreiben konnte. Die Typenbeschreibungen sind dabei ganz unterschiedlich werthaltig: Die kriminelle Vereinigung ist ein Unrechtstypus, die Bande lediglich Teil eines Unrechtstypus', z.B. dem des Diebstahls ›als Mitglied einer Bande‹. Auf die Abgrenzung beider Typen wirkt sich das dahingehend aus, dass die Definition einer Bande schlechterdings keinen gravierenden Einfluss haben kann auf die Beschreibung des Unrechtstypus ›kriminelle Vereinigung‹.

104 Kudlich, § 29: Handlungs- und Erfolgsunrecht sowie Gesinnungsunwert der Tat, in: *Hilgendorf/ders./Valerius* (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 29 Rn. 8: »Bei anderen Tatbeständen begründen bestimmte Begehungsweisen (zB mit besonders gefährlichen Werkzeugen oder in bandenmäßiger Weise) zumindest einen Qualifikationstatbestand. Allgemeiner gesprochen: Der Gesetzgeber berücksichtigt bei der Konturierung des durch die Tatbestandsfassung vertypen Unrechts nicht nur die Verletzung des geschützten Rechtsguts als eingetretenen Erfolg, sondern auch den Angriffsweg als spezielle Qualität der Verletzungshandlung«.

105 *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 2014, S. 207: Zu § 30 BtMG: »Die ›Bande‹ ist ein normatives Tatbestandsmerkmal. Zwar muss sich der Vorsatz des Täters auf dieses Tatbestandsmerkmal erstrecken; es ist jedoch nicht erforderlich, dass er die genaue rechtliche Bedeutung des Begriffs erkannt hat. Es genügt, wenn sich seine Vorstellung auf die tatsächlichen Voraussetzungen des Begriffs, insbesondere den Zusammenschluss von (mit ihm) mindestens drei Personen und die Zielrichtung des Zusammenschlusses, sowie in laienhafter Weise auf das sich daraus ergebende größere Unrecht erstreckt.«

106 *Walter*, § 46: Irrtümer auf Tatbestandsebene, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius* (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, 2020, § 46 Rn. 37 f. Zum Mitbewusstsein s. schon *Platzgummer*, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, 1964, S. 6 ff.; dazu *Frisch*, Vorsatz und Mitbewußtsein – Strukturen des Vorsatzes, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 311 (314 ff.).

107 *Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindigen Normentheorie, 1954, S. 149 ff.

IV.

NORMTHEORETISCHER TEIL:

UNRECHTSTYPUS, REGULUNGSPLAN UND SYSTEM

Zur Erinnerung nochmals der (erneut verkürzte) Ausschnitt aus der Sturm 34-Entscheidung:

»Die Übertragung der Definition einer kriminellen Vereinigung in Art. 1 des Rahmenbeschlusses vom 24. 10. 2008 in das nationale Recht würde zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führen, auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht.«

Das durchaus berechtigte Anliegen des BGH ist es, die hinter dem Unrechtstyp verborgene »Authentizität der gesetzgeberischen Entscheidung« zu destillieren.¹⁰⁸ Nennen wir es die methodische Seite des Unrechtstyps, genauer: die Ermittlung des Unrechtstyps, um zwischen zulässiger Rechtsauslegung und unzulässiger Rechtsfortbildung zu unterscheiden. Das setzt natürlich die Prämisse einer konventionell verstandenen Methodenlehre voraus, bei der die Bedeutung von Worten und Begriffen im Gesetzestext angelegt ist und entsprechend herausgearbeitet werden muss. Die Alternativprämisse wäre, dass eben diese Bedeutung erst durch Rechtsanwendung entsteht bzw. konstruiert wird. Wir wollen das hier nicht vertiefen, auch wenn es gute Argumente für die letztgenannte Ansicht gibt.¹⁰⁹ Ihre Konsequenz wäre, dass auch der Unrechtstypus erst durch den Prozess der Rechtsanwendung konstruiert wird und nicht etwa vorher existiert.¹¹⁰

Mit dem Unrechtstyp versucht der Gesetzgeber, die Wirklichkeit mitsamt ihrer schon einmal zubereiteten juristischen Sachverhalte in eine Tatbestandsform zu gießen. Trotz seiner Normativität ist der Tatbestand also, was die Beschreibung der Wirklichkeit und der Ver-

¹⁰⁸ *Schroth*, in: FS Schünemann, 2015, S. 276.

¹⁰⁹ Wir lassen an dieser Stelle kommunikationstheoretische Fragestellungen (Gesetzgeber – Gesetz – Rechtsanwender) und die Topik außen vor, dazu *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 95 ff. (zur Flexibilität der Strukturierenden Rechtslehre ebd. S. 129).

¹¹⁰ *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 162.

haltensweisen anbelangt, deskriptiv.¹¹¹ Der Gesetzgeber ist dabei janusköpfig: Er blickt in Richtung der Sprache als Folie von Begriffen bzw. Begriffsrepräsentationen (je nachdem, wie der Begriff ›Begriff‹ angesehen wird) und gleichzeitig in Richtung des Straftatsystems.¹¹² Der BGH erwähnt hier nur die zweite Blickrichtung: nämlich die »wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen«.

Das System wird also Rechtsquelle,¹¹³ wir kennen das von der systematischen Auslegungsmethode.¹¹⁴ Dabei geht es sowohl um den äußeren Regelungszusammenhang einer Vorschrift¹¹⁵ als auch das sog. »innere System«. Dieses bildet den inneren Bau des Rechts, der sich als ein konsistentes System von Wertentscheidungen versteht.¹¹⁶

Um das innere System zu ergründen, müssen wir uns zum einen die Wertentscheidungen des Strafgesetzgebers bei der Frage von Gruppenverhalten ansehen und zum anderen die rahmenbeschlusskonforme Auslegung.

1. Inneres System: Gruppendelikte und Zurechnung

Um es vorwegzunehmen: *Das* System »der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen« gibt es ebenso wenig wie es überhaupt ein System der Strafbarkeit gibt. Die »Einheit« von Regelungen »ist ein idealgedachter, gesuchter, nicht aber real vorhandener

111 *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 152.

112 *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 153.

113 Dazu auch *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 442.

114 Im Detail und aus rechtsvergleichender wie völkerstrafrechtlicher Sicht *Heinze*, Tor zu einer anderen Welt. Die systematische Auslegungsmethode im internationalen Strafprozessrecht, in *Bock/Harrendorf/Ladiges* (Hrsg.), Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschaft, 2015, S. 193 ff.

115 Im äußeren System von Bedeutung ist der formelle Aufbau eines Gesetzes, d.h. die Gliederung des Rechtsstoffes. Dabei spielt vor allem eine Rolle, zu welcher Teilrechtsordnung das betreffende Gesetz gehört, an welcher Position innerhalb der Gliederung des Gesetzes die auszulegende Norm steht, etc. Siehe dazu *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2019, S. 104; *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 1998, Rn. 246; *Schwacke*, Juristische Methodik, 2011, S. 95; *Wank/Maties*, Die Auslegung von Gesetzen, 2023, S. 57.

116 *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2019, S. 104. Der Begriff geht zurück auf *Philipp Heck* (Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 149 ff.). Die Gesamtrechtsordnung wird also als eine in sich widerspruchsfreie Einheit, ein »Sinnganzes« verstanden. Zum Ganzen auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 2021, Rn. 144a, 751; *Schmalz*, Methodenlehre für das juristische Studium, 1998, Rn. 256.

Orientierungspunkt der Interpretation.«¹¹⁷ Nationale Gesetze sind idR. das Produkt vielfältiger Kontroversen und Kompromisse und daher »voller Spannungen und unaufgelöster Regelungswidersprüche«. ¹¹⁸ Dem Rechtsanwender fällt daher die Aufgabe zu, real feststellbare Wertungswidersprüche durch sachgerechte Rechtsanwendung aufzuheben. ¹¹⁹

a) Die besondere Gefährlichkeit von Gruppen aus psychologischer und soziologischer Sicht

Psychologische und soziologische Basis der Kriminalisierung von Gruppenverhalten ist die Annahme, dass der Mensch bei Gruppenbildung von den psychologischen Gesetzen abweicht, die ihn als Individuum regieren. ¹²⁰ Vereinfacht lassen sich vier Elemente identifizieren, die einer Gruppe ihre besondere Gefährlichkeit verleihen: ¹²¹ Erstens verliert der einzelne Mensch in der Masse allzu leicht seine *Selbstverantwortung*, die in der Anonymität der Masse verschwindet. ¹²² An die Stelle des Verantwortungsgefühls tritt, zweitens, das Gefühl

117 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 2021, Rn. 278.

118 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 2021, Rn. 278; *Jacobs*, International Criminal Law, in: *Kammerhofer/d'Aspremont* (Hrsg.), International Legal Positivism in a Post-Modern World, 2014, S. 451 (472 f.).

119 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 2021, Rn. 278; zu systemfremden Normen auch *Riesenhuber*, Utrecht Law Review 2011/7, S. 117 (122); *MacCormick/Summers*, Interpretation and Justification, in *dies.* (Hrsg.), Interpreting Statutes, 1991, S. 535.

120 *Le Bon*, Psychologie der Massen, 1964, S. 10; *Reitwald*, Vom Geist der Massen, 1946, S. 16; *Kostas*, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 42 mwN.; *Akram*, British Journal of Criminology 2014/54, S. 375 (379) mwN.; *Pečarič*, German Law Journal 2023, S. 1 (3 ff.). Die von *Le Bon* postulierte Existenz einer »Massenseele« wurde als psychologisches Phänomen in der Folgezeit jedoch bestritten, siehe *Hofstätter*, Gruppendynamik – Die Kritik der Massenpsychologie, 1957; *Stock*, Die Neugestaltung der Delikte gegen die öffentliche Ordnung durch das 3. Strafrechtsreformgesetz, 1979, S. 60 ff. mwN. Die Kritik zusammenfassend *Maurach/Schroeder/Maivald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, 2012, § 60 Rn. 15; *Krauß*, in: LK-StGB 2021, § 125 Rn. 14; *Jäger*, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985, S. 15.

121 Den massenpsychologischen Annahmen wird teilweise entgegengehalten, dass sie das Kollektivgeschehen vereinheitlichen, statt das Individuum und die individuellen Verhaltensänderungen unter dem Einfluss der Massenphänomene in den Vordergrund der Untersuchung zu stellen, siehe *Jäger*, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985, S. 14. Zusammenfassend *Krauß*, in: LK-StGB 2021, § 125 Rn. 14. Siehe auch *Kaminski*, University of Cincinnati Law Review 2012/81, S. 1 (72); *Schweingruber/Wohlstein*, Teaching Sociology 2005/33, S. 136 ff.

122 *Tiedemann*, JZ 1968, S. 762; *Schild*, GA 1982, S. 69 ff. und *Kostas*, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 42 ff. jeweils m.N. zur massenpsychologischen Literatur. Kursivschrift hinzugefügt.

von *Macht und Superiorität*.¹²³ Der einzelne Mensch verliert nicht nur die Angst vor Strafe,¹²⁴ sondern erfährt auch ein übersteigertes Kraftgefühl¹²⁵ und begeht Taten, die er als Einzelner möglicherweise nie riskieren würde.¹²⁶ Zu diesen Taten wird er, drittens, aufgrund der *Suggestionwirkung der Gruppe* geradezu ermutigt,¹²⁷ was eine kürzlich veröffentlichte empirische Studie bestätigt.¹²⁸ Gruppendynamische Prozesse führen über den Abbau von Hemmschwellen bis zur »Gleichschaltung von Motivationen im Sinne einer psychischen Solidarisierung«. ¹²⁹ Dabei ist es insbesondere die Anwesenheit anderer, die steuernd und kontrollierend auf das Handeln des Einzelnen wirkt.¹³⁰ Viertens existieren erhebliche *Beweisschwierigkeiten*, wenn festgestellt werden soll, wer aus einer Gruppe heraus gewalttätig geworden ist und wer lediglich dabei war.¹³¹ Handlungen aus einer Gruppe heraus können schwer Einzelpersonen zugeordnet werden.¹³² Die Anonymität der Gruppe erhöht also die Wahrscheinlichkeit der Straflosgigkeit, was letztlich auch ein Grund für den Verlust der Selbstverantwortung ist, da sich der Einzelne von dem Gefühl leiten lassen kann, dass er einer von vielen ist, den man nur schwer auffinden kann.¹³³

123 *Kostasas*, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 44; vgl. auch *Meyer*, GA 2000, S. 459 (468); *Krauß*, in: LK-StGB 2021, § 125 Rn. 14, Kursivschrift hinzugefügt.

124 *Kostasas*, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 49.

125 *Ostendorf*, in: AK-StGB, 1986, § 125 Rn. 1.

126 *Hilgendorf*, § 44: Delikte gegen den Gemeinschaftsfrieden und den religiösen Frieden, insbesondere Bildung friedensgefährdender Vereinigungen, in: *Arzt/Weber/Heinrich/ders.* (Hrsg.), Strafrecht Besonderer Teil, 2021, § 44 Rn. 6.

127 *Le Bon*, Psychologie der Massen, 1964, S. 104-105; *Baker*, Safer Communities 2012/11, S. 40 (41); *Stock*, Die Neugestaltung der Delikte gegen die öffentliche Ordnung durch das 3. Strafrechtsreformgesetz, 1979, S. 60 ff.; *Maurach/Schroeder/Matwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, 2012, § 60 Rn. 16. Kursivschrift hinzugefügt.

128 *Kane/van Swol/Sarmiento-Lawrence*, Computers in Human Behavior 2023/139, Advance Article.

129 *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 125 Rn. 14; *Sonnen*, JA 1982, S. 566 (567); *Starke/Stein*, JR 1984, S. 97 (98); *Streng*, Jura 1995, S. 182 (189).

130 *Stock*, Die Neugestaltung der Delikte gegen die öffentliche Ordnung durch das 3. Strafrechtsreformgesetz, 1979, S. 61. Kursivschrift hinzugefügt.

131 *Hilgendorf*, § 44: Delikte gegen den Gemeinschaftsfrieden und den religiösen Frieden, insbesondere Bildung friedensgefährdender Vereinigungen, in: *Arzt/Weber/Heinrich/ders.* (Hrsg.), Strafrecht Besonderer Teil, 2021, § 44 Rn. 6. Kursivschrift hinzugefügt.

132 Aml. Begründung zu E 62, BR-Drucks. 200/62, 467.

133 *Baker*, Safer Communities 2012/11, S. 40 (41); *Kostasas*, Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, 1982, S. 44, 49.

Letztlich wird schon bei einer soziologischen Betrachtung von Gruppen der Streit ausgetragen, der dann in die Zurechnungsfragen hineingetragen wird: Kann die Gruppe als Ganzes einheitlich angesehen und behandelt werden? Eine Gruppe mit einer eigenen Seele und einem eigenen Geist quasi.¹³⁴ Oder ist es eine Überbetonung der Gruppendynamik¹³⁵ und die besteht lediglich aus den Handlungen und Gedanken ihrer Mitglieder?

b) Funktionales Strafrecht, Sicherheitsstrafrecht, Tatstrafrecht

Die Verantwortungszuschreibung innerhalb von Gruppen folgt, stark vereinfacht, zwei Hauptkriterien: Auf der einen Seite stehen Förderung und Zurechnung, die wir im Folgenden ontologische Kriterien nennen. Auf der anderen Seite Gefährlichkeit und Risiko, also funktionale Kriterien.

Ihren Ursprung haben diese Kriterien in der Verbrechenslehre und – noch allgemeiner – der Frage, was überhaupt eine Handlung ist.¹³⁶ Gehen wir von einer sozialen Handlungslehre aus, müssen Verbrechen und Strafe die gesellschaftliche Reaktion auf Normwidersprüche

134 *Le Bon*, *Psychologie der Massen*, 1964, S. 4: »Whoever be the individuals that compose it, however like or unlike be their mode of life, their occupations, their character, or their intelligence, the fact that they have been transformed into a crowd puts them in possession of a sort of collective mind which makes them feel, think and act in a manner quite different from that in which individual of them would feel think and act were he in a state of isolation«. S.a. *Akram*, *British Journal of Criminology* 2014/54, S. 375 (378); *Baker*, *Safer Communities* 2012/11, S. 40 (41).

135 So die Kritik, *Allport*, *Social Psychology*, 1924, S. 295; *Hofstätter*, *Gruppendynamik. Die Kritik der Massenpsychologie*, 1957; *Stock*, *Die Neugestaltung der Delikte gegen die öffentliche Ordnung durch das 3. Strafrechtsreformgesetz*, 1979, S. 60 ff. mwN. Eine wertvolle Zusammenfassung bieten *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2*, 2012, § 60 Fn. 15; *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 125 Rn. 14; *Jäger*, *Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens*, 1985, S. 15; *Akram*, *British Journal of Criminology* 2014/54, S. 375 (379); *May*, *The Morality of Groups: Collective Responsibility, Group-Based Harm, and Corporate Rights*, 1987, S. 36 ([W] hat evidence is there for thinking that the Paris mob did take on a will of its own, in which each of the members of the mob had their wills subordinated to the common will? Since there was no decision-making structure, and since no votes were taken, it is quite difficult to show that each and every person in the mob had decided to subordinate his or her will to the larger will.).

136 Es ist umstritten, ob und inwieweit der Handlungsbegriff Ausgangspunkt sein kann für die Verbrechenslehre bzw. Straftatmerkmale, s. den historischen Überblick bei *Schmidhäuser*, *Begehung, Handlung und Unterlassen im Strafrecht*, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 131 (137 ff.); s. auch *Baumann*, *Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?*, in ebd., S. 181 ff. Dafür stellv. *Jescheck*, in: LK-StGB, 10. Aufl. 1985, Vor § 13 Rdn. 22; *Zabel*, *Die Ordnung des Strafrechts*, 2017, S. 554 ff. Dagegen jedoch *Walter*, in: *Leipziger Kommentar, StGB*, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rdn. 28 und *ders.*, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, S. 25 ff.

im Blick haben.¹³⁷ Das Strafrecht folgt danach den funktionalen Bedürfnissen einer Gesellschaft. Die ontologische Sicht ist weniger zielorientiert:¹³⁸ Was strafbare Handlungen in Gruppen sind, richtet sich nach vorrechtlichen Gesichtspunkten¹³⁹ und nicht nach normativer gesellschaftlicher Zuschreibung.

Das mag alles sehr theoretisch klingen, es ist aber eine der Kernfragen dieses Beitrags: Ist das Verhalten innerhalb einer kriminellen Vereinigung strafbar, weil es eine Rechtsverletzung an sich ist oder weil wir ihm Gefährlichkeit etc. zuschreiben? Gehen wir bei der Feststellung, was eine Bande, eine kriminelle Vereinigung, eine Verbrechensverabredung usw. ist, vom Begriff aus oder von Wertungen und Interessen?

Vereinfachungen verbieten sich hier und damit ist der Kritik an Gruppenseele zuzugeben, dass solche Auffassungen das Individualverhalten vernachlässigen¹⁴⁰ sowie neuere Erkenntnisse zu Gewaltverhalten innerhalb von Gruppen unberücksichtigt lassen.¹⁴¹ Die Irrationalität und Zufälligkeit innerhalb von Gruppen, die rasend schnell in Handlungen und somit auch Straftaten umschlagen können, ist jedoch kaum von der Hand zu weisen.¹⁴²

Was die gruppentypischen Gefahren anbelangt, ist § 129 StGB janusköpfig: Restriktiv blickt es zurück und versucht, Beweisschwierigkeiten dadurch auszugleichen, dass eine Beteiligung an Straftaten weit gefasst wird; präventiv blickt es nach vorn und will die Begehung zukünftiger Straftaten verhindern.¹⁴³ Aus Sicht eines Kollektivrechts-

137 S. stellv.: *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1991, 1/11.

138 *Lampe*, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (84).

139 *Radbruch*, Rechtsidee und Rechtsstoff, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 5 (11): „Die Urstoffe des Strafrechts sind mittels sozialer Begriffe vorgeformte Gegebenheiten“.

140 *Jäger*, Individuelle Zurechnung kollektiven Verhaltens, 1985, S. 14. Zusammenfassend *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 125 Rn. 14. S.a. *Kaminski*, University of Cincinnati Law Review, 2012/81, S. 1 (72); *Schweingruber/Wohlstein*, Teaching Sociology 2005/33, S. 136 ff.

141 *Streng*, Jura 1995, S. 182 mwN.; *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 125 Rn. 17 mwN. Andere Ansätze konzentrierten sich auf die soziologische bzw. politikwissenschaftliche Perspektive (*Smelser*, Theory of Collective Behaviour, 1962; *Gurr*, Rogues, Rebels and Reformers: A Political History of Urban Crime and Conflict, 1976). S.a. *Newburn*, British Journal of Criminology (2015/55, S. 39 (48).

142 *Newburn*, British Journal of Criminology (2015/55, S. 39 (48); *Baker*, Safer Communities 2012/11, S. 40 (42); *Burns*, Scientific American v. 16.8.2011, <https://blogs.scientificamerican.com/guest-blog/pseudoscience-and-the-london-riots-folk-psychology-run-amok/> <18.12.2023>.

143 Vgl. *Schröder*, in: FS Lackner, 2018, S. 673.

guts kommt wie bei allen Gruppendelikten der öffentlichen Sicherheit und sogar dem Sicherheitsgefühl eine entscheidende Bedeutung zu.¹⁴⁴

aa) Funktionale und ontologische Kriterien in Gruppenzusammenhängen

Richtet sich die Strafbarkeit von Verhalten in Gruppenzusammenhängen nach funktionalen Kriterien, ist das Merkmal der *Gefährlichkeit* die treibende Kriminalisierungskraft. Natürlich drängt sich sofort die Frage auf: Was muss denn gefährdet sein? Rechtsgüter, Rechtsinteressen, gesellschaftliche Interessen, die Gesellschaft im Allgemeinen? Die Frage soll uns hier aber aus Platzgründen nicht weiter interessieren.

Gefährlichkeit heißt Gefahrenabwehr, was wiederum konkret zur Folge hat,

- dass die Strafbarkeit in das Vorfeld der Begehung verlagert wird.¹⁴⁵
- dass *Verantwortungszuschreibung* über das tatsächlich schuldhaft Verhalten dominiert.¹⁴⁶
- dass die Gefährlichkeit der Gruppe im Vordergrund steht.
- dass jedes Verhalten strafbar ist, das die Gefährlichkeit der Gruppe erhöht oder sogar nur erhöhen kann.
- dass Strafbarkeitserwägungen stark folgenorientiert sind und auf sozialen, psychologischen und empirischen Gesichtspunkten beruhen, die in die Gefährlichkeitsprognose einfließen.

Beispiel ist die Verbrechensverabredung, nach der sich jemand strafbar macht, der sich bereit erklärt, ein Verbrechen zu begehen.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Dazu ausführlich am Beispiel des Landfriedensbruchs *Heinze*, StV 2022, S. 535-540.

¹⁴⁵ S. zB *Rudolphi*, ZRP 1979/12, S. 214 (216); *Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, S. 25 ff.; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 567 f.; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 5; *Ostendorf*, in: NK-StGB, 2017, § 129 Rn. 5.

¹⁴⁶ *Lampe*, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (92): »Das personale Unrechtselement, die Fähigkeit zur Willensbildung, wird bei der natürlichen Person als *Handlungsvermögen* bezeichnet. Gemeint ist die mentale, voluntative und physische Fähigkeit der natürlichen Person, in die Realität einzugreifen, indem sie einen Kausalverlauf anstößt (,kausale Handlungslehre') und ihn auf ein Ziel hin- oder von ihm weglenkt (,finale Handlungslehre'). Während über das Erfordernis grundsätzlich Einigkeit besteht, ist umstritten, ob es in jedem Einzelfall vorhanden sein muß oder ob genügt, daß eine ,Normalperson' es ,standardmäßig' besitzt und es dann der individuellen Person ,normativ zugerechnet' werden kann. Die letztgenannte Auffassung liegt der sozialen Handlungslehre zugrunde.«, Herv. im Original; s.a. *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 315.

¹⁴⁷ *Puschke*, HRRS 2019/10, S. 346–351. Zuletzt BGH (6. Strafsenat), Urt. v. 29.11.2023 – 6 StR 179/23.

Ein System »der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen« muss § 30 Abs. 2 StGB berücksichtigen – zumindest gehört es nach hM. zum Abschnitt »Täterschaft und Teilnahme«.¹⁴⁸

Das Willenselement überwiegt hier zulasten organisatorischer Elemente, weil solche Gruppen oftmals kleiner sind als kriminelle Vereinigungen und auch schlechter organisiert. Die anglo-amerikanische Schwester der Verbrechensverabredung ist die sogenannte *conspiracy*.¹⁴⁹ Ihre Elemente verdeutlichen das starke Willenselement zu Lasten der organisatorischen Elemente: *Conspiracy* ist, frei übersetzt, die gemeinsame ausdrückliche oder konkludente Absprache zwischen mindestens zwei Personen zur Begehung von Straftaten.¹⁵⁰ Hinsichtlich des Willenselements ist also erforderlich, dass die Personen sowohl das Zusammenwirken als auch die anvisierte(n) Tat(en) in Ihren Willen aufgenommen haben.¹⁵¹

Für sich genommen ist die bloße Absprache zum Begehen von Verbrechen noch kein Strafunrecht, ebenso wenig die technische Vorbereitung.¹⁵² *Noch* fehlt dem Abspracheelement die Verbindlichkeit, um in das Versuchsstadium zu münden; damit steht das Handeln *noch* in keinem Normwiderspruch.¹⁵³ Es geht also um eine rein funktionale Begründung der Kriminalisierung, mithin die Gefährlichkeit eines zumindest angestrebten Zusammenwirkens mehrerer Personen.¹⁵⁴ Die konzeptionelle Nähe zu den §§ 129 ff. StGB ist unverkennbar, was unter anderem daran liegt, dass auch § 30 StGB seine Wurzeln im politischen Strafrecht und Staatsschutzrecht hat.¹⁵⁵

148 Schünemann/Greco, in: LK-StGB, 2021, § 30 Rn. 2.

149 Beide Institute vergleichend Sieber, NSTZ 2009, S. 361; Eidam, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 34; Cornford/Petzsch, Terrorism Offences, in: Ambos/Duff/Roberts/Weigend/Heinze (Hrsg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, 2019, S. 178; Bock/Stark, Preparatory Offences, in: Ambos/Duff/Roberts/Weigend/Heinze (Hrsg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, 2019, S. 59 ff.

150 »An express or implied agreement between two or more people to commit a crime or to accomplish a legal act through unlawful means«, Ferzan, Arizona State Law Journal 2017/53, S. 454 (456).

151 »[T]hat the co-conspirators intend to agree and that they intend the achievement of the object of the conspiracy«, Ferzan, Arizona State Law Journal 2017/53, S. 454 (456).

152 Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 545.

153 Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 545.

154 BGH NSTZ 2015, S. 455 (456).

155 Eidam, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 29.

Ontologische Kriterien stützen, im Gegensatz dazu, ein Tatstrafrecht, was konkret zur Folge hat,

- dass Personen für begangenes Unrecht bestraft werden und nicht dafür, dass andere mit ihrer an sich legalen Handlung Straftaten begehen könnten;¹⁵⁶
- dass das Verhalten des einzelnen Gruppenmitglieds im Vordergrund steht (und nicht die Gefährlichkeit der Gruppe);
- dass eine bestimmte Beteiligung(-srolle) an einer Straftat zugeordnet wird.¹⁵⁷

Um einige Beispiele zu nennen:

Teilnahme, §§ 26 und 27 StGB

Bei der Anstiftung (§ 26 StGB) und psychischen Beihilfe (§ 27 StGB) geht es nach herrschender Ansicht um Verursachung, also die (kausale) Einwirkung auf den Täterwillen.¹⁵⁸ Dies ist ein ontologisches Kriterium. Irgendeine geistige Beeinflussung ist nicht ausreichend; »sondern eine Beeinflussung dahingehend, daß die Tat stattfinden soll«. ¹⁵⁹ Zwischen dem Vorsatz des Angestifteten und der Kommunikation des Anstifters muss ein Zurechnungsband geknüpft sein.¹⁶⁰

Abgrenzung Täterschaft – Teilnahme

Tatherrschaft ist ein ontologisches Kriterium.

Unterlassen

Das Merkmal der Kontrolle und Kontrollmöglichkeit ist ein ontologisches Kriterium im Rahmen der Garantenpflicht.¹⁶¹

¹⁵⁶ Siehe auch *Jaconelli*, *Criminal Law and Philosophy* 12 (2018), S. 245-265, 250; *Baker*, *Reinterpreting Criminal Complicity and Inchoate Participation Offences*, 2016, S. 219: »Generally, people should be punished for their past wrongdoing and harm-doing, not for what others might have done with their assistance or because of their encouragement«.

¹⁵⁷ *Momsen/Washington*, *ZIS* 2019, S. 182 (183).

¹⁵⁸ *Lampe*, in: *FS Hirsch*, 2011, S. 83 (88); cf. *Eisele*, § 26 Teilnahme, in: *Baumann/Weber/Mitsch/ders.* (Hsrg.), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2021, § 26 Rn. 3 ff.; *Ku@hl*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2017, § 20 Rn. 130 ff.

¹⁵⁹ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1991, 22/22.

¹⁶⁰ *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1991, 22/22.

¹⁶¹ A.A. *Metz*, *Philosophical Issues* 33 (2023), 170 ff.

Auch § 30 Abs. 1 wohnt ein ontologisches Element inne:

Das ontologische Moment ist im Ingangsetzen eines Kausalverlaufs¹⁶² zu sehen – der 1. Strafsenat des BGH (inhaltlich allerdings zum Rücktritt vom Versuch der Beteiligung, § 31 StGB):

»Wer einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert, setzt damit in jedem Falle Kräfte in Richtung auf das angegriffene Rechtsgut in Bewegung, über die er – darin sogar abweichend von Versuchshandlungen, die ein Alleintäter unternimmt – nicht mehr die volle Herrschaft behält.«¹⁶³

Wie wir später noch sehen werden: Der Alternativ-Entwurf zu § 30 Abs. 2 StGB legte den Schwerpunkt auf die Ingangsetzung eines unbeherrschbar weiterwirkenden Kausalverlaufs.¹⁶⁴

bb) Zurechnung innerhalb von Gruppen

Dass sich eine Kurzdarstellung des Zurechnungsparadigmas in Gruppen in Vereinfachungen flüchten muss, versteht sich von selbst. Wir orientieren uns an der umfangreichen Systematisierung durch Eidam¹⁶⁵ und unterscheiden Zurechnung durch bloße Beteiligung, Zurechnung als Einheitstäter und Akzessorietätsmodell.

Um die Zurechnung durch bloße Beteiligung geht es in diesem Beitrag, also z.B. § 129 StGB. Für diese Zurechnung spielen die tatsächlich begangenen Straftaten nur eine mittelbare Rolle. Ein Beispiel ist die Verbrechensverabredung nach § 30 Abs. 2 StGB – ein Verhalten ist bereits bei entsprechender Verabredung strafbar, zu einer Tat muss es nicht gekommen sein. Eidam konstruiert hier eigens ein »Konspirationsmodell«,¹⁶⁶ was für unsere Zwecke tautologisch wäre, denn als solches ist es schon oben bei der Gruppendarstellung genannt.

Bei der Zurechnung als Einheitstäter spielen die Haupttaten eine größere Rolle als bei der Zurechnung durch bloße Beteiligung, weshalb wir beide Zurechnungsarten trennen, während Eidam bei der Zurechnung durch bloße Beteiligung auch § 125 StGB nennt.¹⁶⁷

¹⁶² *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021, § 30 Rn. 4.

¹⁶³ BGHSt 1, 305, 309.

¹⁶⁴ Dazu auch *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021, § 30 Rn. 9.

¹⁶⁵ *Eidam*, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, S. 283 ff.

¹⁶⁶ *Eidam*, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, S. 322.

¹⁶⁷ *Eidam*, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, S. 319.

Beispiel Landfriedensbruch: Im Rahmen des § 125 StGB wird nicht zwischen dem Täter einer Gewalttätigkeit oder Bedrohung und dem bloßen Teilnehmer, also dem Anstifter oder Gehilfen, unterschieden,¹⁶⁸ stattdessen wird jeder Beteiligte, der einen *ursächlichen* Beitrag zur Tatbestandsverwirklichung geleistet hat, ohne Rücksicht auf die sachliche Qualität seines Beitrages als Täter angesehen.¹⁶⁹ *Im Einheitstätersystem kommt es also entscheidend auf die Kausalität des Handelns für einen bestimmten Erfolg an.*¹⁷⁰ Der Unterschied zur Zurechnung durch bloße Beteiligung ist ein ontologischer: Das Ursächlichkeitskriterium erstarkt. Die unterbliebene Differenzierung zwischen dem Täter- und Teilnehmerbeitrag wird jedoch im Rahmen der Strafzumessung ausgeglichen.¹⁷¹ Auch in § 129 StGB kann ein Einheitstätersystem gelesen werden,¹⁷² denn letztlich bedeutet Zurechnung durch bloße Teilnahme die Auflösung der Teilnahmelehre.

Zentral im deutschen Beteiligungssystem ist das Akzessorietätsmodell, das letztlich über Ursächlichkeits- und Förderungskriterien die Zurechnung konstruiert, wortgewaltig umschrieben durch Eidam: »Die offensichtlichsste und im Übrigen auch weitreichendste Berührung des Organisationsgedankens im Strafrecht mit dem Akzessorietätsmodell erfolgt über eine kettenartige Verlängerung von Anstiftung und Beihilfe, über die die Fangarme dieser beiden Institute mitunter tief in die Strukturen einer Organisation hinein verlängert werden können, um dort etwaige Teilnahmestrafbarkeiten dingfest zu machen.«¹⁷³ Dieses Modell speist sich aus seinen ontologischen Elementen.

c) Die sozialen Verhältnisse (Rollen) innerhalb einer Gruppe und organisatorische Zurechnung

Auch die sozialen Verhältnisse innerhalb von Gruppen können strafrechtlich relevant werden. Beispiele sind

168 *Feilcke*, in: MüKo-StGB, 2021, § 125 Rn. 28.

169 Einen Überblick über den Einheitstätersystembegriff liefern *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2002/2004, S. 543 ff. und *Maiwald*, in: FS Bockelmann, 1979, S. 343 ff.

170 *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 1174. Dazu organisationsphilosophisch *Collins*, Organizations as Wrongoers: From Ontology to Morality, 2023, S. 30 f.

171 *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 1175; *Kienapfel*, JuS 1974, S. 1 (7).

172 So *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 320.

173 *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 325.

- der *Unrechtspakt*¹⁷⁴ bei der Anstiftung für Fälle der Abstiftung,¹⁷⁵
- die *funktionelle Tatherrschaft*, die die Rolle des Bandenchefs innerhalb der Bande stärker in den Blick nimmt,¹⁷⁶
- die *Organisationsherrschaft*,¹⁷⁷
- die *command responsibility* im Völkerstrafrecht.

Die Rollen von Personen innerhalb einer Gruppe können über verschiedene ›organisatorische‹ Zurechnungsmodelle relevant werden: z.B. die Strafbarkeit von Entscheidungsträgern innerhalb einer Organisation.¹⁷⁸ Konkurrenzrechtlich spielen solche Rollen (zB die des Hintermanns, der mehrere Betrügereien veranlasst) schließlich beim sog. uneigentlichen Organisationsdelikt eine Rolle.¹⁷⁹

2. Zwischenergebnis

Insgesamt können wir damit festhalten, dass das vom BGH heraufbeschworene System »der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen« ontologische und funktionale Elemente kombiniert und letztere eine Zurechnung allein durch Beteiligung zulassen. Mit § 30 Abs. 2 StGB sowie dem Einheitstätergedanken stellt dieses System sogar einige Säulen der tatbestandlichen Ausgestaltung der §§ 129 StGB. Die Nähe von § 30 Abs. 2 zu den §§ 129 ff. StGB ist hinlänglich bekannt.¹⁸⁰ Resultat sind – rechtsstaatlich bedenklich¹⁸¹ – Strafausdehnung und Vorverlagerung; Zweck sind funktionale Erwägungen im Sinne der Prävention (Sicherheitsstrafrecht), Ziel ist die Neutralisierung der

174 *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, 2023, § 23 Rn. 9, § 25 Rn. 3 ff.; *dies.*, GA 1984, S. 113; *dies.*, NSTZ 2006, S. 424; *dies.*, GA 2013, S. 517 ff.

175 *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021, § 26 Rn. 28.

176 *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2022, Rn. 1228; *Baumann at al.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2016, § 29 Rn. 83; Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1996, § 63 III 1; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2016 § 20 Rn. 110 ff.

177 *Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. 1, 2021, S. 142.

178 *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 327.

179 Näher *Haas*, Bedeutung und Funktion des sogenannten Organisationsdelikts, in: *Bülte/Dölling/ders./Schuhr* (Hrsg.), Strafrecht in Deutschland und Europa, 2023, S. 17 ff.; Reichenbach, JURA 2016, S. 139 ff.

180 S. stellv. *Gundelach*, StV 2018, S. 110.

181 Der Makel der rechtsstaatlichen Bedenklichkeit lastete der Strafnorm der Bildung etc. einer kriminellen Vereinigung seit je her an, vgl. *Felske*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen, 2002, S. 120 ff.

gruppensoziologischen Elemente wie oben genannt. Auch die (sozialen) Rollen von Personen innerhalb einer Organisation bzw. einer Gruppe können bei Fragen von Täterschaft und Teilnahme eine Rolle spielen. So drängt sich die fast schon banale Erkenntnis auf, dass es *das* System der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen nicht gibt.

Die Argumentation des BGH ist, stark vereinfacht, diese: Wer eine Straftat als Mitglied einer Bande begeht, ist strafbar wegen Begehung dieser Straftat – seine Bandenmitgliedschaft ist nur ein Qualifikationstatbestand oder als Regelbeispiel Strafzumessungsmerkmal. Wer aber eine Straftat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung begeht, begeht neben der Straftat noch die zusätzliche Tat der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung. Der Begriff der kriminellen Vereinigung könne daher den der Bande nicht umfassen. Abstrakt formuliert: Eine Begriffsbestimmung von Bande und krimineller Vereinigung müsse berücksichtigen, dass ›Bande‹ (u.a.) ein Qualifikationsmerkmal ist und ›kriminelle Vereinigung‹ ein Unrechtstypus. Zwingend ist diese Argumentation nicht. Sie ist schlicht dem Umstand geschuldet, dass der Begriff der kriminellen Vereinigung, wie oben geschildert,¹⁸² beinahe tatbestandsidentisch ist. Mit anderen Worten: Wer den Begriff definiert, lege automatisch dessen Tatbestandsmerkmale fest.

Außerdem ist mit der Begriffsdefinition noch keine Zurechnungsfrage beantwortet.¹⁸³ Selbst bei weiter Auslegung des Begriffs ›kriminelle Vereinigung‹ unter Einbeziehung des Bandenbegriffs ist noch keine Entscheidung über die Frage gefallen, welches Zurech-

182 S. oben III. 1. und 2.

183 St. Rspr., zuletzt BGH Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20 (OLG München), NStZ 2021, S. 663 Rn. 49: »Werden Taten aus einer terroristischen Vereinigung heraus begangen, können sie dem einzelnen Vereinigungsmitglied nicht allein aufgrund dessen Zugehörigkeit zu der Organisation als eigene zugerechnet werden. Vielmehr ist für jede Tat nach den allgemeinen Kriterien zu prüfen, inwieweit sich das betreffende Mitglied daran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe beteiligt oder ob es insoweit keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet hat«.

nungsmodell favorisiert wird.¹⁸⁴ Hätte der BGH seine eigene Einordnung des Bandenmerkmals als Strafschärfungsgrund ernst genommen, hätte er die Frage des Bandenbegriffs aber aus der Analyse des Beteiligungssystems ohnehin ausschließen müssen, denn die Bandenzugehörigkeit ist dann gar keine Zurechnungsfigur.¹⁸⁵ So ergibt sich ein Bild, das die Bandenbegriffsdebatte seither prägt: je nach Argumentationswunsch wird er in die Kleider eine Zurechnungsfigur oder eines bloßen Strafschärfungsgrundes gehüllt.¹⁸⁶

V.

BEGRIFFSPHILOSOPHISCHER TEIL:

FÜR EINE ONTOLOGISCHE BEGRIFFSBILDUNG BEI § 129 STGB

Messen wir die Merkmale von Gruppenkriminalität am Maßstab funktional vs. ontologisch, so zeigt sich die Ambivalenz beider Kriterien: Natürlich können die Organisation einer Gruppe, deren Ziel und Zusammenschluss sowohl funktional als auch ontologisch gefärbt sein. Die Gesellschaft kann schlicht normativ festlegen, welchen Kriterien sie welches Gewicht gibt. Eine solche utilitaristische Sichtweise¹⁸⁷ wird über kurz oder lang zur Überkriminalisierung führen. Diesen Vorwurf muss sich die ontologische Sichtweise nicht gefallen lassen: Organisation, Ziel und Zusammenschluss – beispielhaft genannt – spielen hier nur eine Rolle bei der Bestimmung des Unrechts der Handlung Einzelner und einer möglichen Zurechnung anderer Handlungen. Dafür aber steht der Vorwurf der Zirkularität im

184 Allgemein zu Personenzusammenschlüssen s. BGH Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, BGHSt 61, S. 252 Rn. 18: »Wird die Tat aus einem Personenzusammenschluss – etwa einer Bande oder einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung – heraus begangen, so kann sie dem einzelnen Banden- oder Vereinigungsmitglied nicht allein aufgrund der von ihm getroffenen Bandenabrede oder seiner Zugehörigkeit zu der Vereinigung als eigene zugerechnet werden; es ist vielmehr hinsichtlich jeder Tat nach den allgemeinen Kriterien zu prüfen, ob sich das betreffende Mitglied daran als Mittäter (§ 25 II StGB), Anstifter (§ 26 StGB) oder Gehilfe (§ 27 StGB) beteiligt bzw. gegebenenfalls insoweit überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet hat«. S.a. BGH Urt. v. 17.10.2019 – 3 StR 521/18, NJW 2020, S. 1080 Rn. 21; Beschl. v. 23.1.2020 – 3 StR 27/19, juris Rn. 10.

185 *Altenhain*, ZStW 113 (2001), S. 112 (118).

186 *Altenhain*, ZStW 113 (2001), S. 112 (118): »Es sollte sich aber bald zeigen, daß der Gesetzgeber durch seinen Fehler den Anstoß zu einer Auslegung gab, die seiner Intention, das Bandendelikt seiner Beteiligungskonzeption anzupassen, zuwiderlief«.

187 *Lampe*, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (85).

Raum: die Handlung eines Gruppenmitglieds ist dann strafbar, wenn sie Unrecht ist (was wiederum bei einer Strafbarkeit der Fall ist).¹⁸⁸

1. Rechtsfindende Begriffsbildung

Aus diesem Grund ist für die Unrechtsfeststellung schon früh die Gruppe selbst in den Fokus gerückt. Zu weitgehend ist dabei die Vorstellung, die Gruppe sei eine eigene Unrechtsperson.¹⁸⁹ Was die Fokussierung auf die Gruppe aber mit sich bringt, ist eine ehrlichere Begriffsanalyse, die idealerweise zu besserer Rechtsbegriffsbildung (*rechtsfindender Begriffsbildung*)¹⁹⁰ führt. Denn wie schon Eidam zu Recht feststellte: »Man meint zu wissen, wovon man spricht, wenn man terminologisch den Begriff der Vereinigung verwendet, muss jedoch konstatieren, dass die semantischen Inhalte hier nicht nur aktuell, sondern auch im Wege der juristischen Begriffsgenese alles andere als klar sind bzw. waren.«¹⁹¹ Das Problem dahinter ist ein tiefgehendes und im Strafrecht allzu bekannt: Wir grenzen Begriffe voneinander ab, indem wir Tatbestandsmerkmale subsumieren. Wir wollen wissen, was eine Mittäterschaft von einer Vereinigung, einer Bande, einer Menschenmenge usw. unterscheidet, indem wir die in Staatsschutz und Gefährlichkeit getränkten Tatbestandsmerkmale von § 25 II, § 129, § 244, § 125 StGB aussondern. Das kann nicht funktionieren, ist aber gängig, seit die Begriffsjurisprudenz in die Schmutzdecke gerückt worden ist und die Interessen- und Wertungsjurisprudenz die Wahl zur Königin auf dem rechtsmethodischen Abschlussball gewonnen hat. Mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsprinzips natürlich, das auf diesem Abschlussball nur in Begleitung der funktionalen Handlungslehre auftritt. Das Problem darin ist seine Inkonsequenz: Die Ablehnung von Begriffsjurisprudenz wird gepaart mit der der Jurisprudenz typischerweise innewohnenden Begründung von (Begriffs-)Definitionen, die wiederum eine Nähe zur Begriffsjurisprudenz aufweist.¹⁹²

188 Ebenso *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 39.

189 *Montenegro*, GA 2019, S 489–505. S. dazu ausführlich *Collins*, Organizations as Wrongdoers: From Ontology to Morality, 2023.

190 *Schild*, Die ›Merkmale‹ der Straftat und ihres Begriffs, 1979, S. 36; *Schünemann*, Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges, 2020, S. 44.

191 *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 39.

192 *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (17 f.). S. auch schon oben Fn. 58 f. mit Haupttext.

Normen sind keine Begriffe, Begriffe können aber Normen sein.¹⁹³ Der Begriffsjurisprudenz wurde vorgeworfen, dass sie die Lösung rechtlicher Fallgestaltungen über eine Begriffs-Induktion anstrebe¹⁹⁴ – beispielhaft ersetzt also die Verortung des Begriffs ›Bandendiebstahl‹ in einem Begriffssystem die Subsumtion unter §§ 242, 244 StGB.¹⁹⁵ Begriffe werden damit zu ›Bausteinen‹, die auf- oder abgeschichtet werden, um zu einer Falllösung zu gelangen. So antiquiert diese Methode auch anmuten mag, ihr Grundgedanke spielt implizit zumindest dann weiterhin eine Rolle, wenn es nicht Rechtsbegriffe, sondern Rechtssachverhalte sind, die deduziert werden sollen. Denn wie wir später noch sehen werden,¹⁹⁶ kommt es bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter die Rechtsnorm durchaus auf Begriffsbildung und -abgrenzung an – zum Beispiel bei der Abgrenzung zwischen Bande, krimineller Vereinigung und Mittäterschaft. Unter Entledigung der Dämonisierung einer Begriffsjurisprudenz oder unter Zuhilfenahme der »Natur der Sache«¹⁹⁷ erscheint die Abgrenzung von Begriffen zur Lösung von Rechtsfragen naheliegend. Nichts anderes strebt die Allgemeine Rechtslehre an, über die Radbruch sagte, sie sei »das jetzt erst ausgebaute höchste Stockwerk der positiven Rechtswissenschaft, der die Aufgabe gesetzt wird, die mehreren Rechtsdisziplinen gemeinsamen allgemeinsten Rechtsbegriffe zu untersuchen, vielleicht auch über die nationale Rechtsordnung sich erhebend, die verwandten Rechtsbegriffe verschiedener Rechtsordnungen vergleichend darzustellen, ja, über das Rechtsgebiet überhaupt hinausschreitend, seine Beziehungen zu anderen Kulturgebieten zu erforschen«.¹⁹⁸

193 Röhrl/Röhrl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 69.

194 Laut Schröder ist es eine »unvollständige Induktion, indem etwa aus den röm. Regeln über den Irrtum beim Kauf das allgemeinere Prinzip entwickelt wird, dass ein beachtlicher Irrtum jede Willenserklärung nichtig macht. Solche unvollständigen Induktionsschlüsse sind an sich logisch ungültig - ein Problem, vor dem bekanntlich nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern alle empirischen Wissenschaften stehen.«, Schröder, Begriffsjurisprudenz, in: Cordes/Lüick/Werkmüller/Schmidt-Wiegand (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 1, 2008, S. 501.

195 Vgl. Röhrl/Röhrl, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 69 f.

196 Unten VII.

197 Unten V.

198 Radbruch, Rechtsphilosophie – Studienausgabe, 2003, S. 27.

2. Ontologische und teleologische Begriffsbildung im Zusammenspiel

Wenn es aber um Begriffsabgrenzungen geht (nichts anderes bedeutet: Definition), ist eine Rückbesinnung auf Begriffsmerkmale und damit tatsächlich existierende, von normativen Erwägungen unabhängige Bedingungen erforderlich.

Die Idee dahinter – von Lampe entstaubt – ist wiederum ontologisch: Wir schauen uns an, was die Begriffe kriminelle Vereinigung, Bande, Mittäterschaft usw. tatsächlich meinen – erst einmal ganz unabhängig von normativen und vor allem funktionalen Erwägungen.¹⁹⁹ Was hier anklingt, ist die »Natur der Sache«.²⁰⁰ Man könnte auch von der »Essenz«²⁰¹ oder von Semantik sprechen. Methodisch bedeutet dies, mittels »Natur der Sache« als »Auslegungsprinzip«²⁰² hinter Begriffen wie Bande und kriminelle Vereinigung die »sachlogischen Strukturen« offenzulegen.²⁰³ Gemeint sind nicht reine Rechtsbegriffe und deren Deduktion, was auf Begriffsjurisprudenz hinausläufe; wir sprechen vielmehr von real existierenden »Rechtssachverhalten«.²⁰⁴ Denn eins ist klar: Begriffe wie Verbrechensverabredung, Anstiftung, Menschenmenge, Bande usw. hat nicht etwa

199 *Lampe*, Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (86).

200 *Lampe*, Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (86). Siehe auch *Ellscheid*, Strukturen naturrechtlichen Denkens, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 185. Zur Renaissance der »Natur der Sache« (natural turn) s. <https://www.rsozblog.de/die-natur-der-sache-als-schluesel-zur-interdisziplinaritaet/> <17.12.2023>.

201 *Dubber*, The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective, 2018, S. 89.

202 *Gutzweiler*, Zur Lehre der »Natur der Sache«, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 15. Schönemann konkretisiert dies dahingehend, dass die Natur der Sache methodisch ein Vehikel für die Inkorporierung von Folgenerwägungen ist, s. Schönemann, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, in *Arthur Kaufmann ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 117 (122 f.).

203 *Welzel*: »sachlogische Strukturen« als Unterkategorie der Natur der Sache, s. die Darstellung bei *Schönemann*, Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolges, 2020, S. 43; *Seelmann*, Hans Welzels »sachlogische Strukturen« und die Naturrechtslehre, in: *Frisch/Jakobs/Kubiciel/Pawlik/Stuckenberg* (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, 2015, S. 7 ff.; *Radbruch*, Rechtsidee und Rechtsstoff, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 5 (13): »Nach der Natur der Sache entscheiden heißt, sich den Sinngehalt solcher Lebens Tatsachen zu eigen machen und (phänomenologisch) zu Ende denken«.

204 Klarstellend *Maihofer*, Die Natur der Sache, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 52 (66 ff.).

der Gesetzgeber erfunden als Kunstbegriffe; sie sind Realitätsphänomene und somit Grundlage tatbestandlicher Regelungen.²⁰⁵ Weder für die Legislative noch für die Judikative ist es ratsam, bei der Rechtsetzung bzw. Rechtsfindung solche Realitätsphänomene aus den Augen zu verlieren.²⁰⁶ Das schließt eine teleologische Begriffsbildung nicht notwendigerweise aus.²⁰⁷ Vielmehr ist es der Versuch einer Vermittlung zwischen beiden Arten der Begriffsbildung, um vor der Kluft nicht zu kapitulieren, die sich zwischen Rechtsadressaten mit und ohne juristischer Kenntnis ergibt. Schöner hat das *Maus* formuliert:

»Indem Rechtstheorie die Anstrengung aufgab, zwischen dem in der frühbürgerlichen Rechtsform gesetzten Anspruch genereller Verwirklichung des Rechtsinhalts und der realen Ungleichheit der Rechtsadressaten zu vermitteln, bildet sie [die Eigengesetzlichkeit gesellschaftlicher Sonderordnungen als Ausgangspunkt der Natur der Sache, Anm. A.H.] die eingetretene Partikularisierung der Rechtsordnung, die sich von vornherein an der Ungleichheit der Rechtsadressaten festmacht, unmittelbar ab.«²⁰⁸

Gegen die Suche von Begriffsmerkmalen in der Wirklichkeit kann hier zu Recht der Einwand erhoben werden, dass es sich bei den genannten Begriffen doch aber um Typen handelt. Beim Typus setzt sich die Debatte um den Wirklichkeitsbezug von Begriffen aber nur fort,²⁰⁹ wie von *Jeand'Heur* formuliert:

205 *Otto*, in: FS Lange, 1976, S. 197 (204).

206 Ebenso *Ferreira Leite de Paula*, Rechtsontologie, 2020, S. 158 Fn. 12; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 98: »Um die Tatsachen zu beeinflussen, muß der Gesetzgeber sich ihnen anpassen und ihre Seinsgesetzlichkeit respektieren. Nur dadurch kann überhaupt zweckmäßig gehandelt werden, daß die bestehenden Kausalitäten in den Dienst der Finalität gestellt werden.«; *Weinberger*, Rechtslogik, 1970, S. 213: »Die Geltung von Normensystemen [...] wird durch die spezifische Beziehung des Normensystems zur gesellschaftlichen Realität zu begründen sein, die man *Faktizität des Normensystems* (der Normenordnung) nennt.«, Hervorh. im Original.

207 *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 151 ff.

208 *Maus*, Die Basis als Überbau oder: »Realistische« Rechtstheorie, in: *Rottleuthner* (Hrsg.), Probleme der marxistischen Rechtstheorie, 1975, S. 486. *Maus* hat zu Recht auch auf die Grenzen der Suche nach sachlogischen Strukturen hingewiesen, zumindest bzgl. *Maihofers* Realitätsverständnis, die a) in gewisser Hinsicht von einem einheitlichen gesellschaftlichen Rechtssystem ausgeht, das in der Vergangenheit in pervertierter Form erzwungen wurde (NS-System) und daher b) angesichts der Widersprüche gesellschaftlicher Dynamik an seine Grenzen stöße, aaO S. 486 ff. und S. 490 ff., zur Natur der Sache als Überbrückung der Kluft zwischen Gesetzgeber und Rechtslaie ebenso *F. Bydlinksi*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, 373 f.

209 Gegen eine ontologische Begriffsbildung *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 143: »Der Rechtssatz sagt nichts über die Wirklichkeit aus, sondern er regelt sie«.

»Konkret handelt es sich dabei um die Frage, ob der jeweilige Typus, ähnlich wie Tatbestand oder Sachverhalt bei der Rechtsfindung erst sprachlich verarbeitet, d.h. immer erst konstituiert wird oder, ob ein solcher Typus diesem Prozeß gleichsam als vorschlechliches Leitprinzip, an welchem sich juristisches Referieren orientieren könnte, vorgegeben ist.«²¹⁰

Es ist also die bekannte Henne-oder-Ei-Frage: Was war zuerst da, der Typus oder seine Elemente? Die pointiert formulierte Frage soll illustrieren, dass ontologisch beides relevant ist: Der gesetzgeberische Nutzen eines Typus ist eine gewisse Definitionsfreiheit des Gesetzgebers (der seine Entscheidungen *auch* an normativen Gesichtspunkten zu orientieren hat); dabei kann er sich allerdings schlechterdings nicht über Gegebenheiten hinwegsetzen, die den Typus bereits ausmachen. Damit ist der Typus der Natur der Sache verpflichtet.²¹¹ Hier erlebt die teleologische Auslegung ihre Beschränkung: Würde sie sich rein an abstrakt-definierten Gesetzesbegriffen orientieren, entstünde ein infinites Regress: Der Sinn und Zweck der Norm ist, was der Gesetzgeber ihr aufgrund des Sinn und Zwecks der Norm zuschreiben wollte.²¹² Dieser Regress kann nur unter Bezugnahme auf die dahinter stehenden Typen durchbrochen werden²¹³

210 *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 91. Oder *Kaufmann*: Wenn das »Sein«, wie *Kaufmann*, Rechtsphilosophie im Wandel, 1984, S. 245 schreibt, »nicht aus dem Begriff deduziert werden kann«, gelingt dies dann eventuell aus dem Typus? Anders formuliert: macht die »schöpferische Tätigkeit« (*Kaufmann*, ebd., S. 247) des Juristen vor dem Typus halt?

211 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 128: »So ist der Typus dasjenige, was aller Gesetzgebung und Rechtsgestaltung *vorgegeben* ist«, Hervorh. im Original. Weitere Nachweise bei *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 93 f.

212 Methodisch ist die Natur der Sache aber dann nah an der teleologischen Auslegung, wenn nicht nur die Zwecksetzung, sondern auch die Rationalität des Gesetzgebers bei dieser Zwecksetzung ermittelt wird, s. *Bobbio*, Über den Begriff der »Natur der Sache«, in: Kaufmann (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 87 (100 f.). Wir lassen an dieser Stelle kommunikationstheoretische Fragestellungen (Gesetzgeber – Gesetz – Rechtsanwender) und die Topik außen vor, dazu *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 95 ff. Auch auf die Flexibilität der Strukturierenden Rechtslehre soll nicht näher eingegangen werden: »Erst die konstruktive Leistung des Rechtsprechenden, der den Normtext bearbeitet und unter Ausnutzung verschiedener Konkretisierungselemente das Normprogramm entwirft sowie aus dem Sach- bzw. Fallbereich der möglichen Realdaten diejenigen Fakten auswählt, denen normative Bedeutung zukommen soll und aus denen er den Normbereich konstruiert, ermöglicht letztlich jede Fallentscheidung. Mithin wird die Rechtsnorm – als Ergebnis methodisch strukturierten Handelns – sprachvermittelt, konkret, durch die gegenseitige Inbezugsetzung von Normtext und Sachverhalt immer erst erzeugt«, *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 129.

213 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 128.

– etwas, was der BGH selbst bei der Auslegung des Vereinigungsbegriffs versäumt hat, wie wir noch zeigen werden.²¹⁴ Oder um ausnahmsweise der Versuchung eines inflationär gebrauchten Kant-Zitats ohne Kontext nachzugeben: Begriffe ohne Typen sind leer; Typen ohne Begriffe sind blind.²¹⁵

3. Rollenverhältnisse innerhalb einer Gruppe ernst nehmen

Es wäre also künstlich, die Nominalbegriffe des Rechts von den idealiter korrespondierenden Realbegriffen loszulösen – oder eine solche Trennung gar von vornherein per Gesetz zu etablieren.²¹⁶ Konkret bedeutet das, dass Begriffe bzw. Typen wie kriminelle Vereinigung, Bande usw. auf der Grundlage ihres Wirklichkeitsbezuges gedeutet werden müssen. Diese »sozial-ontologische« Deutung ist eine alt-bekannte²¹⁷ und erfährt gerade eine Renaissance.²¹⁸ Im Zentrum stehen dabei Willensmerkmale (insbesondere die Zwecksetzung) und, schwer davon zu trennen, die Organisationsmerkmale (als Zurechnungsmerkmale) wie z.B. die Rollenverhältnisse.²¹⁹ Es geht also gerade nicht darum, normativ Verantwortung für soziale Beziehungen zuzuschreiben, sondern diese sozialen Beziehungen als Grundlage zu nehmen, um die Frage zu beantworten, ob das Handeln Einzelner *Unrecht* ist.²²⁰ Es ist das methodische Programm der

214 S.u. V. 2., VI. 1. und VII (teleologische Auslegung).

215 Das Originalzitat *Kants* lautet: »Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe, sind blind.«, *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1781, S. 51, https://www.deutsches-textarchiv.de/book/show/kant_rvernunft_1781 <17.12.2023>.

216 Ähnlich *Arthur Kaufmann*, Einige Bemerkungen, zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, in *ders. ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 67 (70).

217 *Lampe*, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (86).

218 Stellv. *Collins*, Organizations as Wrongoers: From Ontology to Morality, 2023, S. 30 f., 53 ff.

219 So auch die drei sozial-ontologischen Elemente bei *Collins*, Organizations as Wrongoers: From Ontology to Morality, 2023, S. 83: »[T]he volitionist lens, the attributivist lens, and the aretaic lens. [...] The volitionist lens focuses on the will, choices, or intentions of the entity. The attributivist lens focuses on the entity's evaluative attitudes, over which the entity might never have made a choice. The aretaic lens focuses not on what an entity chooses or values, but at what an entity is—specifically, on an entity's character flaws or vices. These lenses have been developed with individual humans in mind«.

220 *Lampe*, in: FS Hirsch, 2011, S. 83 (97) unter Bezugnahme auf *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, S. 1. Die Verbindung Weber'scher Idealtypen mit der Natur der Sache ist daher auch nicht ganz zufällig, s. schon *Radbruch*, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: *Hernmarck* (Hrsg.), FS Laun, 1948, S. 158 (172).

»Natur der Sache« in der Spielart Maihofers, nämlich die ontologisch interpretierten sozialen Zusammenhänge, genauer, »sachgedankliche Struktur der sozialen Lebensrollen und Lebenslagen«. ²²¹ Der Fokus liegt auf der Seins-Struktur sozialer Rollen in gegenseitiger Verantwortung, aus denen sich Rückschlüsse auf Begriffs- bzw. Typenbildung ziehen lassen. Nicht mehr, aber auch nicht weniger. Der Gefahr einer starren »rechtliche[n] Fixierung sozialer Standorte und Gruppenzugehörigkeit« ²²² wollen wir vorbeugen durch die Integration in den Typusbegriff und die Methode der Typenbildung.

Das sozial-ontologische Zentrum einer Gruppe ist ihre »Gestalt« ²²³, die durch Elemente wie Absprache, Ziel, Organisation, Dauer usw. bestimmt wird. ²²⁴ Organisation meint Rollenverhältnisse, oftmals ausgedrückt durch Hierarchien und Verantwortungen. Aus soziologischer Hinsicht hat *Black* den Begriff der »liability« geprägt, wenn die Gruppenorganisation mehr oder weniger formell die Basis dafür ist, dass sich Gruppenmitglieder für die Handlungen anderer Mitglieder (mit-)verantwortlich fühlen oder aber sogar innerhalb der Gruppe verantwortlich gemacht werden. ²²⁵ Wo eine Gruppe, im Gegensatz dazu, zufällig geformt worden ist und besteht, fühlen sich deren Mitglieder entsprechend weniger verantwortlich zueinander. ²²⁶

Zweck und Ziel einer kriminellen Vereinigung ist die Begehung von Straftaten. Der Zweck schlägt dabei auf die Rollenverteilung durch: Er »bestimmt sowohl den internen Aufbau ihrer Organisation als auch ihr Erscheinungsbild nach außen«. ²²⁷ Das bedeutet, dass die Anzahl und das Ausmaß der anvisierten Straftaten Einfluss *hat* (nicht: haben soll) auf die Organisation der Gruppe. Damit ist auch klar, dass die kriminelle Ver-

²²¹ *Maihofer*, Die Natur der Sache, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 52 (72 ff.). Dazu auch *Ellscheid*, in: *Hassemer/Neumann/Saliger* (Hrsg.), Rechtsphilosophie, 2016, S. 193.

²²² So *Maus*, Die Basis als Überbau oder: »Realistische« Rechtstheorie, in: *Rottleuthner* (Hrsg.), Probleme der marxistischen Rechtstheorie, 1975, S. 492.

²²³ Zum Typus als Gestalt schon *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, S. 131.

²²⁴ Ähnlich *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 207.

²²⁵ *Black*, American Sociological Review 1983/48, S. 34 (38): »This is most apparent during a war, revolution, or riot, when anyone might suffer for the deeds of someone else, but during peaceful times too, seemingly random violence may often be understood in the same way.«

²²⁶ *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 10 f., 399 ff.

²²⁷ *Lampe*, ZStW 106 (1994), S. 683 (696).

einigung eine stärkere Organisationsstruktur als eine Bande hat – und dass sich dies in der Begriffsbestimmung sozial-ontologisch niederschlagen muss. *Lampes* sozial-ontologische Lesart von Gruppen hat also den großen Vorteil, dass ontologisch nicht nur die verwerfliche Absprache eine Rolle spielt, sondern etwas als Verwerflichkeitskriterium relevant werden kann, das mitunter neutrale Züge genießt: nämlich die Organisation der Gruppe (die wiederum natürlich Willenselemente enthält).

Das neuralgische Gruppenelement ist der Gruppenwille. Er hat dann einen sozial-ontologischen Kern, wenn ihm eine gewisse Verbindlichkeit und damit Verwerflichkeit zukommt, gleichsam dem *Unrechtspakt*²²⁸ bei der Anstiftung für Fälle der Abstiftung.²²⁹ Bei der Bandenabrede und dem bewussten und gewollten Zusammenwirken bei der Mittäterschaft ist dies also eher der Fall als bei der Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses (kriminelle Vereinigung).

4. Zurechnung

Ausgehend von der *Gestalt* der Gruppe, hängt die Zurechnung innerhalb einer Gruppe also von den genannten Gruppenelementen und ihrer Intensität ab. Nur bei einem starken Organisationsverbund mit entsprechender Absprache ist eine »partizipatorisch-kollektivistische Zurechnung« (*Eidam*) zu rechtfertigen.²³⁰ Wir brauchen ein Unrechtselement, und wenn es in der Manifestation sozialer Realitäten liegt, also der Beeinflussung der Gruppe durch sozial bedeutungsvolles Handeln.²³¹ *Max Weber* hat soziales Handeln als ein Handeln definiert, »welches seinem von dem oder den Handelnden gemeinten Sinn nach auf das Verhalten anderer bezogen wird und daran in seinem Ablauf orientiert ist.«²³² Denn weil Personenverbände wie Mittäter, Bandenmitglieder oder Mitglieder einer kriminellen Vereinigung »Phänomene der sozialen Realität [sind], an die der Gesetz-

228 *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, 2023, § 23 Rn. 9, § 25 Rn. 3 ff.; *dies.*, GA 1984, S. 113; *dies.*, NSTZ 2006, S. 424; *dies.*, GA 2013, S. 517 ff.

229 *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021, § 26 Rn. 28.

230 *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 294.

231 *Du Bois-Pedain*, Participation in Crime, in: *Ambos/Duff/Roberts/Weigend/Heinze* (Hrsg.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, 2019, S. 122; s.a. *Otto*, in: FS Lange, 1976, S. 197 (204).

232 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, S. 1.

geber seine Regelungen lediglich anknüpft«,²³³ müssen diese sozialen Realitäten Eingang finden in die Begriffsbestimmung.

Der Ausgangspunkt bleibt also der individuelle Tatbeitrag, der aber eben sozial bestimmt werden kann.²³⁴ Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass die Summe individueller Tathandlungen etwas anderes ist als individuelle Handlungen innerhalb eines Unrechtskollektivs.²³⁵ Nicht nur sozial hat die Gruppe ein Eigenleben, eine eigene Identität; auch sozial-ontologisch was die Frage des Unrechts anbelangt. In der Handlungslehre wird dieser Übergang über die kollektive Intention berücksichtigt.²³⁶ Der BGH hat den Handlungs begriff in seinem sog. Lederspray-Urteil entsprechend ausgerichtet.²³⁷ Für uns bedeutet das, dass eine partizipatorische Zurechnung an die Bedingung geknüpft ist, dass eine Person ihr Handeln abhängig macht vom Handeln anderer Personen. Das ist, etwas modifiziert, was schon *Gerber* vorschlug, nämlich dass »der gesamte Handlungsablauf durch kooperatives Handeln durchgängig und vorbehaltlos geprägt ist«. ²³⁸ Das Verfolgen eines bloßen gemeinsamen Interesses ist davon nicht erfüllt. Orientierungspunkt könnte hingegen eine Entscheidung des US Supreme Court sein, die jedoch in einer Haftungsfrage ergangen ist: »For liability to be imposed by reason of association alone, it is necessary to establish that the group itself possessed unlawful goals and that the individual held a specific intent to further those illegal aims«. ²³⁹ Die Organisationsstrukturen müssen also »zweckrational

233 *Otto*, in: FS Lange, 1976, S. 197 (204).

234 *Gerber*, ARSP 96 (2010), S. 182 (184).

235 So auch *Gerber*, ARSP 2010, S. 182 (184).

236 *Gerber*, ARSP 96 (2010), S. 182 (184).

237 BGHSt 37, 106: »Dabei ist [...] innerhalb der als gefährliche Körperverletzung gewerteten Fälle tatbestandsmäßiges Verhalten durch positives Tun anzunehmen, soweit Schäden durch die Verwendung solcher Sprays eintraten, die erst nach der Sondersitzung der Geschäftsführung vom 12. Mai 1981 produziert oder vertrieben worden waren (10 Schadensfälle). Denn Produktion und Vertrieb von Erzeugnissen durch eine im Rahmen ihres Gesellschaftszwecks tätige GmbH sind ihren Geschäftsführern als eigenes Handeln – auch strafrechtlich zuzurechnen. *Sie haften für etwaige Schadensfolgen unter dem Gesichtspunkt des Begehungsdelikts.*«, Herv. AH. Dazu *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, in *Canaris ua* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 621 (623 ff.): »Revolution des Handlungsbegriffs«; *Kaspar/Reinbacher*, Casebook Strafrecht Allgemeiner Teil, 2023, Fall 1.

238 *Gerber*, ARSP 96 (2010), S. 182 (186).

239 Claiborne Hardware, 458 U.S. at 920

auf die Begehung von Straftaten« ausgerichtet sein und den Organisationsmitgliedern muss die Begehung von Straftaten gerade dadurch erleichtert werden, dass das »zur Planung und Ausführung der beabsichtigten Straftaten vorhandene Potential« voll ausgeschöpft wird.²⁴⁰ Um ein Gegenbeispiel zu bringen: Wer die bloße Beteiligung an einer Gruppe über die Einheitstäterschaft konstruiert, obwohl es sich um einen eher losen und zufälligen Zusammenschluss ohne Rollenverteilung handelt, dessen Mitglieder sich der genauen Verschreibung der Gruppe auch noch gar nicht klar sind, folgt ausschließlich funktionalen Kriterien – so geschehen bei der Fassung des § 125 StGB.²⁴¹

VI.

ANWENDUNG DER ERGEBNISSE AUF DIE BEGRIFFSABGRENZUNG

Auch vor der Reform von § 129 StGB übersetzte sich die einer kriminellen Vereinigung innenwohnende Gefährlichkeit in zwei grobe Elemente: dem organisatorischen (zzgl. Dauer und Personenanzahl) und dem Willenselement. In § 129 StGB a.F. bedurfte es eines Mindestmaßes an fester Organisation sowie der gegenseitigen Verpflichtung der Mitglieder, bei welchem der Einzelne derart in die Ziele der Vereinigung eingebunden ist, dass der Wille des Einzelnen dem Organisationswillen untergeordnet wird.²⁴² Das *finetuning* dieser Definition folgte ontologischen Ansätzen oder zumindest dem Versuch, das Gefährlichkeitsargument zu entnormativieren:

- Der bloße Wille, gemeinsam Straftaten zu begehen oder das übereinstimmende Gewinnstreben jedes Mitglieds reichte nicht aus, um das Willenselement zu erfüllen.²⁴³ Begründet wurde dies mit ontologischen Gesichtspunkten, namentlich die Fokussierung auf Rolle und Willen des Einzelnen, die auch dann nicht unterbleiben kann, wenn alle Mitglieder Straftaten begehen wol-

²⁴⁰ Rudolphi, ZRP 1979/12, S. 214 (216).

²⁴¹ Heinze, StV 2022, S. 535-540; Heinze, ZStW 126 (2014), S. 866-901.

²⁴² BGHSt 28, S. 147; 31, S. 202 (204 f.); 31, S. 239 f.; 45, S. 26 (35); BGH NStZ 1999, S. 503 (504); NJW 2005, S. 1668 ff.; 2006, S. 1603 f.; BGHSt 54, S. 69 (107 f.); 54, S. 216 (221).

²⁴³ BGH NJW 1992, S. 1518.

len – letzteres wäre eine Bande.²⁴⁴

- Die innere Organisation einer Vereinigung – ein klassisch ontologisches Element – musste so stark sein, dass sich die Durchsetzung ihrer Ziele nach auf verbindlichen Führungs- und Entscheidungsstrukturen beruhenden Gruppenregeln vollzieht und der individuelle Gestaltungswille des Einzelnen dahinter zurücktritt.²⁴⁵

1. Hierarchische Strukturen

Einen *ontologischen Fremdkörper* bildete der Ausschluss streng hierarchisch organisierter Strukturen aus dem Vereinigungsbegriff – Strukturen also, die von einer anführenden Person geleitet werden und nach dem auf einseitigen Befehlsketten basierenden Gehorsamsprinzip funktionieren.²⁴⁶ Begründet wurde dies mit dem Widerspruch zwischen einer hierarchisch organisierten Organisationsstruktur auf der einen Seite und dem Erfordernis eines übergeordneten Organisationswillens und einer Gruppenidentität auf der anderen Seite. Mit anderen Worten: Wer nur Befehle ausführt, trage zum gemeinsamen Organisationswillen und zur Gruppenidentität nichts bei.²⁴⁷ Für den BGH lag z.B. keine Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung vor, als dieser über eine Organisation zu entscheiden hatte, die acht Spielcasinos unterhielt, in denen illegale Glücksspiele veranstaltet wurden, und die von einem Anführer nach einem hierarchischen »System von Überwachung, Belohnung und Bestrafung« funktionierte.²⁴⁸

Diese Ausklammerung hierarchischer Strukturen kann zweifach gedeutet werden: Erstens, als eine Art Subsidiaritätshinweis: Ausführungen und Übernahmen fremder Handlungen und Vorhaben ein-

244 BGH NJW 1992, S. 1518: »Der bloße Wille mehrerer Personen, gemeinsam Straftaten zu begehen, verbindet diese, weil der Wille des einzelnen maßgeblich bleibt und die Unterordnung unter einen Gruppenwillen unterbleibt, noch nicht zu einer kriminellen Vereinigung, und zwar auch dann nicht, wenn eine Person als Anführer eingesetzt wird, nach dem sich die anderen richten«.

245 BGHSt 54, S. 216 (225); vgl. *Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, S. 64.

246 So etwa BGH, NJW 1992, S. 1518 (1519); BGH Beschl. v. 8.8.2006 - 5 StR 273/06 = NStZ 2007, S. 31; vgl. auch BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

247 BGH NJW 1992, S. 1518 (1519); vgl. auch BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

248 BGH NJW 1992, S. 1518. Zur Rolle von Dankbarkeit in diesen Beziehungen s.u. Fn. 272.

zelter Individuen werden mit anderen strafrechtlichen Werkzeugen bearbeitet, denken wir an die Organisationsherrschaft und *command responsibility* innerhalb der Beteiligungslehre. Zweitens, die Verlagerung auf funktionale oder – wie es der BGH formuliert – teleologische Gesichtspunkte: die besondere Gefährlichkeit der Vereinigung liege gerade in der eigenen *Gruppendynamik*, die das Gefühl persönlicher Verantwortung zurückdränge und so die fortlaufende Begehung von Straftaten erleichtere.²⁴⁹ Die Behauptung, Gruppendynamik könne durch hierarchische Befehlsstrukturen nicht entfacht werden, steht natürlich sowohl begrifflich (was ist überhaupt Gruppendynamik?) als auch empirisch (ist das wirklich so?) auf tönernen Füßen. Zudem befördert der BGH das Kriterium der Gruppendynamik von einer Indizienposition hin zu einem Kriminalisierungsaspekt als Selbstzweck.

2. Organisierte Kriminalität

Damit sind wir inmitten der Frage, welche Berührungspunkte der Begriff der kriminellen Vereinigung mit dem der organisierten Kriminalität hat. Der Begriff ist ebenso schillernd wie der der kriminellen Vereinigung, mit der Folge eines zähen Ringens um seine Definition.²⁵⁰ Laut Art. 2a des Übereinkommens gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität vom 15.11.2000 (Palermo-Übereinkommen) ist eine »organisierte kriminelle Gruppe« eine »strukturierte Gruppe von drei oder mehr Personen, die eine gewisse Zeit lang besteht und gemeinsam mit dem Ziel vorgeht, eine oder mehrere schwere Straftaten oder in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten zu begehen, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen«. Nach Art. 2c des Palermo-Übereinkommens ist eine »strukturierte Gruppe« eine Gruppe, »die nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung einer Straftat gebildet wird und die nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für ihre Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat«. ²⁵¹ Die definitorischen Gemeinsamkeiten mit der kriminellen Vereinigung sind offensichtlich, einmal abge-

249 BGHSt 28, S. 147 (148) = NJW 1979, S. 172; NJW 1992, S. 1518 (1519).

250 Kritisch und instruktiv Römer/Hemmert-Halswick/Iberl/Kinzig, ZStW 135 (2023), S. 216-252.

251 Krauß, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 13.

sehen vom Zielelement, das hier etwas konkreter formuliert ist: statt übergeordnetem gemeinsamem Interesse das Ziel, »sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen«. Wegen der oftmals hierarchischen Befehlsstruktur erfüllten für den BGH aber viele organisierte kriminelle Gruppen nicht die Begriffsmerkmale einer kriminellen Vereinigung.²⁵² Das hat normative Gründe: § 129 StGB ist Staatsschutzstrafrecht.²⁵³ Diese DNA²⁵⁴ gab der Vorschrift die Zielrichtung von Organisationen mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung.²⁵⁵ Begriffliche Gründe hat der Ausschluss von hierarchisch strukturierten Organisationen aus dem Vereinigungsbegriff nicht, im Gegenteil: je gefestigter und vor allem implementationsfreudiger die Struktur einer Organisation angelegt ist, desto eher würden wir doch von einer Vereinigung sprechen. Und umgekehrt: Eine lose Struktur kann auch einen gemeinsamen Gruppenwillen kaum kompensieren.²⁵⁶ Zudem ist die Rechtfertigung über den Staatsschutzgedanken systematisch inkonsequent: Wie gezeigt, stand auch bei der Schaffung der Verbrechensverabredung der Staatsschutz Pate.²⁵⁷

3. Bande

Rufen wir uns die vehemente Ablehnung des BGH in Erinnerung, einen weicher gezeichneten Vereinigungsbegriff über die rahmenbeschlusskonforme Auslegung einzuführen: Dies wurde allgemein aus Wertungswidersprüchen mit dem derzeit geltenden Beteiligungssystem abgelehnt. Konkret sah der BGH die Gefahr, dass eine

²⁵² Vgl. *Fischer-StGB*, 2024, § 129 Rn. 5; *Zöller*, Terrorisiusstrafrecht – Ein Handbuch, 2009, S. 524 ff.; *Altwater*, NSTZ 2003, S. 179 (184); *Kress*, JA 2005, S. 220 (223 ff.); *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 169; v. *Heinschel-Heinegg*, in: FS Schroeder, 2006, S. 799; *Zöller*, JZ 2010, S. 908 (911 f.); für die terroristische Vereinigung ebenso *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129a Rn. 38 ff. Vgl. auch *Eidam*, StV 2012, S. 373 (374); *Montenegro*, GA 2019, S. 489 (500). Ausf. zuletzt *Hemmer-Halswick*, Die strafrechtliche Beteiligung in Fällen organisierter Kriminalität, 2024, S. 184 ff.

²⁵³ *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 1.

²⁵⁴ *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 40 ff.; *Felske*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen, 2002, S. 2; *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 164 ff.; *Eschelbach*, in: NK-StGB, 2023, § 129 Rn. 9 ff.; *Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, S. 8.

²⁵⁵ *Krauß*, in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 1.

²⁵⁶ S.o. III.3. und 4 und unten VI. 4.

²⁵⁷ Oben Fn. 154 mit Haupttext und III. 1.

Trennung zwischen krimineller Vereinigung und Bande nicht mehr möglich sei. Das liefe aber dem gesetzgeberischen Regelungsplan zuwider, da dieser Plan den Bandenbegriff als Qualifikationsmerkmal verortete, den Begriff der kriminellen Vereinigung aber wie einen Unrechtstypus ausgestaltete.

a) Historisch: Gleichsetzung Bande – kriminelle Vereinigung

Die Argumentation ist nachvollziehbar, aber auch ironisch, denn im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert wurde der Begriff der Bande mit dem der kriminellen Vereinigung noch gleichgesetzt.²⁵⁸ Der Bandenbegriff unterlag ebenso wie der Vereinigungsbegriff einer Entwicklung – von einer Gleichsetzung mit der kriminellen Vereinigung und damit einem sehr weiten Verständnis hin zu unterschiedlichen Versuchen einer eher restriktiven Auslegung.²⁵⁹ So verstand der BGH bis 2001 unter einer Bande eine auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung beruhende Verbindung von mindestens *zwei* Personen, die sich mit dem ernsthaften Willen zusammengeschlossen haben, für eine gewisse Dauer in Zukunft mehrere selbständige, im Einzelnen noch unbestimmte Taten eines bestimmten Deliktstyps zu begehen.²⁶⁰ Einen Vorgeschmack auf den schwelenden Konflikt zwischen funktionaler und ontologischer Lesart der Gefährlichkeit einer Bande gaben schon die Beratungen in der Großen Strafrechtskommission: ginge es nämlich um eine funktionale Lesart der Gefährlichkeit, würde es ausreichen, wenn z.B. der Bandendiebstahl auch nur von einem Bandenmitglied begangen würde – »weil unter den Bandenmitgliedern vereinbart worden ist, daß heute dieses Mitglied und morgen jenes einen Diebstahl verüben soll«. ²⁶¹ Der Verweis

258 *Bindig*, Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts, 2: Besonderer Teil, 2. Hälfte, 1901, S. 904. Vgl. auch *Feurbachs* Komplottlehre, wonach die Bande ein Unterfall des »Complots« war und woraus sich später das preußische Edikt vom 20.10.1798 entwickelte, das als »Urfassung« des § 129 StGB gilt; dazu *Feurbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1840, S. 82; *Kosmalla*, Die Bandenmäßigkeit im Strafrecht, S. 35, 56; *Felske*, Kriminelle und terroristische Vereinigungen, 2002, S. 9, 435; *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 40 mwN.

259 Zur historischen Entwicklung des Bandenbegriffs siehe *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 171 ff.

260 BGHSt 23, S. 239; 38, S. 26 (31); BGH bei Dallinger MDR 1973, S. 555; BGH StV 1984, S. 245; NSTz 1986, S. 408.

261 Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 6. Band, Besonderer Teil, 59. Bis 66. Sitzung, Bonn 1958, S. 35.

Lackners auf das »dirigierende Moment« eines die Bandenmitglieder an verschiedenen Tagen »Ansetzenden« ist zwar *per se* kein funktionaler, sondern in seinem Fokus auf die Rolle eines »Dirigenten«²⁶² ein sozial-ontologischer. Weil es aber nicht um dessen Zurechnung, sondern die Begehungsform »als Mitglied einer Bande« des ausführenden Bandenmitglieds geht, handelt es sich letztlich um ein funktionales Argument. Die besondere Gefährlichkeit ergibt sich dann nicht aus dem gemeinsamen Auftreten, sondern aus dessen Kompensation durch einen organisierenden Bandenchef. Das aber lehnten die Mitglieder der Großen Strafrechtskommission zu Recht ab.²⁶³ Ihr Verweis auf die Gefährlichkeit durch *gemeinsames Auftreten*²⁶⁴ ist ein sozial-ontologischer.

b) Begriffswirren zwischen krimineller Vereinigung, Bande und Mittäterschaft

Wie oben dargestellt, konnte hier nur der *ernsthafte Wille zur Begehung von Straftaten* das sozial-ontologische Band hin zum Unrecht kollektiven Handelns knüpfen – übrigens nicht anders als bei Mittäterschaft, die fast identisch begrifflich konzipiert war.²⁶⁵ zwischen einem Zusammenschluss mit dem ernsthaften Willen zur Begehung von Straftaten und dem bewussten und gewollten Zusammenwirken besteht begrifflich kaum ein Unterschied. Dem BGH war dieses Ergebnis unerwünscht und er näherte die Begriffsdefinition der kriminellen Vereinigung an – unter gleichzeitiger Entfernung von der Mittäterschaft – indem er einen über die jeweiligen Individualinteressen der Beteiligten hinausgehenden »gefestigten Bandenwillen«

262 Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 6. Band, Besonderer Teil, 59. Bis 66. Sitzung, Bonn 1958, S. 35: »Die Mitglieder der Bande werden je nach dem in Aussicht genommenen Objekt angesetzt. Wo 3 Mitglieder notwendig sind, werden 3 hingeschickt. [...] Immer steht also das dirigierende Moment der Bande dahinter.«

263 Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 12. Band, Zweite Lesung des Entwurfs, Allgemeiner Teil, Bonn 1959, S. 607. Dazu generell *Altenhain*, ZStW 113 (2001), S. 112 (114 f.).

264 Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 6. Band, Besonderer Teil, 59. Bis 66. Sitzung, Bonn 1958, S. 35: »Generalstaatsanwalt Dr. Dünnebieber: Das Gefährliche der Bande liegt in dem gemeinsamen Auftreten mehrerer. Wenn nur ein einzelner nach außen in Erscheinung tritt, fehlt dieses besondere Gefährlichkeitsmoment.« Dazu generell *Altenhain*, ZStW 113 (2001), S. 112 (115).

265 Vgl. *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, 2004, S. 174 ff.

forderte.²⁶⁶ Im Jahr 2001 erteilte der Große Senat des BGH nach Vorlage durch den 4. Strafsenat²⁶⁷ dieser Auslegung eine Absage. Um die Unterscheidung zur Mittäterschaft zu erleichtern und gleichzeitig die Abgrenzung zum Vereinigungsbegriff zu wahren, sollten nunmehr mindestens *drei* Mitglieder für einen Bande nötig sein, ein »gefestigter Bandenwille« oder ein »Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse« seien hingegen nicht mehr erforderlich.²⁶⁸ Ob die Unterscheidung zwischen Bande und Mittäterschaft durch die Differenzierung in der Anzahl gelingen kann, ist allerdings zweifelhaft. Im Grunde genommen ist damit der Große Senat in der Geschichte wieder zurück gegangen zu einer Gleichsetzung von krimineller Vereinigung und Bande. Das Ergebnis war aus sozial-ontologischer Sicht aber dennoch ansprechend – dem organisatorischen Element kam wieder mehr Gewicht zu: Bei der bandenmäßigen Begehung sei – im Vergleich zur früheren Vereinigungsdefinition des BGH – keine besondere Organisationsform erforderlich, es genüge auch ein nur loser Zusammenschluss ohne Rollenverteilung und ohne gegenseitigem Verpflichtungsgefühl. Zudem benötige es keiner Unterordnung des Willens des Einzelnen unter den Gruppenwillen, dieser könne weiterhin für das einzelne Bandenmitglied entscheidungsleitend sein.²⁶⁹

c) Fall ›Kameradschaft Sturm 34‹

Erinnern wir uns an die gegenseitigen Loyalitätspflichten und das Verantwortungsgefühl als Indizien für eine sozial-ontologische Sicht auf die Organisiertheit einer Gruppe, so ist der Fall ›Kameradschaft Sturm 34‹ erhellend – der Fall also, in dem der BGH die rahmenabschlusskonforme Auslegung durch Wertungsinteressen begrenzt sah.

Der BGH hatte über die Einordnung einer rechtsextremen Gruppe zu entscheiden, die regelmäßige Treffen veranstaltete und Straftaten gegen politisch Andersdenkende, insbesondere ›Linke‹ und ›Kiffer‹ plante und durchführte.²⁷⁰ Es gab einen von den Mitgliedern

266 BGH NJW 1996, S. 2316 (2317).

267 BGH NStZ 2001, S. 35.

268 BGHSt 46, S. 321; so auch etwa BGH, NStZ 2009, S. 35.

269 BGH NStZ 1982, S. 68; BGHSt 31, S. 202 (205); 38, S. 26 (27 ff.); zustimmend etwa Scheiff,

Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, S. 63 f.

270 BGHSt 54, S. 216 = BGH Urt. v. 3.12.2009 - 3 StR 277/09 = NJW 2010, S. 1979.

gewählten Vorstand. Allen Mitgliedern stand frei, an den geplanten Aktionen gegen ›Zecken‹ teilzunehmen oder auch die Kameradschaft zu verlassen. Das LG Dresden, das erstinstanzlich zu entscheiden hatte, lehnte zunächst das Vorliegen einer Vereinigung ab; es habe an verbandsinternen Entscheidungsstrukturen zur Herausbildung eines Gruppenwillens gefehlt, dem sich die Mitglieder *verbindlich* zu unterwerfen gehabt hätten.²⁷¹ Obwohl also ein relativ hoher Organisationsgrad und ausgeprägtes Gemeinschaftsgefühl bestand, sah das LG die Schwelle zur kriminellen Vereinigung aufgrund der Freiwilligkeit der Teilnahme an den geplanten Aktionen und der Möglichkeit, aus der Kameradschaft auszutreten, noch nicht erreicht. Mit anderen Worten erkannte das LG also gerade diese gegenseitige Loyalität und Verantwortungsübernahme gerade nicht. Der BGH sah das bekanntlich anders und verwies die Sache insoweit zu neuer Verhandlung an das Landgericht zurück. Die Argumentation hätte lauten können: Trotz Freiwilligkeit des Austritts kann es Loyalitätspflichten geben, denen eben gerade nicht immer ein formelles Element (wie bei einer Befehlsstruktur) innewohnt, sondern eher ein soziales. Eine neue empirische Studie zur Rolle von Loyalitäts- und vor allem Dankbarkeitsbekundungen innerhalb krimineller Organisationen unterstützt diese Sicht.²⁷²

Der BGH beschritt stattdessen jedoch den *funktionalen/teleologischen (Staatsschutz-)Weg*: Der Senat stellte fest, dass es in Fällen politisch, ideologisch, religiös oder weltanschaulich motivierter Kriminalität bei der Beurteilung des übergeordneten Gemeinschaftswillen weniger auf die Art und Weise der Willensbildung ankomme als vielmehr auf die Zielrichtung der Vereinigung selbst:

»Verfolgen die Mitglieder der Organisation nicht nur kurzfristig ein gemeinsames Ziel, das über die Begehung der konkreten Straftaten hinausgeht, auf welche die Zwecke oder Tätigkeit der Gruppe gerichtet sind, und handeln sie hierbei – etwa im Rahmen der

271 Vgl. BGH NJW 2010, S. 1979 (1981); zustimmend *Montenegro*, GA 2019, S. 489 (503), der gerade aufgrund der freiwilligen Teilnahme an den geplanten Taten und der Möglichkeit, auszutreten das Vorliegen einer Vereinigung in diesem Fall ablehnt.

272 *Bar-Lev/Morag*, Symbolic Interaction 2023, S. 393-416; dazu *Kieserling*, FAZ v. 29.10.2023, <https://zeitung.faz.net/fas/wissenschaft/2023-10-29/7161e0d91e8ededaf3c828eff006a2a1/?GEPc=s9 <17.12.2023>>.

Vorbereitung oder der Verwirklichung dieser Straftaten – koordiniert zusammen, so belegt dies regelmäßig für sich bereits hinreichend, dass innerhalb des Verbands der für eine Vereinigung i.S. der §§ 129ff. StGB notwendige übergeordnete Gemeinschaftswille besteht und von den Mitgliedern anerkannt wird.«²⁷³

Das koordinierte Zusammenwirken »belegt« also den notwendigen übergeordneten Gemeinschaftswillen. Funktional betrachtet ist dies vertretbar, sozial-ontologisch wäre es umgekehrt richtig: Absprache und Ziel sprechen für gute Koordination. Da eine gute Organisation *per se* auch rechtmäßigen Organisationen innewohnen kann, ist sozial noch nichts über illegale Ziele und Zwecke der Organisation ausgesagt.

Lediglich in Fällen der Wirtschaftskriminalität, bei welchen im Regelfall das Gewinnstreben des Einzelnen im Vordergrund stehe, sei das voluntative Element anhand der Regeln zu ermitteln, nach welchen sich die Willensbildung innerhalb der Gruppe vollzieht.²⁷⁴ Der Grund dafür ist aber weniger in einer Rückbesinnung auf sozial-ontologische Gruppenmerkmale zu sehen, sondern vielmehr in einer Ablehnung der Anwendung der Begriffsdefinition auf organisierte Kriminalität. Im Trojanischen Staatsschutz-Pferd, das als sozial-ontologisches Geschenk daher kommt, wartet Funktionalität.

4. § 129 StGB n.F.

§ 129 StGB n.F. ist das Paradebeispiel an Flexibilität und Ambivalenz, gegossen in die Form eines Straftatbestands:

a) Die Typusmerkmale der kriminellen Vereinigung

Psychologische und soziologische Basis der Kriminalisierung von Gruppenverhalten ist die Annahme, dass der Mensch bei Gruppenbildung von den psychologischen Gesetzen abweicht, die ihn als Individuum regieren.²⁷⁵ Aus sozialer und psychologischer Sicht wird die Gefährlichkeit der kriminellen Vereinigung also mit der immanenten Gefahr gruppenspezifischer Prozesse begründet. Wie oben schon

²⁷³ BGH NJW 2010, S. 1979 (1983).

²⁷⁴ BGH NJW 2010, S. 1979 (1984).

²⁷⁵ *Heinze* ZStW 126 (2014), S. 866 (871) mwN.

angedeutet,²⁷⁶ bewirken also nicht die isoliert betrachteten Straftaten die erhöhte Gefährlichkeit des Zusammenschlusses – seien sie noch so schwer – sondern »[d]er verselbständigte Gruppenwille und der dafür erforderliche hohe Organisationsgrad.«²⁷⁷ Weil manchen Gruppierungen diese Organisationsobjektselemente nicht nachgewiesen werden konnten,²⁷⁸ wurden die Anforderungen an sie herabgesetzt,²⁷⁹ gedeckt von Artikel 1 des Rahmenbeschlusses 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008 zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität.²⁸⁰ Ohne Korrektiv ist ein Tatbestand, der Handlungen in Bezug auf Vereinigungen ohne Gruppenidentitätserfordernis und mit minimalen Organisationsanforderungen kriminalisiert, rechtsstaatlich bedenklich. Im US-Bundesstaat Georgia, wo eine Personengruppe um Donald Trump per Anklageschrift als kriminelle Vereinigung eingestuft worden ist,²⁸¹ ist zB. im zugrundeliegenden Straftatbestand »Racketeer Influenced and Corrupt Organisations« (RICO) die Vereinigung zwar ebenso weit definiert, kriminell ist sie aber erst, wenn sich Personen *durch Straftaten* an ihr beteiligen.²⁸² Dasjenige Element, das bei § 129 StGB n.F. letztlich hinzugetreten ist, ist jedoch systemisch motiviert, nämlich zur Abgrenzung von krimineller Vereinigung und Bande: das übergeordnete gemeinsame Interesse.²⁸³ Das Anliegen des Gesetzgebers ist begriffstheoretisch durchaus lobenswert: Eine unveränderte Übernahme aus dem Rahmenbeschluss hätte die Verpflichtung zur »Aufstellung einheitlicher Begriffsdefinitionen«²⁸⁴ verletzt, da die Vereinigungsdefinition übertragen auf das StGB im Rahmen der Bandendelikte hätte

276 S. o. II. 1. b).

277 *Scheiff*, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, S. 65.

278 Nämlich hierarchisch strukturierten Organisationen (zB Mafia- oder Rocker-Gruppierungen), bei denen sich die Mitglieder nicht dem in der Gruppe entwickelten Willen, sondern dem autoritären Willen eines Anführers unterordnen (BGH StV 1991, S. 14; NJW 1992, S. 1518; BT-Dr. 18/11275, S. 7) sowie Zusammenschlüsse, bei denen der Wille des Einzelnen maßgeblich bleibt (*Dessecker*, NStZ 2009, S. 184; LG Köln NStZ-RR 2021, S. 74 (75)).

279 BT-Drs. 18/11275, S. 10.

280 ABL L 300, S. 42.

281 S. *Glasser*, *The New Yorker* v. 15.8.2023, wo die Anklageschrift abrufbar ist.

282 Georgia Code § 16-14 (2022).

283 BT-Drs. 18/11275, S. 11. S.a. BGHSt 54, S. 216; vgl. BGHSt 46, 321.

284 So *Puppe*, Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, in: GS Armin Kaufmann, 1989, S. 15 (20 f.).

verändert werden müssen, um nicht gleichzeitig die Bandendefinition zu erfassen. Das Dilemma ist nun, dass die überkommenen Elemente von erhöhtem Organisationsgrad und Gruppenidentität als Gründe für die Gefährlichkeit der Existenz der Vereinigung durch die Hintertür (als Nachweiselemente) in die aufgeweichten Tatbestandsmerkmale des § 129 StGB n.F. eingeführt werden müssen.

b) Willensbildung und übergeordnetes gemeinsames Interesse

So beinhaltet das übergeordnete Interesse weiterhin eine Form der Willensbildung dergestalt, dass sich die Mitglieder einvernehmlich in die Gruppe integrieren und das Ergebnis der Willensbildung zumindest stillschweigend akzeptieren.²⁸⁵ Dies verdeutlicht, dass das »übergeordnete gemeinsame Interesse« ein Sammelbegriff für subjektive Einstellungen der Vereinigung bildet, der den Gemeinschaftswillen umfasst, wenn er denn vorliegt.²⁸⁶ Im Grunde genommen bleibt es damit beim Erfordernis des Gemeinschaftswillens, es sei denn, es handelt sich um ein Gebilde mit Befehlsstruktur, in dem sich die Einzelmitglieder »lediglich« nach den Vorgaben einer übergeordneten Person richten, ohne ihren Willen einem Gruppenwillen unterzuordnen – dann genügt ein übergeordnetes gemeinsames Interesse (z.B. Gewinn- oder Machtstreben). Dies erinnert an die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung, die ein Verhältnis zwischen Willen einerseits und Interesse andererseits dergestalt nahelegen, dass das Interesse weiter ist und Ziele, Motive, Präferenzen, Wünsche etc. umfasst.²⁸⁷

Dass der Gemeinschaftswille im übergeordneten gemeinsamen Interesse enthalten ist, *kann* also bedeuten, dass er weiterhin festzustellen ist – mit der Folge, dass die Grundsätze von vor 2017 gelten, nämlich dass dieser Wille auch die Begehung von Straftaten enthalten muss. Da der Nachweis eines übergeordneten gemeinsamen Interesses seit 2017 aber *hinreichend* sein soll, ist der Gemeinschaftswille nicht *notwendig* feststellbar. Das Interesse muss daher über den Zweck der Begehung von Straftaten

285 BGH Urt. v. 2.6.2021 - 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2813, wistra 2021, S. 441 Rn. 20; BGH NStZ-RR 2018, S. 207 mwN; Beschl. v. 7.5.2019 – AK 13/19, BeckRS 2019, 10865 Rn. 14. S. auch BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373); Schäfer/Anstötz, in: MüKo-StGB, 2021, § 129 Rn. 23; Krauß in: LK-StGB, 2021, § 129 Rn. 40.

286 S. BGH NJW 2010, S. 1979 (1983).

287 Kindhäuser/HilgendorfStGB, 2022, Vor §§ 32–35 Rn. 57; Engländer, in: Matt/Renzikowski-StGB, 2020, Vor § 32 Rn. 24.

hinausgehen.²⁸⁸ Das zeigt sich vor allem durch das historisch-systematische Argument der Abgrenzung zur Bande: Deren Wille, zukünftig für eine gewisse Dauer mehrere Straftaten zu begehen (so er denn erforderlich ist), ist vergleichbar mit dem Zweck zur Begehung von Straftaten bei § 129 StGB, nicht jedoch mit dem übergeordneten gemeinsamen Interesse.

Die Nachweiserleichterungen in § 129 StGB n.F. erhärten dessen rechtsstaatliche Bedenklichkeit gerade deshalb, weil sie sich sozial-ontologischer Kriterien entledigen. Zur Erinnerung: Aus sozialer und psychologischer Sicht wird die Gefährlichkeit der kriminellen Vereinigung mit der immanenten Gefahr gruppendynamischer Prozesse begründet. Der Unrechtstypus muss daher so ausgestaltet sein, dass dem Element der fehlenden Beherrschbarkeit einiges Gewicht zukommt. Hier lohnt sich ein Blick auf den Alternativ-Entwurf zu § 30 Abs. 2 StGB, der den Schwerpunkt auf die Ingangsetzung eines unbeherrschbar weiterwirkenden Kausalverlaufs legt.²⁸⁹ Erhellend ist insbesondere die Begründung des Alternativ-Entwurfs, warum die Konstruktion einer Verbrechensverabredung gem. § 30 Abs. 2 (damals Entwurf § 35) in Abgrenzung zum Versuch der Beteiligung »rechtsstaatlich bedenklich« ist:

»Auch wenn die Zahl der Verbrechenstatbestände im neuen Strafgesetzbuch wesentlich verringert wird, läßt sich von den bisher im Gesetz genannten Fällen nur die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung zum Verbrechen oder zur Anstiftung zum Verbrechen (§ 49 a Abs. 1) rechtfertigen. Denn hier hat der Auffordernde ein verbrecherisches Geschehen in Gang gesetzt, das sich fortan seiner Einflussnahme entzieht. Er hat seinen Tatbeitrag geleistet, so daß nicht bloße Entschlüsse und Gesinnungen die Strafbarkeit des Verhaltens bestimmen. [...] Wer sich zu einem Verbrechen lediglich bereit erklärt oder es verabredet, also noch nicht einmal notwendig mit der Vorbereitung des von ihm zu verwirklichenden Deliktes eingesetzt hat, ist über die Verlautbarung eines Entschlusses, dessen Durchführung von ihm abhängt, nicht hinausgelangt. Die Bestrafung einer solchen Willensäußerung ist rechtsstaatlich ebensowenig legitim, wie es die eines ohne Fremdbeteiligung gefaßten Tatentschlusses wäre.«²⁹⁰

288 LG Köln NStZ-RR 2021, S. 74 (76). Sa. *Ebbinghaus*, HRRS 2023, S. 318 (319).

289 Dazu auch *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, 2021 § 30 Rn. 9.

290 *Baumann et al.*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1969, S. 71.

Wenn bei kriminellen Vereinigungen der Kriminalisierungsgrund darin liegt, dass hier ein Ingangsetzen gruppenspezifischer Prozesse noch gefährlicher ist, so ist es zwar gesetzgeberisch nachvollziehbar, die Nachweisanforderungen an dieses Ingangsetzen herabzusetzen über eine Gewichtung des übergeordneten gemeinsamen Interesses. Das Willensbildungselement bleibt aber sozial-ontologisch notwendig, weil es die Vereinigung tatsächlich ausmacht²⁹¹ – eine Erkenntnis, die fast ein halbes Jahrhundert alt ist.²⁹² Zudem dürfen Rückschlüsse vom übergeordneten gemeinsamen Interesse auf die Organisationsstruktur und die Rollenverhältnisse innerhalb der Gruppe – und damit die Wahrscheinlichkeit der Umsetzung dieses Zwecks – nicht fehlen. Denn natürlich steht und fällt die Legitimation eines Strafverfahrens samt seiner einschneidenden Grundrechtseingriffe mit der Zurechnung einer Tat zur Handlung eines Beschuldigten.²⁹³ Das ist vor allem dann ein zu zahlender Preis, wenn im Gegenzug der Luxus des Einheitstätersystems genossen wird. Wie gezeigt,²⁹⁴ *kommt es hier also entscheidend auf die Kausalität des Handelns für einen bestimmten Erfolg an*. Das, was das Gesetz über seine zugegeben beschränkten sprachlichen Mittel vorzugeben versucht, muss seine Entsprechung a) in den sozialen Gegebenheiten der Handlung und b) natürlich im Bewusstsein des Beschuldigten haben.²⁹⁵

So sehr über diese Nachweiserleichterung gestritten werden kann – sie verbietet zumindest beim voluntativen Element eine Verknüpfung vom Zweck, Straftaten zu begehen, mit dem Ziel der Vereinigung. Der Gesetzestext ist daher auch dahingehend konsequent, dass er zwischen Zweck und Ziel (>Interesse<) unterscheidet. Das Unmittelbarkeitskriterium, das dem Begriff des Zwecks innewohnt, fehlt dem Begriff des

291 *Collins* bezeichnet es ontologisch als »commitment condition«, *Collins, Organizations as Wrongdoers: From Ontology to Morality*, 2023, S. 54: »[T]o be a member, an entity must be psychologically committed (even if only tacitly and pro tanto) to abide by the results of the organization's decision-making procedure, if and when these results are relevant to her actions«.

292 *S. Held*, *Journal of Philosophy* 1970, S. 471: »An organized group or collectivity [...] is distinguishable not only by certain characteristics that delimit its membership from other persons, but especially by its possession of a decision method for action«. Ebenso *Collins*, *Organizations as Wrongdoers: From Ontology to Morality*, 2023, S. 86.

293 *Momsen/Washington*, *ZIS* 2019, S. 182 (183).

294 Oben IV. 1. b).

295 *Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 1997, S. 130.

Ziels gerade, letzteres muss auch nicht zwangsläufig erreicht werden.²⁹⁶ Wer daher den Zweck, Straftaten zu begehen, als ›Ziel‹ umformuliert, um beim übergeordneten gemeinsamen Interesse ggf. von ›Fernzielen‹ zu sprechen,²⁹⁷ der versucht, die *semantische* Unterscheidung zwischen Zweck und Ziel *linguistisch* zu kaschieren. Einmal abgesehen davon, dass das notorische Unterschiedskriterium des ›Fernziels‹, bekannt durch Scheingefechte im Nötigungstatbestand,²⁹⁸ dem Wortlaut des § 129 StGB nicht zu entnehmen ist.

c) Organisationsanforderungen – ohne Organisationsabsicht kaum denkbar

Was aber wohl nicht ohne eine Verbindung mit dem Zweck der Begehung von Straftaten auskommen kann, ist das organisatorische Element. Die Gesetzesmaterialien schweigen zwar über die Frage, worin die »gewisse« Organisationsstruktur bestehen soll.²⁹⁹ Trotz dessen Herabsetzung *per definitionem* spielen Art und Grad der Organisation der Vereinigung aber weiterhin eine wichtige Rolle als Indiz für das übergeordnete gemeinsame Interesse.³⁰⁰ Dieses Organisationselement im Lichte des übergeordneten gemeinsamen Interesses zu lesen, ist also nicht nur möglich, sondern auch *geboten*.

aa) Das erforderliche organisatorische Mindestmaß

Das unterstreicht – erstens – die neuere Rechtsprechung des BGH, wonach eine Berücksichtigung des Organisationsgrades für das übergeordnete gemeinsame Interesse vor allem dann in Betracht kommt, wenn dieses dasjenige erforderliche Mindestmaß³⁰¹ übersteigt, das bereits durch das eigenständige Definitionsmerkmal abgedeckt

²⁹⁶ Vgl. *Heinze*, Bridge over Troubled Water – A Semantic Approach to Purposes and Goals in International Criminal Justice, in: *Cullen/Kastner/Richmond* (Hrsg.), *The Politics of International Criminal Law*, 2020, S. 27 ff.

²⁹⁷ So die Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung (NRV) v. 30.5.2023, <https://s.gwdg.de/BkhLzA<17.12.2023>>; auch *Heil/Vogt*, JA 2023, S. 881. In dieselbe Richtung geht Fischer-StGB, 2024, § 129 Rn. 13, 14, wobei ihm im Ergebnis zuzustimmen ist, s.u. Fn. 312 f.

²⁹⁸ *Kaufmann*, Rechtsphilosophie 1997, S. 56 ff.

²⁹⁹ BT-Drs. 18/11275, 11.

³⁰⁰ BGH Urt. v. 2.6.2021 - 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2813, wistra 2021, S. 441 Rn. 34 mwN.; BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

³⁰¹ BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

ist.³⁰² Mit anderen Worten: Ist ein das Mindestmaß übersteigender Organisationsgrad auf ein übergeordnetes gemeinsames Interesse gerichtet, das die Begehung von Straftaten nicht zwangsläufig vorsieht, muss dies bei der Frage der Einstufung der Vereinigung als »kriminell« Berücksichtigung finden.³⁰³ Denn ein Mindestmaß an Organisation ist regelmäßig auch bei Banden anzutreffen³⁰⁴ und auch hier sind organisatorische Merkmale Indizien für die Bandeneigenschaft.³⁰⁵ Übersteigt der Organisationsgrad dieses Mindestmaß, muss er mit dem übergeordneten gemeinsamen Interesse derart in Verbindung stehen, dass der Typus der kriminellen Vereinigung vorliegt. Das wiederum erfordert die Rückbesinnung auf ontologische Elemente wie z.B. eine Teilnahmeverpflichtung,³⁰⁶ Verfahren zur Entscheidungsfindung³⁰⁷ sowie die Berücksichtigung der Organisationsabsicht. Denn dort, wo die Entscheidungsfindung organisiert ist, ist sie kontrolliert – und damit sozial-ontologisch angelegt.³⁰⁸ Andernfalls ist es nur schwer möglich, daraus »Rückschlüsse auf subjektive Tatbestandsmerkmale zu ziehen«. ³⁰⁹ Da ein übergeordnetes gemeinsames Interesse »faktisch den Bestand von Regeln voraus[setzt], nach denen sich ein solches bildet«, ³¹⁰ spielt es nun – anders als bei der Frage der Rolle des Gemeinschaftswillens im übergeordneten Interesse – durchaus

302 BGH Urt. v. 2.6.2021 - 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2813, wistra 2021, S. 441 Rn. 34.

303 So auch *Fischer-StGB*, 2024, § 129 Rn. 17: »[I]n sb. Bei politisch motivierten Vereinigungen, von denen die Begehung von Straftaten nur als ›notwendiges Übel‹ zur Erreichung des Zwecks angesehen wird, kommt es darauf an, ob Straftaten als bloße *Möglichkeit* angesehen werden oder ob die Organisationsstruktur gerade hierauf ›gerichtet‹ ist, ob also zB Gründung und Aufbau (Gliederung; Willensbildung; Aufbau tarnender Tätigkeiten usw) gerade deshalb erfolgen, weil sich ins Auge gefaste Straftaten nur so erfolgreich oder mit geringerem Verfolgungsrisiko begehen lassen.«, Herv. im Original.

304 *Zöller*, KripoZ 2017, S. 26 (33).

305 *Oğlakçoğlu*, B. Materielles Betäubungsmittelstrafrecht – V. Bandenverbrechen, in: *Kotz/Rahlf* (Hrsg.), *Praxis des Betäubungsmittelstrafrechts*, 2013, Rn. 123 mit einer Aufzählung der Merkmale.

306 So auch *Montenegro*, GA 2019, S. 489 (503).

307 *Collins*, *Organizations as Wrongdoers: From Ontology to Morality*, 2023, S. 88: »Organizations are realized structures that are governed by decision-making procedures. Decision-making procedures enable organizations to form decisions about how to act.«

308 Ebd., S. 90: »[T]he organization's structure and decision-making procedure gives the organization control over such issues, even if no policy explicitly mentions them.«

309 BGH Urt. v. 2.6.2021 - 3 StR 21/21, NJW 2021, S. 2813, wistra 2021, S. 441 Rn. 34.

310 Ebd.

eine Rolle, ob diese Regeln die Begehung von Straftaten einkalkulieren. *Hartmann* schlägt daher zu Recht den Definitionszusatz vor: »um sich dadurch einen unmittelbaren oder mittelbaren Kooperationsvorteil zu verschaffen«. ³¹¹ Auch *Fischer* ist dahingehend Recht zu geben, dass es bereits in der Vereinigungsdefinition »auf den Zweck oder die Tätigkeit der Straftatbegehung« ankomme, ³¹² wenngleich er diese Konkretisierung im Rahmen des übergeordneten gemeinsamen Interesses vornimmt, was wir jedoch schon oben als *contra legem* eingeordnet haben. ³¹³

Dass nunmehr auch »hierarchisch organisierte Gruppierungen mit bloßer Durchsetzung eines autoritären Anführerwillens ohne Gruppenidentität« von § 129 StGB erfasst sind, ³¹⁴ war sozial-ontologisch überfällig, denn natürlich nimmt auch die Person ganz unten in der Hierarchie ihre eigenständige Rolle in der Vereinigung wahr. Zwar führt sie nur Befehle aus, an der Debatte um Organisationsherrschaft und Beihilfe in den KZ-Fällen ist aber abzulesen, dass a) Tatherrschaft sich nicht nur auf die Taten selbst, sondern auch die Ausführenden beziehen kann und b) den vermeintlich kleinen befehlsempfangenden Rädchen im Gesamtgefüge des Apparats eine wichtige Rolle zukommt. ³¹⁵ Eine ähnliche Spielart der Tatherrschaftslehre wird auch – durchaus kontrovers – im Rahmen von § 129a StGB vertreten. ³¹⁶

bb) Gleichstellung von Zwecken und Tätigkeiten

Zweitens sprechen auch systematische Argumente dafür, das Organisationselement nicht losgelöst von der Organisationsabsicht festzustellen: § 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB nimmt eine »Gleichstellung von Vereinigungen, deren Zwecke darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, mit solchen, bei denen bereits eine ausgeübte Tätigkeit

³¹¹ *Hartmann*, in: HK-GS/StGB, 2022, § 129 Rn. 6.

³¹² *Fischer-StGB*, 2024, § 129 Rn. 13, 14.

³¹³ Oben Fn. 296.

³¹⁴ BGH NZWiSt 2022, S. 371 (373).

³¹⁵ Dazu *Weißer*, GA 2019, S. 244–256.

³¹⁶ So meinen etwa *Schweer* und *Knoop*, der BGH stelle bezüglich der Tatherrschaft nicht auf jede einzelne Tat ab, sondern ziehe stattdessen das Große und Ganze, also den Sinn und Zweck der terroristischen Vereinigung, heran, wodurch der objektive Tatbeitrag zur konkreten Tat zunehmend an Bedeutung verlöre und die Mittäterschaft je nach Präferenz konstruiert werden könne *Schweer/Knoop*, ZJS 2023/2, S. 381 (386 f.).

eben diese Ausrichtung hat« vor.³¹⁷ Die besondere Gefährlichkeit der Existenz der Vereinigung, die als Grund für die starke Vorfeldkriminalisierung bei § 129 StGB herangezogen wird, ist aber erst dann gegeben, wenn sich diese Gleichstellung bereits durch die Organisation des Zusammenschlusses ergibt.³¹⁸

Zwischen der Organisiertheit und dem übergeordneten gemeinsamen Interesse muss also eine Verknüpfung dergestalt bestehen, dass zwischen Zweck und Ziel eine Organisationsverbindung besteht. Die tatbestandliche Eigenständigkeit von Organisationsabsicht (Zweck der Vereinigung) und Organisationsobjekt (Definition der Vereinigung) trennt diese Verbindung künstlich, manifestiert durch ein seit 2017 sehr weites Objektverständnis gegenüber einem engen Zweckverständnis (Erheblichkeit). Dies knüpft an die weiterhin relevante Rechtsprechung des BGH von 2005 an, wonach die Organisation der Vereinigung auf den Zweck der gemeinschaftlichen Begehung von Straftaten hin konzipiert sein muss³¹⁹ – mit dem gedachten Zusatz, dass auch das übergeordnete gemeinsame Interesse auf dieser Linie liegen muss, wenn eine vom Gesetzgeber intendierte Nachweisfunktion bestehen soll.

VII.

METHODISCHER TEIL:

OBJEKTIVITÄTSANSCH EIN IM WETTSTREIT UM DIE DISKURSHOHEIT

Hier öffnet sich eine Tür zu den hermeneutischen Grundvoraussetzungen der Zurechnung einer Tat zum Täter, die wir oben schon angedeutet haben und der wir hier nicht weiter nachgehen können.³²⁰ Oben haben wir auf die Kluft zwischen Rechtsadressaten mit und ohne juristischer Kenntnis Bezug genommen, um teleologische und ontologische Begriffsbildung zu vereinen;³²¹ jetzt spielt diese Kluft

317 BGH NJW 2005, S. 80 (81).

318 Ebd.

319 Ebd.

320 *Jeand'Heur*, Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit, 1989, S. 95 ff. (zur Flexibilität der Strukturierenden Rechtslehre ebd. S. 129).

321 Oben V. 2.

methodisch eine Rolle, um zwischen Gesetzesformulierung und Sachverhaltsbeschreibung zu vermitteln. Der kundigen Leserin wird die Verwendung des Terminus »Kluft« bekannt vorkommen, er ist der berühmten Begründungslehre von *Koch* und *Rüßmann* entnommen:

»Maßgeblich ist allein, ob eine ›Kluft‹ zwischen der Formulierung des gesetzlichen Tatbestandes und der Beschreibung des Sachverhalts zu überwinden ist, [...]«. ³²²

Vor allem bei der Anwendung von § 129 StGB eröffnet sich diese Kluft, denn allzu oft wird bei dieser Anwendung Wertfreiheit und Objektivität suggeriert. Als ob es möglich wäre, logisch per Deduktion von der Formulierung des Tatbestandes des § 129 StGB auf die Strafbarkeit der Mitglieder einer Vereinigung (wie zB. der LG) zu schließen, ohne als Rechtsanwender*in eigene politische Wertungen zu gebrauchen. ³²³ Dabei besteht die Subsumtion im Kern in der Zuordnung von Begriffen des Sachverhalts zu Begriffen des (gesetzlichen) Tatbestandes. ³²⁴

Die Begriffe des Sachverhalts werden durch die Rechtsanwender*innen geformt, ³²⁵ der Sachverhalt wird also (rechtlich) so aufbereitet, dass eine Subsumtion gelingen kann. ³²⁶ Wenn der Vergleich gestattet ist: Sind Begriffs- und Sachverhaltskonkretisierungen die beiden gegenüberliegenden Strafräume eines Fußballspiels, so findet

³²² *Koch/Rüßmann*, Begründungslehre, 1982, S. 24.

³²³ So auch *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 39.

³²⁴ Ausf. *Duttge*, ZDRW 2020, S. 75 (81); *Heinze*, ZStW 134 (2022), S. 610 (612 ff.).

³²⁵ Dazu schon *Radbruch*, Rechtsidee und Rechtsstoff, in: *Kaufmann* (Hrsg.), Die Ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 5 (10). Ebenso *Dreher*, Das schlechte Gewissen des Strafrichters, in *Arthur Kaufmann ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 47 (53): »Das Gesetz, das außerstande ist, die unendliche Zahl seiner möglichen Fallkonstellationen auch nur annähernd in der abstrakten Formel seiner knappen Worte konkret zu beschreiben, sondern nur um weitgehende Annäherung an konkrete Sachverhalte mehr oder minder erfolgreich bemüht sein kann, wird in den breiten Randbereichen zum Rohmaterial in den Händen der Richter, die ähnlich wie der Bildhauer einem noch rohen Klumpen Ton erst eine Gestalt mit festen Konturen verleiht, dem noch vagen Gesetz erst die konkrete Form geben, indem sie die begrifflichen Grenzen im einzelnen ziehen und abstecken.«

³²⁶ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 95; *Völk*, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, in *Canaris ua* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 739 (745): »Daher muß man zunächst die Begriffe durch Definitionen weiter aufschlüsseln, auf diese Weise konkretisieren und dem Sachverhalt annähern, während andererseits dessen Elemente typisiert, verallgemeinert und dem Rechtsbegriff angenähert werden müssen«.

die Rechtsanwendung in diesem Spiel weitestgehend dazwischen, nämlich im Mittelfeld statt.³²⁷ Beispielhaft ein Auszug aus einem Urteil des LG Düsseldorf und die Leserin möge sich einmal zur Aufgabe machen, zwischen Begriffsdefinition und Nachweisanforderung zu trennen:

»Wie bereits nach der früheren Rechtslage können Tätergruppierungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität ebenso wie sonstige Zusammenschlüsse aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität auch unter den neuen, aus der Legaldefinition des § 129 Abs. 2 StGB ersichtlichen, erweiterten Begriff der kriminellen Vereinigung fallen [...]. Erforderlich hierfür ist neben den sonstigen Voraussetzungen, dass der Zusammenschluss ein übergeordnetes gemeinsames Interesse verfolgt [...]. Lediglich individuelle Einzelinteressen der Mitglieder der Gruppierung genügen nicht [...]. Das gemeinsame Interesse muss insbesondere über die bezweckte Begehung der konkreten Straftaten und ein Handeln um eines persönlichen materiellen Vorteils willen hinausgehen [...]. Ein übergeordnetes gemeinsames Interesse kann im Bereich der Wirtschaftskriminalität vielmehr in dem von den Mitgliedern der Vereinigung über den Willen zur gemeinsamen Begehung von Straftaten geteilten gemeinsamen Gewinn- oder Machtstreben liegen, das sich in der Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, der Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel oder dem (Versuch) der Einflussnahme auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft, zeigt [...]. In dem - hier vorliegenden - Fall eines Zusammenschlusses zu dem Zweck der Durchführung rechtswidriger Geldwertüberweisungen kann auch das über die individuelle Gewinnschöpfung hinausgehende, gemeinsame Ziel des Fortbestands des Überweisungssystems ein übergeordnetes gemeinsames Interesse darstellen [...].«³²⁸

Auflösung: Eine Trennung zwischen Begriffsdefinition und Nachweisanforderung ist ebenso wenig möglich wie eine zwischen Begriffs- und Sachverhaltskonstruktion. Im Fußballspielbild:

327 Volk benutzt das Bild »auf der Hälfte des Weges«, *Volk*, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, in *Canaris ua* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 739 (745).

328 LG Düsseldorf (14. große Strafkammer), Urteil vom 23.11.2021 – 014 KLs 2/21, Rn. 159.

Das Ergebnis ist kein Ergebnis: In der Regel fallen keine Tore und die Leistung der Teams liegt im Auge des Betrachters.

Methodisch schwimmen dadurch Obersatz und Untersatz – oder anders: die methodisch ohnehin zunehmend festgestellte oder propagierte Amalgamierung von Obersatz und Untersatz³²⁹ wird faktisch untermauert. Der Schwerpunkt scheint dabei auf dem Fall- oder Begriffsvergleich zu liegen. Weil aber der Rechtssachverhalt mit einem Fuß in der Rechtsnorm und einem im Tatsächlichen steht;³³⁰ weil – je nach Argumentation³³¹ – hermeneutisch über das Hin-und-Her-Wandern des Blicks zwischen Norm und Sachverhalt³³² letztlich sogar beides seinen ontologischen Einschlag findet,³³³ kann eine solche Begriffsbildung nicht ohne Wirklichkeitsbezug auskommen.

Die Anwendung des Tatbestandes des § 129 StGB ist dafür ein gutes Beispiel. Die Kapitulation vor dem Versuch, vorrechtliche Institute mit dem Gesetzestelos in Verbindung zu bringen, zeigt sich im vagen Begriff der Vereinigung. Der 3. Strafsenat des BGH hat für den Schein der Objektivität folgende Einfallstüren geschaffen: die Prüfung »im Rahmen einer Gesamtwürdigung«, wobei »verschiedene objektive [...] Gesichtspunkte Berücksichtigung finden« können; »Je ausgeprägter solche Kriterien vorliegen, desto eher lässt sich der Schluss [auf ein übergeordnetes gemeinsames Interesse, Anm. A.H.] ziehen«; »da eine Gesamtbetrachtung geboten ist, müssen nicht sämtliche

329 Stellv. *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 14 f.; *Haft*, Juristische Rhetorik, 2009, S. 85 ff., *Schünemann*, FS Arthur Kaufmann, 1993, S. 299 ff.

330 Ebenso *Arthur Kaufmann*, Einige Bemerkungen, zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, in *ders. ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 67 (70).

331 AA stellv. *Schünemann*, Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, in *Arthur Kaufmann ua* (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 117 (120): »Andererseits verwischt die Hermeneutik durch ihre metaphorische, einer sorgfältigen Sprachkritik nicht standhaltende Redeweise von der ›hermeneutischen Spirale‹ bzw. der ›Assimilation von Norm und Sachverhalt‹ den nicht nur ontologisch und sprachtheoretisch, sondern auch rechtsmethodologisch fundamentalen *Unterschied von Verstehen und Bewerten.*«, Herv. im Original.

332 *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1963, S. 14 f.

333 So zB nach der Hypothese der realistischen Rechtsontologie, dazu *Ferreira Leite de Paula*, Rechtsontologie, 2020, S. 158 Fn. 12; *Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 154: »Die allgemeinste Hypothese einer realistischen Rechtsontologie lautet: Rechtsnormen und -sachverhalte haben eine selbständige Existenzweise, also eine ontologische Beharrlichkeit, die nicht auf Materie, auf Bewusstsein von Individuen und Kollektiven und auf ein reines Sollen, das zugleich kein Sein wäre, reduzierbar ist.«, Zitat ohne Hervorh.

Merkmale in besonderer Weise vorliegen.«³³⁴ Zusammen mit dem Beurteilungsspielraum gewährenden Verdachtsgrad für die Sachverhaltserforschung (§ 152 Abs. 2 StPO) sowie eine Anklageerhebung (§ 170 Abs. 1 StPO)³³⁵ entsteht geradezu eine Kette an Typenvagheiten. Dies schafft eine Projektionsfläche für persönliche Einstellungen und nicht zuletzt strategische Erwägungen wie die Folgenorientierung.³³⁶

Die eigentliche Frage ist doch: Befürchten wir ein über die Einzeltat hinausgehendes Bedrohungspotential der Gruppierung für die öffentliche Sicherheit? Noch pointierter formuliert: *Fühlen* wir uns nicht mehr sicher durch diese Gruppierung?³³⁷ Wenig überraschend gehen dann die Meinungen über die Einordnung der LG als kriminelle Vereinigung sehr auseinander – nicht aus materiell-rechtlichen Gesichtspunkten (unter den Begriff lassen sich Gruppierungen wie die LG allemal subsumieren), sondern mit Blick auf mögliche Folgen. Und so sind wir bei der Folgenorientierung angelangt,³³⁸ mit der zu argumentieren zumindest ehrlicher wäre. Hermeneutische Ehrlichkeit samt Folgenorientierung führte jedoch unweigerlich in eine vom Zeitgeist bestimmte *Tu Quoque*-Argumentation (angliziert neudeutsch: Whataboutism) nach dem Motto: Warum sind die einen eine kriminelle Vereinigung und die anderen nicht? Und damit sind wir erneut, wie eingangs erwähnt, bei Macht und Autorität angelangt. Die Festlegung einer Gruppierung als kriminelle Vereinigung per Vereinigungsbegriff ist keine bloße Dezision, sondern ein Machtanspruch. Das klingt erschreckender als es ist: Ohne diesen Machtanspruch könnte eine Rechtsordnung gar nicht existieren. Man muss sich zu ihm eben nur »bekennen«.³³⁹

334 BGH Beschl. v. 2.6.2021 – 3 StR 33/21 (LG München I), NStZ 2022, S. 159 (160).

335 *Linke*, Das besondere öffentliche Interesse, 2021, S. 104 mwN.; *Schmidt*, NJ 2008, S. 390 ff. A.A. *Bach*, Jura 2007, S. 13 (14–15).

336 Zur Folgenorientierung in der neueren Auslegungslehre *Heinze*, ZStW 134 (2022), S. 610 (613 mwN.).

337 Zum Rechtssicherheitsgefühl schon *Heinze*, StV 2022, S. 535-540; *ders.*, Legal Tribune Online v. 25.8.2022, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/landfriedensbruch-politische-diskriminierung-reichstag/<17.12.2023>>.

338 Zur Folgenorientierung in der neueren Auslegungslehre, stellv. *Hassemer*, in: FS Jung, 2007, S. 231 (244 f.); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2008, S. 641 ff. Zur Folgenorientierung in der traditionellen Auslegungslehre stellv. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 172 ff.; *Zippelius/Würtenberger*, Juristische Methodenlehre, 2021, S. 49 ff. Überblick: *Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2021, S. 220 ff.

339 Schon *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 57.

Spätestens seit dem sog. *narrative turn*,³⁴⁰ mit den sozialen Medien als Forum, beherrschen Narrative die öffentliche Debatte, gut sichtbar am Umgang mit der LG (»Klima-RAF«).³⁴¹ Das Strafrecht mit seinen Typen bietet seit je her einen vollen Werkzeugkoffer, um diese Narrative zu schaffen. Der Macht- und Autoritätsvorteil der Justiz, der unweigerlich zur Asymmetrie des Diskurses führt, muss daher mit einer Verpflichtung zum sorgfältigen Umgang mit Typen einhergehen. Wie schwer das zu sein scheint, zeigt ein Blick in die Aufarbeitung des sog. Kapitolsturms in den USA am 6. Januar 2021: Narrative waren hier sowohl der Auslöser (»stop the steal«) als auch entscheidend in der Aufarbeitung danach.³⁴² In zahlreichen Gerichtsurteilen und Beschlüssen werden die Ereignisse als »riot« und die teilnehmenden Personen als »rioters« bezeichnet, ohne dass diese Beschlüsse den entsprechenden riot-Tatbestand prüfen, geschweige denn annehmen.³⁴³

Hoch aktuell ist daher das Bekenntnis von *Arthur Kaufmann* zu den Sitzblockadefällen. Es kann auf die Frage der kriminellen Vereinigung übertragen werden:

»Ich bekenne von mir ganz freimütig, daß ich solchen Verhaltensweisen wie Sitzblockaden nicht wertfrei, ja nicht einmal unpolitisch gegenüber stehe. Und weil ich mir dessen bewusst bin, bemühe ich mich bei meinen wissenschaftlichen Erkenntnissen, diese subjektiven Werturteile nach Möglichkeit zu versachlichen und zu neutralisieren, wobei ich mir aber bewußt bin, daß ich das niemals zur Gänze kann. Ich halte es für ganz ausgeschlossen, daß die Richter am *Bundesgerichtshof* das können. Wer kann das schon!«³⁴⁴

340 S. Kirste, *Literatur und Recht*, in: *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, 2021, S. 351 (354).

341 Höffler, »Klima-RAF« herbeireden Radikalisierung durch Labeling und Druck, in: *Bönemann* (Hrsg.), *Kleben und Haften - Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise*, 2023, S. 81 (89).

342 Der Abschlussbericht der Untersuchungskommission liest sich wie ein Narrativ-Wettbewerb: US House of Representatives, *Final Report of the Select Committee to Investigate the January 6th Attack on the United States Capitol*, 2022.

343 ZB: US v. Nordean et al., US District Court, District of Columbia, 579 F.Supp.3d 28, para. 62; US v. Puma, 596 F.Supp.3d 90; US v. Bozell IV, 2022 WL 474144; US v. McHugh, 583 F.Supp.3d 1; US v. Grider, 585 F.Supp.3d 21.

344 Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 1997, S. 57 (Herv. im Original). Ähnlich Dreher, *Das schlechte Gewissen des Strafrichters*, in: *Arthur Kaufmann ua* (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979*, S. 47 (53).

VIII. SCHLUSS

Digitalisierung und Virtualisierung moderner Kommunikationsmittel ebnen der Gruppenkriminalität den Weg in die Strafflosigkeit – ebenso, wie sie friedlich agierenden Gruppen einen bunten Strauß an Entfaltungsmöglichkeiten bieten. Der Strafjustiz kommt keine geringere Aufgabe zu als das eine zu bekämpfen, ohne das andere zu gefährden. Weil dies ohne Flexibilität nicht funktionieren kann, assistiert der Gesetzgeber mittels vager Begriffe, Vorverlagerung der Strafbarkeit, Beurteilungsspielraum und Ermessen. Es ist daher wenig überraschend, dass gerade die Organisationsdelikte mit Begriffsdefinitionen stehen und fallen.

Die Rechtsprechung zum Vereinigungsbegriff verdeutlicht, »welche Spannung zwischen der an einer lückenlosen und zugleich vorbeugenden Strafverfolgung orientierten Sicherheitsgesetzgebung und der verfahrensgeleiteten Auslegung entsprechender Begriffs- und Zurechnungsformen besteht; eine Spannung, die bis in die ›Selbstdefinition‹ des Strafrechts als effektive Sozialkontrolle hineinreicht«. ³⁴⁵ Begriffsdefinitionen aus europäischen Rechtsakten sollten hier nicht als unwillkommene Normkonkurrenz, sondern als Chance angesehen werden, per »Begriffsmigration« ³⁴⁶ die Gesetzgebung sozialen Gegebenheiten so anzupassen, dass eine Zurechnung durch den Rechtsanwender ohne Reibungsverluste gelingt. ³⁴⁷ Denn wenngleich die Vermischung von Definition und Nachweis dogmatisch kaum spürbar – und vielleicht sogar notwendig ³⁴⁸ – ist, so ist sie für die Feststellung eines »Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen« folgenreich. ³⁴⁹

345 *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts: Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren, 2017, S. 38.

346 Zur Begriffsmigration aus dem europäischen Recht am Beispiel des Terrorismus-Tatbestandes *Barczak*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 102 (2019), S. 362–392.

347 *Zabel*, Die Ordnung des Strafrechts: Zum Funktionswandel von Normen, Zurechnung und Verfahren, 2017, S. 38.

348 So *Hassemer*, Kennzeichen, in GS Armin Kaufmann, 1989, S. 289 (304 f.).

349 Vgl. *Volk*, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, in *Canaris ua* (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 739 (747 f.).

Vor allem Zurechnungsfragen werden regelmäßig als begriffliche Abgrenzungskonflikte ausgetragen. Ein Blick in die Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte zur kriminellen Vereinigung unterstreicht dies eindrücklich. Dass sich daran nichts geändert hat, liegt auch an der klaffenden Lücke zwischen Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft bei diesem Thema. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass Warnungen vor Überkriminalisierung und Missbrauch des § 129 StGB in den staatsanwaltschaftlichen Fluren entweder ungehört verhallen oder belächelnd als realitätsfern ignoriert werden.³⁵⁰ Möglicherweise richten dann Mahnungen zur Rückbesinnung auf sozialontologische Kriterien im Sinne einer »Natur der Sache« eher Schaden an, indem sie mehr mit Elfenbeintürmen als mit Ermittlungsrealität assoziiert werden. Das ändert aber nichts daran, dass es eben solche Kriterien sind, die der Begriffsabgrenzung die nötige Kontur verleihen, denn sie begrenzen das uferlose Gefahrverhinderungsargument. Dieses kann nämlich nur enden in der alten Binding'schen Forderung nach Abschaffung der Bandendelikte.³⁵¹ Warum nicht stattdessen Bandenbegriff und Begriff der kriminellen Vereinigung als das behandeln, was sie tatsächlich sind: Gruppenkonstrukte mit sehr ähnlichen Wurzeln. Altenhain hat daher zu Recht die kriminelle Vereinigung als Grundtatbestand der Bandendelikte kategorisiert.³⁵² Auf diese Weise können wir uns lösen von einer rechtsstaatlich unsicheren Überbewertung von Zusammenwirkungszielen und -interessen und stattdessen wieder auf das konzentrieren, was das Unrecht tatsächlich ausmacht: das koordinierte und organisierte Zusammenwirken, um Straftaten zu begehen.

Um die durch § 129 StGB ermöglichte Vorfeldkriminalisierung zu rechtfertigen, bedarf es einer Rückkopplung an die gruppenpsychologischen Aspekte der Vereinigung. Die Vereinigungsdefinition steht für diese Rückkopplung spätestens seit 2017 nicht mehr zur Verfügung. Das widerspricht verschiedenen normtheoretischen Grundsätzen und eine Lösung könnte sein, die erhöhte Organisation als

350 Allgemein zum Dialog zwischen Strafrechtswissenschaft, Strafjustiz und Strafgesetzgebung *Weißer*, ZStW 129 (2018), S. 961–994; *Münkler*, GA 2023, S. 220 ff.; *Kuhli/Asholt*, GA 2023, S. 192 ff.; *Köbel/Kubicel*, GA 2023, S. 181 ff.

351 *Binding*, Der Entwurf eines StGB für den norddeutschen Bund, 1869, S. 100.

352 *Altenhain*, ZStW 113 (2001), S. 112 (141).

Nachweiselement für das übergeordnete gemeinsame Interesse an Zweckrationalitätserwägungen zu knüpfen. Dadurch muss der Zweck der Begehung von Straftaten zumindest auch unter dem Aspekt des übergeordneten gemeinsamen Interesses gelesen werden, konkret hinsichtlich der Frage, ob die Organisationsstruktur der Vereinigung nur auf Illegalität gerichtet ist.³⁵³ Das wird im Ergebnis oft dann der Fall sein, wenn es sich um Schwerekriminalität handelt, die einen entsprechenden Organisationsaufwand mit sich bringt. Daher gehen die Vorschläge, den Tatbestand des § 129 StGB auf »schwerkriminelle« Vereinigungen zu beschränken, im Ergebnis in dieselbe Richtung.³⁵⁴ Der Ausweg über eine Erheblichkeitsschwelle (bei der Organisationsabsicht) und Prioritätserwägungen (§ 129 Abs. 3 Nr. 2 StGB) ist ein Danaergeschenk, das die Missbrauchsgefahr kaschiert, zu der die Fassung des Tatbestands verleitet. Er avanciert zu einem reinen Strategieinstrument für Verfolgungsbehörden und gleichzeitig zu einer *blackbox* für diejenigen, die sich dem Vorwurf der Gründung oder Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung stellen müssen. Ein Tatbestand, der in vielfacher Hinsicht an die Grenzen des liberalen Strafrechts stößt (Präventivstrafrecht, Zurechnung allein durch Partizipation, Allgemeinrechtsgut mit Fokus auf dem Sicherheitsgefühl), kann sich diese Mängel nicht leisten. Natürlich bleibt angesichts des zähen Ringens um die Harmonisierung von § 129 StGB mit europäischem Recht unter gleichzeitiger Wahrung der »wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen«³⁵⁵ der Ruf nach dem Gesetzgeber im Halse stecken. § 129 StGB ist ein Fortsetzungsroman,³⁵⁶ bei dem die Gerichte bis auf weiteres wohl die Alleinautoren bleiben werden. Ihnen sollte es darauf ankommen, Vereinigungsstrukturen einer Zweckrationalitätsanalyse zu unterziehen, wenn das übergeordnete gemeinsame Interesse belegt werden soll. Einen Verstoß gegen das Verschleifungsverbot sehen wir

353 Deutlich *Höffler*, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, in: *Bönnemann* (Hrsg.), Kleben und Hafteln - Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise, 2023, S. 23 (30): »Wenn man also an dieser Stelle von Gesetzes wegen den Zweck der jeweiligen Organisation untersuchen muss, kommt man doch gar nicht wirklich daran vorbei, die in Bezug auf die einzelnen Taten sog. ‚Fernziele‘ zu berücksichtigen!«.

354 So zB *Heger/Huthmann*, KriPoZ 2023, S. 259 (262 ff.); *Ebbinghaus*, HRRS 2023, S. 318 (325).

355 BGH NJW 2010, S. 1979 (1982 Rn. 29).

356 Im Sinne der Dworkin'schen chain-novel-Metapher, *Dworkin*, Law's Empire, 1986, S. 228 ff.

darin nicht – andernfalls bedarf es doch der gesetzlichen Anpassung an den Unrechtstyp dergestalt, dass die Organisationsabsicht in § 129 Abs. 2 StGB verschoben wird und Abs. 1 für die Tathandlungen reserviert bleibt.

Prof. Dr. Robert Esser

PASST ›EUROPA‹ NICHT INS DEUTSCHE STRAFVERFAHREN?

I.

EINLEITUNG*

Urteile deutscher Strafgerichte mit Bezug zu international relevanten Fragestellungen vermitteln bisweilen den Eindruck, dass das nationale Strafrecht vor ›systemfremden‹ Einflüssen bewahrt, um nicht zu sagen ›geschützt‹ werden müsse. Eine solche Systemtreue ist zwar kein spezifisches auf die Strafjustiz gemünztes, sondern ein in nahezu allen Berufsfeldern anzutreffendes Phänomen. Bekanntes hat sich eben ›bewährt‹, Unbekanntes wird dagegen kritisch beäugt, nicht zuletzt deshalb, weil die Auseinandersetzung mit dem als ›unpassend‹ empfundenen ›Neuen‹ naturgemäß einen gewissen Mehraufwand in der gedanklichen Aufbereitung bedeutet und bisweilen dazu zwingt, das Tradierte und Gewohnte mindestens in Frage zu stellen, wenn nicht gar partiell anzupassen.

Zu einem *rechtlich* relevanten Problem wird eine derart system-schützende gedankliche Unbeweglichkeit für die nationale Justiz allerdings vor dem Hintergrund, dass sowohl der Anwendungsvorrang des Unionsrechts als auch der menschenrechtlich in Art. 1 und Art. 46 EMRK zum Ausdruck kommende Mechanismus zur Umsetzung bzw. Berücksichtigung von Judikaten des EGMR konzeptionell auf eine Harmonisierung nationaler Systeme und damit gerade auf die partielle Außerkraftsetzung respektive notwendige Anpassung nicht selten über Jahrzehnte etablierter nationaler Strafrechtssysteme zugeschnitten sind. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass nur auf diese Weise dem verbindlich umzusetzenden übergeordneten Rechtsprinzip hinreichend Geltung verschafft werden kann.

* Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

Deutschland ist seit vielen Jahren – auch im Strafrecht – in diverse europa- und völkerrechtliche Rechts- und Kontrollsysteme eingebunden, denen es Respekt und Umsetzungsgehorsam schuldet. Kommt es dann tatsächlich in einer speziellen rechtlichen Fragestellung zum Schwur, muss Deutschland innerstaatlich halten, was es im Außenverhältnis verspricht. Doch genau das fällt in der Praxis nicht immer leicht. Die nachfolgenden Ausführungen wollen das konstatierte Phänomen einer systemtreuen Inertia anhand aussagekräftiger Beispiele belegen.

II.

›NICHTBERÜCKSICHTIGUNG‹ VON URTEILEN DES EGMR

1. KOMPENSATION EINER TATPROVOKATION

Signifikante Friktionen zwischen dem Völkerrecht auf der einen und dem nationalen Strafprozessrecht auf der anderen Seite treten in Deutschland seit Jahrzehnten bei der Suche nach der menschenrechtlich gebotenen, konkreten Form der Kompensation einer zu konstatierenden (rechtsstaatswidrigen) Tatprovokation (›incitement«) auf.

Mehrfach und in der Sache unmissverständlich hat der EGMR die von den deutschen Strafgerichten mit beachtlichem Beharrungsvermögen über Jahrzehnte proklamierte *Strafzumessungslösung*, wonach die der späteren Tat vorausgegangene staatlich zurechenbare Provokation zur Tat (lediglich) einen gewichtigen Strafmilderungsgrund darstellen soll, als nicht ausreichende Form der Kompensation eingestuft. So entschied der Gerichtshof – nach mehreren vorangegangenen Judikaten gegen andere Vertragsstaaten, am bekanntesten dürfte dabei das Urteil *Teixeira de Castro*¹ sein – 2014 endlich auch in einer Rechtssache gegen Deutschland (*Furcht*), dass im Falle einer zu konstatierenden (in der Regel polizeilichen) Tatprovokation die im Anschluss von den deutschen Strafgerichten vorgenommene Strafmilderung nicht als hinreichende Wiedergutmachung für den eingetretenen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK (›fair trial«) angesehen werden könne, wenn es – was regelmäßig der Fall ist – zu einer Verwertung der durch die Tatprovokation erlangten Beweise komme und

¹ EGMR, *Teixeira de Castro/Portugal*, Urt. v. 9.6.1998, Nr. 25829/94.

die Verurteilung des Beschwerdeführers auf diese gestützt werde.²

Wie der Gerichtshof dann sechs Jahre später, 2021, noch einmal in der Rs. *Akbay u.a.* ebenfalls gegen Deutschland bestätigt hat, kann die Fairness des Verfahrens in einer solchen Verfahrenskonstellation nur noch dadurch gewahrt werden, dass alle Beweise, die mithilfe einer Tatprovokation gewonnen wurden, entweder von der Verwertung ausgeschlossen sind oder ein vergleichbares Verfahrensergebnis (»procedure with similar consequences«) auf anderem Wege herbeigeführt wird.³

Die deutschen Strafgerichte interessierten diese menschenrechtlichen Vorgaben indes zunächst herzlich wenig. Der BGH hielt auch in den Jahren nach *Furcht* an der Strafzumessungslösung unumstößlich fest⁴ und betonte im Jahr 2018 völlig ungeniert die Systemfremdheit der Straßburger Rechtsprechung gegenüber dem deutschen Verfahrensrecht – bezogen auf eine vom EGMR⁵ postulierte staatliche *Beweislast* für das Nichtvorliegen einer Tatprovokation.

»Die Rechtsprechung des EGMR zur – dem deutschen Verfahrensrecht grundsätzlich systemfremden – Beweislast der Staatsanwaltschaft für das Nichtvorliegen einer Tatprovokation [...] erfordert angesichts der konkreten Umstände des vorliegenden Falls keine andere Bewertung«

ist dort zu lesen.⁶

Verfassungsrechtlichen Geleitschutz im Kontext Tatprovokation leistete das BVerfG den deutschen Strafgerichten zuletzt im Dezember 2014 (d.h. nach *Furcht*), als es eben jene vom BGH seit Jahrzehnten

2 EGMR, *Furcht/Deutschland*, Urt. v. 23.10.2014, Nr. 54648/09, §§ 59, 72, NJW 2015, 3631 = NStZ 2015, 412 = NJ 2015, 201 = StV 2015, 405 = JR 2015, 81 m. Anm. *Schmidt*, ZIS 2017, 57. Am Ende sprach der EGMR dem Bf. eine Entschädigungssumme in Höhe von 16.500 € zu. Das Strafverfahren wurde auf nationaler Ebene wieder aufgenommen (§ 359 Nr. 6 StPO), das der Verurteilung zugrunde liegende Urteil des LG Aachen aufgehoben und das Verfahren analog § 371 Abs. 2 StPO ohne mündliche Verhandlung wegen eines Verfahrenshindernisses eingestellt (CoE-CM, DH-DD(2020)132 v. 11.2.2020; Resolution CM/ResDH(2020)60 – Execution of the judgment of the European Court of Human Rights *Furcht against Germany* v. 4.6.2020).

3 EGMR, *Furcht/Deutschland* (Fn. 2), § 59; *Akbay u.a./Deutschland*, Urt. v. 15.10.2020, Nrn. 40495/15, 37273/15, 40913/15, § 136, NJW 2021, 3515.

4 Siehe etwa: BGH, Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15, Rn. 11 ff., BGHSt 60, 238 = NStZ 2015, 541 = StV 2016, 78.

5 EGMR, *Bannikova/Russland*, Urt. v. 4.11.2010, Nr. 18757/06, § 73, HRRS 2011 Nr. 331.

6 BGH, Urt. v. 4.7.2018 – 5 StR 650/17, Rn. 33, StV 2019, 358.

praktizierte Strafzumessungslösung goutierte – unter Hinweis darauf, dass der EGMR gegenüber dem BGH eben »einen anderen dogmatischen Ansatz [verfolge], weil der [...] [EGMR] bei Annahme einer Tatprovokation die Frage der Zulässigkeit der Verfahrensdurchführung an sich und der Beweisverwertung in den Mittelpunkt stellt«. ⁷ Aus den Vorgaben des EGMR lasse sich nach Ansicht des BVerfG »nicht schließen, das nationale Rechtssystem müsse zwingend dem dogmatischen Ansatz des Gerichtshofs folgen«. ⁸ Das ist starker Tobak, den man so manchem Verfassungsgericht eines anderen Staates kaum durchgehen lassen dürfte.

Erst in jüngerer Zeit deuten sich in einem Urteil des 1. Strafsenats des BGH weitreichende dogmatische Änderungen und ein Einschwenken auf die Straßburger Rechtsprechung an – endlich. ⁹ Auf die Aussagen des EGMR im Urteil *Akbay u.a.* reagierte der Senat, indem er das im konkreten Fall angefochtene Urteil aufhob, weil nicht abschließend begründet werden könne, ob der im Übrigen rechtsfehlerfreien Verurteilung des Angeklagten das Verfahrenshindernis einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation entgegenstehe. ¹⁰ Das Urteil wurde insoweit an ein neues Tatgericht zurückverwiesen, welches nun anhand der zum Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation vom EGMR entwickelten Maßstäbe feststellen muss, ob eine solche tatsächlich vorlag. Sollte dies der Fall sein – und das ist der wirklich spannende Teil des Judikats – stünde dem Verfahren nach Auffassung des 1. Strafsenats des BGH insoweit ein Verfahrenshindernis entgegen, so dass das Verfahren hinsichtlich dieses Aspektes gemäß §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO einzustellen wäre. ¹¹ Damit entfernt sich der BGH deutlich von seiner bisherigen Strafzumessungslösung und der Erwägung, dass ein Beweisverwertungsverbot als »starre Fehlerfolge« den vielfältigen Erscheinungsformen unterschiedlich intensiver Tat-

7 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, Rn. 42, NJW 2015, 1083 = StV 2015, 413 = NStZ 2016, 49 m. Anm. *Jahn*, JuS 2015, 659; NJW 1987, 1874 = NStZ 1987, 276.

8 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14 (Fn. 7), Rn. 43.

9 BGH, Urt. v. 16.12.2021 – 1 StR 197/21 (LG Freiburg), NStZ 2023, 243 m. Anm. *Moldenhauer*.

10 BGH, NStZ 2023, 243 (246); die Revision eines zweiten Angeklagten blieb ohne Erfolg, weil ihm gegenüber das Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation auszuschließen war.

11 BGH, NStZ 2023, 243 (246) = StV 2022, 275 (275).

provokation keine Rechnung tragen könne.¹²

In diesem Punkt schließt sich der 1. Strafsenat des BGH dem 2. Strafsenat an, der sich bereits 2015 unter Berücksichtigung der EGMR-Judikatur in der Rs. *Furcht* deutlich von der Strafzumessungslösung entfernt¹³ und sich zugleich gegen die Rechtsprechung des BVerfG positioniert hatte, mit der Begründung, dass es den Fachgerichten in Anwendung des ›einfachen‹ Rechts freistünde, auf rechtsstaatswidrige Tatprovokationen mit strengeren Rechtsfolgen als verfassungsrechtlich geboten – mit der Annahme eines Verfahrenshindernisses – zu reagieren.¹⁴

In einem aktuellen Urteil gegen Österreich macht der EGMR nun noch einmal deutlich, dass eine Strafzumessungslösung keine befriedigende Lösung für die Bereinigung der Folgen einer Tatprovokation sein kann. Der österreichische Gesetzgeber hat zwar in Reaktion auf das Urteil *Furcht* ein Verfahrenshindernis im Fall einer unzulässigen Tatprovokation (i.S.d. § 5 Abs. 3 öStPO) statuiert (StPRÄG I 2016). Die entsprechende gesetzliche Bestimmung war jedoch zum Zeitpunkt des dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhaltes noch nicht anwendbar. Nachdem das Landesgericht für Strafsachen festgestellt hatte, dass der Beschwerdeführer rechtsstaatswidrig provoziert worden war, es aber (auch zum Zeitpunkt der Urteilsfällung) noch keine gesetzliche Grundlage für die Annahme eines Verfahrenshindernisses gab, reduzierte zunächst das Landesgericht die Strafe um sechs Monate, der österreichische Verfassungsgerichtshof sodann um weitere neun Monate – auf also insgesamt 15 Monate. Der EGMR hielt aber auch in diesem Fall die vorgenommene, durchaus beträchtliche, Strafmilderung als Kompensation für den Fairnessverstoß nicht für ausreichend und bejahte folgerichtig einen nicht kompensierten und damit weiterhin vorliegenden Verstoß Österreichs gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹⁵

12 Hierzu auch: *Schneider*, NStZ 2023, 325 (332): durch Tatprovokation initiierte Strafverfahren seien von Anfang an unfair, so dass ein Vergleich mit § 136a Abs. 1 StPO nicht in Frage käme.

13 BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 (296).

14 BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, Rn. 63, BGHSt 60, 276 = NJW 2016, 91 = NStZ 2016, 52 = StV 2016, 129 (Ls.); hierzu auch: *Schneider*, NStZ 2023, 325 (334); LR/*Esser*, EMRK, 27. Aufl. 2023, Art. 6 Rn. 385.

15 EGMR, Jevtic/Österreich, Urt. v. 24.1.2023, Nr. 54664/16, § 11.

Ob das Votum des 1. Strafsenats des BGH ausreichen wird, um auch bei den anderen Senaten ein systemisches Umdenken zu bewirken, wird man abwarten müssen. Der Gesetzgeber sollte sich darauf nicht verlassen und die Pläne für ein gesetzliches Verbot der Tatprovokation zügig umsetzen.¹⁶

2. AUSBLEIBEN (VERTRETUNG) DES ANGEKLAGTEN IN DER BERUFUNGSHAUPTVERHANDLUNG (§ 329 StPO)¹⁷

Die frühere, bis zum 24.7.2015 geltende Regelung des § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO a.F., wonach auch bei Anwesenheit eines mit schriftlicher Vollmacht ausgestatteten, vertretungsbereiten Verteidigers eine Verwerfung des Rechtsmittels der Berufung erfolgen musste, hatte der EGMR in der Rs. *Neziraj* im Jahr 2012 ausdrücklich als konventionswidrig, genauer, als nicht mit Art. 6 Abs. 1 i.Vm. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK vereinbar, eingestuft.¹⁸

Die seinerzeitige, zur Umsetzung dieses Straßburger Postulats berufene OLG-Rechtsprechung war diesem Ansinnen jedoch mit aller Deutlichkeit und Entrüstung entgegengetreten. Nach Ansicht des OLG München etwa verkannte das Urteil des EGMR »das Regelungsgefüge [...] des § 329 StPO [a.F.] und die Stellung des Verteidigers im deutschen Strafprozessrecht«. ¹⁹ Selbst für den Fall, dass man eine Konventionswidrigkeit des § 329 StPO a.F. annähme, sei die Norm aufgrund ihres eindeutigen Wortlauts und angesichts ihrer Bindung an das geltende Gesetzesrecht anzuwenden und eine auf die Konventionswidrigkeit der Vorschrift gestützte Revision offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).²⁰

16 Siehe Referentenentwurf des BMJ zum Einsatz von V-Leuten und zum Verbot der Tatprovokation vom Juli 2023; hierzu auch: LR/*Esser* (Fn. 14), Art. 6 Rn. 389.

17 Ausführlich hierzu: *Esser*, Strafverteidigung bei Abwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung der Berufungsinstanz – Die menschenrechtliche Perspektive, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Vom Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung – Texte und Ergebnisse des 38. Strafverteidigertages in Dresden 2014, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2015), S. 61-72.

18 EGMR, *Neziraj*/Deutschland, Urte. v. 8.11.2012, Nr. 30804/07, StV 2013 289 (Ls.) m. Anm. *Esser*, StV 2013, 331 (337) = StraFo 2012, 490 m. Anm. *Püschel*; ferner: EGMR, *Tolmachev*/Estland, Urte. v. 9.7.2015, Nr. 42182/11; *Frolovs*/Lettland, Urte. v. 15.6.2017, Nr. 13289/06.

19 OLG München, Beschl. v. 17.1.2013 – 4 St RR (A) 18/12, Rn. 12, NStZ 2013, 358 = NStZ-RR 2014, 18 = StV 2013, 301.

20 OLG München (Fn. 19), Ls. 2.

Auch das OLG Hamburg, um nur eine weitere Stimme aus dem vielfältigen Kanon der deutschen Strafgerichte zu zitieren, hielt die vom EGMR geforderte Auslegung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO a.F. nicht für möglich und begründete dies explizit mit der »vom Gesetzgeber vorgegebenen Systematik des deutschen Strafprozessrechts«. ²¹

Zwei Judikate, die stellvertretend für viele andere im Kontext der anschließend durch den Gesetzgeber vollzogenen »Reform des § 329 StPO« deutlich machen, wie schwer der deutschen Strafjustiz die Umsetzung menschenrechtlicher Leitlinien des EGMR bisweilen fällt, wenn durch solche »externen« Vorgaben angeblich die Grundfesten des deutschen Strafprozessrechts tangiert oder gar in Frage gestellt werden.

3. UNPARTEILICHES GERICHT VS. BEFANGENHEIT BEI RICHTERLICHER VORBEFASSUNG

Im EGMR-Urteil *Karaman* vom 27.2.2014 ging es um die praxisrelevante Frage, ob die volle Namensnennung eines – in einem noch nicht abgeschlossenen Parallelverfahren – gesondert Verfolgten im dem vorangehenden Strafurteil gegen einen (mutmaßlichen) »Mittäter« gegen die Unschuldsvermutung verstößt. ²² Der EGMR nahm hier einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 EMRK im Falle nachteiliger, mit einer Schuldfeststellung verbundener Aussagen im ersten Verfahren jedenfalls dann an, wenn eine enge Verbindung mit dem zweiten, parallel geführten Strafverfahren vorhanden ist. ²³ Hintergrund ist, dass für den Beschuldigten im zweiten Verfahren in einer solchen Verfahrenskonstellation kaum noch die Möglichkeit einer *effektiven* Verteidigung besteht.

Für die Analyse einer möglichen Verletzung von Art. 6 Abs. 2 EMRK im »ersten« Urteil ist bei der Beurteilung etwaiger den parallel Verfolgten belastender Angaben des Gerichts stets die konkrete Wortwahl in der Urteilsbegründung entscheidend. So spricht es tendenziell gegen eine Verletzung der Unschuldsvermutung, wenn der Betroffene nicht als »Täter«, sondern lediglich als »gesondert Verfolgter«

21 OLG Hamburg, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 – 25/13 (REV) – 1 Ss 68/13, Rn. 26 (juris).

22 EGMR, *Karaman/Deutschland*, Urt. v. 7.7.2014, Nr. 17103/10.

23 EGMR, *Karaman/Deutschland* (Fn. 22), §§ 41 ff.

bezeichnet wird. Für das Gericht gilt dabei die Prämisse, nicht mehr Informationen anzugeben als unbedingt notwendig (»avoid to give more information than necessary«).²⁴ Nur bei einer Unvermeidbarkeit der Bezugnahme (notwendige Zurechnung bei Mittäterschaft) soll auch die konkrete Rolle des Betroffenen erwähnt werden dürfen, auch hier stets mit Zurückhaltung in Bezug auf eine konkrete Schuldfeststellung (was aber gerade im Falle einer notwendigen mittäterschaftlichen Zurechnung von Tathandlungen eine Utopie sein dürfte).²⁵

Mit einem Fall der richterlichen Vorbefassung beschäftigte sich der EGMR auch in der Rs. *Bezek* – freilich aus einem anderen Blickwinkel. Hier waren gegen einen erst später in einem Parallelverfahren Angeklagten bereits Feststellungen und rechtliche Ausführungen in einem vorangegangenen (ersten) Urteil erfolgt, worauf das später explizit gegen den Beschwerdeführer ergangene (zweite) Urteil Bezug nahm, bei welchem zudem zwei Richter, die bereits als Mitglieder der Kammer am ersten Urteil mitgewirkt hatten, beteiligt waren.²⁶ In Frage steht hier das Recht auf eine Verhandlung über die erhobene Anklage durch ein unabhängiges und zudem *unparteiliches* Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK).

Grundsätzlich gilt bei Erlass des zweiten Urteils in dieser Konstellation das Gebot einer neuen, unabhängigen Bewertung von Tatsachen (»fresh consideration / assessment of the facts«). Im Hinblick auf die Einhaltung dieses Grundsatzes ist dabei vor allem die Art und Weise der Nennung des Namens des im späteren Verfahren Angeklagten und seines »Status« (Mittäter) im ersten Urteil maßgeblich. Bei der Beurteilung des Vorliegens eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK im zweiten Verfahren soll Berufsrichtern dabei grundsätzlich eine höhere Fähigkeit zur »Distanzierung« zukommen als Laienrichtern.²⁷ Im konkreten Fall war zwar die Schuldfeststellung im ersten Urteil nicht akzeptabel, allerdings wurden Bezugnahmen auf das erste Urteil im zweiten Urteil als für die Bewertung der Schuld

²⁴ EGMR, *Karaman/Deutschland* (Fn. 22), § 64.

²⁵ EGMR, *Karaman/Deutschland* (Fn. 22), § 66.

²⁶ EGMR, *A. Bezek u. S. Bezek/Deutschland*, Entsch. v. 21.4.2015, Nr. 4211/12, 5850/12, §§ 8 ff.

²⁷ EGMR, *A. Bezek u. S. Bezek/Deutschland* (Fn. 26), §§ 34, 38.

unverzichtbar angesehen.²⁸ In der Praxis besteht im Allgemeinen eine große Schwierigkeit jedoch darin, dass gerade der Wortlaut der *mündlichen* Urteilsbegründung, die *insoweit* auch relevant ist, oft nicht hinreichend nachweisbar ist.

Erneut um die Frage der Vorbefassung unter dem Aspekt ›unparteiliches Gericht‹ ging es dann im Urteil *Meng*. Der EGMR prüfte auch hier einen Verstoß gegen das in Art. 6 Abs. 1 EMRK verbürgte Recht auf Zugang zu einem unparteilichen Gericht. Von einer konventionswidrigen Parteilichkeit der Mitglieder des gerichtlichen Spruchkörpers ist dabei nach Ansicht des EGMR auszugehen, wenn das früher ergangene Urteil – so im konkreten Fall – bereits eine spezifische, präzise Darstellung der Art und Weise der Beteiligung eines zu einem späteren Zeitpunkt in einem anderen Verfahren, d.h. separat Angeklagten oder etwaiger von ihm verübter Straftaten oder eines sonstigen Verhaltens enthält.²⁹ Ganz besonders gelte dies auch für etwaige Feststellungen zur Tatschuld im Ersturteil.³⁰

Im Urteil *Meng* bejahte der EGMR die fehlende Unparteilichkeit des Gerichts und damit einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK, da in dem dort gegenständlichen Strafurteil bereits eine detaillierte Schilderung und Beurteilung im Hinblick auf die Rolle der Beschwerdeführerin bei der Tat vorgenommen worden war.³¹

Allerdings hat der EGMR auch herausgearbeitet (Rs. *Mucha*), dass in komplexen Strafverfahren mit mehreren Personen, die (aus prozessualen Gründen) nicht zusammen abgeurteilt werden können, Bezugnahmen auf Handlungen anderer mutmaßlicher Tatbeteiligter für die Bewertung der Schuld unerlässlich sein können.³² Zudem seien Strafgerichte verpflichtet, die relevanten Fakten des Falles, die für die Beurteilung der rechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten erforderlich sind, so genau und präzise wie möglich aufzuklären. Allerdings gelte auch hier, dass Tatsachen wiederum nur so weit in

28 EGMR, A. Bezek u. S. Bezek/Deutschland (Fn. 26), § 36 (›[...] [I]nvolving several persons who cannot be tried together, [...], may be indispensable for the assessment of the guilt of those who are on trial«).

29 EGMR, Meng/Deutschland, Urt. v. 16.2.2021, Nr. 1128/17, §§ 47 ff.

30 EGMR, Meng/Deutschland (Fn. 29), § 48.

31 EGMR, Meng/Deutschland (Fn. 29), §§ 63 ff.

32 EGMR, Mucha/Slowakei, Urt. v. 25.11.2021, Nr. 63703/19, § 58, BeckRS 2021, 35946.

Bezug genommen werden dürfen, als dies für die Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des konkret Angeklagten unbedingt notwendig sei.³³

Auf diese Rechtsprechung des EGMR verwies jüngst auch das BVerfG in einem Beschluss vom 27.1.2023³⁴ wie folgt:

»Hat allerdings ein Gericht in einem früheren Urteil ohne rechtliche Notwendigkeit die Rolle des später Angeklagten derart detailliert beurteilt, dass das frühere Urteil so zu verstehen ist, das Gericht habe hinsichtlich des später Angeklagten alle für die Erfüllung eines Straftatbestands erforderlichen Kriterien als erfüllt angesehen, können nach der Rechtsprechung des EGMR objektive Zweifel an der Unvoreingenommenheit des Gerichts bestehen.«

Die im konkreten Fall zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung anstehenden Judikate des BGH und des LG wurden vom BVerfG allerdings nicht beanstandet, da bei der Beurteilung der Strafbarkeit eines Gehilfen nach § 27 StGB mangels Notwendigkeit – wegen des für die Teilnahme geltenden Grundsatzes limitierter Akzessorietät – keine Aussage dazu enthalten sei, ob die Haupttat auch schuldhaft begangen worden war.³⁵ Völlig verkannt wird dabei jedoch, dass bereits im »ersten« Urteil des LG Bonn, gerichtet gegen den Gehilfen als Verurteilten, die Strafsache gegen den Beschwerdeführer bereits »entschieden« war, weil bei allen Richtern, die das Urteil gegen den Gehilfen unterschrieben hatten, kein innerer Vorbehalt mehr gegen die Schuld des Haupttäters erkennbar war; es gab schlicht in der Sache »nichts mehr zu prüfen«.³⁶

Die deutschen Strafgerichte reagieren insgesamt distanziert bis offen ablehnend auf die Rs. *Meng* und sehen auch in dieser Materie aus der Rechtsprechung des EGMR keine verbindliche Vorgabe, die Voraussetzungen für den Vortrag in der Revision herabzusetzen.³⁷

33 EGMR, Mucha/Slowakei (Fn. 32), §§ 58, 60.

34 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2023 – 2 BvR 1122/22, Rn. 33.

35 BVerfG, Beschl. v. 27.1.2023 – 2 BvR 1122/22, Rn. 33.

36 Hierzu: *Esser*, wistra 2023, 253-255.

37 BGH, Beschl. v. 7.6.2022 – 5 StR 460/21, NStZ 2023, 53 (54) = NStZ-RR 2022, 288 = BeckRS 2022, 16668; im vorliegenden Fall wurde ein Befangenheitsantrag mit einer Vorbefassung eines Schöffen begründet, jedoch keine zusätzlichen Tatsachen geltend gemacht, die dies belegen.

Im Rahmen der konventionsfreundlichen Auslegung des deutschen Rechts sei die Rechtsprechung des EGMR zwar zu *berücksichtigen*, daraus folge aber nicht, dass die von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Besorgnis der Befangenheit wegen Vorbefassung aufzugeben seien.³⁸ Am besten soll eben alles so bleiben, wie es ist.

III.

›NICHT-WIEDERAUFNAHME‹ DES STRAFVERFAHRENS TROTZ FESTGESTELLTER KONVENTIONSVERLETZUNG

Der erst 1998 in die deutsche Strafprozessordnung eingefügte § 359 Nr. 6 StPO besagt, dass die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten des Verurteilten zulässig ist, wenn der EGMR eine Verletzung der EMRK oder ihrer Protokolle festgestellt hat *und* das Urteil auf dieser Verletzung beruht.

Nach Ansicht des OLG Frankfurt a.M.³⁹, das auf das EGMR-Urteil *Meng* und einen diesbezüglichen Wiederaufnahmeantrag der Beschwerdeführer reagieren musste, kann eine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 6 StPO jedoch nicht erfolgen, wenn das rechtskräftige Urteil den Verurteilten nicht unrechtmäßig beschwert, d.h. im Hinblick auf die EMRK insofern keine Korrektur der Entscheidung erfolgen muss.⁴⁰ Dies sei dann der Fall, wenn sich die Konventionsverletzung nicht auf die rechtskräftig gewordene Entscheidung auswirke. Dies ergebe sich aus der Voraussetzung des *Beruhens* im Wortlaut (Tatbestand) der Norm. Allein der Umstand, dass der Tatrichter eine Norm nicht oder nicht richtig angewendet habe, reiche allein nicht aus. Im hiesigen Fall argumentierte das OLG Frankfurt, dass es nicht ohne Weiteres anzunehmen sei, dass das Urteil ohne den Konventionsverstoß anders ausgefallen wäre und verwarf daher die sofortige Beschwerde.⁴¹

38 BGH, Beschl. v. 18.5.2022 – 3 StR 181/21, NStZ-RR 2022, 345 (349) = NStZ 2023, 168 = NStZ-RR 2022, 384.

39 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 8.7.2022 – 1 Ws 21/22, NStZ-RR 2023, 118 (118).

40 OLG Frankfurt a.M. (Fn. 39), NStZ-RR 2023, 118 (119).

41 OLG Frankfurt a.M. (Fn. 39), NStZ-RR 2023, 118 (120).

Eine Wiederaufnahme ist nach dem Gesetzeswortlaut tatsächlich nur dann begründet, wenn das rechtskräftige Urteil nicht auf dem Konventionsverstoß *beruht*. Nach Ansicht des OLG Frankfurt soll es dem die Wiederaufnahme Begehrenden zuzumuten sein, dieses *Beruhens* des Urteils auf einem so schweren Konventionsverstoß, der die Durchbrechung der Rechtskraft durch eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu rechtfertigen vermag, darzulegen. Es gelte dabei grundsätzlich der auch für § 337 StPO geltende Maßstab.⁴² Demnach reicht es nach Ansicht des OLG Frankfurt für ein Beruhen regelmäßig noch nicht aus, dass der Tatrichter eine Rechtsvorschrift nicht oder nicht korrekt angewendet hat. Vielmehr müsse ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß und dem Urteil bestehen, der vorliege, »wenn das Urteil ohne die Gesetzesverletzung möglicherweise anders ausgefallen wäre«. ⁴³

Etwas anderes ergibt sich jedoch *jedenfalls* dann, wenn ein Konventionsverstoß gegeben ist, der zugleich einen absoluten Revisionsgrund i.S.d. § 338 StPO bildet. So sieht § 338 Nr. 3 StPO vor, dass das Urteil stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist, wenn bei dem Urteil ein Richter oder ein Schöffe mitgewirkt hat, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt war und das Ablehnungsgesuch entweder für begründet erklärt war oder mit Unrecht verworfen worden ist. Bei Zweifeln hinsichtlich der Unparteilichkeit des Gerichts i.S.d. § 338 Nr. 3 StPO wird somit *innerstaatlich* stets unwiderleglich vermutet, dass das Urteil auf dem entsprechenden Konventionsverstoß beruht. Dagegen der Ansicht des OLG Frankfurt a.M. folgend, lägen die Darlegungsanforderungen in einem Wiederaufnahmeverfahren nach § 359 Nr. 6 StPO höher als in einem innerstaatlichen Revisionsverfahren. Und die Kernfrage dürfte sein: Sind dann überhaupt noch Fälle der vom EGMR festgestellten fehlenden richterlichen Unparteilichkeit denkbar, die zu einer Wiederaufnahme des nationalen Strafverfahrens Anlass geben? Aus gutem Grund votiert der deutsche Gesetzgeber bei § 338 Nr. 3 StPO gerade in der Frage der fehlender Unparteilichkeit für einen absoluten

42 OLG Frankfurt a.M. (Fn. 39). Hierzu ist ein Verfahren vor dem BVerfG anhängig (2 BvR 1699/22).

43 OLG Frankfurt a.M. (Fn. 39), NStZ-RR 2023, 118 (118).

Revisionsgrund – und dieser Maßstab muss dann auch im Rahmen von § 359 Nr. 6 StPO gelten, ansonsten laufen erfolgreiche Beschwerden zum EGMR in dieser Frage regelmäßig leer. Dass der Gesetzgeber in § 359 Nr. 6 StPO seinerzeit pauschal ein »*Beruhens*« für sämtliche vom EGMR als verletzt eingestufte Verfahrensgarantien eingeführt hat, steht Abschwächungen in der Konturierung der konkreten Voraussetzungen eines solchen »*Beruhens*« nicht entgegen.

Den EGMR jedenfalls wird der Ansatz des OLG Frankfurt a.M. – soweit er nicht schon durch das BVerfG *geheilt* wird – sicherlich interessieren: Regelungen zur Verbindlichkeit und Durchführung der Urteile des EGMR enthält dabei Art. 44 EMRK. Gemäß Art. 44 Abs. 1 EMRK sind alle Vertragsstaaten der EMRK verpflichtet, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen. Im Falle einer Weigerung ergeht gemäß Art. 44 Abs. 4 EMRK zunächst eine Warnung. Bei weiterer Untätigkeit des Vertragsstaates kann das Ministerkomitee des Europarates nach Einholung eines Beschlusses, der auf einer Zweidrittelmehrheit der Stimmen der zur Teilnahme an den Sitzungen des Komitees berechtigten Mitglieder beruht, jedoch den Gerichtshof mit der Frage befassen, ob der Vertragsstaat seiner Verpflichtung nach Art. 44 Abs. 1 EMRK nachgekommen ist.

Im konkreten Fall besteht wie gesagt die Besonderheit, dass der Prüfungsmaßstab für das Verfahren der Wiederaufnahme in der Konstellation eines nicht unparteilich besetzten Spruchkörpers strenger ist als in einem innerstaatlich geführten, denselben Rechtsfehler betreffenden Revisionsverfahren.⁴⁴ Das kann schon verfassungsrechtlich nicht überzeugen, dürfte aber jedenfalls vom EGMR nicht goutiert werden.

⁴⁴ Kritisch hierzu die Anmerkungen von *Müller-Metz*, NSStz-RR 2023, 118 (120 f.).

IV.

›NICHTUMSETZUNG‹ VON EU-RICHTLINIEN – AM BEISPIEL DER EU-RICHTLINIE DOLMETSCHERUNTERSTÜTZUNG (2010/64/EU)

Nachdem drei prominente Beispiele aus dem Bereich des europäischen *Menschenrechtsschutzes* als Beleg für eine europakritische Systemtreue der deutschen Strafjustiz erhalten mussten, soll der Fokus nun noch auf der parallelen unionsrechtlichen Perspektive liegen.

Ein Vorwurf dabei lautet, dass der sachliche und zeitliche Anwendungsbereich der EU-Dolmetscher-RL⁴⁵ bislang nicht hinreichend in nationales Recht umgesetzt worden ist. Die RL 2010/64/EU regelt dabei das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (Art. 1 RL). Art. 3 der RL behandelt das Recht auf die Übersetzung *wesentlicher Unterlagen*, wozu gemäß Art. 3 Abs. 2 RL jegliche Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme, jegliche Anklageschrift sowie *jegliches Urteil* gehören.

§ 187 GVG, der den Anspruch des Beschuldigten oder Verurteilten auf einen Dolmetscher oder Übersetzer – unabhängig von dessen finanzieller Lage – begründet, entspricht diesen unionsrechtlichen Anforderungen jedoch nicht hinreichend: So bestimmt § 187 Abs. 1 GVG zwar zunächst die Verpflichtung für das Gericht, für den Beschuldigten oder Verurteilten, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, einen Dolmetscher oder Übersetzer heranzuziehen. Dies gilt allerdings nur, soweit dies zur Ausübung seiner strafprozessualen Rechte erforderlich ist, wofür § 187 Abs. 2 GVG mehrere Regelbeispiele normiert.

Nach § 187 Abs. 2 GVG ist zur Ausübung der strafprozessualen Rechte des der deutschen Sprache nicht mächtigen Beschuldigten in der Regel die Übersetzung von freiheitsentziehenden Anordnungen sowie Anklageschriften, Strafbefehlen und *nicht rechtskräftigen* Urteilen erforderlich, wobei jedoch eine auszugsweise schriftliche Übersetzung ausreicht, wenn hierdurch die strafprozessualen Rechte des Beschuldigten gewahrt werden.

45 Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren, ABl. EU Nr. L 280 v. 26.10.2010, S. 1 ff.

Gemäß § 187 Abs. 2 Satz 4 GVG kann an die Stelle der schriftlichen Übersetzung auch eine mündliche Zusammenfassung des Inhalts der Unterlagen treten, wenn hierdurch die strafprozessualen Rechte des Beschuldigten gewahrt werden. Letzteres ist nach § 187 Abs. 2 Satz 5 GVG wiederum dann anzunehmen, wenn der Beschuldigte einen Verteidiger hat.

Diese Ausgestaltung des § 187 GVG hat der BGH im Jahr 2018 als mit der RL 2010/64/EU konform angesehen.⁴⁶ Er begründete dies damit, dass die Auslegung der Richtlinie in Anbetracht ihres Zusammenhangs und ihrer Ziele zweifelsfrei ergebe, dass ein Anspruch auf Übersetzung nur so lange sichergestellt sein müsse, wie dies die Wahrnehmung der Verfahrensrechte erfordert.⁴⁷ Die Richtlinie enthalte insoweit eine *eindeutige Regelung*.⁴⁸

Der *zeitliche* Geltungsbereich der RL 2010/64/EU, um den es hier im Kern gehen soll, wird in Art. 1 Abs. 2 der RL festgelegt. Danach beginnt der zeitliche Anwendungsbereich der RL ab dem Zeitpunkt, zu dem eine Person davon in Kenntnis gesetzt wird, dass sie einer Straftat verdächtig oder beschuldigt ist. Der zeitliche Anwendungsbereich endet demzufolge »mit dem Abschluss des Verfahrens«, d.h. dann, wenn abschließend geklärt ist, ob die Person die Tat begangen hat, gegebenenfalls einschließlich der Festlegung des Strafmaßes und der abschließenden Entscheidung in einem Rechtsmittelverfahren.

Der BGH stellte im Hinblick auf den zeitlichen Anwendungsbereich der RL 2010/64/EU heraus, dass »mit der das erstinstanzliche Urteil bestätigenden, rechtskräftigen Entscheidung des BGH [...] das Strafverfahren abgeschlossen, die Fragen der Strafbarkeit und des Strafmaßes [...] abschließend geklärt«⁴⁹ seien. Eine »untechnische« Auslegung des Begriffs des Rechtsmittelverfahrens in Art. 1 Abs. 2 der RL sei mit Blick auf den »offenkundigen Gesamtzusammenhang der Vorschrift« sowie im Hinblick auf die Ziele der RL nicht möglich,⁵⁰ weshalb kein Anspruch des Verurteilten auf Übersetzung der

46 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, NJW 2018, 3790 = BeckRS 2018, 24697.

47 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, Rn. 23, NJW 2018, 3790 (3792).

48 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, Rn. 24, NJW 2018, 3790 (3792).

49 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, Rn. 24, NJW 2018, 3790 (3792).

50 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, Rn. 30, NJW 2018, 3790 (3793).

letztinstanzlichen und *rechtskräftigen* Entscheidung des BGH bestehe.⁵¹

Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass der Begriff der abschließenden Entscheidung in einem Rechtsmittelverfahren (»any appeal«) im europäischen Recht nicht technisch zu verstehen sein könnte (Klarheit bräute insoweit nur eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV), sondern gerade auch eine Verfassungsbeschwerde oder ein Wiederaufnahmeverfahren umfassen kann. Daher sollte der Verurteilte nach überzeugenden Stimmen in der Literatur in richtlinienkonformer Auslegung des § 187 Abs. 2 GVG auch die Übersetzung eines rechtskräftigen Urteils verlangen können, damit er die Erfolgsaussichten einer Verfassungsbeschwerde oder eines Wiederaufnahmeverfahrens einschätzen kann, da dem Verurteilten andernfalls keine andere Möglichkeit bleibt, anhand des Urteils etwaige Erfolgsaussichten zu prüfen.⁵²

Die seiner Ansicht nach bestehenden Grenzen der *Modalitäten* des Anspruchs des Angeklagten auf Übersetzung eines Strafurteils zeigte der BGH in seinem Beschluss vom 8.2.2020 auf.⁵³ Demnach habe der Angeklagte grundsätzlich keinen Anspruch auf eine *schriftliche* Übersetzung eines (nicht rechtskräftigen) erstinstanzlichen Strafurteils, wenn er verteidigt sei, er und sein Verteidiger bei der Urteilsverkündung anwesend waren und dem Angeklagten die Urteilsgründe durch einen Dolmetscher mündlich übersetzt worden seien.⁵⁴ Mit der Fassung des § 187 Abs. 2 GVG wolle der Gesetzgeber dem Beschleunigungsgrundsatz Rechnung tragen und vermeintliche Verzögerungen durch eine Übersetzung des Urteils verhindern. Dies sei auch mit der RL 2010/64/EU vereinbar, weil nach der Richtlinie die Mitgliedsstaaten allein sicherstellen müssten, dass verdächtige oder beschuldigte Personen, die die Sprache des Strafverfahrens nicht verstehen, innerhalb einer angemessenen Frist eine schriftliche Übersetzung aller Unterlagen erhalten, die sicherstellen, dass sie ihre Verteidigungsrechte wahrnehmen können, um ein faires Verfahren

51 BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – 1 StR 320/17, Rn. 16, NJW 2018, 3790 (3793); bestätigt durch BGH, Beschl. v. 15.11.2022 – 1 StR 196/22, NStZ-RR 2023, 64 (Ls.).

52 So SK-StPO/*Frister*, 5. Aufl. 2016, § 187, 11 GVG; *Schneider*, StV 2015, 379 (380); SSW-StPO/*Rosenau*, 5. Aufl. 2022, § 187, 5 GVG; LR/*Esser* (Fn. 14), Art. 6 Rn. 1316.

53 BGH, Beschl. v. 8.2.2020 – 3 StR 430/19, BeckRS 2020, 10182.

54 BGH, Beschl. v. 8.2.2020 – 3 StR 430/19 (Ls. 1).

zu gewährleisten.⁵⁵ Demnach sei das Ziel der Richtlinie, Mindestvorschriften festzulegen und die praktische Anwendung des sich aus Art. 6 EMRK ergebenden Rechts auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen zu erleichtern.⁵⁶ Da in der Revisionsinstanz der von Gesetzes wegen für die Revisionsbegründung verantwortliche Rechtsanwalt das schriftliche Urteil kennt – er sei schließlich zur Revision berufen und ggf. auch verpflichtet – sei eine effektive Verteidigung des Angeklagten auch in der Revisionsinstanz gewährleistet.⁵⁷

Dem lässt sich entgegenhalten, dass hier zwei menschenrechtliche Garantien – das Recht auf Dolmetscherunterstützung einerseits und das Recht auf effektive Verteidigung – in unzulässiger Weise miteinander „verrechnet“ werden – zumal häufig der Verteidiger im Revisionsverfahren nicht derjenige ist, der das Verfahren in erster Instanz geführt hat. Zwar beruht das weitere prozessuale Vorgehen allein auf den *schriftlichen* Urteilsgründen. Aber auch insoweit greift aber das Abstellen allein darauf, dass der *Verteidiger* im Revisionsverfahren Kenntnis vom Inhalt des *schriftlichen* Urteils hat, zu kurz. Aus den dortigen Formulierungen können sich Verteidigungsansätze ergeben, die nur ein mit den schriftlichen Urteilsgründen vertrauter Angeklagter erkennen kann. Wie einem deutschsprachigen Angeklagten ist daher auch ihm das Urteil vollständig in einer ihm verständlichen Sprache zur Verfügung zu stellen.

V.

›NICHTÜBERPRÜFUNG‹ AUSLÄNDISCHER BEWEISE IM WEGE GEGENSEITIGER ANERKENNUNG

Eine zweite unionsrechtliche Thematik, die eine einseitig-nationale Systemtreue durchscheinen lässt und hier noch angesprochen werden soll, betrifft die Weigerung deutscher Strafgerichte, in einem ausländischen Strafverfahren erhobene Beweise vor deren Verwertung in einem deutschen Strafverfahren auf ihre Erhebung hin zu überprüfen – unter Hinweis auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung. Dies soll hier beispielhaft aufgezeigt werden anhand der

55 BGH, Beschl. v. 8.2.2020 – 3 StR 430/19, Rn. 22 ff.

56 BGH, Beschl. v. 8.2.2020 – 3 StR 430/19, Rn. 24.

57 BGH, Beschl. v. 8.2.2020 – 3 StR 430/19, Rn. 30.

sog. *EncroChat*-Daten, die im Zeitraum 2019-2020 (so ganz genau weiß man das aufgrund französischer Geheimhaltungsvorschriften leider bis heute nicht) in Frankreich durch die Überwachung eines Servers mit mehreren an ihn angeschlossenen Mobiltelefonen (Krypto-Handys) gewonnen worden waren.

Hinsichtlich der von den deutschen Ermittlungsbehörden im Wege einer Europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) von den französischen Behörden erlangten sog. *EncroChat*-Daten ergibt sich nach Ansicht der deutschen Strafgerichte – mit Ausnahme des LG Berlin – kein Zweifel in Bezug auf einen möglichen Grund für ein Verwertungsverbot.⁵⁸

Nach Ansicht des 5. Strafsenats des BGH richtet sich die Verwertbarkeit von über den Weg der Rechtshilfe erlangter Beweise grundsätzlich nach deutschem Recht, d.h. nach dem Recht des die Rechtshilfe ersuchenden Staates.⁵⁹ Die verfassungsmäßige Rechtsgrundlage für die Verwertung der von Frankreich übermittelten *EncroChat*-Daten bilde dabei § 261 StPO, der Grundsatz der *freien* richterlichen Beweiswürdigung.⁶⁰ Danach entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.

Ein etwaiger Unterrichtsfehler unter Verstoß gegen Art. 31 Abs. 3 RL-EEA – die Anwendbarkeit der RL-EEA, d.h. einen Fall der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs i.S.d. Art. 31 Abs. 1 RL-EEA einmal vorausgesetzt – konnte nach Ansicht des BGH dabei kein Beweisverwertungsverbot begründen: Art. 31 Abs. 1 RL-EEA verpflichte zwar einen Mitgliedstaat, der eine Überwachungsmaßnahme auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ohne dessen Hilfe durchführt (in diesem Fall Frankreich), diesen anderen betroffenen Mitgliedstaat (Deutschland) über die Überwachung zu unterrichten.

58 LG Berlin, Beschl. v. 19.10.2022 – 279 Js 30/22, BeckRS 2022, 28421, Rn. 3, 94 ff. Der BGH sieht die Daten zweifelsfrei als verwertbar an: BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, NJW 2022, 1539 (1539); BGH, Beschl. v. 5.7.2022, 4 StR 61/22 (juris), Rn. 7.

59 BGH, Beschl. v. 2.3.2022 – 5 StR 457/21, NJW 2022, 1539 = NSStZ 2022, 435 = NZWiSt 2022, 236.

60 BGH, NJW 2022, 1539 (1544).

Nach Art. 31 Abs. 3 RL-EEA kann die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats (Deutschland) dabei in dem Fall, dass die Überwachung in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde, der zuständigen Behörde des überwachenden Mitgliedstaats (d.h. Frankreich) unverzüglich und spätestens innerhalb von 96 Stunden nach Erhalt der Unterrichtung gemäß Absatz 1 u.a. mitteilen, dass die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a RL-EEA).

Zwar sind die deutschen Behörden dann verpflichtet, auf eine solche Mitteilung innerhalb von 96 Stunden zu reagieren, wenn die Überwachungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde. Die Vorschrift des Art. 31 Abs. 3 RL-EEA soll dabei jedoch nach Ansicht des BGH nicht nur den zu unterrichtenden Staat sondern auch die von der Maßnahme betroffene *Person* vor einer Beweisverwertung im unterrichteten Staat (Deutschland) schützen, dies allerdings ausschließlich vor einer Beweisverwendung im *unterrichtenden* Staat, d.h. in Frankreich bzw. im sonstigen europäischen Ausland.⁶¹ Heißt im Ergebnis: Kein Anlass für ein Verwertungsverbot im Inland, im deutschen Strafverfahren!

Des Weiteren hätten die deutschen Behörden – wie durch ihr weiteres Verhalten zum Ausdruck gekommen sei – die Ermittlungsmaßnahmen nicht beanstandet, was nach Ansicht des KG einer nachträglichen Heilung nahekomme.⁶² Außerdem könne davon ausgegangen werden, dass die deutschen Behörden auch im Falle ihrer Unterrichtung eine Zustimmung zur Überwachung des Angeklagten erteilt hätten, zumal diese bei Vorliegen einer ähnlich gelagerten innerstaatlichen Konstellation nach §§ 100a, 100b, 100e StPO zulässig gewesen wäre. Dass eine nachträglich unterstellte bzw. hypothetisch angenommene Einwilligung des zu unterrichtenden Staates das Kontrollkonzept des Art. 31 RL-EEA völlig auf den Kopf stellt und letztlich überflüssig macht, wird dabei geflissentlich übersehen.

Prekär ist schließlich die Aussage des BGH, eine Vorlagepflicht i.S.d. Art. 267 AEUV habe ebenfalls nicht bestanden, da Fragen der

61 BGH, NJW 2022, 1539 (1542).

62 KG, Beschl. v. 30.8.2021 – 2 Ws 93/21 – 161 AR 134/21, MMR 2021, 917 (920).

Beweisverwertung nicht unionsrechtlich determiniert seien.⁶³ So genau, wie dies der 5. Strafsenat hier behauptet, weiß man das allerdings nicht und als letztinstanzliches Gericht wäre der BGH zu einer Klärung dieser beweisrechtlichen Fragen im Wege der Vorlage der Art. 6 und Art. 14 RL-EEA an den EuGH aufgerufen gewesen (Art. 267 Abs. 3 AEUV).

Art. 6 RL-EEA regelt die Bedingungen für den Erlass und die Übermittlung von Beweisen mit Hilfe einer EEA. Demnach darf eine EEA nur dann durch die Anordnungsbehörde erlassen werden, wenn der Erlass für die Zwecke der Verfahren nach Art. 4 RL-EEA unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Personen notwendig und verhältnismäßig ist (Art. 6 Abs. 1 *lit.* a RL-EEA) und die in der EEA angegebenen Ermittlungsmaßnahmen in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen hätten angeordnet werden können (Art. 6 Abs. 1 *lit.* b RL-EEA).

Die Prüfungspflicht des Art. 6 Abs. 1 *lit.* b RL-EEA nimmt nach Ansicht des BGH ausweislich ihres Wortlautes und ihrer Systematik nach nur Bezug auf ausdrücklich in der EEA angegebene Ermittlungsmaßnahmen, die vom Vollstreckungsstaat noch vorzunehmen sind.⁶⁴ Sie bezieht sich nach Ansicht des BGH nicht auf Maßnahmen, die vom Vollstreckungsstaat bereits nach seinem nationalen Recht vorgenommen wurden und die lediglich die Grundlage für die Übertragung bereits vorliegender Beweise bilden.⁶⁵

In einer Konstellation, in der es nur um den Transfer von Beweisen geht, die bereits durch einen anderen Mitgliedstaat aufgrund dessen eigener Ermittlungen gewonnen wurden, soll nach Auffassung des BGH die Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 *lit.* b RL-EEA, d.h. ob die Maßnahme nach dem Recht des ersuchenden Staates hätte angeordnet werden dürfen, entfallen. Es habe nur eine Prüfung nach Art. 6 Abs. 1 *lit.* a RL-EEA hinsichtlich der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit des Erlasses der EEA für die Zwecke des Verfahrens zu erfolgen.

⁶³ BGH, NJW 2022, 1539 (1546).

⁶⁴ BGH, NJW 2022, 1539 (1546).

⁶⁵ BGH, NJW 2022, 1539 (1546).

Gemäß Art. 14 Abs. 2 RL-EEA ist eine Anfechtung der sachlichen Gründe für den Erlass der EEA, die Grundlage der Übermittlung der französischen Beweisergebnisse war, nur durch eine Klage im Anordnungsstaat möglich, wodurch die Garantien der Grundrechte im Vollstreckungsstaat unberührt bleiben. Eine erfolgreiche Anfechtung hat der Anordnungsstaat gemäß Art. 14 Abs. 7 Satz 1 RL-EEA im Einklang mit seinem nationalen Recht zu berücksichtigen. Art. 14 Abs. 7 Satz 2 RL-EEA sieht zudem vor, dass die Mitgliedstaaten unbeschadet der nationalen Verfahrensvorschriften sicherstellen, dass in einem Strafverfahren im Anordnungsstaat bei der Bewertung der mittels der EEA erlangten Beweismittel die Verteidigungsrechte gewahrt und ein faires Verfahren gewährleistet wird. Dazu würde man den EuGH durchaus gerne befragen.

In dem speziellen, ihm im Wege der Revision vorgelegten *EncroChat*-Verfahren ergaben sich für den 5. Strafsenat des BGH angesichts der Annahme, dass sich die Beweisverwertung eben seiner Auffassung nach nicht nach europäischen, sondern vollständig nach nationalem Recht richte, im Hinblick auf die RL-EEA keine klärungsbedürftigen unionsrechtlichen Fragen, die nach Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen gewesen wären. Das nationale Verfahrensrecht bleibe von der RL-EEA unberührt.⁶⁶ Genau hierzu hätte sich der EuGH im Falle einer entsprechenden Vorlage näher verhalten können. Dass ihm diese unionsrechtlich relevanten Fragen dann später durch das LG Berlin vorgelegt worden sind,⁶⁷ ist immerhin tröstlich.

Voreilig dürfte auch die Schlussfolgerung des BGH sein, es habe bei der Erhebung der Daten seitens der französischen Behörden in *deren* Ermittlungsverfahren keinerlei Fehler gegeben. Sehr oberflächlich wirkt auch die Behauptung, die von den französischen Behörden mit Hilfe von Europol und Eurojust durchgeführte *Beweisgewinnung* habe nicht gegen menschen- oder europarechtliche Grundwerte oder gegen den sog. »ordre public« (vgl. Art. 1 IV RL-EEA, § 91b IRG und § 73 IRG) verstoßen.⁶⁸ Nach Ansicht des BGH war eine »gezielte

66 BGH, NJW 2022, 1539 (1546).

67 LG Berlin, EuGH Vorlage v. 19.10.2022 – (525 KLs) 279 Js 30/22 (8/22), StV-S 2022, 132-143 (redaktioneller Ls. und Gründe).

68 BGH, NJW 2022, 1539 (1541).

oder systematische Umgehung dem individuellen Rechtsschutz von Beschuldigten dienender Vorschriften« von Seiten der deutschen oder französischen Behörden weder nachvollziehbar dargelegt noch konkret ersichtlich.⁶⁹ Immerhin – wäre diese Grenze überschritten, sieht offenbar auch der 5. Strafsenat Handlungsbedarf im Verwertungsstaat; dafür müsste dieser aber grundsätzlich erst einmal in die Prüfung einsteigen dürfen bzw. müssen.

Nach Auffassung des BGH steht die *Verwertung* der *EncroChat*-Daten in Deutschland auch im Einklang mit den Garantien der EMRK. Verletzungen von Art. 8 EMRK oder Art. 10 EMRK, die ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen könnten, seien bei »einer auf der Grundlage eines hinreichenden Verdachts wegen schwerer Straftaten (die auch noch aktuell eine Gefahr für besonders wichtige Rechtsgüter darstellen) durch einen Richter angeordneten Überwachung im Ausmaß des vorliegenden Falls nicht festzustellen.«⁷⁰

Das freilich wird der EGMR, bei dem relevante Einzelfälle zur Entscheidung anhängig sind,⁷¹ im Rahmen einer Prüfung von Art. 8 EMRK vermutlich ganz anders sehen. Welche Folgen daraus für das Gebot eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK zu ziehen sind, bleibt freilich mit Spannung zu erwarten.

VI.

›NICHTVORLAGE‹ ENTSCHEIDUNGSRELEVANTER FRAGEN DES UNIONSRECHTS ZUM EUGH

Bleiben wir abschließend noch kurz beim Phänomen der ›Zurückhaltung‹ bzw. ›Nichtvorlage‹ unionsrechtlicher Fragestellungen an den EuGH durch deutsche Strafgerichte im Allgemeinen. Gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge und über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union.

69 BGH, NJW 2022, 1539 (1544).

70 BGH, NJW 2022, 1539 (1546).

71 EGMR, Nr. 44715/20 (A.L./Frankreich), 47930/21 (E.J./Frankreich).

Stellt sich eine solche Frage einem einzelstaatlichen Gericht, dessen Entscheidung selbst nicht mehr mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann, so ist dieses gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Vorlage verpflichtet. Für den Fall, dass die Frage eine inhaftierte Person betrifft, ergeht die Entscheidung des EuGH innerhalb kürzester Zeit. Neben dem für das Strafrecht im Allgemeinen geltenden beschleunigten Verfahren (Art. 76a VerfO EuGH) sehen die Art. 267 Abs. 4 AEUV, Art. 107 ff. VerfO-EuGH für Haftsachen sogar ein Eilvorlageverfahren vor.

Die nachfolgende Übersicht⁷² zeigt die Anwendungshäufigkeit des beschleunigten Verfahrens im Zeitraum 2016-2021:

Anträge auf Durchführung des beschleunigten Verfahrens

	2017	2018	2019	2020	2021	Summe
Vorlagen zur Vorabentscheidung	30	33	50	40	56	209
Klagen	1	3	3	-	3	10
Rechtsmittel	-	1	4	2	1	8
Besondere Verfahrensarten	-	-	1	-	-	1
Summe	31	37	58	42	60	228

Anträge auf Durchführung des beschleunigten Verfahrens Ergebnis der Entscheidung

	2017	2018	2019	2020	2021	Summe
Erfolgreiche Anträge	4	9	3	3	6	25
Abweisung	30	17	56	34	56	193
Nicht stattgegeben	1	3	1	3	2	10
Noch ausstehende Entscheidung	-	8	6	8	4	26
Summe	35	37	66	48	68	254

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG normiert auf verfassungsrechtlicher Ebene, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf, und statuiert damit das Recht auf den gesetzlichen Richter.

72 EuGH, Quelle: EuGH, Rechtsprechungstätigkeit, Jahresbericht 2021, S. 258.

In den *EncroChat*-Verfahren hätten wir die Antworten auf all die aufgezeigten spannenden unionrechtlichen Fragen nur allzu gerne vom EuGH erfahren, der in Zweifelsfällen – immerhin einen solchen wird man in den *EncroChat*-Verfahren konstatieren *müssen* – für die verbindliche Auslegung des Unionsrechts zuständig ist.

Ein sich unmittelbar aus dem EU-Recht ergebendes Beweisverwertungsverbot hat der 5. Strafsenat des BGH am Ende jedenfalls sehr selbstbewusst verneint und die diesbezügliche Beurteilung den Regeln des nationalen Rechts überlassen, weil in der betroffenen Richtlinie keine diesbezüglichen Regelungen vorgesehen seien. Bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts ist dann aber jedenfalls die Einhaltung des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes zu gewährleisten und das jeweilige mitgliedstaatliche Beweisrecht muss die Anforderungen an ein faires Verfahren erfüllen.

Wie der EuGH bereits durch Urteil vom 6.10.1982 festgestellt hat, kann eine Vorlage an den Gerichtshof ausnahmsweise dann unterbleiben, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts »derart offenkundig [...] [ist], daß keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt« (sog. *acte clair / acte éclairé*). Einen solchen Fall dürfe ein Gericht jedoch nur dann annehmen, wenn »auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewißheit bestünde«. Nur dann könne das nationale Gericht die Frage ohne Vorlage an den Gerichtshof eigenverantwortlich lösen.⁷³

Eine Vorlage ist nach Ansicht des EuGH des Weiteren (nur dann) entbehrlich, wenn die betreffende Frage bereits geklärt ist, weil der Gerichtshof über sie bereits in einem gleichgelagerten Fall durch ein früheres Vorabentscheidungsverfahren entschieden hat.⁷⁴ Das Gleiche gilt, wenn die betreffende Rechtsfrage bereits Gegenstand gesicherter Rechtsprechung des EuGH ist und daher bereits als gelöst gilt. Letzteres kann selbst dann der Fall sein, wenn die strittigen Fragen nicht absolut identisch sind.⁷⁵

73 EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81, NJW 1983, 1257 (1258).

74 EuGH, Urt. v. 27.3.1963 – Rs. 28 bis 30/62, JZ 1964, 226 (226); EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81, NJW 1983, 1257 (1258).

75 EuGH, Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81, NJW 1983, 1257 (1258).

All dies wird man in den *EncroChat*-Verfahren nicht annehmen können – jedenfalls der BGH hat damit gegen seine Vorlagepflicht verstoßen.

VII.

FAZIT UND AUSBLICK

Systemtreue ist kein Selbstzweck, auch nicht im Strafverfahren, vor allem dann nicht, wenn europäische oder internationale rechtliche Vorgaben (seien es Rechtsinstrumente oder Urteile internationaler Gerichte) zu einer Anpassung der Vorschriften des deutschen Strafverfahrens verpflichten.

Die justizielle und vor allem die rechtspolitische Realität sehen freilich anders aus: Auf ihrer Frühjahrskonferenz im Mai 2023 in Berlin fassten die Justiz- und Innenminister der Länder einen Beschluss, mit abschließender Bitte an den Bundesminister der Justiz, sich »bei den Verhandlungen auf EU-Ebene auch weiterhin dafür einzusetzen, dass europäische Regelungen zum Strafrecht den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit entsprechen und systemfremde, übermäßige Eingriffe in das nationale Recht vermieden werden«. ⁷⁶ Sie befürchten, dass die zunehmend detailreicher werdenden Gesetzesvorschläge der Kommission dem Charakter einer Mindestvorschrift nicht mehr gerecht werden. ⁷⁷ Dies führe dazu, dass den Mitgliedstaaten der Freiraum im nationalen Strafrecht, insbesondere im Sanktionenrecht, genommen werde, was einen »intensiven Eingriff[...] in die Souveränitätsbelange der Mitgliedstaaten« ⁷⁸ bedeute.

Konsequentes *europäisches Rechtsdenken* – auch im Strafrecht – steht angesichts derart ungeniert geäußerter Wunschvorstellungen nach europäischer Nichteinmischung offenbar immer noch am Anfang.

76 Beschluss der 94. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, TOP II.27, Berichterstattung: Bayern, Nr. 3, abrufbar unter: https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/top_ii.27-eu-strafrechtsharmonisierung.pdf (zuletzt geöffnet: 30.10.2023).

77 Beschluss der 94. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, TOP II.27, Berichterstattung: Bayern, Nr. 1.

78 Beschluss der 94. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, TOP II.27, Berichterstattung: Bayern, Nr. 2.

Abhilfe schaffen im Sinne einer Förderung des Lernprozesses und zugleich als europäisches Erprobungsfeld werden hier mittelfristig vielleicht die ›deutschen‹ EUStA-Verfahren. In Bezug auf die Verwertung von Beweismitteln in diesen EUStA-Verfahren sieht Art. 37 EUStA-VO eine ausdrückliche Regelung vor. Danach dürfen die von den Staatsanwälten der EUStA oder von einem Angeklagten vor einem Gericht beigebrachten Beweismittel nicht bereits deshalb als unzulässig abgelehnt werden, weil sie in einem anderen Mitgliedstaat oder nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates erhoben wurden. Ausweislich des Art. 37 Abs. 2 EUStA-VO bleibt aber der Grundsatz der freien Beweiswürdigung durch das Gericht davon jedoch unberührt. Wie ›frei‹ das erkennende Gericht dann hinsichtlich der ›Nichtüberprüfung‹ bzw. ›Nichtverwertung‹ derartiger Beweis wirklich ist, wird man abzuwarten haben; allein eine Beweiserhebung im Ausland ist jedenfalls in diesen Verfahren kein pauschaler Freifahrtsschein für eine Verwertbarkeit.

Die konkrete inhaltliche Gestaltung und Handhabung besagter Norm in der Praxis dürfte künftig eine Art Barometer sein, ob und inwiefern ›Europa‹ in das deutsche Strafverfahrensrecht ›passt‹ oder eben nicht – und dies nicht nur zur Frage der Berücksichtigung von Beweisen aus dem Ausland.

Sören Schomburg

EUROPÄISCHE VERTEIDIGUNGSANSÄTZE

Die Verteidigung sieht sich zunehmend neuen, europäischen Herausforderungen ausgesetzt. Daher werden in diesem Beitrag zum diesjährigen Strafverteidigertag die Kolleginnen und Kollegen aufgefordert, Strafverteidigung europäisch zu denken und Europäisierung als Chance zu sehen und für die Verteidigung zu nutzen.

A. INSTITUTIONEN

In einem ersten Block werden relevante europäische Mechanismen vorgestellt, namentlich Eurojust, Gemeinsame Ermittlungsgruppen (JITs) und die Europäische Staatsanwaltschaft (EUSTa). Zunächst soll das Instrument der gemeinsamen Ermittlungsgruppen, insbesondere deren Rolle und Funktion erläutert werden:

I. JITs

JITs sind dadurch charakterisiert, dass sie lediglich zur Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen für einen bestimmten Zweck und einen begrenzten Zeitraum eingerichtet werden. Sie ermöglichen eine vereinfachte Zusammenarbeit der Ermittlungsbehörden von mindestens zwei Mitgliedstaaten: Während bei normaler Rechtshilfe jede Maßnahme einzeln beantragt werden muss, ermöglichen JITs durch die Schaffung eines Rechtsrahmens eine flexiblere und schnellere Zusammenarbeit.¹ Rechtsgrundlage für diese Zusammenarbeit ist jeweils eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung zwischen den zuständigen Behörden.² In Deutschland bildet die Staatsanwaltschaft als Ermittlungsbehörde einen Teil des JITs.³ Beispielhaft kann an dieser Stelle auf die zur Ermittlung von cum cum-Sachverhalten eingerichteten

1 *Riegel*, eucrim 2009, 99, 100; Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Trautmann, IRG § 61b Rn. 1a, § 93 Rn. 1.

2 NK-RechtshilfeR/*Wörner*, 3. Teil, Rn. 685.

3 Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Trautmann, IRG § 93 Rn. 1a; NK-RechtshilfeR/*Wörner*, 3. Teil, Rn. 686.

JITs sowie auf die in diesem Zusammenhang kürzlich (28. März 2023) erfolgten Durchsuchungen der Pariser Standorte von Großbanken verwiesen werden.⁴ JITs selbst steht keine eigene Ermittlungsbefugnis zu, weil diese den nationalen Behörden vorbehalten ist.⁵ Allerdings schließt § 93 IRG die Durchführung bestimmter Ermittlungsmaßnahmen durch ausländische Mitglieder des JITs nicht aus.⁶ Es findet zudem auch häufig eine Koordination der JITs durch Eurojust statt,⁷ zudem besteht bei der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen durch JITs ein Teilnahmerecht eines Vertreters von Eurojust (vgl. § 93 Abs. 2 IRG).⁸

Zu betonen ist an dieser Stelle, dass bei der Durchführung von JITs derzeit defizitäre Informationspflichten und vor allem beschränkte Einsichts-/Informationsrechte für Verteidigerinnen und Verteidiger bestehen. Dadurch ergibt sich das Risiko einer intransparenten Vorgehensweise. Die anstehende IRG-Reform könnte diesbezüglich allerdings einige begrüßenswerte Änderungen mit sich bringen. Ein weiteres Problem liegt auch darin, dass derzeit nicht geklärt ist, wie mit Zufallsfunden im Rahmen einer gemeinsamen Ermittlungsgruppe umzugehen ist.⁹

Mögliche Verteidigungsansätze sind vor allem:

1. AKTENEINSICHT

Akteneinsicht kann bei der Staatsanwaltschaft und ggf. weiteren inländischen Behörden beantragt werden, aber auch bei den Behörden des beteiligten Mitgliedsstaates über einen Kollegen vor Ort. In dieser Zusammenarbeit liegt eine essenzielle Chance der zunehmend

4 Frankreich: Razzien bei fünf Banken wegen Verdachts auf Steuerbetrug (faz.net: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/frankreich-razzien-bei-fuenf-banken-wegen-verdachts-auf-steuerbetrug-18781969.html#%3A~%3Atext%3DBei%20fünf%20französischen%20Banken%20hat%2Cwie%20die%20Finanzstaatsanwaltschaft%20PNF%20mitteilte>).

5 NK-RechtshilfeR/Wörner, 3. Teil, Rn. 691.

6 Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Trautmann, IRG § 93 Rn. 3f.

7 Böse/Zöller, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit (EnzEuR) Bd. 9, § 21, Rn. 21.

8 Riegel, eucrim 2009, 99, 101 f.; Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Trautmann, IRG § 93 Rn. 5.

9 Siehe auch vertiefend KG, Beschluss vom 30.08.2021 - 2 Ws 79/21, 2 Ws 93/21; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rn. 492f.; Riegel, eucrim 2009, 99, 10; Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Trautmann, IRG § 93 Rn. 7.

europäisierten Strafverfolgung, die derzeit von vielen Kolleginnen und Kollegen kaum wahrgenommen wird. Zudem sollte bei der Akteneinsicht stets auf Vollständigkeit beharrt werden und im Zweifel die Aktenvollständigkeit bzw. insbesondere auch -wahrheit stets gerügt werden.

2. VERNEHMUNG VON ERMITTLUNGSBEAMTEN

Als weitere Möglichkeit im Rahmen der Verteidigung kommt die Vernehmung der an dem JIT teilnehmenden, insbesondere auch der ausländischen Beamten in Betracht. Diese kann mittels einer audiovisuellen Vernehmung auf Grundlage einer europäischen Ermittlungsanordnung (EEA) beantragt werden. Ein häufig auftretendes Problem kann in diesem Fall die Verweigerung der Aussagegenehmigung durch die Behörden sein. Daher wurde erörtert, unter welchen Voraussetzungen eine Aussage verweigert werden kann: Die Verschwiegenheitspflicht deutscher Beamte richtet sich nach § 54 StPO, wohingegen die Verschwiegenheitspflicht von Bediensteten der EU in Art. 19 des Statuts der Beamten und Art. 11 der Beschäftigungsbedingungen für sonstige Bedienstete (Verordnung Nr. 31 EWG und Nr. 11 EAG vom 18.12.1961) geregelt ist. Daraus ergibt sich eine Zustimmungspflicht des Vorgesetzten des jeweiligen Beamten.¹⁰ Die Zustimmung darf aber nur versagt werden, wenn die Interessen der Union es erfordern und die Versagung für den Beamten keine strafrechtlichen Folgen haben können.¹¹ Für ausländische Beamte gilt dies jedoch nicht. Deren Aussagegenehmigung richtet sich dann wohl nach dem jeweiligen nationalen Recht und sollte in Abstimmung mit ausländischen Kollegen erfragt werden.¹² Zudem sollte die Verweigerung der Aussagegenehmigung stets vor dem Hintergrund des Artikel 6 EMRK überprüft werden und bei schwerwiegenden Verstößen eine entsprechende Beschwerde zum EGMR in Betracht gezogen werden.

¹⁰ MüKoStPO/*Kreicker*, § 54, Rn. 19f.

¹¹ MüKoStPO/*Kreicker*, § 54, Rn. 19f.

¹² MüKo StPO/*Kreicker*, § 54, Rn. 19f.

Zuletzt ist auf die Möglichkeit von IFG-Anträgen hinzuweisen. Diese können ebenfalls nicht nur bei den deutschen, sondern auch nach ausländischem Recht bei den ausländischen Behörden gestellt werden.

II. EUROJUST

Nachdem bereits Herr Maclean zur Rolle und Funktionsweise von Eurojust berichtet hatte, erfolgte zu dieser Frage lediglich eine Abgrenzung zur polizeilichen Koordination durch Europol. Hervorzuheben ist dabei, dass Eurojust keine eigenen Ermittlungen führt, sondern die justizielle Zusammenarbeit koordiniert.¹³ Eurojust verfolgt im Ausgangspunkt das begrüßenswerte Ziel, Doppelverfolgung gemäß des EU-Rahmenbeschlusses 2009/948/JI des Rates vom 30. November 2009 zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren zu vermeiden (vgl. Art. 12 des vorbezeichneten Rahmenbeschlusses). Sodann werden die Unterschiede zwischen Eurojust und JITs und die sich daraus ergebenden Verteidigungsansätze erörtert:

Hinsichtlich der Möglichkeit der Akteneinsicht ist in Abgrenzung zu der Tätigkeit von JITs insbesondere zu beachten, dass nicht nur die Protokolle oder Akten der nationalen Behörden, sondern ein drittes Dokumentationsmedium, nämlich das Eurojust-Fallbearbeitungssystem miteinzubeziehen ist.¹⁴ Grundsätzlich enthält das System relevante Informationen zum Ermittlungsstand, weil nach Art. 21 VO (EU) 2018/1727 die Informationsübermittlung durch nationale Mitglieder verpflichtend ist, sofern diese für Eurojust zur Wahrnehmung der Aufgaben erforderlich ist.¹⁵ Gemäß Art. 22 VO (EU) 2018/1727 besteht jedoch auch eine Informationspflicht von Eurojust gegenüber den nationalen Behörden, sofern bei einer Auswertung für ein nationales Verfahren relevante Ergebnisse gefunden werden. Dies gilt insbesondere für das sogenannte *hit-/no hit*-Verfahren

¹³ Böse/Zöller, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit (EnzEuR) Bd. 9, § 21, Rn. 9f., 15f.

¹⁴ Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg/Grotz, Europäisches Strafrecht, § 45 (Eurojust), Rn. 18; Böse/Zöller, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit (EnzEuR Bd. 9), § 21, Rn. 25, 39.

¹⁵ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Herrnfeldt/Launhardt, Eurojust, Rn. 44.

in Zusammenarbeit mit Europol sowie der EUStA (vgl. Art. 49 VO (EU) 2018/1727).¹⁶

Das Aufgabenfeld von Eurojust hat sich seit Errichtung der EUStA verändert. Nach Artikel 3 der VO (EU) 2018/1727 wird die EUStA bei Straftaten in ihrem Zuständigkeitsbereich vorrangig tätig. Eurojust ist nur noch von Relevanz für die Zusammenarbeit mit Staaten, die sich nicht der Verstärkten Zusammenarbeit verpflichtet haben.¹⁷ Seit Errichtung der EUStA nimmt Eurojust jedoch zusätzlich auch Kooperationsaufgaben zwischen den verschiedenen Behörden wahr.¹⁸ Darüber hinaus ergibt sich aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit der EUStA für Straftaten zum finanziellen Nachteil der Europäischen Union noch ein weiterer Anwendungsbereich für Eurojust.¹⁹

III. EUStA

Schließlich erfolgt noch ein kurzer Überblick über die Arbeitsweise der EUStA. Diese ist zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union errichtet worden, ist aber für die Verfolgung anderer Straftaten zuständig, namentlich auch die Beteiligung an einer kriminellen Organisation nach dem Rahmenbeschluss 2008/841/JI.²⁰ Am 1. Juni 2021 hat die EUStA ihre Tätigkeit aufgenommen. Ende des Jahres 2021 waren bereits 2.832 Meldungen eingegangen und 576 Ermittlungen eingeleitet worden, bei denen der Schaden für den Haushalt der Union auf 5,4 Mrd. EUR geschätzt wird.²¹

Die EUStA unterscheidet sich von den vorher dargestellten Institutionen dadurch, dass ihr eigene Ermittlungskompetenzen zukommen. Ihr steht eine Aufsicht und Weisungsbefugnis gegenüber den nationalen Strafverfolgungsbehörden zu.²² Die Zuständigkeit der EUStA begründet sich durch die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens

16 Eurojust, Single Programming Document 2022-2024, S. 6f., 23.

17 NK-RechtshilfeR/von Galen/Furtwängler, 8. Teil, Rn. 1169.

18 Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner/Herrmfeldt/Launhardt, Eurojust, Rn. 47.

19 NK-RechtshilfeR/von Galen/Furtwängler, 8. Teil, Rn. 1169; Böse/Zöller, Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit (EnzEuR) Bd. 9, § 21, Rn. 12.

20 KK-StPO/Mayer GVG § 142b Rn. 8, 9; NK-RechtshilfeR/von Galen/Furtwängler, 8. Teil, Rn. 1018.

21 EPPO Annual Report 2021, S. 10.

22 NK-RechtshilfeR/von Galen/Furtwängler, 8. Teil, Rn. 999.

durch den Delegierten Europäischen Staatsanwalt oder durch Ausübung des Evokationsrechts.²³ Örtlich zuständig ist die EUSTa für Straftaten die im Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten begangen wurden (vgl. Art. 23 VO (EU) 2017/1939²⁴).²⁵ Nach Abschluss der Ermittlungen kann die europäische Staatsanwaltschaft die Tat bei dem nach den regulären strafprozessualen Grundsätzen zuständigen nationalen Gericht anklagen (Art. 36 EUSTa-VO).²⁶ In diesem Rahmen kommt allerdings die Sorge auf, dass aufgrund dieses weiten Zuständigkeitsbegriffes ein intransparentes *forum shopping* durch die EUSTa in der Form auftreten könne, dass eine Tat jeweils in dem Mitgliedsstaat mit günstigsten Strafnormen und Prozessvorschriften ermittelt und angeklagt wird.²⁷

Die EUSTa ist gemäß Art. 45 Abs. 1 EUSTa-VO zur Aktenvollständigkeit verpflichtet, wodurch eine Dokumentationspflicht grundsätzlich gewährleistet ist.²⁸ Die Einsicht in Akten der EUSTa richtet sich nach Art. 45 Abs. 2 EUSTa-VO nach nationalem Recht, also nach den Vorgaben des § 147 StPO.²⁹ Darüber hinaus ist zu betonen, dass die Europäischen Staatsanwälte zusätzlich intern untereinander oder mit dem aufsichtsführenden Europäischen Staatsanwalt über ein elektronisches Fallbearbeitungssystem kommunizieren (vgl. Art. 44 EUSTa-VO). Ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen Einsicht in dieses System zu gewähren ist, ist derzeit noch unklar.

23 Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Gleß/Wahl, EUSTa-VO, Rn. 9; KK-StPO/Mayer GVG § 142b Rn. 10.

24 Nachfolgend: EUSTa-VO.

25 NK-RechtshilfeR/von Galen/Furtwängler, 8. Teil, Rn. 1016.

26 NK-RechtshilfeR/von Galen/Furtwängler, 8. Teil, Rn. 1082; Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Gleß/Wahl, EUSTa-VO, Rn. 32.

27 Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner/Gleß/Wahl, EUSTa-VO, Rn. 12.

28 NK-RechtshilfeR/von Galen/Furtwängler, 8. Teil, Rn. 1095.

29 NK-RechtshilfeR/von Galen/Furtwängler, 8. Teil, Rn. 1096.

B. Fallbeispiele

Im zweiten Teil werden anhand von drei Beispielen von Verfahren vor dem EuGH mögliche Verteidigungsansätze vorgestellt:

I.

C-365/21

Im Fall C-365/21³⁰ lagen dem EuGH Vorlagefragen zur Vereinbarkeit deutscher Vorbehalte zu Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) mit dem in Artikel 50 der Grundrechtecharta (GrCh) verankerten Doppelbestrafungs- und Doppelverfolgungsverbot vor. Im Mittelpunkt stand die Frage, ob eine mit ausschließlich wirtschaftsstrafrechtlichen Zielen agierende Vereinigung die Sicherheit eines Staates oder andere gleichermaßen wesentliche Interessen gefährden kann bzw. ob zu ihrem Schutz eine Ausnahme zur doppelten Verfolgung einer solchen kriminellen Vereinigung notwendig ist. Dem wurde vom vorlegenden OLG Bamberg die Frage vorangestellt, ob unter Artikel 55 SDÜ erklärte Vorbehalte grundsätzlich mit Artikel 54 SDÜ vereinbar seien.

1. STELLUNGNAHME DES GENERALANWALTS

Der Generalanwalt verneinte in seiner Stellungnahme³¹ bereits die erste Vorlagefrage mit klaren Worten: Da keine der Erklärungen auf Unionsebene veröffentlicht worden sei, können diese nicht als geltendes Recht angesehen werden und seien daher mit Artikel 52 der GrCh, wonach eine Beschränkung der Unionsgrundrechte gesetzlich vorgesehen sein muss, unvereinbar. Vor dem Hintergrund der Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung ließen sich die auf das Territorialitätsprinzips gestützten Einschränkungen dieser Grundsätze in Art. 55 SDÜ nur schwer begründen. Artikel 55 SDÜ achte daher nicht den Wesensgehalt des Grundsatzes *ne bis in idem*. Auch einer Bejahung der zweiten Vorlagefrage stellte der Generalanwalt sich mit dem Zitat »Betrug zum Nachteil einer beachtlichen Anzahl von Menschen ist weit davon entfernt, die Grundfesten der

30 Urteil v. 23. März 2023 i.d. Rechtssache MR (C-365/21, ECLI:EU:C:2022:823).

31 Schlussantrag des Generalanwalts Szpunar v. 20. Oktober 2022 i.d. Rechtssache MR (C-365/21, ECLI:EU:C:2022:823).

Bundesrepublik Deutschland zu erschüttern« entschieden entgegen.

2. AUFFASSUNG DES EUGH

Der EuGH sah wiederum in seinem Urteil vom 23. März 2023 die von Deutschland gemachten Vorbehalte (im Widerspruch zur Ansicht des Generalanwalts) als grundsätzlich mit Art. 50 GrCh vereinbar an, lehnte jedoch die Anwendung im konkreten Fall wegen der ausschließlich wirtschaftlichen Vereinigung mangels Auswirkung der Tätigkeiten dieser Vereinigung auf die nationale Sicherheit ab.

Zur Beantwortung der ersten Vorlagefrage bejahte der EuGH die Verhältnismäßigkeit der die Vorbehalte enthaltenen Regelung.³² Den Bedenken des Generalanwalts ist mit der folgenden Begründung entgegengetreten worden: Die Frage, für welche Straftaten die Ausnahme von *ne bis in idem* gelte, sei entgegen der Annahme des Generalanwalts durch die Veröffentlichung der Erklärungen im Bundesgesetzblatt eindeutig zu beantworten. Dass zur weiteren Einordnung Recherchen und juristisches Fachwissen notwendig sei, stehe der Bestimmtheit nach Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht entgegen.³³

Zur zweiten Vorlagefrage stellte der EuGH fest, dass die Strafbarkeit nach § 129 StGB nur für solche Vereinigungen zu einer Art. 54 SDÜ zuwiderlaufenden Strafverfolgung führe, deren Handlungen aufgrund von sie auszeichnenden Merkmalen als Beeinträchtigungen für die nationale Sicherheit eingestuft werden können, wobei nicht nur die Handlungen der kriminellen Vereinigung, sondern auch die Schwere der Schäden Berücksichtigung finden müssen. Im vorliegenden Fall sah der Gerichtshof trotz der erheblichen Vermögensschäden keine Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung nationaler Sicherheitsinteressen, schloss die grundsätzliche Möglichkeit des Vorliegens solcher Beeinträchtigungen bei rein vermögensstrafrechtlich tätig werdenden kriminellen Vereinigungen aber nicht aus.³⁴

In einer Vorbemerkung, die als Segelanweisung für das OLG Bamberg verstanden werden kann, hob der Gerichtshof hervor, dass die Voraussetzung ›*idem*‹ eine identische materielle Tat erfordere und

32 Urteil v. 23. März 2023 i.d. Rechtssache MR (C-365/21, ECLI:EU:C:2022:823), Rn. 45ff..

33 Urteil v. 23. März 2023 i.d. Rechtssache MR (C-365/21, ECLI:EU:C:2022:823), Rn. 70ff..

34 Urteil v. 23. März 2023 i.d. Rechtssache MR (C-365/21, ECLI:EU:C:2022:823), Rn. 68ff..

der Grundsatz ›*ne bis in idem*‹ daher keine Anwendung finden könne, wenn der Sachverhalt nur ähnlich sei. Weiter führte das Gericht aus, bei der Strafverfolgung von Handlungen gegen österreichische Geschädigte im vorliegenden Fall handele es sich lediglich um einen ähnlichen Sachverhalt zu dem in Deutschland verfolgten, nämlich den Handlungen zum Nachteil deutscher Geschädigter.³⁵

Der Fall zeigt, wie ein deutscher Haftbefehl erfolgreich mit Mitteln des EU-Rechts angegriffen werden kann.

II.

C-505/19 (INTERPOL-ENTSCHEIDUNG)

Als zweites wird der Fall C-505/19³⁶ vorgestellt, bei dem es um die Zulässigkeit der Verfolgung eines EU-Staatsangehörigen durch einen Drittstaat bei vorheriger Verurteilung durch einen EU-Staat ging. Beschwerdeführer war ein deutscher Staatsangehöriger (WS). Das Verfahren gegen ihn war mit einer Einstellung nach § 153a Abs. 1 StPO beendet worden. Nach Erfüllung der Auflagen erließ Interpol eine *Red Notice* zu seiner Festnahme aufgrund eines in den Vereinigten Staaten erlassenen Haftbefehls. Auf Antrag von WS fügte die BRD der *Red Notice* ein Addendum hinzu, wonach das BKA bei den im US-Haftbefehl enthaltenen Taten davon ausgehe, dass diese dem Doppelverfolgungsverbot aus Art. 54 SDÜ unterfallen. Daraufhin erhob WS Klage gegen das BKA vor dem Verwaltungsgericht Wiesbaden und beantragte die Löschung der *Red Notice*.

Dem EuGH ist vom VG Wiesbaden zum einen die Frage vorgelegt worden, ob Art. 54 SDÜ die Einleitung eines Strafverfahrens bei vorheriger Einstellung nach § 153a StPO verbiete, die der EuGH bejahte. Darüber hinaus ist gefragt worden, ob Bedenken hinsichtlich *ne bis in idem* einer vorläufigen Festnahme aufgrund einer *Red Notice* entgegenstehen und ob Art. 21 AEUV die Einleitung eines Strafverfahrens verbietet, wenn diese im Widerspruch zum Doppelbestrafungsverbot steht. Das Gericht geht im Ausgangspunkt davon aus, dass das Risiko einer Festnahme aufgrund der *Red Notice* eine Beschränkung der Freizügigkeit nach sich zieht. Diese grundsätzlich erfreuliche

35 Urteil v. 23. März 2023 i.d. Rechtssache MR (C-365/21, ECLI:EU:C:2022:823), Rn. 30ff.

36 Urteil v. 12. Mai 2021 i.d. Rechtssache WS (ECLI:EU:C:2021:376).

Ausgangsposition ist jedoch durch die folgenden Feststellungen des Gerichts erheblich eingeschränkt bzw. faktisch ausgehebelt worden: Nach Ansicht des Gerichts verbieten Art. 54 SDÜ iVm Art. 21 AEUV die Festnahme nämlich nur, wenn hinsichtlich des *ne bis in idem* Grundsatzes eine rechtskräftige Entscheidung eines Mitgliedsstaats vorliegt. Solange nicht feststeht, ob Art. 54 SDÜ greift, ist eine vorläufige Festnahme zulässig. Das Gericht hat zwar die Mitgliedstaaten verpflichtet, die für eine solche Prüfung notwendigen Rechtsbehelfe zur Verfügung zu stellen, da diese aber derzeit nicht existieren, ist die Freizügigkeit bei einer *Red Notice* derzeit faktisch erheblich eingeschränkt.

Als Verteidigungsansatz wird anhand dieses Verfahrens angeregt, die Verwaltungsgerichte in Anspruch zu nehmen. Dies ist bei Klagen gegen das BKA unproblematisch möglich. In einem solchen Verfahren sollte dann ein Vorlageersuchen durch den zuständigen Richter angeregt werden, um eine Entscheidung des EuGH herbeizuführen.

III.

C-435/22 PPU

Der dritte vorgestellte Fall betraf ein Vorlageersuchen des OLG München, das über die Auslieferung eines serbischen Staatsangehörigen an die USA zu entscheiden hatte, der bereits in Slowenien wegen derselben Tat verurteilt wurde.³⁷ Eine – nach der Interpol-Entscheidung erforderliche – Entscheidung eines Gerichts, dass die in dem US-amerikanischen Auslieferungersuchen enthaltenen Taten die gleichen wie die bereits abgeurteilten darstellen, war in diesem Fall bereits in Slowenien ergangen. Der EuGH folgerte mittels eines Erst-Recht-Schlusses aus der Interpol-Entscheidung, dass eine »Verfolgung« im Sinne des Art. 54 SDÜ auch Auslieferungersuchen umfasse. Es ist darüber hinaus festgestellt worden, dass das in Artikel 54 SDÜ normierte Doppelverfolgungsverbot auch Drittstaatsangehörige schützt, wobei deren Aufenthaltsstatus nicht von Relevanz ist.

Über den konkreten Fall hinaus enthielt das Urteil zusätzlich Hinweise zum völkerrechtlichen Verhältnis von nationalem Recht zu EU-rechtlichen Verträgen mit Drittstaaten, insbesondere zur Anwendung des Art. 351 AEUV, welcher grundsätzlich die Fortgeltung von

³⁷ Urteil v. 28. Oktober 2022 i.d. Rechtssache HF (ECLI:EU:C:2022:852).

vor dem 1. Januar 1958 getroffenen nationalen Vereinbarungen mit Drittstaaten vorsieht. Im vorliegenden Fall kam der EuGH indes zu dem Ergebnis, dass der Auslieferungsvertrag Deutschland-USA, der kein Auslieferungshindernis im Falle von *ne bis in idem* enthält, zu dem EU-Auslieferungsvertrag mit den USA, der ein solches Auslieferungshindernis vorsieht, nachrangig ist.

Die Vorlage erfolgte auf Antrag im Auslieferungserfahren durch das OLG München. Voraussetzung ist, dass eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage des EU-Rechts vorliegt. In diesem Rahmen müssen die Begriffe *acte clair* und *acte éclairé* erläutert werden, bei deren Vorliegen ein Vorabentscheidungsersuchen nicht in Frage kommt. Ein Vorabentscheidungsersuchen kann abgelehnt werden, wenn in diesen Fällen Zweifel über die Auslegung des Unionsrechts vernünftigerweise nicht aufkommen können, weil die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war (*acte éclairé*) oder weil die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (*acte clair*).³⁸ Es ist zu betonen, dass in allen anderen Fällen eine Vorlagepflicht besteht, weil der Gerichtshof der Europäischen Union gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist.³⁹ Kommt ein nationales Gericht dem Antrag auf Vorlage einer Frage zum EuGH nicht nach, muss demnach die Einlegung einer Verfassungsbeschwerde in Betracht gezogen werden.

C. FAZIT

Der Titel des 44. Strafverteidigertags lautet »Ist unser Rechtsstaat eigentlich noch zu retten?«. Eine effektive und zielführende Verteidigung darf nicht auf die nationale Rechtsordnung beschränkt sein, sondern muss EU-Recht und die EMRK einbeziehen. Dabei sollte insbesondere mit europäischen Kolleginnen und Kollegen zusammengearbeitet, aber auch EU-Mechanismen zur Hilfe genom-

38 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats v. 04. März 2021 - 2 BvR 1161/19 -, Rn. 55 mwN.

39 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats v- 29. November 2001 - 2 BvR 1486/01 -.

men werden. Dafür sind zuletzt noch einige solcher Mechanismen vorzustellen: Das European Judicial Network,⁴⁰ dessen Website bei der Suche nach der zuständigen Behörde in einem Verfahren mit Auslandsbezug behilflich sein könne, die ECBA, die zum Austausch mit europäischen Kollegen dient⁴¹ und für den Fall eines Wunsches nach einer tiefergehenden Auseinandersetzung mit dem europäischen Straf(prozess)recht die Academy for European Law (ERA)⁴².

40 European Judicial Network (EJN) (europa.eu: <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021/Home/EN>).

41 Home (ecba.org: <https://www.ecba.org/content/>).

42 ERA – Academy of European Law: https://www.era.int/cgi-bin/cms?_SID=NEW&_sprache=en&_bereich=ansicht&_aktion=detail&schlüssel=era.

Prof. Dr. Anne Schneider

EUROPÄISCHES STRAFRECHT UND STRAFPROZESSRECHT

Eine Chance für die Verteidigung

I.

EINLEITUNG

Spätestens seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon im Jahr 2009 hat das Recht der Europäischen Union Einfluss auf das Strafrecht und Strafprozessrecht genommen, der nicht mehr wegzudenken ist. Damit spielen sich auch Strafrechtsfälle zunehmend im Mehrebenensystem an. Das bringt Herausforderungen mit sich, bietet aber auch Chancen für die Verteidigung. Der folgende Beitrag soll nach einem Überblick über das Europäische Strafrecht und Strafprozessrecht (II.) auf Defizite in der Umsetzung und im Umgang mit Europäischem Recht im nationalen Strafrecht und Strafprozessrecht hinweisen (III.) und davon ausgehend aufzeigen, welche Chancen dies für die Verteidigung bietet (IV.).

II.

EUROPÄISCHES STRAFRECHT UND STRAFPROZESSRECHT – EIN ÜBERBLICK

Doch was ist eigentlich Europäisches Strafrecht und Strafprozessrecht? Wer nach einem »EU-StGB« oder einer »EU-StPO« sucht, wird nicht fündig. Ein genuines Europäisches Kriminalstrafrecht, also unmittelbar geltende Straftatbestände mit Verhaltens- und Sanktionsnormen, gibt es nur in Ansätzen.¹ Ganz überwiegend werden materiell-strafrechtliche Regelungen daher durch Richtlinien getroffen bzw. wurden durch Rahmenbeschlüsse verabschiedet. Diese müssen in nationales Recht umgesetzt werden, um Wirkungen für die Bürgerinnen und Bürger zu entfalten. Im Strafprozessrecht zeigt sich ein ähnliches Bild. Das liegt u.a. daran, dass die wichtigsten Kompetenzgrundlagen für harmonisierende Regelungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, Art. 82, 83 AEUV, nur eine Richtlinienkompetenz vorsehen.² Der Einfluss des Europäischen Strafrechts ist daher häufig nicht auf den ersten Blick erkennbar, weil z.B. der einschlägige Straftatbestand aus dem nationalen deutschen Recht stammt. Zudem finden sich auf EU-Ebene auch viele verwaltungsrechtliche Regelungen mit Sanktionscharakter, die zum Strafrecht iwS hinzugezählt werden können.

1. Materielles Strafrecht

In methodischer Hinsicht ist der Unterschied jedoch beachtlich, denn nationale Straftatbestände, die auf EU-Recht beruhen, müssen unionsrechtskonform ausgelegt werden.³ Außerdem entscheidet in Zweifelsfällen der EuGH über die Auslegung, dem entsprechende Fragen im Vorabentscheidungsverfahren vorgelegt werden müssen (Art. 267 AEUV). Zudem ist die Anwendung harmonisierter Straftatbestände die »Durchführung von Unionsrecht«, so dass gem. Art. 51 Abs. 1 GRC der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta der Uni-

1 *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 7 Rn. 2. Als Beispiel kann Art. 30 EuGH-Satzung dienen, s. *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 8 Rn. 11 ff.

2 S. *Böse*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 4 Rn. 5, 32; s. aber Art. 82 I AEUV.

3 Dazu *Heger*, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 103 ff.

on eröffnet ist.⁴ Ein näherer Blick auf die entsprechenden Rechtsakte offenbart, dass es sich hierbei keineswegs nur um nebenstrafrechtliche Spezialmaterien handelt. So sind etwa auch Geldwäsche, Terrorismusstrafrecht, Drogendelikte, Steuerhinterziehung, Sexualdelikte, Betrug, Subventionsbetrug und Computerbetrug, und Kinderpornographie durch Unionsrecht harmonisiert.⁵ Die Liste wird durch die zunehmende Rechtsetzungstätigkeit der EU stetig erweitert. Schon heute sind daher schätzungsweise 80 Prozent des StGB und große Teile des Nebenstrafrechts harmonisiert.

Doch auch im nicht-harmonisierten Bereich kann EU-Recht eine Rolle spielen. Da EU-Recht Anwendungsvorrang hat, muss sich nationales Strafrecht daran messen lassen. EU-Recht kann daher einer Bestrafung entgegenstehen.⁶ Solche Obergrenzen können sich z.B. aus den Grundfreiheiten ergeben, etwa der Niederlassungsfreiheit, wenn ein Mitgliedstaat ein Verhalten unter Strafe stellt, das in einem ande-

4 S. zum Anwendungsbereich EuGH, Urt. v. 13.7.1989 (*Wachauf*), Slg. 1989, 2633, Rn. 19; EuGH, Urt. v. 18.6.1991 (*ERT*), Slg. 1991, I-2951, Rn. 43 f.; EuGH (GK), Urt. v. 26.2.2013, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 24 ff.; EuGH, Urt. v. 6.3.2014, C-206/13 (*Stragusa*), Rn. 24 ff.

5 Einen guten Überblick über die harmonisierten Bereiche bietet Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, Abl. 2002 L 190/1, der Bereiche nennt, in denen auf Grund der bestehenden Harmonisierung bei Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls keine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit mehr erfolgen muss, wobei die Liste nicht abschließend ist: Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, Terrorismus, Menschenhandel, sexuelle Ausbeutung von Kindern und Kinderpornografie, illegaler Handel mit Drogen und psychotropen Stoffen, illegaler Handel mit Waffen, Munition und Sprengstoffen, Korruption, Betrugsdelikte, einschließlich Betrug zum Nachteil der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften im Sinne des Übereinkommens vom 26. Juli 1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, Wäsche von Erträgen aus Straftaten, Geldfälschung, einschließlich der Euro-Fälschung, Cyberkriminalität, Umweltkriminalität, einschließlich des illegalen Handels mit bedrohten Tierarten oder mit bedrohten Pflanzen- und Baumarten, Beihilfe zur illegalen Einreise und zum illegalen Aufenthalt, vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung, illegaler Handel mit Organen und menschlichem Gewebe, Entführung, Freiheitsberaubung und Geiselnahme, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, Diebstahl in organisierter Form oder mit Waffen, illegaler Handel mit Kulturgütern, einschließlich Antiquitäten und Kunstgegenstände, Betrug, Erpressung und Schutzgelderpressung, Nachahmung und Produktpiraterie, Fälschung von amtlichen Dokumenten und Handel damit, Fälschung von Zahlungsmitteln, illegaler Handel mit Hormonen und anderen Wachstumsförderern, illegaler Handel mit nuklearen und radioaktiven Substanzen, Handel mit gestohlenen Kraftfahrzeugen, Vergewaltigung, Brandstiftung, Verbrechen, die in die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofs fallen, Flugzeug- und Schiffsentführung, Sabotage.

6 *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 10. Aufl. 2022, § 9 Rn. 11 ff.

ren Mitgliedstaat erlaubt ist, und dies die Niederlassungsmöglichkeiten beeinträchtigt. Dies wird z.B. für das deutsche Abtreibungsrecht diskutiert.⁷ Zudem kann die Ausdehnung des nationalen Strafrechts über die territorialen Grenzen hinaus die Freizügigkeit der Unionsbürger beeinträchtigen, weil ein Umzug innerhalb der EU damit zu höheren Strafbarkeitsrisiken führen kann.⁸

Darüber hinaus können sich aus EU-Recht auch Bestrafungspflichten ergeben. In der grundlegenden Entscheidung *Griechischer Mais* wurde eine Vertragsverletzung darin gesehen, dass Korruptionsfälle nicht mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen verfolgt wurden.⁹ In der neueren *Taricco*-Entscheidung bemängelte der EuGH die zu kurzen italienischen Verjährungsfristen, die einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionierung entgegenstünden.¹⁰ Auch die zur Zeit diskutierte Legalisierung von Cannabis kann potentiell mit EU-Recht in Konflikt geraten. Aus Verteidigersicht besteht das Risiko in diesen Fällen u.a. darin, dass schwer abzuschätzen ist, welche Konsequenzen aus einem Verstoß gegen Unionsrechts gezogen werden müssen. So hatte der EuGH in der *Taricco*-Entscheidung zunächst erklärt, die italienischen Verjährungsregelungen dürften nicht angewandt werden, was zur Folge gehabt hätte, dass die Tat unverjährbar gewesen wäre.¹¹

2. Strafprozessrecht

Auch im Strafprozessrecht gibt es Harmonisierungen durch EU-Richtlinien. Hier sind v.a. die sechs Richtlinien zu Beschuldigtenrechten zu nennen, die Mindeststandards garantieren und ins deutsche

7 NK-StGB/*Böse*, § 5 Rn. 41.

8 Ausführlich *Böse* in: *Böse/F. Meyer/A. Schneider*, Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union, 2014, S. 73 ff.

9 EuGH, Urt. v. 21.9.1989, 68/88 (*Kommission/Griechenland* – „*Griechischer Mais*“).

10 EuGH (GK), Urt. v. 8.9.2015, C-105/14 (*Taricco*).

11 Relativiert wurde diese Konsequenz später auf Vorlage des italienischen Verfassungsgerichts (Corte Costituzionale) in EuGH (GK), Urt. v. 5.12.2017, C-42/17 (*M.A.S. und M.B.*), Rn. 45.

Strafprozessrecht umgesetzt worden sind.¹² Außerdem gibt es im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen weitreichende Harmonisierungsmaßnahmen der EU, allen voran der Europäische Haftbefehl¹³ (EuHB) und die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA)¹⁴. Gerade die EEA kann auch in einem Strafprozess vor den nationalen Gerichten eine Rolle spielen, wenn mit ihr Beweise aus dem Ausland erlangt wurden, die vor den nationalen Gerichten verwertet werden sollen. Darum geht es u.a. in den Encrochat-Verfahren.¹⁵

Vor etwa zwei Jahren hat zudem die Europäische Staatsanwaltschaft (EUSTa) ihre Tätigkeit aufgenommen.¹⁶ Die EUSTa ist zuständig für die Verfolgung von Straftaten zum Schutz der finanziellen Interessen der Union und damit zusammenhängende Straftaten¹⁷. Die operative Tätigkeit wird durch Delegierte Europäische Staatsanwälte ausgeübt, die in den Mitgliedstaaten angesiedelt sind und die den na-

12 Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, Abl. EU 2010 L 280, S. 1; Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, Abl. 2012 L 142, S. 1; Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, Abl. L 294, S. 1; Richtlinie 2016/343 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren, Abl. 2016 L 65, S. 1; Richtlinie 2016/800/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, Abl. 2016 L 132, S. 1; Richtlinie 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, Abl. 2016 L 297, S. 1.

13 Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, Abl. 2002 L 190, S. 1.

14 Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, Abl. EU 2014 L 130, S. 1.

15 Näher *F. Zimmermann*, ZfStW 2022, 173.

16 Errichtet wurde sie durch die Verordnung 2017/1939/EU des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EUSTa), Abl. 2017 L 283, S. 1.

17 Näher *F. Zimmermann*, in: Niedernhuber (Hrsg.), Die neue Europäische Staatsanwaltschaft, 2023, S. 21 ff.

tionalen Staatsanwälten gleichgestellt sind.¹⁸ Konkret bedeutet dies, dass in Verfahren, in denen die EUStA ihre Zuständigkeit ausübt, der Delegierte Europäische Staatsanwalt z.B. eine Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnung beantragt, die Anklage erhebt und sie vor Gericht vertritt. Alle von der EUStA geführten Verfahren gelten als Durchführung von Unionsrecht iSd Art. 51 Abs. 1 GrCh und unterfallen damit der Grundrechtecharta.¹⁹ Auch gibt es in der Verordnung Regeln zu den Beschuldigtenrechten in EUStA-Verfahren.²⁰

Doch auch die nicht-harmonisierten Regelungen des nationalen Strafprozessrechts sind am EU-Recht zu messen. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn das Strafverfahren sich auf eine europäisierte Tat bezieht, also Straftatbestände, die selbst durch EU-Recht harmonisiert sind. In diesen Fällen dient das Strafprozessrecht der wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionierung und ist damit Durchführung von Unionsrecht, womit wiederum die EU-Grundrechtecharta Anwendung findet (Art. 51 GRC). Soweit im Strafverfahren personenbezogene Daten zu Zwecken der Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung verarbeitet werden, ist zudem die Richtlinie 2016/680/EU einschlägig, so dass die entsprechenden Regelungen insoweit ebenfalls harmonisiert sind. Damit ist praktisch jedes Strafverfahren als ›Durchführung von Unionsrecht‹ anzusehen, so dass jedenfalls Verstöße gegen die EU-Grundrechtecharta nahezu immer gerügt werden könnten. Insgesamt zeigt sich, dass EU-Recht eine große Bedeutung sowohl im materiellen Strafrecht als auch im Strafprozessrecht hat.

III.

18 S. zum Verhältnis zu den nationalen Ermittlungsbehörden *A. Schneider*, in: Niedernhuber (Hrsg.), *Die neue Europäische Staatsanwaltschaft*, 2023, S. 39 ff.

19 *A. Schneider*, in: Niedernhuber (Hrsg.), *Die neue Europäische Staatsanwaltschaft*, 2023, S. 39 (67); *Wade*, in: *Rafaraci/Belfiore (Hrsg.), EU Criminal Justice*, 2019, S. 165 (179).

20 S. dazu ausführlich *Esser*, in: Niedernhuber (Hrsg.), *Die neue Europäische Staatsanwaltschaft*, 2023, S. 89 (90 ff.).

DEFIZITE IM UMGANG MIT EUROPÄISCHEM STRAFRECHT UND STRAFPROZESSRECHT

Angesichts dieses Befundes ist es überraschend, dass Fragen des Europäischen Strafrechts verhältnismäßig selten in der Rechtsprechung und Literatur diskutiert werden. Dies führt nicht nur dazu, dass wichtige rechtliche Fragen und Argumente gar nicht erläutert werden, sondern es finden sich auch immer wieder Defizite im Umgang mit Europäischem Strafrecht und Strafprozessrecht, sowohl auf Seiten des Gesetzgebers als auch der Gerichte.

1. Defizite bei der Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht

Richtlinien müssen in nationales Recht umgesetzt werden, um unmittelbare Wirkung zu erlangen. Der deutsche Gesetzgeber bedient sich dabei zweier verschiedener Ansätze: dem Verweis auf die bestehende Rechtslage (*laissez-faire*-Ansatz) und der wörtlichen Übernahme des Richtlinien texts. Beide können zu Umsetzungsdefiziten führen.²¹

a) Verweis auf die bestehende Rechtslage am Beispiel der Verteidigerkommunikation

Das EU-Recht enthält häufig Formulierungen allgemein anerkannter Prinzipien und Grundsätze. Das ist besonders bei den Richtlinien zu den Beschuldigtenrechten zu erkennen, die u.a. die Unschuldsvermutung, den *Nemo-tenetur*-Grundsatz und die Verschwiegenheitspflicht von Verteidigern regeln.²² Bei allgemeinen Grundsätzen und Gewährleistungen wird in der Begründung zum Gesetzentwurf häufig darauf verwiesen, dass das deutsche Recht die entsprechende Garantie bereits vorsähe und sich eine Umsetzung daher erübrige.²³ Dabei wird jedoch oft der Umfang der Umsetzungspflicht verkannt. Dies kann am Beispiel der Verschwiegenheitspflicht von Verteidigern verdeutlicht werden. Art. 4 RL 2013/48/EU lautet:

21 S. dazu bereits *A. Albrecht/A. Schneider*, in: Contissa, Lasagni, Caianiello/Sartor (Hrsg.), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives*, 2022, S. 114 (116 ff.).

22 Weitere Beispiele bei *A. Albrecht/A. Schneider*, in: Contissa, Lasagni, Caianiello/Sartor (Hrsg.), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives*, 2022, S. 114 (116 ff.).

23 S. etwa BT-Drucks. 17/12578, S. 8.

»Die Mitgliedstaaten beachten die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Verdächtigen oder beschuldigten Personen und ihrem Rechtsbeistand bei der Wahrnehmung des im Rahmen dieser Richtlinie vorgesehenen Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand. Eine solche Kommunikation umfasst auch Treffen, Schriftverkehr, Telefongespräche und sonstige nach nationalem Recht zulässige Kommunikationsformen.«

Der deutsche Gesetzgeber ging davon aus, dass dieses Recht bereits ausreichend durch § 148 StPO gewährleistet sei, und nahm nur Änderungen an den Regelungen zur Kontaktsperre vor.²⁴ Es ist sicherlich richtig, dass das deutsche Recht ebenfalls die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und seinem Rechtsbeistand vorsieht. In Details unterscheiden sich die EU-Garantie und das deutsche Recht aber doch. So ist die Einschränkung des § 148 II StPO, nach der bei Verdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung die Verteidigerkorrespondenz dem Gericht vorzulegen ist, in Art. 4 RL 2013/48/EU nicht enthalten. Vielmehr ist Art. 4 RL 2013/48/EU ausnahmslos gewährleistet. Zwar sieht Erwägungsgrund 33 der Richtlinie eine entsprechende Ausnahme vor, allerdings sind die Erwägungsgründe nicht verbindlich. § 148 II StPO ist daher nicht mit der Richtlinie vereinbar.²⁵

Nach deutschem Recht entfällt der Schutz der Verteidigerkommunikation außerdem, wenn der Verteidiger der Tatbeteiligung verdächtigt wird (s. §§ 97 II S. 2, 160 III StPO). Eine Überwachung etwa eines Telefonats mit dem Verteidiger wäre dann zulässig, wobei der verteidigungsbezogene Teil der Kommunikation einem Beweisverwertungsverbot unterliegen würde.²⁶ Die EU-Richtlinie kennt hingegen keine Einschränkungen des Vertraulichkeitsschutzes. Ist der Verteidiger der Tatbeteiligung verdächtigt, müsste er nach der Konzeption der Richtlinie gegen einen unbelasteten Verteidiger ausgetauscht werden. Ob das Beweisverwertungsverbot den Anforderungen des

24 BT-Drucks. 18/9534, p. 15.

25 S. dazu A. Schneider, in: Grützner/Pötz/K., 40. Lfg. (Dezember 2016), RiLi Rechtsbeistand (III D 18) Rn. 63 ff.

26 A. Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 672.

Art. 4 RL 2013/48/EU genügt, ist sehr zweifelhaft.²⁷

Zu guter Letzt ist der Schutz von Verteidigerkommunikation im deutschen Strafprozessrecht auch sehr unübersichtlich geregelt: Zwar ist § 148 I StPO recht eindeutig formuliert. Daneben treten aber noch die Sonderregelungen in §§ 97, 100d V, 160a I StPO etc. Deren Verhältnis zu § 148 StPO ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Das ist v.a. im Fall des § 97 StPO problematisch, nach dessen Wortlaut schriftliche Kommunikation mit dem Verteidiger nur in dessen Gewahrsam geschützt ist (§ 97 II S. 1 StPO). Die Vorschrift wird zwar einhellig so ausgelegt, dass diese Beschränkung nicht für Verteidigerkommunikation gilt.²⁸ Für Uneingeweihte ist dies aber nicht ohne Weiteres erkennbar, so dass das geltende Recht gegen das Transparenzgebot bei der Umsetzung von Richtlinien verstößt.²⁹

b) Wörtliche Übernahme des Richtlinien texts am Beispiel des Anspruchs auf Übersetzung von Urteilen

In anderen Fällen geht der Gesetzgeber genau umgekehrt vor und übernimmt den Wortlaut von Richtlinien eins-zu-eins ins deutsche Recht, ohne sich klarzumachen, dass einzelne Begriffe im Unionsrecht, das autonom auszulegen ist, eine andere Bedeutung haben können als im deutschen Recht. Ein Beispiel ist die Umsetzung des Übersetzungsanspruchs aus Art. 3 RL 2010/64/EU in § 187 GVG. Ausweislich der Richtlinie sind Unterlagen, die wesentlich für die Gewährleistung der Verteidigungsrechte sind, schriftlich zu übersetzen (Art. 3 I). Dazu gehören gem. Art. 3 II »jegliche Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme, jegliche Anklageschrift und jegliches Urteil«. Nach § 187 II GVG ist in der Regel »die schriftliche Übersetzung von freiheitsentziehenden Anordnungen sowie von Anklageschriften, Strafbefehlen und nicht rechtskräftigen Urteilen« erforderlich. Dabei ist zunächst zu erkennen, dass ›Urteil‹ in der Richtlinie nicht das gleiche ist wie ›Urteil‹ im deutschen Strafverfahrensrecht. Mit ›Urteil‹ meint die Richtlinie jede verfahrensabschließende Ent-

²⁷ A. Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 397 f.

²⁸ S. etwa BVerfG, NJW 2007, 2749 (2750); BGH, NStZ 1988, 562 (563).

²⁹ S. auch A. Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 671 m.w.N.

scheidung.³⁰ Im deutschen Strafprozessrecht gibt es neben der Entscheidungsform des Urteils auch die des Beschlusses, die ebenfalls eine verfahrensabschließende Wirkung hat und gerade in der Revision die gängige Entscheidungsform ist. Die Pflicht zur Übersetzung schriftlicher Urteile aus der Richtlinie gilt daher auch für solche Beschlüsse.³¹ Insoweit führt die wörtliche Übernahme des Richtlinien-texts zu einer so nicht gewollten inhaltlichen Verengung des Übersetzungsanspruchs.

Auch die Beschränkung des Übersetzungsanspruchs auf »nicht rechtskräftige Urteile« beruht auf einer zu sehr am Richtlinien-text verhafteten Ausgestaltung des deutschen Rechts. Der Gesetzgeber begründet die Beschränkung auf nicht rechtskräftige Urteile damit, dass die Richtlinie ausweichlich Art. 1 II RL 2010/64/EU nur bis zum Abschluss des Verfahrens gilt, also bis zur endgültigen Klärung der Frage, ob die Straftat begangen wurde. Mit Rechtskraft des Urteils liege ein solcher Verfahrensabschluss vor, so dass rechtskräftige Urteile nicht mehr übersetzt werden müssten.³² Der BGH hat sich dieser Argumentation angeschlossen.³³

Das macht sie allerdings nicht richtig: Schon der Wortlaut der Richtlinie legt diese Interpretation nicht nahe, weil danach gerade »jegliches Urteil« zu übersetzen ist. Hätte der EU-Gesetzgeber rechtskräftige Urteile, die es in jedem Mitgliedstaat gibt, vom Übersetzungsanspruch ausnehmen wollen, hätte er dies in Art. 3 II RL 2010/64/EU regeln können.³⁴

Auch das Argument, die Richtlinie sei auf rechtskräftige Urteile gar nicht anwendbar, geht fehl. Der Anwendungsbereich der Richtlinie orientiert sich am Begriff der »strafrechtlichen Anklage« in Art. 6 EMRK, umfasst also das gesamte Strafverfahren. Wäre es zutreffend, dass das Strafverfahren mit Rechtskraft des Urteils endet, müsste auch im deutschen Recht die schriftliche Ausfertigung des mündlich

30 A. Schneider, StV 2015, 379 (380).

31 Löwe-Rosenberg/Simon, 27. Aufl. 2022, § 187 GVG Rn. 17; A. Schneider, StV 2015, 379 (380).

32 BT-Drs. 17/12578, S. 11.

33 BGH, NJW 2018, 3790 (3791 f.); BGH, NJW 2020, 2042 (2043 ff.).

34 A. Schneider, StV 2015, 379 (381).

verkündeten Urteils, die regelmäßig erst nach dessen Rechtskraft zu den Akten gebracht wird (§ 275 StPO), als außerstrafverfahrensrechtliche Information einzustufen sein. Dann dürfte die schriftliche Ausfertigung des Urteils konsequenterweise auch keine Abweichungen oder Ergänzungen zum mündlich verkündeten Urteil erhalten, weil sie strafprozessual ohne Bedeutung wären. Das entspricht ersichtlich nicht dem Konzept der StPO, wonach bei mündlicher Mitteilung der Urteilsgründe nur ihr »wesentlicher Inhalt« mitzuteilen ist (§ 268 II StPO) und der vollständige Inhalt der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten bleibt. Auch ist bis zum Ablauf der Absetzungsfrist eine Änderung oder ein Nachschieben der schriftlichen Urteilsgründe möglich (§ 275 I S. 3 StPO, s. auch § 338 Nr. 7 StPO). Dies zeigt, dass im deutschen Recht die Schriftfassung des Urteils maßgeblich ist.³⁵ Dann muss diese aber auch Teil des Strafverfahrens sein. Die Ansicht des Gesetzgebers ist daher zu formalistisch.

Hierfür spricht auch die Systematik der Richtlinie, die den Anspruch auf Übersetzung der Urteile gerade nicht ins Belieben der nationalen Behörden stellt.³⁶ Da der Richter wählen kann, ob bei Urteilsverkündung schon eine Schriftfassung des Urteils vorhanden ist oder nicht, könnte das Gericht doch über das Bestehen eines Übersetzungsanspruchs entscheiden.

Zweifelhaft ist auch, ob das Fehlen eines Übersetzungsanspruchs für rechtskräftige Urteile mit Sinn und Zweck der Richtlinie vereinbar ist. Der BGH stellt darauf ab, dass die Richtlinie es den Beschuldigten ermöglichen wolle, ihre Verteidigungsrechte umfassend wahrzunehmen, und ein faires Verfahren gewährleisten solle.³⁷ Nach Rechtskraft des Urteils könne der Beschuldigte jedoch keine Verfahrensrechte mehr geltend machen, weshalb nach Sinn und Zweck der Richtlinie keine Übersetzung mehr erforderlich sei.³⁸ Damit verkennt der BGH, dass eine Verteidigung auch nach Rechtskraft des Urteils stattfinden kann, etwa durch das Einlegen von außerordentlichen Rechtsbehel-

³⁵ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 766.

³⁶ *A. Schneider*, StV 2015, 379 (381).

³⁷ BGH, NJW 2018, 3790 (3792 f.).

³⁸ BGH, NJW 2018, 3790 (3792).

fen.³⁹ Für diese ist es oft entscheidend, dass der Beschuldigte den Inhalt des schriftlichen Urteils versteht, auf das sich die Rechtsbehelfe beziehen.⁴⁰ Auch für die Vollstreckungshilfe ist der Inhalt des zu vollstreckenden Urteils von Bedeutung.

Zudem kann ein Urteil, das der Verurteilte nicht versteht, die Zwecke des Strafverfahrens nur eingeschränkt verwirklichen, weil der Verurteilte keine Möglichkeit hat, sich mit dem Urteil auseinanderzusetzen und es zu akzeptieren.⁴¹ Ihm fehlt damit auch die Möglichkeit zu erkennen, in welchem Umfang die Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK) nicht mehr greift und welchen Vorwurf das Gericht für gegeben hält.⁴² Das BVerfG hat in Bezug auf abgekürzte verurteilende Urteile (§ 267 IV StPO) ausgeführt, dass eine solche Abkürzung bei letztinstanzlichen Urteilen nicht zulässig sei, weil die Urteilsbegründung Ausprägung des Rechts auf rechtliches Gehör sei und zudem der Willkürkontrolle diene.⁴³ Bei freiwilligem Verzicht auf ein Rechtsmittel sei das Recht nicht verletzt, wohl aber, wenn es keine Möglichkeit gebe, das Gericht zu einer umfassenden Begründung zu zwingen.⁴⁴ Ganz ähnlich ist der Fall der fehlenden Urteilsübersetzung zu sehen: Der Sprachunkundige, der keine Übersetzung des letztinstanzlichen Urteils erhält, kann nicht ermitteln, ob sein Vorbringen vom Gericht beachtet wurde, ob die Entscheidung willkürlich ist und inwieweit sie die Unschuldsvermutung aufhebt.⁴⁵ Insoweit ist das Recht auf ein faires Verfahren sehr wohl beeinträchtigt, wenn der Beschuldigte den Inhalt der abschließenden Sachentscheidung nicht versteht.⁴⁶

2. Defizite bei der Rechtsanwendung

Das Beispiel der Entscheidung des BGH zum Anspruch auf Übersetzung von Revisionsentscheidungen illustriert nicht nur die

39 MüKo-StPO/Oglakcioglu, § 187 GVG Rn. 47; SK-StPO/Frister, 5. Aufl. 2016, § 187 GVG Rn. 11; A. Schneider, StV 2015, 379 (381); Makepeace, StV 2020, 570 (574).

40 Makepeace, StV 2020, 570 (574).

41 Makepeace, StV 2020, 570 (574).

42 S. auch Löwe-Rosenberg/Stuckenberg, 27. Aufl. 2021, § 267 Rn. 3.

43 BVerfG, NJW 2004, 209 (210 f.).

44 BVerfG, NJW 2004, 209 (210).

45 Gegen die Vergleichbarkeit aber BGH, NJW 2018, 3790 (3793).

46 A.A. BGH, NJW 2020, 2042 (2044 ff.).

Probleme einer zu sehr am Wortlaut orientierten Richtlinienumsetzung, sondern offenbart zugleich Defizite bei der Anwendung von Europäischem Strafrecht und Strafprozessrecht. In vielen Fällen wird der Anwendungsbereich des Europäischen Rechts im Strafverfahren nur unzureichend erkannt oder ganz verkannt.⁴⁷

Oben wurde bereits dargelegt, warum die Entscheidung zum Übersetzungsanspruch aus hiesiger Sicht inhaltlich nicht überzeugt. Dem BGH ist allerdings zu Gute zu halten, dass er sich mit der Frage einer richtlinienkonformen Auslegung ausführlich auseinandersetzt, also immerhin erkennt, dass Europäisches Strafrecht – hier RL 2010/64/EU – eine Rolle spielt.⁴⁸ Als letztinstanzliches Gericht hätte der BGH die Frage nach der Auslegung der Richtlinie allerdings dem EuGH vorlegen müssen (Art. 267 III AEUV). Der BGH hatte eine Vorlage mit dem Argument ablehnt, die im Urteil dargelegte Auslegung sei »offenkundig und zweifelsfrei«.⁴⁹ Diese sog. *acte-claire*-Doktrin wird von deutschen Gerichten häufig bemüht, um zu begründen, warum die eigentlich gebotene Vorlage zum EuGH unterblieben ist. Wäre die Auslegung aber tatsächlich »offenkundig und zweifelsfrei«, hätte es wohl kaum einer derart ausführlichen Erläuterung bedurft.⁵⁰ Noch deutlicher wird das in der Folgeentscheidung von 2020, in der der BGH die Grenzen des Anspruchs auf Übersetzung von Strafurteilen mit Blick auf die Richtlinien auslotet und in der er die Vorlage nicht einmal erwägt.⁵¹ Auch wenn der Beschluss »methodisch sorgfältig« begründet ist,⁵² bleibt die Tatsache bestehen, dass die Auslegung der Richtlinie primär Aufgabe des EuGH ist und diesem eine Entscheidung durch die fehlende Vorlage entzogen wird.

In anderen Fällen wird gar nicht erst erkannt, dass die Regelungen des Europäischen Strafrechts Anwendung finden. Als Beispiel kann eine Entscheidung des LG Bonn im europäischen Kartellbuß

47 S. auch *A. Albrecht/A. Schneider*, in: Contissa, Lasagni, Caianiello/Sartor (Hrsg.), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives*, 2022, S. 114 (128 ff.).

48 BGH, NJW 2018, 3790 (3791 ff.); BGH, NJW 2020, 2042 (2043 ff.).

49 BGH, NJW 2018, 3790 (3791).

50 S. zum Maßstab auch *Gärditz*, in: Böse (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2021, § 25 Rn. 38.

51 BGH, NJW 2020, 2042.

52 So die Bewertung von *Kulhanek*, NJW 2020, 2046 (2046).

geldverfahren gelten, in der es um ein mögliches Beschlagnahmeverbot für anwaltliche Unterlagen ging. Da § 97 StPO nicht einschlägig war, ging das Gericht von der Beschlagnahmefähigkeit der Unterlagen aus. Es führte hierzu aus:

»Etwas anderes würde nur gelten, wenn auch bei der Anwendung des nationalen Rechts der Grundsatz des ›legale privilege‹ [sic] in der Ausprägung, wie sie das europäische Recht befürwortet, zu beachten wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Der *Kammer* ist keine nationale Rechtsprechung bekannt, die dies befürworten würde. Der Grundsatz des ›legale privilege‹ hat auch nicht die Qualität eines europäischen Grundrechts, das bei der Auslegung des nationalen Rechts zu beachten wäre. Darüber hinaus beruhen die Regelungen der StPO auf einer Abwägung verschiedener Rechtsprinzipien [...], die nicht durch die Übernahme einzelner europäischer Grundsätze von einem nationalen Gericht abgeändert werden kann.«⁵³

Dabei verkennt das Gericht, dass das EU-rechtliche ›legal privilege‹ auch bei Beschlagnahmen nach nationalem Recht Anwendung findet, wenn diese auf Grund eines europäischen Kartellbußgeldverfahrens erfolgen, und durchaus über Art. 47, 48 GrC die Qualität eines europäischen Grundrechts hat. Irrelevant ist zudem, ob es schon andere nationale Rechtsprechung gibt, die das befürwortet, und ob das System der StPO hierdurch abgeändert werden würde. Wenn das legal privilege Anwendung fände, hätte es auch Vorrang vor der StPO und würde die entsprechenden nationalen Regelungen kraft Gesetzes verdrängen. Die »Übernahme einzelner europäischer Grundsätze« steht nicht zur Disposition des Gerichts. Das LG verkennt die Wirkung von EU-Recht in dieser Stellungnahme völlig.

3. Zwischenergebnis

Sowohl die Umsetzung von Richtlinien durch den Gesetzgeber als auch der Umgang mit EU-Recht durch die (Straf-)Gerichte ist defizitär. Der deutsche Gesetzgeber neigt dazu, Richtlinien entweder zu wörtlich umzusetzen oder Umsetzungsbedarf zu verneinen, da das umzusetzende Prinzip auch in der deutschen Rechtsordnung anerkannt sei. Die Gerichte wenden EU-Recht v.a. im offensichtlich har-

⁵³ LG Bonn, NStZ 2007, 605 (605).

monisierten Bereich an, sind dann aber zögerlich, umstrittene Fragen dem EuGH vorzulegen. In weniger offensichtlichen Fällen wird die Anwendbarkeit europäischen Strafrechts häufig verkannt.

Ein Grund für diesen Befund dürften Defizite in der juristischen Ausbildung in Deutschland sein. Die europarechtlichen Bezüge des nationalen Rechts zählen zwar zum Pflichtstoff, tatsächlich werden Straf- und Strafprozessrecht an den Universitäten aber häufig ohne europarechtliche Bezüge gelehrt. Auch bei den nationalen Strafverfolgungsbehörden gibt es bislang keine Spezialisierung auf Europäisches Strafrecht. Dies könnte sich durch die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft in Zukunft ändern, die für die Verfolgung von Straftaten zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union zuständig ist und diese Zuständigkeit über Delegierte Europäische Staatsanwälte in den Mitgliedstaaten ausübt.

IV.

CHANCEN FÜR DIE VERTEIDIGUNG

Für die Verteidigung bieten sich durch die starke Verflechtung von Europäischem Recht und Strafrecht und Strafprozessrecht hingegen neue Chancen, das Strafverfahren zu Gunsten des Mandanten zu beeinflussen. Diese sollen im Folgenden skizziert werden.

Ein großer Vorteil liegt darin, dass Europäisches Recht herangezogen werden kann, um ständige Rechtsprechung und tradierte Ansichten in Frage zu stellen. Dies liegt daran, dass EU-Recht Anwendungsvorrang genießt und zudem, gerade im Bereich des Strafrechts und Strafprozessrecht häufig das jüngere Recht darstellt (*lex posterior*). Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung führt dazu, dass Argumente aus dem Europäischen Strafrecht nicht einfach weggewischt werden können. Wegen des vom EuGH weit verstandenen Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta sind solche Argumente in den meisten Verfahren denkbar.⁵⁴ Dies erkennt man etwa am Beispiel des Übersetzungsanspruchs: Obwohl nach ständiger Rspr. keine schriftliche Übersetzung eines Urteils erforderlich war, konnte durch den Verweis auf Art. 3 RL 2010/64/EU durch den Beschuldigten (bzw. dessen Verteidiger) eine erneute inhaltliche Auseinandersetzung mit

⁵⁴ S. dazu oben II.

der Sachfrage erzwungen werden. Damit steigen die Chancen, dass es zu einer Rechtsprechungsänderung kommt.

Die Verteidigung ist dabei am besten dazu in der Lage, Argumente aus dem Europäischen Strafrecht und Strafprozessrecht zu formulieren. Zwar haben die Verteidiger dieselbe – in diesem Punkt defizitäre (s. III. 3.) – Ausbildung genossen wie die Staatsanwälte und Richter, sofern sie nicht einschlägige Fachanwaltslehrgänge absolviert haben. Verteidiger können sich aber viel besser spezialisieren, weil sie nicht an Zuständigkeitsregelungen gebunden sind. Auch ist es möglich, Gutachten zu Fragen des Europäischen Strafrechts und Strafprozessrechts einzuholen. Zudem gibt es Verfahren, in denen die Verteidigung größere Ressourcen zur Verfügung hat als die Justiz, so dass eine Einarbeitung in Fragen des Europäischen Strafrechts und Strafprozessrechts möglich ist.

Ein weiterer Vorteil der Verflechtung der Ebenen des EU-Rechts und nationalen Rechts ist, dass es dadurch erweiterte Rechtsschutzmöglichkeiten gibt. Da das Verfahren nach nationalem Recht geführt wird, gelten zunächst einmal alle in der StPO vorgesehenen Rechtsbehelfe wie Berufung, Revision, Beschwerde, sofortige Beschwerde etc. Darüber hinaus ordnen aber beispielsweise die Richtlinien zu den Beschuldigtenrechten an, dass ein »wirksamer Rechtsbehelf« zur Verfügung stehen muss.⁵⁵ Der Gesetzgeber hat auch hier auf das Rechtsschutzsystem der StPO verwiesen und diese Verpflichtung nicht weiter umgesetzt.⁵⁶ Der Verteidigung bleiben daher bei Verstößen gegen die durch die Richtlinien garantierten Verpflichtungen zwei Argumentationslinien: Zum einen kann unter Berufung auf die Richtlinie ein im deutschen Strafprozessrecht eigentlich unzulässiger Rechtsbehelf zulässig sein. So hat der BGH etwa die Zuständigkeit des Senats für die Entscheidung über den Übersetzungsanspruch in analoger Anwendung von § 238 II StPO bejaht, obwohl eigentlich die Staats-

55 S. z.B. Art. 2 V RL 2020/64/EU, Art. 12 RL 2013/48/EU.

56 A. Albrecht/A. Schneider, in: Contissa, Lasagni, Caianiello/Sartor (Hrsg.), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives*, 2022, S. 114 (121 f.). Derselbe Trend zeigt sich auch in anderen EU-Mitgliedstaaten, s. Caianiello/Lasagni, in: Contissa, Lasagni, Caianiello/Sartor (Hrsg.), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives*, 2022, S. 229 (233 ff.).

anwaltschaft zuständig wäre.⁵⁷ Zum anderen kann ein »wirksamer Rechtsbehelf« auch in einem unselbständigen Beweisverwertungsverbot bestehen, das Beweise, die unter Verstoß gegen die Richtlinie erlangt wurden, der richterlichen Beweiswürdigung entzieht. Dies käme z.B. bei einem Verstoß gegen die Vertraulichkeit der Kommunikation mit dem Verteidiger in Betracht.⁵⁸ Nach der in Deutschland vorherrschenden Abwägungslösung könnte die Unionsrechtswidrigkeit eines Vorgangs einen gewichtigen Faktor für ein Beweisverwertungsverbot darstellen. In welchem Umfang EU-Recht ein Beweisverwertungsverbot fordert, ist allerdings noch nicht geklärt.⁵⁹

Das EU-Recht kennt noch weitere Rechtsschutzmechanismen: Bei Fragen über die Auslegung von Unionsrecht ist eine Vorlage zum EuGH im Vorabentscheidungsverfahren angezeigt und bei letztinstanzlichen Entscheidungen geboten (Art. 267 AEUV). Unterbleibt die Vorlage zu Unrecht, ist das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt (Art. 100 GG) und eine Verfassungsbeschwerde möglich.⁶⁰ In deren Rahmen prüft das BVerfG neuerdings auch die Verletzung europäischer Grundrechte.⁶¹ Auch eine Individualbeschwerde zum EGMR ist denkbar. Unter bestimmten Voraussetzungen besteht zudem ein unionsrechtlicher Schadensersatzanspruch wegen fehlerhafter Umsetzung der Richtlinie.⁶² Umstritten ist, ob nach EuGH-Entscheidungen in anderen Verfahren eine Wiederaufnahme in analoger Anwendung

57 BGH, NJW 2018, 3790 (3791).

58 A. Schneider, in: Grützner/Pötz/K, 40. Lfg. (Dezember 2016), RiLi Rechtsbeistand (III D 18) Rn. 63 ff.; ebenso A. Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2021, S. 398.

59 S. dazu Opinion of AG Kokott, 11 July 2019, Joined Cases C-469/18 and C-470/18, IN and JM, Rn. 73: »In this regard, it should be noted, first, that EU law does not provide for any rules on the gathering and use of evidence in the context of criminal proceedings in the field of VAT, and hence that sphere falls, in principle, within the competence of the Member States.«

60 BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).

61 BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 (*Recht auf Vergessen II*), Rn. 50 ff. S. hierzu etwa *Bethge*, NZWiSt 2022, 134.

62 Grundlegend EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – G 6/90, G 9/90, S. I-5357 Rn. 33 ff. (*Francovich*). S. am Beispiel der Übersetzungskosten auch A. Schneider, StV 2015, 379 (385).

von § 79 BVerfGG möglich ist.⁶³ Diese Beispiele zeigen, dass der Verteidigung einige Möglichkeiten zur Verfügung stehen, im Sinne der Mandantschaft auf das Verfahren Einfluss zu nehmen, die es ohne das europäische Strafrecht nicht gäbe.

V.

ERGEBNIS

Im Ergebnis lassen sich folgende Thesen formulieren:

Europäisches Strafrecht und Strafprozessrecht ist in vielen Strafverfahren von Bedeutung.

Der Gesetzgeber setzt Vorschriften oft fehlerhaft um.

Die Gerichte verkennen regelmäßig die Reichweite des Europäischen Strafrechts.

Die juristische Aus- und Weiterbildung im Europäischen Strafrecht und Strafprozessrecht muss verbessert werden.

Mit Argumenten aus dem Europäischen Strafrecht und Strafprozessrecht können ausgeurteilte Streitfragen neu aufgeworfen werden.

Die Verteidigung ist in der besten Position, europastrafrechtliche Argumente in ein Verfahren einzubringen.

Das europäische Mehrebenensystem führt zu erweiterten Rechtsschutzmöglichkeiten.

63 Dafür *Jokisch*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000, S. 226 f.; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 680 f.; *A. Schneider*, EuR 2017, 433 (449); *Vincze*, EuR 2023, 84 (89 ff.); dagegen die h.M., etwa OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.3.2006, 12 U 286/05; OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.8.2004, 3 Ws 182/04, Rn. 5; LG Mannheim, NZWiSt 2019, 440; *Bajohr*, Die Aufhebung rechtsfehlerhafter Strafurteile im Wege der Wiederaufnahme, 2008, S. 114 ff. S. zum Ganzen *A. Schneider*, EuR 2017, 433 (434 ff.) m.w.N.

Dr. Vyacheslav Bortnikov

KI IM STRAFVERFAHREN AUS DATENSCHUTZSICHT¹

Sehr geehrte Damen und Herren,
vielen Dank für die Einladung. Ich freue mich, das Thema ›KI im Strafverfahren – aus Datenschutzsicht‹ zu beleuchten.

Gleich zu Beginn möchte ich an die Frage anknüpfen, die beim diesjährigen Strafverteidigertag bereits mehrfach angeklungen ist »Wer kontrolliert den Einsatz von KI durch Strafverfolgungsbehörden?«. Das Bundesverfassungsgericht misst der Datenschutzkontrolle eine besondere Bedeutung zu, wenn Daten verdeckt verarbeitet werden, d.h. ohne dass betroffene Personen darüber informiert würden. Insofern obliegt der Datenschutzkontrolle eine ›Kompensationsfunktion‹, da subjektiver Rechtsschutz gegen derartige Maßnahmen nicht oder nicht ohne Weiteres zu erlangen ist.²

Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit – kurz BfDI – als die für die Polizei- und Strafverfolgungsbehörden des Bundes zuständige Datenschutzbehörde beschäftigt sich seit mehreren Jahren mit dem Einsatz von KI im Bereich der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr.³ Bei meinem Vortrag werde ich einige Positionen des BfDI mit Bezug auf Strafverfolgungsbehörden vorstellen. Nach einer kurzen Einleitung werde ich insbesondere die Ergebnisse des Konsultationsverfahrens darstellen, das der

1 Der Beitrag entspricht im Wesentlichen einem Vortrag, den der Autor am 13. Mai 2023 auf dem 44. Strafverteidigertag gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten. – Der Autor ist Regierungsdirektor bei dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI).

2 BVerfG, NJW 2016, 1781 Rn. 140 f.

3 Vgl. z.B. Symposium des BfDI vom 6.10.2021 ›Polizeiliche Informationssysteme im Zeitalter von KI und Big Data‹, https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Videos/DE/Veranstaltungen/20211006_Symposium-KI-Polizei.html?nn=358604.

BfDI im Herbst 2021 zum Einsatz von KI im Bereich der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr durchgeführt hat.⁴ Schließlich werde ich das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Februar 2023 zu automatisierter Datenanalyse erläutern und daraus mögliche Schlussfolgerungen für die praktische Rechtsanwendung ziehen.

A.

EINLEITUNG

In meinem Vortrag geht es also um die Perspektive, in der die Sicherheitsbehörden selbst KI einsetzen wollen. Wir haben heute schon mehrfach gehört, dass Technologien, die unter dem Begriff KI firmieren, zunehmend Eingang in die Lebenswirklichkeit finden. Daher ist die Vermutung durchaus naheliegend, dass diese über kurz oder lang auch zu kriminellen Zwecken missbraucht werden.⁵ Gleichzeitig steigen die Mengen an strafrechtlich relevanten Daten stetig an. Dass die Strafverfolgungsbehörden bei der technologischen Entwicklung nicht ins Hintertreffen geraten,⁶ sondern auch selbst neue Technologien einsetzen wollen, ist vor diesem Hintergrund nachvollziehbar.

Das INTERPOL-Innovationszentrum hat KI als eine der Säulen der Innovation im Bereich der Strafverfolgung identifiziert.⁷ Unter der Ägide des INTERPOL und des UN-Instituts für interregionale Kriminalitäts- und Justizforschung (UNICRI) fand im Juli 2018 das erste ›Global Meeting on Artificial Intelligence (AI) and Robotics for Law Enforcement‹ statt. Die Veranstaltung diente dazu, die Strafverfolgungsbehörden weltweit über KI und Robotik zu informieren, und als ein Forum zur Erörterung bewährter Praktiken in der Polizeiar-

4 https://www.bfdi.bund.de/DE/DerBfDI/Konsultationsverfahren/KI-Strafverfolgung/KI-Strafverfolgung_node.html.

5 Vgl. Stellungnahme des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 29.11.2021, S. 2, abrufbar unter: https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Konsultationsverfahren/2_KI-Strafverfolgung/Stellungnahmen/StgN-BMI.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

6 UNICRI/INTERPOL, Artificial Intelligence and robotics for law enforcement, 2019, abrufbar unter: http://www.unicri.it/sites/default/files/2019-10/ARTIFICIAL_INTELLIGENCE_ROBOTICS_LAW%20ENFORCEMENT_WEB_0.pdf.

7 Interpol-Innovationszentrum, Artificial Intelligence: INTERPOL Innovation Centre's initiatives, S. 2. Abrufbar unter: https://www.interpol.int/en/content/download/17303/file/IC_APL%20AI%20Overview%20%28March%202022%29%20.pdf.

beit, aktuellen und künftigen Chancen und Bedrohungen sowie ethischen Herausforderungen, die sich aus dem Einsatz dieser Technologien ergeben.⁸

In dem entsprechenden Bericht wurde u.a. ausgeführt, dass viele Länder die Anwendung von KI und Robotik im Zusammenhang mit der Strafverfolgung erforschen, wobei einige Länder weiter seien als andere.⁹ In dem Bericht wurden einige ›interessante‹ Beispiele für den Einsatz von KI und Robotern in der Strafverfolgung genannt:

- Vorhersage, wo und welche Art von Straftaten wahrscheinlich auftreten werden (›predictive policing‹ und ›crime hotspot analytics‹),
- Tools zur Identifizierung gefährdeter und ausgebeuteter Kinder,
- Vollautomatisierte Werkzeuge zur Identifizierung von Online-Betrügnern.

Mehrere Anwendungsfälle im Bereich der Strafverfolgung seien in unterschiedlichen Entwicklungsstadien. Während einige sich noch in der Konzeptionierungsphase befinden würden, seien andere in der Evaluierungsphase oder bereits für den Einsatz zugelassen.¹⁰

Wie sieht die Situation in Deutschland aus?

Die vom BfDI in der Zeit vom 30. September bis zum 17. Dezember 2021 durchgeführte öffentliche Konsultation zum Einsatz von KI im Bereich der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr hat gezeigt, dass der Einsatz von KI in bestimmten Phänomenbereichen gelebte Praxis darstellt. KI spielt naturgemäß vor allem bei der Auswertung großer Datenmengen eine wichtige Rolle. Der Gesamtdatenbestand der sog.

8 UNICRI/INTERPOL, Artificial Intelligence and robotics for law enforcement, 2019, S. III.; abrufbar unter: http://www.unicri.it/sites/default/files/2019-10/ARTIFICIAL_INTELLIGENCE_ROBOTICS_LAW%20ENFORCEMENT_WEB_0.pdf; Interpol-Innovationszentrum, Artificial Intelligence: INTERPOL Innovation Centre's initiatives, S. 3. Abrufbar unter: https://www.interpol.int/en/content/download/17303/file/IC_APL%20AI%20Overview%20%28March%202022%29%20.pdf.

9 UNICRI/INTERPOL, Artificial Intelligence and robotics for law enforcement, 2019, S. V., abrufbar unter: http://www.unicri.it/sites/default/files/2019-10/ARTIFICIAL_INTELLIGENCE_ROBOTICS_LAW%20ENFORCEMENT_WEB_0.pdf.

10 UNICRI/INTERPOL, Artificial Intelligence and robotics for law enforcement, 2019, S. VI., abrufbar unter: http://www.unicri.it/sites/default/files/2019-10/ARTIFICIAL_INTELLIGENCE_ROBOTICS_LAW%20ENFORCEMENT_WEB_0.pdf.

›Panama Papers‹ belief sich laut Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat auf über 41,5 Mio. Datensätze und Dateiodner und wurde unter Zuhilfenahme eines neuronalen Netzes ausgewertet.¹¹ Weitere Einsatzbereiche seien alle Formen von Mustererkennungen (z. B. von Flaggen des sogenannten Islamischen Staates im Internet oder von sexuellen Missbrauchsdarstellungen von Kindern oder die Unschärfenbeseitigung in sichergestelltem Videomaterial).¹²

Ende Januar 2022 waren kritische Berichte über den Einsatz von KI durch die Sicherheitsbehörden des Bundes zu vernehmen. So hieß die Überschrift auf Zeit-Online vom 18. Januar 2022 »KI first, Bedenken second – Die Bundesregierung setzt auf künstliche Intelligenz, mehr als 80 staatliche Projekte laufen bereits. Die Risiken der Technik werden vorher offenbar kaum abgewogen«. ¹³ Das Portal Golem.de titelte am 26. Januar 2022 »Geheime KI ohne Risikoabschätzung bei Sicherheitsbehörden – Polizeien und Geheimdienste in Deutschland nutzen KI-Systeme. Wofür soll aber geheim bleiben. Eine Risikoabschätzung gibt es kaum«. ¹⁴

Die zentrale Stelle für Informationstechnik im Sicherheitsbereich (ZITiS) setzt nach eigenem Bekunden mehr und mehr Fokus auf KI. ¹⁵ Sie entwickle unter anderem ein selbstlernendes System, das den Strafverfolgern helfen soll, strafbare Social Media-Inhalte vorzusortieren. ¹⁶

B.

11 Stellungnahme des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 29.11.2021, S. 3, abrufbar unter: https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Konsultationsverfahren/2_KI-Strafverfolgung/Stellungnahmen/StgN-BMI.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

12 Stellungnahme des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 29.11.2021, S. 3, abrufbar unter: https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Konsultationsverfahren/2_KI-Strafverfolgung/Stellungnahmen/StgN-BMI.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

13 https://www.zeit.de/digital/2022-01/url-kuenstliche-intelligenz-bundesregierung-risiken-enquete-kommission?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.de%2F.

14 <https://www.golem.de/news/kuenstliche-intelligenz-geheime-ki-ohne-risikoabschaetzung-bei-sicherheitsbehoerden-2201-162696.html>.

15 <https://www.behoerden-spiegel.de/2023/05/03/ki-fuer-die-strafverfolgungsbehoerden-braucht-mehr-trainingsdaten/>.

16 <https://www.behoerden-spiegel.de/2023/05/03/ki-fuer-die-strafverfolgungsbehoerden-braucht-mehr-trainingsdaten/>.

KONSULTATIONSVERFAHREN DES BfDI

Der Einsatz von KI wirft eine Reihe von Fragen auf. Um einen Beitrag zur öffentlichen Debatte zu leisten, hat der BfDI im Herbst 2021 folgende sieben Thesen zur Diskussion gestellt.

- KI erfordert eine ausführliche *empirische Bestandsaufnahme* und eine umfassende *gesellschaftspolitische Diskussion*, um einerseits die Auswirkungen dieser Technologie auf die Freiheiten der Bürgerinnen und Bürger zu klären und andererseits die Erforderlichkeit ihres Einsatzes zu Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrzwecken festzustellen. Die Risiken sind dem Nutzen umfassend gegenüberzustellen, etwaige Diskriminierungen und überindividuelle Folgen sowohl für bestimmte Personengruppen als auch für demokratische und rechtsstaatliche Abläufe insgesamt sind wirksam auszuschließen. Der Gesetzgeber ist gehalten, alle derzeit existierenden Befugnisse der Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden in eine Gesamtrechnung einzubeziehen (»Überwachungs-Gesamtrechnung«).
- Der Einsatz von KI kann *nicht auf polizeiliche Generalklauseln* gestützt werden. Vielmehr erfordert der Einsatz von KI grundsätzlich eine spezifische gesetzliche Regelung.
- Die Einhaltung der *allgemeinen Datenschutzgrundsätze* ist eine unabdingbare Voraussetzung für den datenschutzrechtlich zulässigen Einsatz von KI. Der Einsatz von KI darf ebenso eine effektive Ausübung der Betroffenenrechte nicht schmälern.
- KI muss *erklärbar* sein. Die Qualität der schon zu Trainingszwecken eingesetzten Datensätze ist sicherzustellen.
- Der Kernbereich privater Lebensgestaltung bzw. die *Menschenwürdegarantie* dürfen beim Einsatz von KI nicht tangiert werden.
- KI muss durch Datenschutzaufsichtsbehörden umfassend *kontrolliert* werden können.
- Dem Einsatz von KI muss eine umfassende *Datenschutzfolgenabschätzung* vorangehen.

C.

URTEIL DES BVERFG VOM 16.2.2023 – 1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20

Am 16. Februar 2023 hat das Bundesverfassungsgericht ein Grundsatzurteil zu automatisierter Datenanalyse verkündet und damit verfassungsrechtliche Weichen auch für den Einsatz von KI gestellt.

I. VERFASSUNGSRECHTLICHE EINORDNUNG

Bevor wir zum Kern der Entscheidung kommen, möchte ich das Urteil in die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einordnen.

Das Bundesverfassungsgericht verbindet mit der elektronischen Datenverarbeitung eine gesteigerte Gefährdungslage.¹⁷ Diese ist u.a. darauf zurückzuführen, dass personenbezogene Daten mittels elektronischer Datenverarbeitung unbegrenzt speicherbar und jederzeit und ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle abrufbar sind.¹⁸ »Sie können darüber hinaus mit anderen Datensammlungen zusammengefügt werden, wodurch vielfältige Nutzungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten entstehen.«¹⁹ Eine automatisierte Datenanalyse – insbesondere beim Einsatz von KI – kann die Erstellung von Bewegungs- und Verhaltens- oder Beziehungsprofilen oder noch umfassenderer Persönlichkeitsbilder ermöglichen, die so im Wege händischer Suche oder einfacher automatisierter Abgleiche nicht erlangt werden könnten.²⁰ Dies knüpft nahtlos an die seit dem Volkszählungsurteil bestehende Rechtsprechung an²¹ und konkretisiert diese im Hinblick auf Datenanalysen.

II. ZENTRALE AUSSAGEN AUS DEM URTEIL

¹⁷ BVerfGE 120, 378 (397 f.).

¹⁸ BVerfGE 120, 378 (397 f.).

¹⁹ BVerfGE 120, 378 (398).

²⁰ BVerfG, NJW 2023, 1196 Rn. 70.

²¹ BVerfGE 65, 1, (42 ff.).

Eine automatisierte Datenanalyse kann – fachlich und technisch – ganz unterschiedlich ausgestaltet sein. Je höher die Eingriffsintensität einer Datenanalyse im Einzelfall ist, desto höher sind die Anforderungen an ihre Rechtfertigung.²² Diese Anforderungen betreffen vor allem die Eingriffsschwelle, das zu schützende Rechtsgut, die Sicherung von Transparenz, Rechtsschutz und aufsichtlicher Kontrolle. Ist die Eingriffsschwelle niedrig, weil die Datenanalyse z.B. bereits im Vorfeld einer konkreten Gefahr oder zur vorbeugenden Bekämpfung einer Straftat eingesetzt wird, muss das zu schützende Rechtsgut entsprechend höher sein.²³

Was beeinflusst die Eingriffsintensität einer automatisierten Datenanalyse?

Maßgebliche Bedeutung kommt damit den Faktoren zu, die das Eingriffsgewicht einer automatisierten Datenanalyse beeinflussen. Insofern kommt es in dem hier relevanten Kontext insbesondere auf die *Art und Umfang der Daten* sowie auf die *Verarbeitungsmethoden* an. Künstliche Intelligenz im Sinne eines selbstlernenden Systems stellt in diesem Sinne eine Verarbeitungsmethode bzw. eine Methode der automatisierten Datenanalyse dar, deren Verwendung je nach Einsatzart ein besonderes Eingriffsgewicht haben kann.²⁴ Die spezifischen Gefahren der Verwendung von KI sieht das Bundesverfassungsgericht darin,

»dass nicht nur von den einzelnen Polizistinnen und Polizisten aufgegriffene kriminologisch fundierte Muster Anwendung finden, sondern solche Muster automatisiert weiterentwickelt oder überhaupt erst generiert und dann in weiteren Analysestufen weiter verknüpft werden. Mittels einer automatisierten Anwendung könnten so über den Einsatz komplexer Algorithmen zum Ausweis von Beziehungen oder Zusammenhängen hinaus auch selbstständig weitere Aussagen im Sinne eines ›predictive policing‹ getroffen werden. So könnten besonders weitgehende Informationen und Annahmen über eine Person erzeugt werden, deren Überprüfung spezifisch erschwert

22 BVerfG, NJW 2023, 1196 Rn. 71 ff.

23 BVerfG, NJW 2023, 1196 Rn. 74, 103 ff.

24 BVerfG, NJW 2023, 1196 Rn. 100.

sein kann. Denn komplexe algorithmische Systeme könnten sich im Verlauf des maschinellen Lernprozesses immer mehr von der ursprünglichen menschlichen Programmierung lösen, und die maschinellen Lernprozesse und die Ergebnisse der Anwendung könnten immer schwerer nachzuvollziehen sein.«²⁵

Will der Gesetzgeber die Eingriffsintensität einer automatisierten Datenanalyse reduzieren, muss er dafür den Einsatz selbstlernender Systeme im Gesetz ausdrücklich ausschließen.²⁶

Es besteht die Gefahr, dass sich diskriminierende Algorithmen herausbilden und diese in der Praxis verwendet werden. Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht für die Anwendung von KI in der Polizeiarbeit im Urteil vom 16. Februar 2023 klare Worte gefunden: selbstlernende Systeme dürfen in der Polizeiarbeit »nur unter besonderen verfahrensrechtlichen Vorkehrungen zur Anwendung kommen, die trotz der eingeschränkten Nachvollziehbarkeit ein hinreichendes Schutzniveau sichern.«²⁷

Weitere Kriterien, die sich auf die Eingriffsintensität auswirken, sind u.a.:

- Grad der Automatisierung;
- Einsatz von Software privater Akteure oder anderer Staaten;
- denkbare Verwendung der Daten sowie die Gefahr ihres Missbrauchs;
- Fehler- und Diskriminierungsanfälligkeit des eingesetzten Datenanalysetools;
- Verknüpfung mit dem Internet;
- Zahl und Qualifikation der Personen, die Zugriff auf das Analyseinstrument haben.

III. SCHLUSSFOLGERUNGEN AUS DEM URTEIL FÜR DIE

²⁵ BVerfG, NJW 2023, 1196 Rn. 100.

²⁶ BVerfG, NJW 2023, 1196 Rn. 120 f.

²⁷ BVerfG, NJW 2023, 1196 Rn. 100.

PRAKTISCHE RECHTSANWENDUNG

Welche Schlussfolgerungen lassen sich daraus für die praktische Rechtsanwendung ableiten?

Je nach Grundrechtssensibilität ist die Frage zu klären, ob die für die automatisierte Datenanalyse herangezogenen Rechtsgrundlagen dafür tauglich sind. Sollte dies nicht der Fall sein, ist die mit der Datenanalyse verbundene Datenverarbeitung rechtswidrig.

Ein anschauliches Beispiel dafür, wie eine verfassungskonforme (enge) Auslegung in der Praxis vorgenommen werden kann, bildet der Beschluss des LG Frankfurt (Oder) vom 22.07.2022 – 22 Os 40/19. Das LG beschloss, dass der Betrieb eines Kennzeichenerfassungssystems im Aufzeichnungsmodus rechtswidrig war. Die zum Einsatzzeitpunkt vorhandenen Rechtsgrundlagen hat das LG insbesondere wegen der verfassungsrechtlichen Dimension als nicht tauglich erachtet.²⁸ Aufgrund ihrer hohen Grundrechtssensibilität konnte die Maßnahme nicht auf § 100h Abs. 1 StPO gestützt werden, da diese Norm keine hinreichenden Begrenzungen, etwa in räumlicher Hinsicht, insbesondere jedoch keine ausreichenden prozessualen Verfahrenssicherungen aufweist;²⁹ »es fehlte an Regelungen zur Datenspeicherung, -löschung und -sicherheit sowie den Zugriffsmöglichkeiten, einem effektiven Richtervorbehalt, und an der Gewährleistung effektiven individuellen Rechtsschutzes und hinreichender Transparenz«.³⁰ »Es hätte vielmehr spezieller auf die automatische Kennzeichenerfassung zugeschnittener Ermächtigungsgrundlagen (mit verschärften Voraussetzungen und höherer Regelungsdichte) bedurft«³¹, die zum Zeitpunkt der verfahrensgegenständlichen Datenverarbeitungen jedoch nicht vorlagen.

28 Vgl. LG Frankfurt (Oder), BeckRS 2022, 19483, insbes. Rn. 61 ff.

29 LG Frankfurt (Oder), BeckRS 2022, 19483, Rn.70.

30 LG Frankfurt (Oder), BeckRS 2022, 19483, Rn.70.

31 LG Frankfurt (Oder), BeckRS 2022, 19483, Rn. 69.

D. AUSBLICK

Meine Damen und Herren,

das Thema KI wird ein ständiger Begleiter auch in der Praxis der Justiz- und Datenschutzbehörden sein. Deshalb freue ich mich auf den weiteren Fachaustausch. Bei der Gelegenheit möchte ich Sie auf das am 26. Oktober 2023 anstehende Symposium des BfDI unter dem Titel ›Automatisierte Datenanalyse und KI - Innovative Polizeiarbeit mit Diskriminierungspotenzial?‹ hinweisen. Weitere Informationen finden Sie zu gegebener Zeit auf der Webseite www.bfdi.bund.de.

Prof. Dr. Kai-Uwe Goss

MANTRAILING ALS BEWEISMITTEL VOR GERICHT



Bild: Wilhelm von Osten mit dem Orlow-Traber Kluger Hans, der angeblich rechnen konnte.

Mantrailer (Personenspürhunde) sollen der Spur einer individuellen Person anhand einer individuellen Geruchsprobe (z.B. ein Kleidungsstück) folgen. In Deutschland kommen solche Mantrailer in der Vermisstensuche aber auch in Ermittlungsverfahren zum Einsatz. Die Ergebnisse dieser Arbeit werden immer wieder als Beweismittel vor Gericht vorgelegt. Dabei handelt es sich regelmäßig um Scheinbeweise, denn Hunde können individuelle menschliche Spuren nicht zuverlässig verfolgen und anzeigen, wenn diese Spuren älter als ein paar Stunden sind. Verfahrensbedingt sind diese Spuren bei Straftaten aber immer Wochen, Monate oder Jahre alt. Seit 2018 wende ich mich gegen diese Praxis: in allen sieben Verfahren, in denen ich bisher als Sachverständiger gehört wurde, konnte ich das Gericht davon überzeugen, dass diese Hundearbeit keinerlei Beweiskraft besitzt.

Bei den Hundeführern der deutschen Polizei überwiegt mittlerweile auch die Skepsis: Der Bundesarbeitskreis Personenspürhunde der deutschen Polizei empfiehlt Spuren älter als 36 Stunden nicht mehr zu bearbeiten. Einzelne polizeiliche Hundeführer glauben aber immer noch, dass die Fähigkeiten ihrer Hunde grenzenlos seien. Und vor allem viele Ermittlungsbehörden (Staatsanwälte und Kriminalpolizei) glauben an die Existenz solcher Wunderhunde, da in der Vergangenheit (in den letzten zwölf Jahren) in der Öffentlichkeit, aber auch in Fachkreisen systematisch Wundergeschichten über die Fähigkeiten von Mantrailer-Hunden verbreitet wurden (bis hin zu der absurden Behauptung, diese Hunde könnten DNA riechen). Und so passiert es, dass Ermittler immer häufiger auf private Hundeführer zurückgreifen, wenn polizeiliche Hundeführer absagen.¹ Denn das schöne ist, die Hunde erbringen immer das gewünschte Ergebnis, das heißt sie belasten den Verdächtigen. In den Fällen, die ich überblicke, wurde aber nicht einmal ansatzweise *lege artis* gearbeitet. So wird z.B. dem Hundeführer immer nur eine Geruchsprobe des Verdächtigen ausgehändigt, nie gibt es auch Geruchsproben von unbeteiligten Personen als Kontrolle in einem doppel-blind Verfahren. Das ist so, als ob Sie eine Zeugengegenüberstellung allein mit dem Verdächtigen machen würden, ohne Vergleichspersonen, und Sie dann Ihren Zeugen fragen, ob er den Verdächtigen wiedererkennt.

Wie groß ist das Problem? Meiner Schätzung nach gibt es jedes Jahr dutzende solcher Fälle bundesweit. Mantrailing ist übrigens keine Wissenschaft, d.h. es gibt keine systematischen, nachvollziehbaren Arbeiten zu diesem Thema von unabhängigen Wissenschaftlern, jedenfalls nicht unter realitätsnahen Bedingungen. Stattdessen gibt es die verschiedensten Schulen und Glaubensrichtungen von selbsternannten Hundeexperten, die keinerlei wissenschaftlichen Hintergrund haben. Trotzdem sind viele Strafverteidiger überfordert und kommen gar nicht auf die Idee diese Arbeit anzuzweifeln, da die Hundeführer extrem überzeugend und eloquent vor Gericht auftreten. Und die evtl. beigezogenen Sachverständigen gehören häufig zu den Protagonisten dieses Systems oder haben von der ganzen Sache überhaupt keine Ahnung. Ein Zoologie-Professor ist zum Beispiel

¹ siehe Der Kriminalist, Ausgabe 9/23

nicht *per se* ein geeigneter Gutachter in Spürhund-Fragen. Gerichte machen häufig auch den Fehler zu glauben, ein erfahrener Hundeführer wäre gleichzeitig ein guter Sachverständiger. Aber Hundeführer sind ja auf Grund ihrer Tätigkeit schon häufig voreingenommen. Und vor allem, was immer vollkommen übersehen wird: Wenn es keinen Geruch gibt, kann auch der beste Hund keinen Geruch finden. Die gesamte Hundecommunity hat aber von Gerüchen keine Ahnung. Bevor ich hier in Deutschland aktiv wurde, war es z.B. Standard, Geruchsproben in Gefrierbeuteln aufzubewahren. Wie sinnvoll das ist, werde ich Ihnen an einem Experiment demonstrieren.

Wie läuft ein Hunde-Einsatz typischerweise ab? Sobald ein Verdächtiger ermittelt ist, wird eine Geruchsprobe von ihm genommen und der Hund am Tatort angesetzt. Der Hundeführer weiß, um was es geht und läuft dann mit seinem Hund zu Orten, die sich mit dem Verdächtigen in Zusammenhang bringen lassen: sein Wohn- oder Arbeitsort, das Gefängnis etc. Vor Gericht wird von allen Beteiligten dann versichert, (1) der Hundeführer hätte keine Hintergrundinformationen gehabt (stimmt nicht) und (2) der Hundeführer könne seinen Hund nicht beeinflussen oder gar führen (doch das kann er).

In einer anderen Variante riecht der Hund an einem Tatwerkzeug (interessanterweise aber erst nachdem man bereits einen Verdächtigen hat) und wiederum läuft der Hund zu den Orten, die man mit dem Verdächtigen in Bezug setzen kann. Dies passiert Wochen, Monate oder sogar Jahre nach der Tat. Noch einfacher hatte man sich es in einem Fall in Sachsen vor drei Jahren gemacht:

In Sachsen gab es über längere Zeit hinweg Angriffe auf Baumaschinen einer bestimmten Baufirma, scheinbar aus dem linksextremen Lager. Nachdem die Polizei keine Ermittlungserfolge vorweisen konnte, wurden zwei junge Männer nach einer Hausdurchsuchung und mehreren Hundeeinsätzen verhaftet. Die Hunde hatten dabei angeblich einen Geruch von den Brandsätzen in der Wohnung wiedererkannt. Die Hundearbeit war das einzige Belastungsmaterial. Beide Beschuldigte waren knapp zwei Monate in Untersuchungshaft bevor der Richter entschied, dass das nicht für eine Anklage ausreichte. Der involvierte Leipziger Verteidiger hatte auf mein frühzeitiges Hilfsangebot leider nicht reagiert.

Wieso laufen die Hunde in die gewünschte Richtung, wenn sie tatsächlich gar keine Spur mehr wahrnehmen können? Ein Hundeführer kann seinen Hund problemlos lenken, ohne dass ein Außenstehender das merkt. Das wird in der Hundecommunity von niemandem bestritten. Das funktioniert über Leinenführung und Körpersprache. Es funktioniert sogar, wenn es dem Hundeführer nicht bewusst ist (>Clever Hans Effekt<). Dass Hundeführer ihre Hunde beeinflussen, wenn Sie selbst eine Erwartungshaltung haben, wurde auch schon wissenschaftlich nachgewiesen (allerdings bei Sprengstoffspürhunden). Die Einsätze erfolgen erfahrungsgemäß nie doppelblind. Das heißt, der Hundeführer weiß, dass er eine Geruchsprobe des Verdächtigen erhält und er weiß inoffiziell oder offiziell, was sich die Ermittler wünschen. Und selbst wenn er es nicht wüsste, könnte er sich am Begleitpersonal (das zur Verkehrssicherung mitläuft) orientieren. Diese werden bewusst oder unbewusst verraten, wohin man gerne möchte.

Das war ein Überblick über das Problem. Hier noch ein paar Details:

Im Jahr 2012 hat das LG Nürnberg in einem Urteil (Az. 13 KLs 372 Js 9454/12) verschiedene Qualitäts-Standards für Mantrailing-Beweise vor Gericht vorgeschlagen: von der Polizei zertifizierte Hunde, Geruchsartikel, die vom Körper des Verdächtigen genommen wurden, Videodokumentation der Suche, zwei Hunde sollten unabhängig voneinander suchen. Eine Forderung, dass nicht nur die Geruchsprobe des Verdächtigen, sondern auch andere Geruchsproben von dem eingesetzten Hund im Blindverfahren geprüft werden müssen, war nicht Teil dieser Qualitätsstandards gewesen. Die Forderung, dass die Polizeihunde regelmäßig auf gleichalten oder älteren Fährten trainiert und geprüft worden sind, fehlt in diesen Standards ebenfalls.

Alle zuverlässigen Erfahrungen zeigen, dass es bei Spuren älter als ein paar Stunden nicht funktioniert. Vier-Wochenstudie der Polizei (2014 - 2016): keiner der 41 Hunde kam an. Hermine, lange Zeit der Vorzeigehund der sächsischen Polizei, hat bei einem inoffiziellen Test, den ich selbst organisierte zweimal versagt. Die Spuren waren 30 Minuten bzw. 24 Stunden alt. Seit 2018 biete ich demjenigen Hundeführer 1.000 Euro, der eine 24 Stunden alte Spur (1,5 km) erfolgreich ausarbeitet. Bisher hat niemand es auch nur versucht.

Ich selbst bin Umweltchemiker. Mein Spezialgebiet ist das Verhalten von Gerüchen und ähnlichen Substanzen in der Umwelt und für mich ist klar, dass solche individuellen Geruchsspuren in kürzester Zeit altern, verschwinden und überlagert werden. Näheres dazu finden Sie in meiner Veröffentlichung.

Die Polizeien in den Niederlanden und Belgien haben sich lange Zeit mit Mantrailing beschäftigt, ohne befriedigendes Ergebnis. Dort gibt es deshalb auch keine Mantrailer im Polizei-Dienst. Frau Dr. Schoon, eine weltweit führende Spürhundexpertin, die hauptsächlich für die holländische Polizei arbeitet, hatte auch die Chance, die angeblich erfolgreichen Mantrailer-Hunde des FBI und der englischen Polizei zu testen (an 24 Stunden Spuren). Mit negativem Resultat.

Bittet man die Anhänger der Hundebeweise direkt um eine Demonstration ihrer Fähigkeiten, so wird dies regelmäßig verweigert.

Die meisten Hundeführer der deutschen Polizei lehnen das Arbeiten mit Spuren älter als 36 Stunden ab. Aber es gibt in vielen Länderpolizeien auch einzelne Hundeführer, die einer anderen Philosophie folgen.

Wichtig:

(1) Die Zuordnung eines Geruchsträgers zu einer Person ist grundsätzlich auch noch nach längerer Zeit möglich; das unterscheidet sich aber aus vielen Gründen wesentlich vom Mantrailing.

(2) Auch Leichenspürhunde können ohne weiteres erfolgreich an sehr alten Spuren arbeiten. Aber auch diese Arbeit unterscheidet sich wesentlich vom Mantrailing; z.B. weil hier jede Leiche ein Erfolg ist und nicht nur die eines bestimmten Menschen. Es ist deshalb unredlich mit Verweis auf die Leichenspürhunde die Möglichkeit der Arbeit an alten Spuren im Mantrailing belegen zu wollen.

Weitere Details zu den beiden extremsten Hunde-Beweis-Anhängern in Deutschland, die regelmäßig auch als Zeugen bzw. Gutachter vor Gericht auftreten, sowie konkrete Fall-Beispiele (Juwelenraub Grünes Gewölbe, Paketbombenprozess in Heidelberg, Mordprozess in Regensburg) bleiben dem mündlichen Vortrag bzw. der daran anschließenden Diskussion vorbehalten.

Dr. Jörg Becker

WIE SUPER SIND SUPER-RECOGNIZER?

WAS IST EIN SUPER-RECOGNIZER?

Als Super-Recognizer bezeichnet man Menschen, die weit überdurchschnittlich gut Gesichter verarbeiten, sich einprägen und (wieder-)erkennen können. In der neurowissenschaftlichen Forschung sind Super-Recognizer ein verhältnismäßig neues Phänomen, das noch nicht abschließend erforscht ist.¹ Nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft ist davon auszugehen, dass das neuronale Signal von den Foto-Rezeptorzellen der Netzhaut im visuellen Kortex des Großhirns durch Merkmalsdetektoren einer Zuordnung unterzogen wird. In einem bestimmten Gehirn-Areal im Bereich des Schläfenlappens, dem sogenannten Fusiform-Face-Area, wird dann die Unterscheidung zwischen Gegenstand und Gesicht, bekanntem und unbekanntem Gesicht vorgenommen.²

Die Wissenschaft hat sich zunächst lange nicht mit Super-Recognizern, sondern dem exakt umgekehrten Phänomen der Gesichtsbblindheit, mit der sogenannten Prosopagnosie, befasst. Prosopagnostiker sind nicht oder nur ganz schlecht in der Lage, Gesichter wieder zu erkennen oder bereits bekannte Gesichter zu unterscheiden, für sie sehen »alle Gesichter gleich« aus. Im Rahmen der Forschung mit Prosopagnostikern führten Wissenschaftler eine Studie mit einer Vergleichsgruppe von Personen durch, bei denen gerade das gegenteilige Phänomen zu beobachten war: Sie verfügten über weit überdurchschnittliche Fähigkeiten bei der Gesichtserkennung. Die Geburtsstunde der Super-Recognizer wird durch den im Jahr 2009 infolge dieser

1 Überblick bei *Ramon/Bobak*, Die Gesichterprofis, Spektrum der Wissenschaft, abrufbar unter <https://www.spektrum.de/news/super-recognizer-die-gesichterprofis/1503301>.

2 *Sticher/Grasnick*, Kriminalistik 2019, 369ff. mit instruktiver Grafik.

Untersuchung veröffentlichten Aufsatz mit dem Titel: »Super-recognizers: People with extraordinary face recognition ability«³ markiert.

Super-Recognizer sollen in der Lage sein, sich innerhalb von Sekunden das Gesicht einer unbekannt Person merken zu können, oder auch eine Person sogar Jahre später wiedererkennen können, selbst wenn sich diese Person optisch verändert hat. Angeblich sind sie dazu fähig, Personen auch auf Bildern bei mit einer schlechten Bildauflösung oder bei minderer Bildqualität aufgrund der Belichtung oder Perspektive etc. zu identifizieren. Tests mit alten Fotos – ja mit sogar Kinderfotos – sollen ergeben, dass selbst zwischenzeitlich in ihrem äußeren Erscheinungsbild erheblich veränderte Personen richtig zugeordnet werden können.

Man geht davon aus, dass 1 bis 2 Prozent der Gesamtbevölkerung über diese Fähigkeit verfügen. Es handelt sich bei der Fähigkeit um eine Art Inselbegabung. Das Gedächtnis sowie die kognitive und emotionale Intelligenz von Super-Recognizern entsprechen nämlich dem Durchschnitt der Bevölkerung.

Super-Recognizer sind ein bislang juristisch wenig beleuchtetes Phänomen: Es gibt nur wenige Beiträge hierzu in Fachzeitschriften, keine obergerichtliche Rechtsprechung zur Verwertbarkeit der Angaben von Super-Recognizern, erst recht keine gesetzliche Regelung, keine Leitlinien oder Vorgaben in den RiStBV. Die Ausführungen in diesen Beitrag sind daher lediglich eine Bestandsaufnahme des gegenwärtigen Bildes und als persönlicher Erfahrungsbericht zu verstehen.

DIE POLIZEI REKRUTIERT SUPER-RECOGNIZER

Die Befassung der Strafverteidigung mit dem Phänomen der »Super-Recognizer« wird (leider) zwingend an Bedeutung gewinnen, da die Polizei die Super-Recognizer für ihre Arbeit entdeckt hat. Nachdem die englische Polizei bereits seit dem Jahr 2011 auf den Einsatz von Super-Recognizern vor allem bei der Videoauswertung setzt,⁴ ist dieser Trend zwischenzeitlich längst in Deutschland ange-

3 *Russell/Duchaine/Nakayama*, *Psychonomic Bulletin & Review* 2009, 16 (2), 252-257.

4 *Valentine/Davis*, *Forensic Facial Identification, Theory and Practice of Identification from Eyewitnesses, Composites and CCTV*, 2015. Davis ist auch maßgeblich an der Greenwich-Testung beteiligt.

kommen. Nach ersten serienmäßigen Testungen von Polizeibeamten im Jahr 2018 in München sucht die Polizei zwischenzeitlich in nahezu allen Bundesländern systematisch in ihren Reihen nach Super-Recognizern. In Baden-Württemberg wurde zum Beispiel im Jahr 2021 und 2022 an allen Polizeipräsidiën eine Testung sämtlicher »Bestandsbeamten« durchgeführt, wenn auch auf freiwilliger Basis. An der baden-württembergischen Polizeihochschule in Villingen-Schwenningen werden seither sämtliche Absolventen obligatorisch getestet. Die Testergebnisse werden in die Personalakte übernommen – einmal Super-Recognizer, immer Super-Recognizer.



Interessant ist, auf welche Weise die Polizei die Testung vornimmt. Ganz überwiegend wird hierzu ein Test von der University of Greenwich herangezogen, der auch im Internet frei verfügbar⁵ und für jedermann abrufbar ist. Der Test läuft wie folgt ab: Zunächst wird das einzelne Bild einer Person für die Dauer von acht Sekunden eingeblendet. Sodann wird eine Auswahl von acht Personen gezeigt, das zuvor eingeblendete Bild ist nun nicht mehr zu sehen. Der Testteilnehmer muss sich jetzt entscheiden, welche der acht Personen mit der zuvor kurz von ihm betrachteten Person identisch ist. Insgesamt gibt es 14 Aufgaben, wer zwölf Aufgaben richtig löst, ist möglicherweise ein Super-Recognizer.

5 https://greenwichuniversity.eu.qualtrics.com/jfe/form/SV_0wkAa97GeC3ABUO.

Eine Durchführung dieses Tests mit dem Auditorium des Panels live auf dem Strafverteidigertag ergab anhand der nachfolgenden Akklamation überschlägig, dass nicht ein bis zwei Prozent, sondern eher 20 bis 30 Prozent der Teilnehmer über die angeblich übersinnlichen Fähigkeiten verfügten. Das mag daran liegen, dass der Test nicht allzu schwer ist: wenn nur eine von acht Personen beispielsweise einen Leberfleck auf der Wange oder ausgeprägte Geheimratsecken hat, fällt die Wahl für den konzentrierten Beobachter recht leicht. Der Fairness halber ist freilich zuzugeben, dass der Internetttest nur die erste Stufe eines mehrstufigen Prüfungsprozesses darstellt, den Polizeibeamte durchlaufen müssen, um sich als Super-Recognizer zu qualifizieren. Sie erhalten dann eine schöne Urkunde, die das Selbstbewusstsein und den Verfolgungseifer steigert.

Ein alternatives Modell zur Gewinnung von Super-Recognizern wird zwischenzeitlich in Berlin praktiziert und basiert auf einem wissenschaftlich validierten Verfahren von Frau Professor Dr. Ramon, die in der Schweiz ein mit 1,5 Millionen SFr. gefördertes Projekt zur Erforschung der »Mechanisms of superior face recognition« durchführt. Das Berliner Modell »BeSure«⁶ arbeitet im Vergleich zur Universität Greenwich mit authentischem Bildmaterial aus Berliner polizeilichen Ermittlungen, um der polizeilichen Realität und deren Anforderungen besser zu entsprechen.

Dennoch sind Super-Recognizer weit davon entfernt, ein valides Beweismittel im Strafprozess⁷ darzustellen. Subjektive Wahrnehmung ist objektiver Überprüfbarkeit naturgemäß weitgehend entzogen. Der Polizeibeamte Michael Aschenbrenner, der aufgrund verschiedener Interviews eine gewisse mediale Bekanntheit erlangt hat, formulierte: »Wir sehen, was wir sehen und sind nicht an irgendwelche Voraussetzungen geknüpft.«

6 *Ramon/Rjosk*, beSure - Berlin Test for Super-Recognizer Identification, 2023.

7 *Artkämper/Weise*, StV 2023, 340, 347.

EINSATZ POLIZEILICHER SUPER-RECOGNIZER BEI VERANSTALTUNGEN

Die Polizei hofft durch den Einsatz von Super-Recognizern auf neue Fahndungserfolge. So sollen Beamte etwa beim Surfen im dienstlichen Intranet ihnen früher aus anderen Fällen bekannte Personen wiedererkennen und so als Täter identifizieren. Super-Recognizer werden zwischenzeitlich aber auch bei verschiedensten Großveranstaltungen, in Fußballstadien, Konzerten, auf Messen, Demonstrationen, Weihnachtsmärkten und Volksfesten eingesetzt. Hier werden die Polizeibeamten für ihren Einsatz etwa mit einer Lichtbilderkartei von Personen mit Stadionverbot, einer Auswahl wegen Taschendiebstahls bekannter Personen, zur Festnahme ausgeschriebener Personen etc. vorbereitet.

Glaubt ein Beamter eine ihm bekannte Person wiedererkannt zu haben, folgt eine Personenkontrolle und ggf. die Festnahme. Immer wieder melden polizeiliche Nachrichtenportale Erfolge von Super-Recognizern auf diesem Gebiet.

SUPER-RECOGNIZER ALS SUSPEKTES BEWEISMITTEL

Eine für die Wahrheitsfindung gefährliche, von der Polizei jedoch in gleicher Weise angestrebte Einsatzart,⁸ ist die Verwendung von Super-Recognizern zum simultanen Gesichtsvergleich. Hier erhält der Super-Recognizer die Aufgabe, das Lichtbild eines Tatverdächtigen mit dem Lichtbild eines unbekanntes Täters aus einer Videoaufzeichnung abzugleichen mit dem Ziel, eine mögliche Personenidentität festzustellen und argumentativ zu belegen. Der Unterschied liegt auf der Hand: Es geht jetzt nicht mehr um das spontane Wiedererkennen einer gesuchten Person in einer Menschenmenge, sondern um die gezielte Identifikation einer Einzelperson.

8 Wjss, Kriminalistik 2022, 243ff.

Der Verfasser musste als Verteidiger vor dem Landgericht Heidelberg im Jahr 2021 im sogenannten »Paketbomber-Fall«⁹ erleben, wie Super-Recognizer durch die Ermittlungsbehörden missbraucht wurden, um einen Fall, in dem es aus Sicht der Polizei keine ausreichend belastenden Indizien für die Täterschaft gab, mit weiteren Beweismitteln anzureichern. Dies scheint leider ein Muster in der Polizeiarbeit zu sein: Der Praxisbericht eines Berliner Kollegen bestätigte, dass es sich im dortigen Fall gleichermaßen suspekt verhielt:

Aufgrund von Aufnahmen aus einer Videoüberwachung existierte Bildmaterial, das den unbekanntem Täter zeigt, der identifiziert werden sollte. Zugleich gab es aufgrund einer Indizienlage einen Tatverdächtigen. Wenn die Sachverständigen für Bildvergleiche beim LKA nun an ihre Grenzen stoßen und mitteilen, dass sie nicht in der Lage sind, eine Identifizierung vorzunehmen, da das Bildmaterial aufgrund von mangelhafter Auflösung, etwa aufgrund von Verpixelungen und Artefaktbildung, ungünstiger Aufnahmeperspektive, Bewegungsunschärfe, ungünstigem Kontrast und einer teilweisen Gesichtsverdeckung durch Maskierung nicht zum Vergleich geeignet ist, bringen die Landeskriminalämter ihre neue »Wunderwaffe« ins Spiel: den Super-Recognizer.

Im »Paketbomber-Fall« ließ das Landeskriminalamt Stuttgart gerade noch »rechtzeitig« zum Haftprüfungstermin einen dreiseitigen schriftlichen Bericht mit fünfseitiger Lichtbildmappe durch eine polizeiliche Super-Recognizerin fertigen, die das für eine Bildvergleiche an sich nicht geeignete Videomaterial des unbekanntem Täters mit Aufnahmen des Tatverdächtigen verglichen hatte. Auch wenn der Bericht die Eingangsfloskel enthielt, dass die Feststellungen der Super-Recognizerin »nur der Verdachtsschöpfung dienen, nicht der Identifizierung der Täterschaft« und dass es sich hierbei »nicht um ein Gutachten« handle, so erweckte die sodann folgende pseudowissenschaftliche Betrachtung letztendlich den Eindruck eines Quasi-Bildvergleichsgutachtens, bei dem anstelle von Feststellungen allerdings bloße Behauptungen treten. So fanden sich in den schriftlichen Ausführungen Beobachtungen zur angeblichen Körperstatur, zur Gangart, zur Nackenhaargrenze und zu einzelnen anatomischen

9 LG Heidelberg, StV 2022, 377 m. Anm. Becker.

Merkmale des Ohres des unbekanntes Täters, einschließlich der selbstbewussten Verwendung Fachkompetenz suggerierender Begriffe wie Antitragus, Helix und Concha. Alle diese Merkmale wurden mit dem Bild des Beschuldigten verglichen und Personenidentität behauptet.

In Kombination mit weiter hinzutretenden suspekten Beweismitteln, die ebenfalls einer objektiven Überprüfbarkeit entzogen sind, aber in gleicher Weise ein stimmungsvolles Bild zur Bestätigung des Tatverdachts liefern, kommt es dann dazu, dass sich um einen Beschuldigten ein verhängnisvoller Indizienring legt. Alle Indizien dieses Ringes weisen in die gleiche Richtung: nach innen, dort, in der Mitte, sitzt der Beschuldigte.

Schließt sich der Indizienring – mag er auch aus jeweils dürftigen und für sich genommen in keiner Weise ausreichenden Indizien bestehen – wird es für den Beschuldigten nahezu unmöglich, den bei Untersuchungshaft erforderlichen dringenden Tatverdacht anzugreifen; in der Hauptverhandlung droht möglicherweise ein Fehlurteil. So verhielt es sich auch im Fall des ›Paketbombers‹, bei dem das Landeskriminalamt nicht nur einen Super-Recognizer ins Rennen schickte, sondern auch eine private Mantrailer-Hunde-Suche, welche – wenngleich diese unter Verletzung jeglicher anerkannter Standards durch eine Privatperson durchgeführt wurde – selbst durch das Oberlandesgericht Karlsruhe¹⁰ im Verfahren über die weitere Haftbeschwerde als belastendes Indiz gewürdigt wurde.

Als problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung, nach der einzelnen Indizien, die isoliert für sich betrachtet, etwa aufgrund alternativer, nicht bloß theoretischer Erklärungsmöglichkeiten, nicht allein zum Beweis der Haupttatsache ausreichen, nicht jeglicher Beweiswert abgesprochen werden darf.¹¹ Nach der Rechtsprechung können diese nämlich in ihrer Gesamtheit dem Gericht die entsprechende Überzeugung von der Haupttatsache vermitteln.

10 OLG Karlsruhe, HEs 2 Ws224/21 / 2 Ws191/21, nicht veröffentlicht.

11 st. Rspr. BGH, Urt. v. 18.08.2015 – 5 StR 78/15 -, juris Rn 11f.; BGH, B. v. 03.06.2015 – 5 StR 55/15 -, juris Rn 15ff., BGH NSTZ-RR 2015, 83, 85.

VERTEIDIGUNGSMÖGLICHKEITEN GEGEN SUPER-RECOGNIZER

In der Regel wird der Super-Recognizer als Zeuge in der Hauptverhandlung vernommen. Aufgabe der Verteidigung muss es daher sein, durch Befragung zum einen dessen Qualifizierung durch bloße Internettests herauszuarbeiten und zum anderen die fehlende Objektivität des Beweismittels zu verdeutlichen. Erfolgversprechend ist regelmäßig auch eine Befragung, die herausarbeitet, dass lediglich eine 1:1-Gegenüberstellung der Aufnahme des unbekanntes Täters und der Aufnahme des Tatverdächtigen erfolgte. Dies stellt einen gravierenden Verstoß gegen die sonst anerkannten Standards für das Wiedererkennen von Tatverdächtigen nach der Rechtsprechung und nach Ziff. 18 RiStBV dar. Auf den Wortlaut dieser Vorschrift kann im Anschluss an die Vernehmung des Super-Recognizer-Zeugen in einer Erklärung nach § 257 Abs. 2 StPO wirksam hingewiesen werden.

Es bietet sich ferner an, einen Beweisantrag auf Einholung eines anthropologischen Sachverständigen-Gutachtens zu stellen. Gegebenenfalls sollte dargelegt werden, dass der Sachverständige über überlegene Forschungsmittel verfügt, um eine Ablehnung des Beweisantrags zu erschweren, insbesondere wenn bereits ein Sachverständiger für Lichtbildvergleiche im Verfahren tätig war (§ 244 Abs. 4 Satz 2 3. Alt.). Alternativ hierzu ist möglicherweise auch an eine Selbstladung des Sachverständigen zu denken, um in jedem Fall ein entsprechendes Gegengewicht zum Beweismittel des Super-Recognizer-Zeugen in der Hauptverhandlung zu präsentieren. Der Vorteil eines anthropologischen Sachverständigengutachtens liegt darin, dass Sachverständige bei Unähnlichkeiten die Identität mit dem Beschuldigten ausschließen können, wohingegen dies vom Super-Recognizer in aller Regel gerade nicht festgestellt werden wird.

Schließlich sollte man, gegebenenfalls auch durch Stellung eines geeigneten Beweisantrags, auf die hohe Fehlerquote hinzuweisen, die im Rahmen einer Untersuchung von Bobak¹² an der University of Sterling festgestellt wurde. Die Treffsicherheit in einem durchgeführten Versuch lag bei der Gruppe von Super-Recognizern bei ledig-

¹² Bobak/Hancock/Bate, *Applied Cognitive Psychology* 30: 81–91 (2016).

lich 67 Prozent, was umgekehrt einer Fehlerquote von einem Drittel entspricht. Im Übrigen war die Treffsicherheit im Vergleich zu einer Kontrollgruppe von Personen ohne Super-Recognizer-Eigenschaft lediglich um 8,4 Prozent erhöht.

FAZIT

Die Polizei hat ihre Super-Recognizer lieb gewonnen und setzt sie daher leider nicht nur zur Fahndungstätigkeit bei Großveranstaltungen wie Konzerten, Fußballspielen und Demonstrationen ein, sondern auch als suspektes Beweismittel, wenn bei Verfahren mit erheblichem Ermittlungsdruck ein Indizienring geschlossen werden muss.

Es ist Aufgabe der Verteidigung, diesem Treiben durch Hinweis auf die fehlende Validität dieses Pseudo-Beweismittels durch die (methoden-)kritische Befragung des Super-Recognizer-Zeugen, mit Gegenbeweisanträgen und unmissverständlichen Erklärungen vehement entgegenzuwirken.

Paula Benedict

VORSTELLUNG PROJEKT UNENTGELTLICHE BERATUNG VON STRAFBEFEHLS- EMPFÄNGER:INNEN

Das Projekt Unentgeltliche Beratung von Strafbefehlsempfänger:innen wurde 2019 in Kooperation mit der *Berliner Strafrechtsvereinigung* und der *Law Clinic Praxis der Strafrechtsberatung* gegründet. Der Zweck des Projekts ist es, pro bono Beratung für Menschen anzubieten, für die entgeltliche Beratung schwer erreichbar ist. Gemeint ist der niedrighschwellige Kriminalitätsbereich, in welchem es keinen Anspruch auf Pflichtverteidigung gibt und die Menschen aufgrund verschiedener Faktoren (Sprache, Bildung, Einkommen oder Ähnliches) damit überfordert sind, den Einspruch selbst einzureichen oder eine Anwält:in zu mandatieren.

Gleichzeitig soll Studierenden Sensibilität für etwaige Ungerechtigkeiten der Strafjustiz vermittelt und Praxisbezüge in einem Bereich hergestellt werden, der kaum gelehrt wird und prozessrechtlich nicht übermäßig komplex ist.

Grundsätzlich ergeben sich durch solche praxisorientierten Module, auch ›Clinical Legal Education‹ genannt, viele Vorteile für die Ausbildung. Die Studierenden erhalten nicht bloß einen Einblick in die Praxis, den sie sonst erst viele Jahre später erhalten hätten, sondern erlernen überdies auch wichtige Soft Skills (Kommunikation mit Mandant:innen, Rhetorik, Problembewusstsein, Gesprächsführung etc.). Diese Lehrform kommt aus den USA und ist dort deutlich ausgeprägter. So ist dort die Teilnahme an Modulen wie bspw.

›Moot Courts‹, ›Externships‹ oder ›Law Clinics‹ verpflichtend für den Abschluss. Die ›Law Clinics‹ sind dort wie Kanzleien organisiert, wodurch die Studierenden in Absprache mit den Gerichten Mandant:innen unter Anleitung von Praktiker:innen und Lehrpersonen (meist in Personalunion) vor Gericht vertreten dürfen.

Zudem ist nach der ›experiential learning theory‹, auf der diese Form der juristischen Ausbildung beruht, auch das Erlernen der Hard Skills, sprich der dogmatisch-theoretischen juristischen Fähigkeiten, nachhaltiger und einfacher.¹

Seit April 2019 bieten wir als Projekt zweimal pro Woche unentgeltliche Rechtsberatung für Strafbefehlsempfänger:innen an. Während der Pandemie gab es ein rein telefonisches Angebot, davor und jetzt auch wieder seit einiger Zeit findet die Beratung in Präsenz in den Räumen in Kreuzberg statt.

Anwesend sind zu den Sprechstunden jeweils zwei Studierende und ein Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin. Die Studierenden nehmen die Ratsuchenden in Empfang, nehmen die Daten auf und führen Protokoll. Für die Protokolle, aber auch die Einspruchsformulare gibt es Vordrucke vor Ort. Die Protokolle erhalten wir im Anschluss zu Zwecken der Auswertung.

Die Rechtsanwält:innen führen die tatsächliche rechtliche Beratung durch, hierbei soll allerdings immer mindestens ein:e Studierende:r anwesend sein, um dem Ausbildungsaspekt gerecht zu werden. Denn die unentgeltliche Beratung durch Studierende ist nur bei Anleitung einer zum Richteramt befähigten Person zulässig (§ 6 Abs. 2 RDG).

Die beratenden Studierenden müssen entweder an der ›Law Clinic Praxis der Strafverteidigung‹ oder einem Vorbereitungskurs, den wir seit dem Sommersemester 2023 an der Freien Universität Berlin anbieten, teilgenommen haben. Dafür können wir ihnen mittlerweile Leistungspunkte dafür anbieten, dass sie durch die Teilnahme am Projekt sog. Schlüsselqualifikationen erworben haben. Voraussetzung dafür ist der Besuch der vorbereitenden Veranstaltungen und einer gewissen Anzahl von Beratungen pro Semester. Die Veranstaltungen

1 Mehr zu diesem Thema: *Benedict*, ZDRW 1/2023, S. 26 ff.

werden von Professor Carsten Momsen und seinem Lehrstuhl zur rechtswissenschaftlichen, theoretischen Seite des Strafbefehlsrechts angeboten. Darüber hinaus konnten wir Rechtsanwältin Cäcilia Renert zur Einführung in Strafbefehlsverfahren und Vorstellung des Projekts sowie Rechtsanwalt Hannes Honecker gewinnen, der mit den Teilnehmenden den Ablauf einer Beratungsstunde durchgehen und vorbereiten wird. Hierdurch erhoffen wir uns eine bessere Vorbereitung und ein besseres Verständnis der Studierenden sowie auch eine höhere Verbindlichkeit und ein größeres Interesse unter der Studierendenschaft.

Ganz grundsätzlich scheinen wir die Menschen hauptsächlich über die freien Träger oder sozialen Dienste zu erreichen, mit denen wir auch zu Anfang und jetzt erneut in Gesprächen zur Kooperation waren und ihnen Flyer unseres Projekts gegeben haben.

Trotzdem kommen auch sehr oft Menschen, die gar keinen Strafbefehl erhalten haben, sondern ein anderes Problem, z.B. eine Ladung als Beschuldigter oder Vollstreckungsbescheide.

Durch die Pandemie sind die Kontakte zu den sozialen Diensten aber auch zu Gerichten und Staatsanwaltschaften bezüglich des Mitsendens unseres Flyers mit dem Strafbefehl selbst etwas versandet und das Bekanntwerden und der Ausbau unseres Projektes gehemmt worden. Lange gab es nur telefonische Beratung, was voraussetzt, dass die Menschen unsere Website finden und verstehen, da diese ist derzeit nur auf Deutsch existiert. Zudem gab es dadurch keine Laufkundschaft mehr. Die telefonische Beratung wurde auch sehr selten nur genutzt.

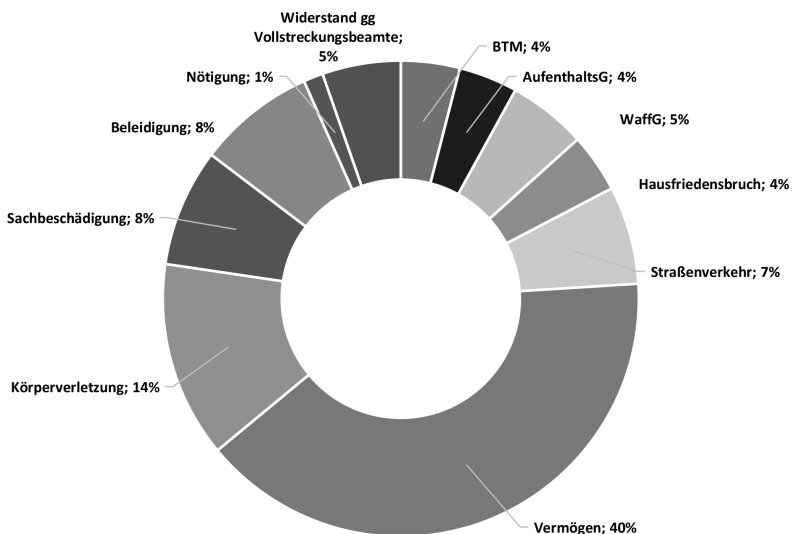
Mittlerweile läuft das Projekt wieder an, wir sind wieder in Gesprächen mit den Diensten und Gerichten und machen Werbung auf allen Ebenen. Insbesondere suchen wir Rechtsanwält:innen, die Zeit und Lust haben, sich in der Beratung zu engagieren.

Bei der Auswertung der bisher vorliegenden Protokolle hat sich Folgendes ergeben:

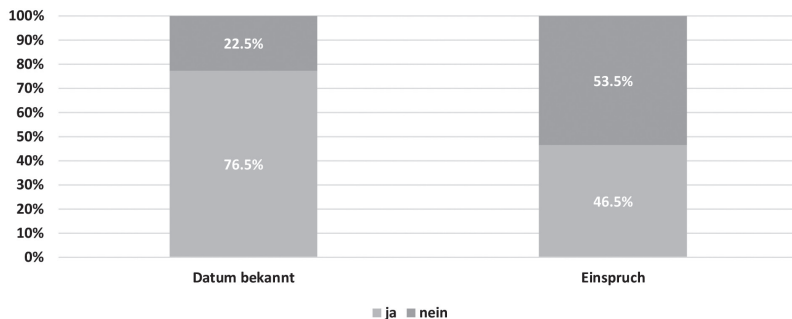
Insgesamt haben wir 144 auswertbare, mithin ausreichend vollständige Protokolle zu Beratungen zum Strafbefehl. Es gab zusätzlich ungefähr genauso viele Beratungen zu anderweitigen Problemen.

Hauptschwierigkeiten für Studierende bei der Protokollführung sind dabei häufig unvollständige oder fehlerhafte Sachverhaltsschilderungen der Ratsuchenden und daher die Einordnung oder rechtliche Bewertung. Das liegt unter anderem daran, dass es in der Gesellschaft und unter den Ratsuchenden wenig Kenntnis über diese Art des Strafverfahrens gibt und sehr häufig sprachliche Probleme bestehen. Zudem wurden durch telefonische Beratungen zu Pandemiezeiten Protokolle selten richtig ausgefüllt, da Studierende oft nur den Kontakt zu den beratenden Rechtsanwält:innen hergestellt haben und nicht bei der Beratung selbst dabei waren.

Die Deliktsarten, wegen welcher die Ratsuchenden den Strafbefehl erhalten haben, variieren stark. Auffällig sind insbesondere 40 Prozent Vermögensdelikte sowie 13 Prozent Körperverletzungsdelikte, ansonsten: Aufenthaltsdelikte, Betäubungsmitteldelikte, Verstöße gegen das Waffengesetz, Sachbeschädigung und Beleidigung. Wenig vertreten im Vergleich zur generellen Verteilung im Bereich der Strafbefehle waren Straßenverkehrsdelikte.

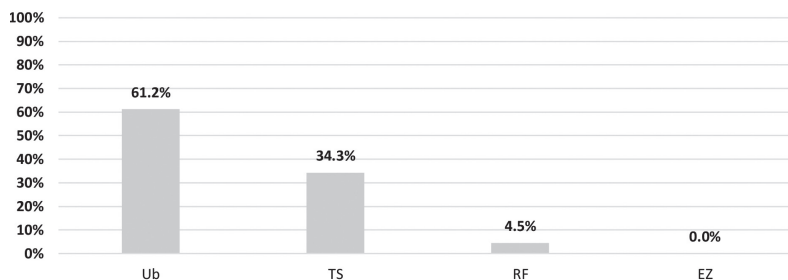


76,5 Prozent der Ratsuchenden hatten ihren Umschlag dabei bzw. wussten um das Zustellungsdatum.



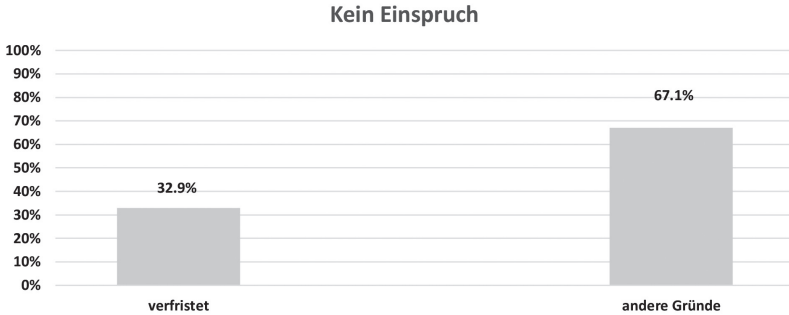
46 Prozent, das heißt rd. 70 Ratsuchenden konnten wir mit einem Einspruch helfen. Davon waren 61 Prozent unbeschränkt, 34 Prozent auf die Tagessatzhöhe und 4,5 Prozent auf den Rechtsfolgenanspruch beschränkt. Bei den unbeschränkten Einsprüchen war jedoch häufig der Tagessatz zusätzlich falsch berechnet.

eingelegte Einsprüche nach Art

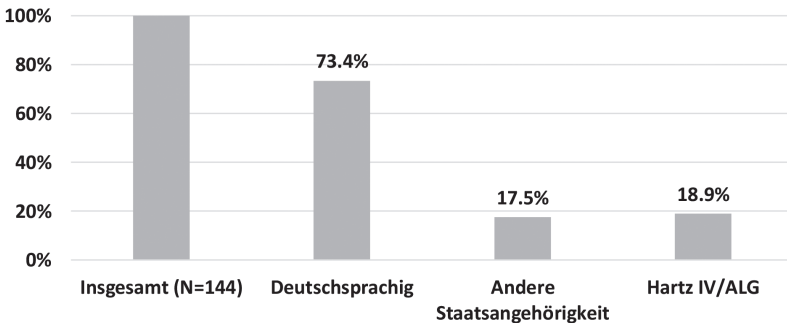


Bei 53 Prozent war ein Einspruch nicht möglich, entweder weil dieser verfristet war (33 Prozent aller Fälle in denen ein Einspruch nicht eingelegt wurde) oder andere Gründe dagegen sprachen. Hauptsächlich lagen diese in der Annahme der Strafe als gerecht, teilweise war der Einspruch allerdings auch schon selbst eingelegt und lediglich eine zusätzliche Beratung gewünscht. Teilweise wollten die Ratsuchenden sich vor Einspruchseinlegung mit Bewährungshelfer:innen oder Rechtsanwält:innen in anderen Verfahren absprechen. In einem

Fall wurde keine Hauptverhandlung gewünscht, weil kein Wiedersehen mit dem Opfer gewollt war und aus diesem Grund das Urteil so akzeptiert.

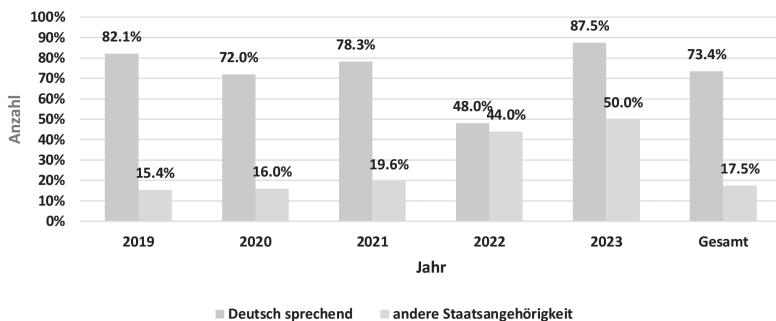


73,4 Prozent der Ratsuchenden sprachen für die Beratung ausreichend Deutsch, das sind in der Gesamtbevölkerung nach Schätzungen eher 95 Prozent. 17,5 Prozent hatten eine anderweitige Staatsangehörigkeit, während in der Gesamtbevölkerung 2021 nur 13,1 Prozent nicht die deutsche Staatsangehörigkeit hatten. 19 Prozent bezogen ALG oder Hartz IV, 2021 traf dies in der Gesamtbevölkerung nur auf 8 Prozent zu.



Im Allgemeinen gab es über die Jahre wenig Schwankungen in Bezug auf die Daten, auffällig ist lediglich, dass es bei den Deutschsprachigen 2022 einen Einbruch gab, nur 48 Prozent der Ratsuchenden verfügten über ausreichende Deutschkenntnisse, während es in den Jahren davor/danach immer zwischen 72 und 87,5 Prozent waren.

Die Ratsuchenden mit anderweitiger Staatsangehörigkeit sind prozentual in den letzten beiden Jahren stetig mehr geworden, 2022 und 2023 waren es 45-50 Prozent der Ratsuchenden, während die Zahl 2019-2021 immer zwischen 15 und 20 Prozent lag.



Diese Zahlen sind nicht repräsentativ für das Strafbefehlsverfahren, weil nur die, die zu uns kommen bzw. die das Projekt erreicht, erfasst sind und zudem die Daten nicht sicher genug abgefragt wurden. Daher können wir bisher keine tatsächlichen Aussagen über Betroffene von Strafbefehlen treffen, aber immerhin erreicht das Projekt mehrheitlich solche Menschen, die keinen oder schwereren Zugang zu entgeltlicher Beratung haben dürften.

Der Fragebogen wird angepasst werden, z.B. dahingehend dass eine konkretere Abfrage von Namen, Staatsangehörigkeit, Alter, Geschlecht, woher Ratsuchende von uns wissen, welches Delikt, ob wohnungslos oder Beziehung von staatlichen Leistungen wie Hartz IV/ALG bzw. Bürgergeld, Akademikerhintergrund möglich wird. Hierbei soll mit Kriminolog:innen und Soziolog:innen zusammengearbeitet werden. Zudem sollen die Studierenden in unseren neuen Formaten besser vorbereitet werden auf die Beratung und insbesondere die Datenerhebung.

In den kommenden Jahren kann das Projekt so wahrscheinlich verlässlichere bzw. umfangreichere Zahlen vorstellen, jedoch wird bereits deutlich, dass wir in der Tendenz unseren angedachten Zweck verfolgen.

Dr. Tobias Lubitz

PLÄDOYER FÜR EINE FAIRE BEWEISAUFNAHME NACH EINSPRUCH GEGEN DEN STRAFBEFEHL *

Abstract

§ 411 Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 420 StPO lässt für die Hauptverhandlung nach zulässigem Einspruch gegen den Strafbefehl die Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Beweisantragsrechts zu. Eine Entlastung der Justiz wird nicht erreicht. Die Anwendung von § 420 StPO im Strafbefehlsverfahren ist systemwidrig, erhöht die Wahrscheinlichkeit von Fehlerurteilen und bedroht besonders die Rechte Schwächerer. § 411 Abs. 2 S. 2 StPO sollte ersatzlos gestrichen werden.

Der Strafbefehl ist ein wundervolles Instrument. Das Verfahren kann vom Schreibtisch aus erledigt werden. Justizamtierende und Anwält:innen müssen sich nicht analog in verstaubte Gerichtssäle quälen. Beschuldigter bleibt die Demütigung der öffentlichen Hauptverhandlung erspart. Wird allerdings Einspruch eingelegt, muss sich die Justiz doch noch mit der Sache befassen. Welche Verfahrenskultur erwartet nun Menschen, die das Geschenk der schriftlichen Verurteilung zurückweisen?

* Das vorliegende Referat wurde bereits abgedruckt in NK - Neue Kriminalpolitik. Die nochmalige Veröffentlichung erfolgt mit Zustimmung von Redaktion und Verlag.

A.

REGELN FÜR DIE HAUPTVERHANDLUNG NACH EINSPRUCH

Nach dem summarischen Verfahren, das zum Strafbefehl geführt hat, gelten für die Hauptverhandlung nach zulässigem Einspruch folgende Besonderheiten:

- Das sonst übliche Verbot der Verschlechterung (vgl. §§ 331, 358 Abs. 2 StPO) besteht nicht.¹ Es droht die Möglichkeit einer härteren Sanktion.
- Das Unmittelbarkeitsprinzip ist eingeschränkt (§ 411 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 420 Abs. 1-3 StPO).²
- Das Beweisantragsrecht ist außer Kraft gesetzt. Beweisanträge verkümmern zu bloßen Beweisanregungen (§ 411 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 420 Abs. 4 StPO).³

Die letzten beiden Regelungen verstecken sich in § 411 Abs. 2 S. 2 StPO, welcher besagt: § 420 ist anzuwenden. § 420 StPO ist die Beweisaufnahmevorschrift des – seltenen⁴ – beschleunigten Verfahrens. Was erlaubt § 420 StPO?

Grundsätzlich bringt die StPO dem Beweis mittels Niederschriften über frühere Zeugenvernehmungen besondere Skepsis entgegen.⁵ Nach dem Grundsatz der persönlichen Vernehmung (§ 250 StPO) gilt:

»Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer Erklärung ersetzt werden.«

Diese grundlegende Vorschrift dient der Fehlervermeidung, Ma-

1 So die Rechtsprechung und überwiegende Ansicht der Literatur; letztere teilweise differenzierend, wenn in der Hauptverhandlung kein schwerer wiegender Sachverhalt festgestellt wird oder, wenn Einspruch durch gesetzlichen Vertreter eingelegt wurde. S. zu allem Meyer-Goßner/Schmitt, § 411 StPO Rn. 11 sowie Degener in SK-StPO, § 411 Rn. 26 ff.

2 Gaede in: L-R, § 411 Rn. 22; Degener in: SK-StPO, § 411 Rn. 15.

3 So die Konsequenz aus der h.M. dass die Ablehnungsgründe aus § 244 Abs. 3-5 nicht gelten und für die Ablehnung ein kurzer Beschluss genüge, der sich darauf beschränken könne, »dass die Beweiserhebung zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich sei,« s. Graf in: KK, § 420 Rn. 8 m.w.Nw.

4 S. Lubitz 2010, 225 f.; Gaede in: SK-StPO Vor § 417 Rn. 12.

5 Beulke/Swoboda, § 21 Rn. 631.

nipulationsverhinderung und ermöglicht das zentrale Verteidigungsrecht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen.

§ 420 Abs. 1 StPO lässt gerade das Gegenteil zu:

»Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten darf durch Verlesung von Protokollen über eine frühere Vernehmung sowie von Urkunden, die eine von ihnen erstellte Äußerung enthalten, ersetzt werden.«⁶

Die Norm geht dabei über § 251 StPO hinaus, da sie auch beim unverteidigten zustimmenden Angeklagten die Verlesung zulässt.

Noch einschneidender erscheint § 420 Abs. 4 StPO: Beweisanträge dürfen zwar noch gestellt werden, können aber in der Hauptverhandlung über § 420 Abs. 4 StPO pauschal zurückgewiesen werden.⁷ Die Ablehnungsmöglichkeiten der § 244 Abs. 3 bis 5, 245 StPO gelten gerade nicht.⁸ Zumindest faktisch ist Beweisantizipation zulässig. Beweisanträge verkümmern zu bloßen Beweisanregungen.⁹ Das zentrale Mittel der Verteidigung, um auf die Wahrheitsfindung Einfluss zu nehmen und der bisherigen Tathypothese entgegenzuwirken,¹⁰ besteht hier also nicht.

In alldem liegt die Hoffnung des Gesetzgebers aus den 90er Jahren¹¹ die Justiz zu entlasten.¹² Für Bagatellen soll ein schnelles, schlankes Verfahren gelten¹³. Dabei hat sich der Gesetzgeber entschieden, § 420 StPO nicht nur im beschleunigten Verfahren einzuführen – sondern auch für das viel häufigere Strafbefehlsverfahren gelten zu lassen.¹⁴

6 Gemäß § 420 Abs. 3 bedarf dies der Zustimmung des Angeklagten, des Verteidigers und der Staatsanwaltschaft, soweit sie in der Hauptverhandlung anwesend sind. S. hierzu aber auch unten C. V.

7 So schon unmissverständlich BT-Drs. 12/6853, S. 36: Ablehnung durch Richter möglich, wenn dieser den Sachverhalt für genügend geklärt hält.

8 Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 420 Rn. 10.

9 »Abschaffung des Beweisantragsrechts«, *Bandisch*, StV 1994, S. 157; *Hamm*, StV 1994, S. 458; s. *Lubitz* 2010, 193 m.w.Nw.

10 Vgl. *Beulke/Swoboda*, § 22 Rn. 675; *Krause* in: Müller/Schlothauer/Knauer, § 7 Rn. 145.

11 Verbrechenbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994, BGBl I 3186 ff.

12 BT-Drs. 12/6853, S. 34 f.

13 S. *Lubitz* 2010, S. 16 m.Nw.

14 Verbrechenbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994, BGBl I 3186, 3191.

B.

EMPIRISCHE ERKENNTNISSE ZUR ANWENDUNG DER BEWEISREGELN DES § 420 StPO

Die Hoffnungen des Gesetzgebers auf Entlastung und Beschleunigung durch § 420 StPO haben sich nicht erfüllt. § 420 StPO findet jedenfalls in der Praxis des beschleunigten Verfahrens keine oder kaum Anwendung.¹⁵

Wenn allerdings die einschneidenden Regelungen des § 420 StPO doch einmal angewandt wurden, dann auf besonders problematische Weise – nämlich gerade und ausschließlich bei unverteidigten Beschuldigten; also bei Menschen, die ohne Akteneinsichtsrecht zu einem ihnen in der Bedeutung unverständlichen Verlesungsverfahren hinsichtlich ihnen unbekannter Zeugenaussagen zuzustimmen hatten.¹⁶

Empirische Studien zur Anwendung der Einschränkungen des Beweisrechts durch § 420 StPO speziell im Strafbefehlsverfahren liegen nicht vor. Äußerungen befragter Kolleg:innen und Richter:innen über ihre Praxiserfahrung lassen eine ähnlich seltene und ähnlich problematische Anwendung wie unmittelbar im Rahmen der §§ 417 ff. StPO vermuten.

¹⁵ Eine Studie, welche u.a. die Anwendung des § 420 StPO zehn Jahre nach Einführung untersuchte, ergab keinen einzigen Anwendungsfall bei 147 untersuchten Verfahren im LG Bezirk Potsdam (0 % der untersuchten Fälle) und 5 Anwendungsfälle bei 91 untersuchten Verfahren in Berlin (5,5 % der untersuchten Fälle), vgl. *Lubitz* 2010, 195. Ob die Gerichte § 420 StPO kaum anwenden, weil sie § 420 StPO für rechtsstaatlich problematisch halten oder weil sie die Norm schlicht nicht benötigen, ist unklar. Die Hoffnungen, die der Gesetzgeber insgesamt mit der Neuregelung des beschleunigten Verfahrens hatte, dürften als gescheitert angesehen werden. Die statistischen Zahlen der Anwendung des in den 90er Jahren reformierten beschleunigten Verfahrens stagnierten oder gingen gar zurück, s. *Lubitz* 2010, 225 f.

¹⁶ *Lubitz* 2010, 225.

C.

BEURTEILUNG DER ANWENDUNG DER REGELUNGEN DES § 420 STPO IM STRAFBEFEHLSVERFAHREN

I. § 420 StPO IM STRAFBEFEHLSVERFAHREN SYSTEMWIDRIG

§ 420 StPO wurde für das beschleunigte Verfahren geschaffen, welches gem. § 417 StPO einfache Sachverhalte und/oder¹⁷ eine klare Beweislage zur Voraussetzung hat. Diese Voraussetzungen, welche ein eingeschränktes Beweisaufnahmeprogramm zumindest grundsätzlich rechtfertigen könnten, sind keine Voraussetzung des Strafbefehls.¹⁸ Weder verlangt das Gesetz einfache Sachverhalte und/oder klare Beweislagen, noch beschränkt sich die Praxis faktisch auf derartige Sachverhalte in Strafbefehlen. Längst ist das Strafbefehlsverfahren zum Normalverfahren geworden. Nicht nur die Mehrzahl der rechtskräftigen Entscheidungen fußt auf dem Strafbefehlsverfahren. Es werden diverse Delikt- und Sachverhaltskonstellationen in Strafbefehle gegossen, so dass auch eine nachfolgende Hauptverhandlung Konstellationen aller Art betrifft. Bei Delikten wie Betrug, Körperverletzung, Bedrohung oder Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte ist die Beweislage und die persönliche Vernehmung von Zeugen regelmäßig bedeutsam und eine Ersetzung durch Verlesung sowie eine Nichtgeltung des Beweisantragsrechts verfehlt.

II. ERHÖHTES RISIKO VON FEHLURTEILEN

Der Erlass eines Strafbefehls beruht auf einer summarischen Prüfung.¹⁹ Rechtliches Gehör ist bislang nicht zwingend vorgeschrieben. Erkenntnisse aus der kriminologischen Forschung legen keine besondere Prüfungstiefe unterzeichnender Richter:innen nahe.²⁰ Hierauf folgen in der Hauptverhandlung die Drohung mit einer Ver-

17 Nach zutreffender und h.M. müssen beide Voraussetzungen zusammen, nicht alternativ vorliegen, um eine Eignung für das Beschleunigte Verfahren anzunehmen, s. OLG Stuttgart StV 1998, 585, 586; Meyer-Goßner/*Schmitt*, 65. Aufl. 2022, StPO § 417 Rn. 16 m.w.Nw.

18 *Gaede* in: L-R, § 411 Rn. 22.

19 Summarische Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts durch Gericht ausreichend, s. Staudinger, JA 2021, 159; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO Vor § 407 Rn. 1 mwN und § 408 Rn. 7.

20 *Eisenberg/Kölbel*, § 27 Rn. 56: Oftmals Beschränkung auf „Gegenzeichnung“.

schlechterung, die Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips und die Abschaffung des Beweisantragsrechts. Die Defizite bis zum Erlass des Strafbefehls werden also nicht durch eine reguläre Hauptverhandlung ausgeglichen, sondern schreiben sich fort²¹ und erhöhen damit das Risiko falscher Entscheidungen.

III. BESCHLEUNIGUNGS- UND ENTLASTUNGSPOTENTIAL LIEGT IM WEGFALL DER HAUPTVERHANDLUNG, NICHT IN § 420 StPO

Bis zu 78 Prozent der rechtskräftigen Entscheidungen beruhen auf Strafbefehlen ohne Einspruch.²² Die Justiz weist auf die Unverzichtbarkeit der Verfahrensart hin, der Entlastungseffekt ist offensichtlich. Der Entlastungseffekt fußt jedoch auf dem Wegfall der Hauptverhandlung, nicht auf Einschränkung des Beweisprogrammes in der Hauptverhandlung. Zeugenladungen, welchen ggf. im beschleunigten Verfahren aufgrund kurzer Ladungsfristen für den Angeklagten gem. § 418 Abs. 2 StPO Einwände entgegenstehen könnten, lassen sich nach Einspruch regulär verfügen, da nach Einspruch gegen den Strafbefehl normale Ladungsfristen gelten. Eine Entlastung könnte mithin allenfalls für nicht erscheinende Zeug:innen eintreten, nicht jedoch für das Gericht. Eine empirische Untersuchung für das beschleunigte Verfahren zeigt nur einen Entlastungseffekt von gerade einmal drei Minuten bei Anwendung von § 420 StPO im Vergleich mit der Hauptverhandlungsdauer ohne Anwendung der Vorschrift.²³ Schließlich dürfte eine rigide Anwendung von § 420 StPO die Zahl der Rechtsmittel erhöhen, so dass sich die minimale Beschleunigung in ihr Gegenteil verkehren würde.²⁴

21 Vgl. *Degener* in: SK-StPO, § 411 Rn. 14.

22 78 % der Verurteilungen erfolgten ohne Gerichtsverhandlung, s. <https://www.statistik-bw.de/Presse/Pressemitteilungen/2020049>; auch bundesweit bzgl. richterlicher Verurteilungen mehr Strafbefehlsanträge als Anklagen, vgl. *Eisenberg/Kölbl*, § 27 Rn. 56; s. auch Strafverfolgungsstatistik Auswertung des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen. S. 25, zu finden unter: https://www.justiz.nrw/Gerichte_Behoerden/zahlen_fakten/statistiken/strafrechtspflege/zw_strafverfolgungsstatistik/Auswertung_Strafverfolgungsstatistik_2004bis2015.pdf.

23 *Maur* weist zutreffend darauf hin, dass die Bedeutung des formellen Beweisantragsrechts im strafrichterlichen Verfahren ohnehin eher gering ist, KK-StPO, § 411 Rn. 20.

24 *Maur* in: KK-StPO, § 411 Rn. 20.

IV. RECHTSSTAATLICHER PROZESS GEFÄHRDET

Neben der grundsätzlichen Fragwürdigkeit, Beschleunigungs- und Entlastungsinteressen immer wieder über den Abbau von Rechten zu verwirklichen,²⁵ erweist sich als besonders problematisch, dass der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit eingeräumt wird, über die Wahl des Strafbefehlsverfahrens Beschuldigten das Beweisantragsrecht in der Hauptverhandlung vorzuenthalten²⁶ – falls die Richter:innen auch bereit sind, § 420 Abs. 4 StPO anzuwenden. Höchst bedenklich erscheint zudem § 420 Abs. 1 StPO angesichts des Rechts aus Art. 6 Abs. 3 d) EMRK, Fragen an Belastungszeugen zu stellen.²⁷ So ist die Ablehnung des § 420 StPO auch recht einhellig – nicht nur für das beschleunigte Verfahren,²⁸ sondern auch für die Hauptverhandlung nach Einspruch gegen den Strafbefehl.²⁹

V. RECHTE SCHWÄCHERER BESONDERS VON § 420 STPO BEDROHT

Die Verfahrenskultur im Strafbefehlsverfahren und insbesondere auch die Einschränkungen in der Hauptverhandlung treffen schwächere Beschuldigte härter (bspw. fremdsprachige oder arme Menschen sowie Menschen, die aufgrund von psychischen oder seelischen Behinderungen Probleme haben, ihre Rechte zu verstehen und wahrzunehmen).³⁰ Sie verstehen im Zweifel nicht, was es bedeutet, wenn sie der Verlesung einer Zeugenaussage zustimmen. Sie hatten unverteidigt keine Akteneinsicht und wissen nicht, was in der protokollierten Aussage steht. Sie wissen nicht, dass sie, wenn sie nicht zustimmen würden, eine Ladung erzwingen und Fragen an den Belastungszeugen stellen könnten. Ihre Rechte durchzusetzen, fällt

25 S. *Conen* Anwaltsblatt 10/2017, 972, 973.

26 Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer »BRAK-Papier zur Großen Justizreform« erarbeitet durch die Arbeitsgruppe Justizreform der Bundesrechtsanwaltskammer, Juni 2005, zu finden unter:

<https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/BRZIPR/sonst/1StellungnBRAKGrJRef.pdf>

27 S. hierzu *Paeffgen* in: SK-StPO, Vor § 417 Rn. 8.

28 »Grundsätzliche Abweichung von der liberal-rechtsstaatlichen Tradition«, *Paeffgen* in: SK-StPO, § 420 Rn. 4; »autoritärer Strafprozess«: *Wächter*, StV 1994, S. 159; s. auch Meyer-Göbner/*Schmitt*, Vor § 417 Rn. 6 f.

29 *Gaede* in: L-R, § 411 Rn. 22. Vgl. auch *Degener* in: SK-StPO, § 411 Rn. 14; *Eckstein* in: MüKoStPO, § 407 Rn. 41.

30 S. hierzu *Lubitz* 2019, 282 ff. (I. 4 und II).

ihnen strukturell schwerer. »Die Gefahr, dass der Beschuldigte mit angesichts der Rechts- und Beweislage zweifelhaften Straf-›Rabatten‹ geködert oder mit Straf-›Zuschlägen‹ pressiert wird, von den ›Erleichterungen‹ des § 420 Abs. 1 und 2 Gebrauch zu machen (§ 420 Abs. 3 StPO), liegt bei den potenziellen Kandidaten für dieses Verfahren: Minderbemittelten, Randständigen und Ausländern, besonders nahe, gerade weil sie sich eines sachgerechten Beistandes nicht bedienen (können).«³¹ Schwächeren Beschuldigten eine ›Zustimmung‹ zur Verlesung abzurufen, dürfte in der Praxis kein Problem sein. Für die Befürchtungen spricht, dass die Untersuchung von § 420 StPO in der Praxis des Beschleunigten Verfahrens dessen Anwendung ausschließlich bei unverteidigten Menschen feststellte.³² Bei Menschen, die sich Verteidigung leisten konnten, wurde von den Einschränkungen stets Abstand genommen.

D.

ZUSAMMENFASSUNG

§ 411 Abs. 2 S. 2 StPO, welcher die Anwendung von § 420 StPO zulässt, sollte ersatzlos gestrichen werden. Dass das Beweisantragsrecht im oftmals wenig formalisierten Ablauf des amtsgerichtlichen Verfahrens ohnehin nur eine geringe Rolle spiele³³ erscheint dabei nicht als Gegenargument, sondern als Bekräftigung: Wofür ein rechtsstaatlich kaum vertretbares Werkzeug auf dem Richtertisch liegen lassen, das gar nicht benötigt wird? Besonders zweifelhaft erscheint die Anwendung bei unverteidigten Menschen. Die Norm in der StPO zu belassen und den rechtsstaatlichen Risiken durch eine besonders sorgfältige Anwendung der Regelungen entgegen zu wirken, ist nicht ausreichend. Dieses ›Prinzip Hoffnung‹ auf erfahrene Amtsrichter:innen mit hohen ethischen Standards scheitert an Berufsanfänger:innen, an überlasteten Amtsrichter:innen sowie an solchen, die eben nicht über die erhofften ethischen Standards verfügen.³⁴ Solange die Norm im Gesetz steht, liegt nahe, dass sie unter hohem Arbeitsdruck eben doch

³¹ *Paeffgen* in: SK-StPO, Vor § 417 Rn. 8.

³² S. *Lubitz* 2010, 225.

³³ S. *Maur* in: KK-StPO, § 411 Rn. 20.

³⁴ *Paeffgen* in: SK-StPO, § 420 Rn. 4, Vor § 417 Rn. 9.

zur Anwendung kommt, wo wenig Gegenwehr ist. § 411 Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 420 StPO ist für eine Justizentlastung nicht notwendig und passt nicht in das Strafbefehlsverfahren, da die Voraussetzungen des § 417 StPO (einfacher Sachverhalt und/oder klare Beweislage) keine Voraussetzungen für den Erlass eines Strafbefehls sind. Bei verteidigten Menschen können Verlesungen über § 251 StPO ermöglicht werden. Im Strafbefehlsverfahren auf ein summarisches Verfahren die Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips und des Beweisantragsrechts (§ 420 StPO) sowie die Drohung mit einer Verschlimmerung folgen zu lassen, ist rechtsstaatlich inakzeptabel und erhöht die Wahrscheinlichkeit von Fehlurteilen. Die Möglichkeit Beschuldigter konstruktiv Einfluss auf die Wahrheitsfindung zu nehmen, droht vereitelt zu werden. Normen wie § 411 Abs. 2 S. 2 StPO i.V.m. § 420 StPO verschärfen ein Zwei-Klassen-Strafrecht: Abgesprochene Strafbefehle für wirtschaftlich Mächtige – kurzer Prozess ohne Beschuldigtenrechte für Randständige.

LITERATUR

- Bandisch*, Günter, Zum Entwurf eines Kriminalitätsbekämpfungsgesetzes der Fraktionen des CDU/CSU und FDP vom 4.1.1994, StV 1994, S. 153 ff.
- Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht (2022), 16. Aufl.
- Conen*, Stefan, Einhegung und Abbau von Beschuldigtenrechten in der StPO-Reform, in: Anwaltsblatt 10/2017, 972
- Eisenberg/Kölbl*, Kriminologie (2017), 7. Aufl.
- Hamm*, Rainer, Was wird aus der Hauptverhandlung nach Inkrafttreten des Verbrechensbekämpfungsgesetzes?, StV 1994, S. 456 ff.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (2023), 9. Aufl.
- Löwe/Rosenberg (2022) Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Band 9/3, 27. Aufl.
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/1 §§ 333-499 StPO (2019), 1. Aufl.
- Lubitz* (2010), Das beschleunigte Verfahren der StPO und seine rechtstatsächliche Durchführung in Berlin und Brandenburg, 1. Aufl.
- Lubitz* (2019), Die Marginalisierten des Rechts - Für einen Perspektivwechsel in der strafprozessualen Gesetzgebung in: Neue Kriminalpolitik Vol. 31, No. 3 (2019), 282 ff. (I. 4 und II).
- Meyer-Goßner / Schmitt (2023), Strafprozessordnung, 66. Aufl.

MüKoStPO/Eckstein, 1. Aufl. 2019, StPO § 407 Rn. 41.

Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.) (2022), Münchener Anwalts Handbuch
Strafverteidigung, 3. Aufl.

SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Mit GVG und
EMRK (2020), Band VIII §§ 374-500, 5. Aufl.

Staudinger, Das (gescheiterte) Strafbefehlsverfahren, JA 2021, 159 ff.

Wächtler, Hartmut, Der autoritäre Strafprozeß – das beschleunigte Verfahren neuer Art im Entwurf eines sogenannten Kriminialitätsbekämpfungsgesetzes von CDU/CSU und FDP, StV 1994, S. 159 ff.

Patrick Welke

INTERNATIONALE ERFAHRUNGEN MIT DER LEGALISIERUNG

NIEDERLANDE

Die Niederlande sind wahrscheinlich das Land, an das man zuerst bei einer Legalisierung von Cannabis denkt. Das besondere Modell in den Niederlanden ist das Prinzip der Coffeeshops, welche über das ganze Land weite Verbreitung gefunden haben. Hintergrund dieses Modells war eine Gesetzesänderung im Jahr 1976, der sogenannte ›Opium Act«. In diesem Gesetz unterschied man zwischen harten und weichen Drogen (Cannabis) mit dem Ziel, eine Trennung der Märkte von harten und weichen Drogen zu erreichen. Seitdem werden der Anbau von fünf Cannabispflanzen und der Besitz von fünf Gramm Marihuana (bis 1995: 30 Gramm) über das Opportunitätsprinzip geduldet. Es erfolgt bei diesen Mengen keine Strafverfolgung mehr. Dennoch werden die bei Kontrollen aufgefundenen Mengen an Betäubungsmittel jeweils beschlagnahmt und vernichtet.

In den 1970ern und 1980ern entstand so die Idee der Coffeeshops, in denen Marihuana offen verkauft wird. Mittlerweile gibt es gewisse rechtliche Vorgaben für die Coffeeshops, die sogenannten AHOJG-Kriterien.¹ Hiernach darf keine besondere Werbung für die Shops gemacht werden. In den Coffeeshops dürfen keine anderen Drogen verkauft werden. Seit 2000 ist auch der Verkauf von Alkohol dort verboten. Es darf weiterhin kein Cannabis an Minderjährige abgegeben werden (bis 1996 war ein Erwerb ab 16 Jahren möglich). Zudem ist die Verkaufsmenge pro Kunden auf fünf Gramm begrenzt.

¹ Patzak/Volkmer/Fabricius, BtMG, vor § 29, Rn. 533.

Durch den Betrieb des Coffeeshops darf außerdem keine Störung der öffentlichen Ordnung eintreten. Zuletzt ist auch der Lagerbestand eines Coffeeshops auf maximal 500 Gramm begrenzt.

Die Anzahl der Shops ist in den letzten Jahren jedoch rückläufig. Derzeit gibt es in den Niederlanden noch etwa 560 solcher Geschäfte. Durch die Coffeeshops ist ein gewisser Cannabis-Tourismus entstanden, da viele Personen aus anderen Ländern zum Erwerb von Cannabis in die Niederlande reisen. Dies wird in Teilen der Niederlande jedoch nicht gerne gesehen, weshalb es zum Teil regionale Verbote der Abgabe an Ausländer bzw. nicht den Niederlanden wohnhafte Personen gibt.

Die Situation von Cannabis in den Niederlanden ist jedoch trotz der Duldung der Coffeeshops rechtlich problematisch. Das sogenannte ›back-door‹-Problem besteht darin, dass es für die Betreiber der Coffeeshops keine legale Bezugsquelle für das zu verkaufende Marihuana gibt mit der Folge, dass Betreiber der Coffeeshops illegal auf dem Schwarzmarkt einkaufen müssen. Dies führt zwangsläufig dazu, dass der Schwarzmarkt weiter besteht. Die Niederlande versuchen dieses Problem nun durch ein Anfang 2024 beginnendes Modellprojekt zu lösen. Hierbei bekommen zehn verschiedene Hersteller eine Lizenz zum Anbau größerer Mengen von Cannabis.

PORTUGAL

In Portugal hat man einen einzigartigen Ansatz gewählt, bei dem die Hilfe für Süchtige im Vordergrund steht. Die Konsumenten werden nicht als Kriminelle betrachtet, sondern als Patienten. Mit dem Gesetz Nummer 30/2000 vom 29.11.2000 wurde der Eigenkonsum sämtlicher Betäubungsmittel, also auch harter Drogen wie beispielsweise Heroin, entkriminalisiert.² Der Besitz einer Menge zum Eigenverbrauch für einen Zeitraum von zehn Tagen, bei Cannabis auf 25 Gramm festgelegt, wird strafrechtlich nicht verfolgt. Bei einer Kontrolle werden die aufgefundenen Betäubungsmittel dennoch eingezogen. Als außerstrafrechtliche Konsequenz erfolgt eine Anhörung bei einer Kommission zur Abmahnung von Drogensucht. Diese Kom-

² European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, Drug Policy Profiles, Portugal, S. 16.

mission ist aus Ärzten, Psychologen und Sozialarbeitern zusammengesetzt. Es erfolgt ein Gespräch über die mit dem Konsum verbundenen Gefahren und es werden Hilfsangebote unterbreitet. Dabei ist es zum Beispiel von Relevanz, ob jemand als Gelegenheitskonsument oder als Abhängiger eingestuft wird. Die Kommission kann auch Aufenthaltsverbote für bestimmte Örtlichkeiten verhängen, oder die Erbringung von gemeinnütziger Arbeit oder die Zahlung von Geldbußen anordnen.

SPANIEN

Spanien ist für seine ›Cannabis Social Clubs‹ (CSCs) bekannt. Insbesondere durch die aktuellen Planungen der deutschen Bundesregierung, auch in Deutschland Anbauvereinigungen zu ermöglichen, lohnt es, die CSCs in den Blick zu nehmen.

Diese haben ihren Ursprung in Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs aus dem Jahr 1976. Demnach stellt zum einen der Anbau von Pflanzen zum Eigengebrauch keine Straftat dar. Zum anderen stellt auch der gemeinschaftliche Einkauf für den gemeinsamen Konsum kein strafbares Verhalten dar. Im Jahr 1993 entstand daraus die Idee, dass es auch nicht strafbar sein könne, wenn ein privater Personenkreis Pflanzen gemeinsam anbaut, die Ernte unter sich aufteilt und dann gemeinsam konsumiert. Die Urheber dieser Idee unterlagen jedoch zunächst der Strafverfolgung und wurden auch entsprechend verurteilt. Bei einem zweiten Versuch im Baskenland wurde das Vorgehen jedoch geduldet und es entstand die ›Doktrin des geteilten Konsums‹. Für das Konzept entstand sodann der Begriff der CSCs. Ein entsprechender Dachverband wurde im Jahr 1996 gegründet.³

Außer der Ableitung aus der genannten Rechtsprechung existiert jedoch bis heute keine wirkliche rechtliche Grundlage für den Betrieb der CSCs. Es kommt deshalb bis heute immer wieder zu einer Beschlagnahme von Ernten und auch zu Strafverfolgung von Clubbetreibern bzw. Mitgliedern. Mehrere regionale Versuche der Regelung scheiterten an der fehlenden regionalen Gesetzgebungskompetenz für

3 Zobel/Marthaler, Neue Entwicklungen in der Regulierung des Cannabismarktes, S. 23.

Vorgaben zum Anbau oder Transport von Cannabis. Ein praktisches Problem besteht nämlich vor allem in dem erforderlichen Transport vom Anbauort zum eigentlichen Clubraum, welcher weiterhin illegal ist und bei welchem es zu entsprechenden Kontrollen kommen kann.

Derzeit gibt es in Spanien etwa 500 - 600 solcher Clubs, welche jedoch regional sehr unterschiedlich verteilt sind. Alleine in Katalonien gibt es 350 der Clubs und in Barcelona etwa 75. Im Durchschnitt haben diese etwa 500 Mitglieder, wobei es auch CSCs mit über 10.000 Mitgliedern gibt. Die CSCs sind in einem nationalen Register eingetragene Vereine. Ein Grundsatz für die mögliche Legalität ist, dass nur Erwachsene aufgenommen werden dürfen, die bereits Cannabiskonsumenten sind. Dadurch soll verhindert werden das über die Clubs neue Personen an den Konsum herangeführt werden. Die Clubs selbst dürfen durch Produktion und Verteilung keinen Gewinn erzielen. Die Abgabemenge pro Person ist auf etwa zwei - drei Gramm pro Tag begrenzt und Gesamtproduktion eines CSCs muss sich an einer Hochrechnung des erwarteten Konsums der Clubmitglieder orientieren. Zudem muss sichergestellt werden, dass nur durch Clubmitglieder konsumiert wird. Dies erfolgt in aller Regel durch einen Konsum direkt vor Ort im Clubraum. Einen völlig anderen Ansatz wählt die deutsche Regierung im aktuellen Entwurf, weil hier ein Konsum in den Räumen der Anbauvereinigung sogar verboten ist.

MALTA

Aufgrund der Bedeutung der CSCs im Rahmen der ersten Säule des Entwurfs in Deutschland lohnt sich auch ein Blick nach Malta, wo es gerade relativ aktuelle Bewegungen im Hinblick auf die Cannabis Social Clubs gibt. Dort sind seit Februar 2023 Bewerbungen um Lizenzen für den Betrieb eines CSC möglich.⁴ Hierfür gibt es jedoch sehr strenge Vorgaben. So muss ein Abstand von mindestens 250 m zu Schulen und Jugendeinrichtungen eingehalten werden. Von außen darf das Gebäude nicht als Sitz eines CSC erkennbar sein. Jegliche Werbung für den Club ist verboten. Die Öffnungszeiten sind auf 9 Uhr bis 21 Uhr begrenzt. Der Anbau und die Ausgabe der Blüten an Mitglieder müssen baulich voneinander getrennt sein. Weiterhin

⁴ <https://aruc.mt/registration-for-a-licence/> - zuletzt abgerufen am 31.07.2023.

ist eine offizielle Betriebsgenehmigung für den Club erforderlich. Es wurde eine THC-Obergrenze von 18 % Wirkstoffgehalt festgelegt. Die Verarbeitungsräume müssen mit einem komplexen Luftfiltersystem ausgestattet sein. Auch der Transport der Blüten vom Anbau Ort zur Abgabestelle unterliegt strengen Vorgaben. Er muss nämlich durch ein lizenzierte Sicherheitsunternehmen durchgeführt werden. Für den Cannabis Social Club selbst ist ein Sicherheitssystem mit Kameras, Alarmanlage, Brandmeldeanlage und protokollierter Zugangserfassung vorgeschrieben. Alle nicht genutzten Pflanzenteile müssen als Sondermüll entsorgt werden. Die ersten Ansätze im Entwurf der deutschen Bundesregierung lassen befürchten, dass es zu einer ähnlich strikten Regulierung kommen wird.

USA

In den USA hat der Bundesstaat Colorado sei mit dem 1.1.2014 den legalen Verkauf von Cannabis in speziellen Fachgeschäften ermöglicht. Das Bundesjustizministerium hätte dabei intervenieren können, hat jedoch darauf verzichtet. Mittlerweile haben 21 Bundesstaaten Cannabis legalisiert. In diesen einzelnen Bundesstaaten gibt es jedoch sehr unterschiedliche Regelungen. Teilweise ist zum Beispiel auch ein Eigenanbau von Cannabis legal. Allen Staaten mit einer Legalisierung ist jedoch gemein, dass ein gewinnorientierter Ansatz vorherrscht. Der Verkauf ist generell nur ab 21 Jahren, parallel zum Alkohol in den USA, möglich. Für den Verkauf gibt es Mengenbeschränkungen, in der Regel handelt es sich dabei um eine Unze, also 28,4g. Der Entwurf in Deutschland sieht einen legalen Besitz von 25g Cannabis vor.

Der Markt ist in den USA in drei verschiedenen Sektoren unterteilt. Diese sind „Anbau und Produktion“, „Aufbereitung und Vertrieb“ sowie der „Verkauf“ der Produkte. Einzelne Unternehmen dürfen in maximal zwei der Sektoren tätig sein.⁵ Es erfolgt jeweils eine Lizenzvergabe durch Fachbehörden. Auf Bundesebene ist in den USA der Besitz von Cannabis jedoch weiterhin verboten. Dies führt dazu, dass kein Transport über Staatsgrenzen stattfinden darf. Zudem machen sich landesweit operierende Organisationen strafbar,

5 Zobel/Marthaler, Neue Entwicklungen in der Regulierung des Cannabismarktes, S. 11.

wenn sie am Cannabis Handel teilhaben. In der Praxis sind davon vor allem Banken und Finanzdienstleister betroffen. Dies hat zur Folge dass auch der Verkauf in den lizenzierten Fachgeschäften als Bargeschäft abgewickelt wird.

KANADA

In Kanada ist der Markt von Genuss Cannabis seit Oktober 2018 staatlich reguliert. Auch hier sind der Anbau, Vertrieb und Verkauf privatwirtschaftlich organisiert. Es gibt in Kanada 132 lizenzierte Marihuana-Produzenten, von welchen etwa die Hälfte börsennotiert ist. Wie in den USA steht also eine Gewinnorientierung im Vordergrund. Es gibt deshalb ein sehr großes Warenangebot und eine dynamische Preispolitik. Für die Verpackungen gibt es spezielle Vorgaben, wie Warnhinweise. Außerhalb der eigenen Wohnung ist ein Besitz von maximal 30g legal. Spannend ist dabei, dass es spezielle Regelungen für bestimmte Berufsgruppen gibt. So ist auch Angehörigen der kanadischen Streitkräfte der Cannabiskonsum erlaubt, muss jedoch 8 Stunden vor dem Dienstbeginn beendet werden. Für Angehörige des Militärs, die Fahrzeuge führen oder Waffen tragen, beträgt die Frist sogar 24 Stunden. Seit Oktober 2019 ist auch der Verkauf von cannabishaltigen Lebensmitteln möglich.

URUGUAY

Sicherlich nicht so verbreitet ist das Wissen darüber, dass Uruguay das weltweit erste Land war, was den nicht medizinischen Gebrauch von Cannabis reguliert hat. Ende des Jahres 2013 wurde ein entsprechendes Gesetz beschlossen. Seitdem darf jeder Erwachsene bis zu 40g Cannabis besitzen. Der Konsum im öffentlichen Raum ist jedoch verboten. Dieser auch als „Regulierungsmodell“ bezeichnete Ansatz hat sehr differenzierte Regelungen. So muss sich jeder Cannabiskonsumant in einem staatlichen Register eintragen lassen. Es gibt dann drei verschiedene Bezugsquellen für Cannabiskonsumanten.⁶ Zunächst ist dies der Eigenanbau von Cannabispflanzen. Hier sind pro Haushalt nicht mehr als sechs Pflanzen zugelassen, wobei die

6 Zobel/Marthaler, Neue Entwicklungen in der Regulierung des Cannabismarktes, S. 17.

Ernte maximal 480g pro Jahr betragen darf. Die zweite Möglichkeit besteht in der Mitgliedschaft in einer Vereinigung von Konsumierenden. Eine solche Vereinigung darf zwischen 15 und 45 Mitglieder haben und maximal 99 Pflanzen anbauen. Die dritte zulässige Quelle ist der Kauf in Apotheken, welcher seit 2017 möglich ist und einem den Erwerb von maximal 10g pro Woche ermöglicht. Wichtig ist dabei jedoch, dass diese drei genannten Bezugsquellen alternativ zueinander stehen. Man muss sich also für eine der drei Varianten entscheiden und ist sodann auf diese festgelegt. Die Apotheken selbst dürfen lediglich 2 kg Cannabis auf Lager haben. Beim Einkauf in Apotheken wird mit einem Fingerabdruck-Sensor überprüft, ob der Käufer auch im Register als Erwerber in Apotheken eingetragen ist. Praktisch stellt sich der Verkauf in den Apotheken jedoch noch schwierig dar. Es gibt nämlich überhaupt nur zwei Unternehmen, die Cannabis offiziell anbauen. Zunächst waren auch nur Sorten mit etwa 2 % THC-Gehalt zugelassen, dies wurde später auf 9 % erweitert. Seit Ende 2022 gibt es auch Sorten mit mehr als 10 % THC Anteil. Die Apotheken sind jedoch in Uruguay sehr ungleich regional verteilt und konzentrieren sich im Wesentlichen auf die Hauptstadt Montevideo.

AUSWIRKUNGEN AUF DAS KONSUMVERHALTEN

Die internationalen Erfahrungen lassen sich dahingehend zusammenfassend, dass es nach einer Legalisierung meistens zu einem kurzfristigen Konsumanstieg kam, sich dann der Konsum jedoch stabilisierte oder gar rückläufig war. Bei der Auswertung von Statistiken ist dabei insbesondere die Möglichkeit einer statistischen Verzerrung im Blick zu haben. Denn nach einer Legalisierung ist in der Regel die Bereitschaft zur Angabe eines erfolgten Konsums deutlich höher als zuvor. Klar lässt sich jedoch erkennen, dass die Verfolgung einer strikten Drogenpolitik wenig bis keinen Einfluss auf das Konsumverhalten hat. In Spanien gab es um die Jahrtausendwende einen eine Zunahme an Konsumenten, welches sich jedoch dann stabilisierte und seit 2009 einen Rückgang verzeichnet. In den Niederlanden ist ein Rückgang des Konsums harter Drogen auf das Niveau unter dem restlichen Westeuropa zu verzeichnen, womit das Ziel der Trennung der Märkte von Cannabis und anderer Drogen offensichtlich erreicht wurde. In Portugal lässt sich ein Rückgang der problematischen Kon-

sumenten und eine Reduzierung der Sozialkosten verzeichnen. Die Studien aus den USA ergeben eine Reduzierung des Konsums bei Jugendlichen, da der tatsächliche Zugang erschwert ist. Aus der noch jüngeren Legalisierung in Kanada ergibt sich von 2018-2022 ein Anstieg der Konsumenten von 22 auf 27 Prozent.⁷ Betrachtet man jedoch die Risikogruppe der 16 bis 19-jährigen ist der Konsum sogar zurückgegangen.

⁷ Manthey u.a., ISD, Technical Report, Effects of Legalizing Cannabis, S. 49.

Franziska Maubach

DIE SANKTIONIERUNG DES UMGANGS MIT ALKOHOL UND CANNABIS – EIN VERGLEICH

I. EINLEITUNG

Sehr geehrte Damen und Herren,¹
die beiden Substanzen Alkohol und Cannabis waren nicht ohne Grund Gegenstand der beiden vorangegangenen Vorträge – zählen sie doch national und international zu den meistkonsumierten Drogen.² Allerdings trennt sie ein tiefer Graben: Während Alkohol in Deutschland und vielen anderen Ländern seit Jahrhunderten, vielleicht sogar Jahrtausenden ein Bestandteil der Kultur, gesetzlich erlaubt und – jedenfalls in Maßen – gesellschaftlich toleriert, akzeptiert oder sogar erwünscht ist, ist das häufig als kulturfremd bezeichnete³ Cannabis bei Kriminalstrafe verboten.

1 Bei dem Text handelt es sich um die – mit wenigen zentralen Fußnoten leicht überarbeitete und erweiterte – Fassung des am 13. Mai 2023 auf dem 44. Strafverteidigertag in Berlin gehaltenen Vortrags. Er basiert inhaltlich auf der Dissertation der Verfasserin (*Maubach 2023*) und fasst ausgewählte Ergebnisse daraus zusammen.

2 Angaben der WHO zufolge hatten im Jahr 2016 weltweit 43 % der über 15-Jährigen innerhalb der vorangegangenen zwölf Monate (12-Monats-Prävalenz) Alkohol konsumiert, in Europa waren es 59,9 %, WHO Global status report 2018, S. 39 f. Den Anteil der Vorjahres-Cannabiskonsumenten schätzte der UNODC auf gut 4 % der Gesamtbevölkerung zwischen 15 und 64 Jahren, UNODC, World Drug Report 2022, Booklet 2, S. 15; etwas höher liegt der Anteil in Europa (7,7 %), vgl. EMCDDA, Europäischer Drogenbericht 2022, S. 9. In Deutschland lag die 12-Monats-Prävalenz des Alkoholkonsums unter den 18- bis 64-Jährigen im Jahr 2018 bei 86,7 % (*Seitz/John/Atzendorf u.a.*, Kurzbericht Epidemiologischer Suchtsurvey 2018. Tabellenband: Alkoholkonsum, S. 4), jene des Cannabiskonsums bei 7,1 % (*Atzendorf/Rauschert/Seitz u.a.*, Deutsches Ärzteblatt International 2019, S. 577 ff., 578); ausführlich zu den Prävalenzen des Alkohol- und Cannabiskonsums weltweit und in Deutschland *Maubach 2023*, S. 92 ff.

3 *Duttge*, in: *Duttge/Holm-Hadulla/Müller/Steuer* (Hrsg.) 2017, S. 179 ff., 200.

Den *rechtlichen* Graben zwischen den beiden Substanzen bildet das Betäubungsmittelgesetz, das Cannabis als illegale Droge einstuft. Das Bundesverfassungsgericht erklärte das Cannabisverbot im Jahr 1994 für zulässig und verneinte unter anderem einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) trotz der unterschiedlichen Regelungen zum Umgang mit Cannabis einerseits und Alkohol andererseits. Es war der Auffassung, dass für die Ungleichbehandlung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestünden, dass sie die unterschiedlichen Rechtsfolgen rechtfertigen könnten. Zu berücksichtigen seien dabei nicht nur die von den Substanzen ausgehenden Gesundheitsgefahren, sondern auch andere Verwendungsmöglichkeiten. Darüber hinaus stellte es fest, dass der Gesetzgeber den Alkoholkonsum »wegen der herkömmlichen Konsumgewohnheiten in Deutschland und im europäischen Kulturkreis nicht effektiv unterbinden [könne]«. Daraus folge aber kein Gebot, auf das Verbot von Cannabis zu verzichten.⁴

Heute,⁵ knapp 30 Jahre später, ist das Cannabisverbot in Deutschland erneut – oder nach wie vor – im Fokus der Aufmerksamkeit. Das Bundesverfassungsgericht wird demnächst abermals über die Verfassungsmäßigkeit des Cannabisverbots entscheiden. Auch in der Politik findet ein Umbruch statt: Der Umgang mit Cannabis wird für die Konsumenten⁶ entkriminalisiert, es werden Modellprojekte für eine legale Abgabe von Cannabis geplant. Das Thema ist also hochaktuell.

In meinem heutigen Beitrag gebe ich Ihnen einen Überblick über die rechtliche Sanktionierung des Umgangs mit Alkohol einerseits und Cannabis andererseits aus der Perspektive des Konsumenten. Dafür sehen wir uns zunächst – und ganz überwiegend – die derzeitige strafrechtliche Sanktionierung des Umgangs mit den beiden Drogen an. Damit wollen wir uns allerdings nicht begnügen: Vielmehr sollen die Regelungen *de lege lata* einer knappen kritischen Überprüfung dahingehend unterzogen werden, ob sie sich – auch

4 Zum Ganzen BVerfGE 90, S. 145 ff., 195 ff.

5 Der Beitrag wurde im Mai 2023 verfasst.

6 Zur Vermeidung der doppelten Nennung männlicher und weiblicher Formen wird im Folgenden die männliche Sprachform verwendet. Dies dient ausschließlich der besseren Lesbarkeit. Damit sind männliche und nichtmännliche Personen gleichermaßen gemeint, außer es wird gesondert auf das Geschlecht hingewiesen.

und gerade mit Blick auf die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts von 1994 – anhand kriminologisch-wissenschaftlicher Erkenntnisse zur Gefährlichkeit der beiden Substanzen rechtfertigen lassen. Auch andere rechtliche Konsequenzen, vor allem solche des Verwaltungsrechts, können sich für Alkohol- und Cannabiskonsumenten darüber hinaus durchaus als gravierende Sanktionen darstellen. Sie werde ich deshalb ebenfalls teilweise umreißen. Schließlich werde ich einige grundlegende Erwägungen *de lege ferenda* an- und mögliche Regelungskonzepte vorstellen, was zugleich die Überleitung zu unseren Vorträgen am Nachmittag bildet.

II.

DIE STRAFRECHTLICHE SANKTIONIERUNG DES UMGANGS MIT ALKOHOL UND CANNABIS - EMPIRISCHE UND NORMATIVE BETRACHTUNG

Bevor wir uns den strafrechtlichen Regelungen zum Umgang mit Alkohol und Cannabis widmen, möchte ich vorab die Erkenntnisse zur Gefährlichkeit des Konsums der Substanzen skizzieren. Sie bilden die Grundlage für die spätere kriminologische Bewertung der Rechtslage.

1. AKUTE UND CHRONISCHE GESUNDHEITLICHE AUSWIRKUNGEN DES KONSUMS VON ALKOHOL UND CANNABIS

Über Risiken und Nutzen des Cannabiskonsums hat bereits Herr Professor Dr. Auwärter⁷ eingehend referiert. Eine entsprechend tiefe und detailreiche Darstellung zum Alkoholkonsum kann und soll an dieser Stelle nicht erfolgen. Ich beschränke mich daher auf eine knappe, aber eindruckliche Gegenüberstellung.

Eine Studie in Großbritannien aus dem Jahr 2010 bewertete die Gefährlichkeit 20 verschiedener Substanzen in Form eines ›overall harm score‹. Dieser wurde anhand von insgesamt 16 Kriterien, bezogen auf den Konsumenten und Dritte, ermittelt. Berücksichtigt wurden beispielsweise die durch eine Substanz verursachten ökonomischen Kosten, die physischen, psychischen und sozialen Folgen,

⁷ Beitrag leider nicht in diesem Tagungsband.

das Abhängigkeitspotenzial und die substanzspezifische Mortalität.⁸ Im Ergebnis wurde Alkohol mit einem Score von 72 (von insgesamt 100 zu erreichenden Punkten) als die gefährlichste Substanz bewertet, gefolgt von Heroin (55), Crack (54), Methamphetaminen (33), Kokain (27), Tabak (26) und Amphetaminen (23). Cannabis belegte mit einem Wert von 20 den achten Platz. ›Schlusslichter‹ waren LSD (7) und Pilze (6).⁹ Zu annähernd gleichen Ergebnissen kam eine nach der gleichen Konzeption durchgeführte europaweite Untersuchung aus dem Jahr 2015. Auch sie bewertete Alkohol mit einem ›overall harm score‹ von 72 als gefährlichste Substanz, Cannabis landete wiederum auf Platz acht, allerdings mit einem im Vergleich zum Jahr 2010 niedrigeren Score von 18.¹⁰

Alkohol ist demnach unter nahezu sämtlichen ausgewerteten Aspekten als die im Vergleich zu Cannabis gefährlichere Substanz anzusehen. So sind beispielsweise die physischen und psychischen Gesundheitsschäden infolge eines chronischen Konsums von Alkohol vielzählig und vielfältig. Es gibt kaum ein Organ, das vor allem bei einem übermäßigen Alkoholkonsum nicht geschädigt werden kann. Schädliche Folgen eines langfristigen Cannabiskonsums sind hingegen bislang nur vereinzelt belegt. Auch das Abhängigkeitspotenzial und die Entzugssymptomatik sind bei Alkohol deutlich höher und stärker ausgeprägt als bei Cannabis. Und nicht zuletzt die Zahlen zur substanzbedingten Mortalität sprechen für sich: Während in Deutschland jährlich Zehntausende von Todesfällen mit Alkoholkonsum in Verbindung stehen, lässt sich die Zahl der cannabisbedingten Todesfälle an zwei Händen abzählen.¹¹

8 Nutt/King/Phillips, *The Lancet* 376 (2010), S. 1558 ff., 1559 f.

9 Nutt/King/Phillips, *The Lancet* 376 (2010), S. 1558 ff., 1561.

10 Van Amsterdam/Nutt/Phillips u.a., *Journal of psychopharmacology* 29 (2015), S. 655 ff., 659; der Score für Cannabis wird angegeben nach Friemel/Hoch/Bonnet u.a., in: CaPRIS-Studie 2019, S. 129 ff., 130. Zu beachten ist auch, dass im Rahmen der Studie von 2015 einige Kriterien anders gewichtet wurden als im Jahr 2010, was den veränderten Wert für Cannabis möglicherweise (auch) erklären könnte.

11 Ausführlich zu den akuten und chronischen gesundheitlichen Auswirkungen des Konsums von Alkohol und Cannabis Maubach 2023, S. 135 ff.

2. DIE STRAFRECHTLICHE SANKTIONIERUNG DES UMGANGS MIT ALKOHOL UND CANNABIS

Wenden wir uns vor diesem Hintergrund der strafrechtlichen Sanktionierung des Umgangs mit Alkohol und Cannabis *de lege lata* zu. Den Ausgangspunkt der Überlegungen bildet dabei der Grundsatz, dass der *Konsum* sowohl von Alkohol als auch von Cannabis strafrei ist.¹² Dieser Grundsatz bleibt für Alkohol trotz punktuell regulierender Vorschriften zum *Umgang* auch weitgehend unangetastet. Es existieren zwar einige straf- und verwaltungsrechtliche Regelungen, wie zum Beispiel das Verbot des Geheimbrennens zum Schutz staatlicher Fiskalinteressen¹³, Werbeverbote zum Zweck des Jugendschutzes¹⁴ oder verwaltungsrechtliche, meist ortsbezogene Alkoholkonsumverbote zur Abwehr spezifischer Gefahren, wie sie etwa im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie erlassen wurden¹⁵. Dabei handelt es sich allerdings lediglich um sehr spezifische Vorschriften, die nur im Ausnahmefall den Konsumenten selbst adressieren.¹⁶ Eine nahezu gegenteilige Normenlandschaft findet sich für den *Umgang* mit Cannabis. Zentral ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 29 BtMG. Der Straftatbestand stellt in insgesamt 14 Nummern zahlreiche Verhaltensweisen unter Strafe, die auch im Zusammenhang mit dem Konsum von Cannabis regelmäßig vorgenommen werden. Dazu zählen der unerlaubte Anbau, die Herstellung, die Ein- und Ausfuhr, der Erwerb, das sonstige Sichverschaffen, der Besitz und die Verbrauchsüberlassung.¹⁷ Der *Umgang* mit Cannabis – auch dann, wenn er zur Vorbereitung des an sich straflosen Konsums erfolgt – ist also derart umfassend kriminalisiert, dass ein strafloser *Konsum* der Substanz faktisch kaum möglich ist.

12 Dies gebietet das Prinzip der Straflosigkeit der Selbstgefährdung und Selbstschädigung, das im deutschen Strafrecht anerkannt ist und in der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) wurzelt; eine ausführliche und vertiefte Analyse der verfassungsrechtlichen Implikationen des Betäubungsmittelkonsums findet sich bei *Nestler*, in: Kreuzer, HdbBt-MStR 1998, § 11 Rn. 49 ff.

13 § 32 Abs. 2 Alkoholsteuergesetz.

14 Z. B. § 11 Abs. 5 Jugendschutzgesetz.

15 Ermächtigungsgrundlage zum Erlass derartiger Verordnungen ist § 32 Infektionsschutzgesetz.

16 Ausführlich zum Ganzen *Maubach* 2023, S. 305 ff.

17 Einzelheiten bei *Maubach* 2023, S. 322 ff.

Wie weit die strafrechtliche Erfassung des Konsums tatsächlich reicht, wird klar, wenn man die Strafbarkeit von Konsumenten in verschiedenen Konstellationen beleuchtet: Wer Cannabis alleine und eigenständig konsumiert, hat regelmäßig im Moment des Konsums die bewusste und willentliche tatsächliche Verfügungsgewalt darüber und macht sich damit wegen unerlaubten Besitzes von Cannabis strafbar.¹⁸ Teilen sich zwei Personen an Ort und Stelle einen hin- und hergereichten Joint, von denen die eine Person als ›Gastgeber‹ das konsumierte Cannabis zur Verfügung stellt und die andere Person als ›Mitkonsumenten‹ lediglich mitrauchen lässt, ist die Strafbarkeit der Beteiligten getrennt zu untersuchen. Der Gastgeber hat die tatsächliche Sachherrschaft über das von ihm mitgebrachte Cannabis inne und macht sich daher wegen Besitzes strafbar. Er räumt dem Mitkonsumenten außerdem die Konsummöglichkeit ein, ohne ihm zugleich die Sachherrschaft zu übertragen und macht sich damit zusätzlich wegen Verbrauchsüberlassung strafbar.¹⁹ Da der Mitkonsument das Cannabis nur zum sofortigen Genuss erhält und es tatsächlich auch sofort zu sich nimmt, begründet er keinen Besitz am Cannabis.²⁰ Da der Gastgeber auch während des Konsums die Sachherrschaft am Cannabis behält, scheidet eine Verbrauchsüberlassung durch den Mitkonsumenten an den Gastgeber durch die Rückgabe des Joints ebenfalls aus. Der Mitkonsument konsumiert in dieser Konstellation das Cannabis daher straflos.²¹

Wird das Cannabis von drei oder mehr Personen, darunter mindestens zwei Mitkonsumenten, konsumiert, ist noch weiter zu differenzieren. Die Strafbarkeit des Gastgebers wegen Besitzes und Verbrauchsüberlassung bleibt im Vergleich zur soeben geschilderten

18 Siehe auch *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabricius BtMG 2022, § 29 Rn. 1025.

19 BGH, NStZ-RR 2015, S. 218 f., 218; OLG Köln, Deutsche Rechtsprechung III (380) 189, 1980, S. 1219; vgl. *Oğlakcıoğlu*, in: MüKo StGB 2022, § 29 BtMG Rn. 1228; nicht ausreichend ist, „dass derjenige, der die Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel innehat, den Zugriff [...] hätte verhindern können“, OLG Zweibrücken, NStZ 2021, S. 558.

20 KG, GA 1979, S. 427 ff.; OLG Düsseldorf, NStZ 1985, S. 415; OLG München, NStZ 2006, S. 579 f.

21 OLG Düsseldorf, NStZ 1985, S. 415; OLG Oldenburg, NStZ 1982, S. 121.

Konstellation unverändert.²² Die Mitkonsumentin²³, die den Joint nach dem eigenen Konsum an den anderen Mitkonsumenten weiterreicht, verwirklicht nach derzeit überwiegender Auffassung den Tatbestand der Verbrauchsüberlassung.²⁴ Dies wird damit begründet, dass der Überlassende keine eigene Sachherrschaft über das Cannabis haben müsse, um es dem Empfänger zum Verbrauch zu überlassen.²⁵ Der Mitkonsument, der den Joint nach dem Konsum an den Gastgeber zurückgibt, macht sich nach Teilen der Rechtsprechung und Literatur wegen Verbrauchsüberlassung in Mittäterschaft strafbar, wenn dieser nach gemeinsamer Absprache den Joint wiederum an die Mitkonsumentin weiterreicht, wenn der Joint also mehrmals die Runde macht.²⁶ Gebe der Mitkonsument den Joint aber abschließend an den Gastgeber zurück, sei er straflos.²⁷

Die vorgestellten Konstellationen denkbarer Konsumsituationen zeigen, dass die strafrechtliche Bewertung des Umgangs mit Cannabis stellenweise nur schwer nachvollziehbar, zum Teil sogar geradezu willkürlich und konstruiert erscheint. Denn die Strafbarkeit hängt letztlich davon ab, ob der Mitkonsument zufälligerweise den Joint zu Ende raucht oder ihn an den Gastgeber zurückreicht

22 Er macht sich gegebenenfalls sogar wegen mehrfacher, tateinheitlich begangener Verbrauchsüberlassung strafbar, BGH, NStZ 2014, S. 717 f.; *Weber*, in: *Weber/Kornprobst/Maier BtMG 2021*, § 29 Rn. 1550; beachte auch *Körner*, StV 1998, S. 592 f., 593: »Auch wenn der Gastgeber in die Mitte des Tisches einen Aschenbecher mit einem Joint postiert und jeder Raucher nach seinem Zug den Joint nicht weiterreicht, sondern in die Mitte des Kreises zurücklegt, bleibt die Angelegenheit strafbar. Denn der Gastgeber verschafft mit dem Drogenvorrat den Teilnehmern der Raucherrunde eine Gelegenheit zum Konsum [i[m] S[inne] v[on] § 29 Abs. 1 Nr. 10 BtMG, weil er ihnen eine Drogenquelle erschließt und den Kreis der Betäubungsmittelkonsumenten erweitert.«

23 Zum Zweck der besseren Verständlichkeit werden hier unterschiedliche geschlechtliche Bezeichnungen verwendet.

24 OLG Düsseldorf, NStZ 1985, S. 415; OLG Köln, NStZ 1981, S. 104 f.; OLG Oldenburg, NStZ 1982, S. 121 = NJW 1982, 1338; *Joachimski/Haumer* 2002, § 29 Rn. 179; kritisch *Oğlakçoğlu*, in: *MüKo StGB 2022*, § 29 BtMG Rn. 1128; für § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 Buchst. b BtMG in Mittäterschaft BayObLG, NStZ-RR 1998, S. 149; zustimmend *Körner*, StV 1998, S. 592 f., 592 ohne weitere Begründung.

25 BayObLG, NStZ-RR 1998, S. 149; *Hochstein*, in: *BeckOK BtMG 2022*, § 29 Rn. 589; *Patzak*, in: *Patzak/Volkmer/Fabricius BtMG 2022*, § 29 Rn. 1212; *Weber*, in: *Weber/Kornprobst/Maier BtMG 2021*, § 29 Rn. 1557; a.A. AG Böblingen, NStZ 1992, S. 192 f., 192, siehe dazu auch *Maubach* 2023, S. 364; *Oğlakçoğlu*, in: *MüKo StGB 2022*, § 29 BtMG Rn. 1228.

26 BayObLG, NStZ-RR 1998, S. 149; *Patzak*, in: *Patzak/Volkmer/Fabricius BtMG 2022*, § 29 Rn. 1212; *Weber*, in: *Weber/Kornprobst/Maier BtMG 2021*, § 29 Rn. 1551.

27 *Weber*, in: *Weber/Kornprobst/Maier BtMG 2021*, § 29 Rn. 1551.

oder ob der Joint mehrfach im Kreis herumgereicht wird und in welcher Richtung. Es wird außerdem klar, dass die einzige Möglichkeit eines – für den Konsumenten selbst – faktisch straffreien Konsums darin besteht, mit einer anderen Person gemeinsam deren Cannabis zu konsumieren. Dass der Konsument dabei die Kontrolle über die Herkunft und Qualität des von ihm konsumierten Cannabis aus der Hand gibt, kann eigentlich nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, wollte dieser doch die »Volksgesundheit« sowie die Gesundheit des Einzelnen durch das BtMG gerade nicht gefährden, sondern schützen. Die Konsequenz der bestehenden Rechtslage ist darüber hinaus, dass ein Cannabiskonsument seine eigene Strafbarkeit lediglich dadurch vermeiden kann, dass er sich mit einem anderen zusammentut. Dies torpediert die vom BtMG eigentlich zu verhindernde Weitergabe von Drogen an Dritte und die Erweiterung des Konsumentenkreises.²⁸

Der soeben dargestellten weitreichenden Kriminalisierung von Cannabiskonsumenten stehen im BtMG mit den Möglichkeiten des Absehens von der Verfolgung oder Bestrafung der Tat (§§ 31a, 29 Abs. 5 BtMG) zwar Vorschriften gegenüber, die auf den ersten Blick als Korrektive erscheinen. So kann die Staatsanwaltschaft etwa nach § 31a Abs. 1 S. 1 BtMG von der Verfolgung einer Straftat absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre, kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht und der Täter die Betäubungsmittel lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge anbaut, herstellt, einführt, ausführt, durchführt, erwirbt, sich in sonstiger Weise verschafft oder besitzt. Das Gericht kann unter bestimmten, teilweise ähnlichen Voraussetzungen nach § 29 Abs. 5 BtMG von der Bestrafung absehen. Bei genauerem Hinsehen entpuppen sich diese Vorschriften allerdings als unzulänglich. Sie räumen den Strafverfolgungsbehörden nämlich sowohl auf der Tatbestandsseite als auch auf der Rechtsfolgenseite zum Teil erhebliche Spielräume ein. Dies führt zu vielfältigen Einschränkungen des Anwendungsbereichs und zu einer bundesweit uneinheitlichen Anwendung der Entpönalisierungsvorschriften.²⁹ Ebenfalls zu beachten ist, dass bereits die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens negative Auswirkungen

²⁸ Zum Ganzen *Maubach* 2023, S. 367 ff.

²⁹ Dazu bereits *Aulinger* 1997, S. 325; *Schäfer/Paoli* 2006, S. 379 ff.

für den Konsumenten haben kann, die auch dann bestehen bleiben, wenn er letztlich nicht bestraft wird.³⁰

3. KRIMINOLOGISCH-WISSENSCHAFTLICHE BEWERTUNG DER RECHTSLAGE *DE LEGE LATA*

Unterschiedlicher könnte die rechtliche Erfassung des Umgangs mit Alkohol einerseits und Cannabis andererseits also kaum sein. Gleicht man dieses Ergebnis – unter Berücksichtigung der mit den Regelungen verfolgten Zwecke – nun mit den wissenschaftlichen Erkenntnissen zur Gefährlichkeit eines Konsums der Substanzen ab, ergeben sich erhebliche Zweifel an der Rechtslage *de lege lata*.³¹

Einer der zentralen mit dem Cannabisverbot verfolgten Zwecke ist der Schutz der Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung im Ganzen.³² Das BtMG soll darüber hinaus die Bevölkerung vor einer Cannabisabhängigkeit bewahren.³³ Erinnert man sich an die eingangs skizzierte vergleichende Bewertung der Gefährlichkeit des Alkohol- und Cannabiskonsums, erscheint die umfassende Kriminalisierung des Umgangs mit Cannabis gegenüber der nahezu uneingeschränkten Straflosigkeit des Umgangs mit Alkohol allerdings geradezu paradox.

Auch auf den Schutz von Kindern und Jugendlichen zielt die Cannabisprohibition des BtMG ab.³⁴ Dass diese Konsumentengruppe insbesondere während der cerebralen Entwicklungs- und Reifephase besonders anfällig für substanzbedingte – sowohl alkohol- als auch

30 Ausführlich und kritisch zu den Entpönalisierungsvorschriften *Maubach* 2023, S. 370 ff.

31 Ausführlich zum Ganzen *Maubach* 2023, S. 382 ff.

32 BR-Drs. 665/70, S. 2; BT-Drs. VI/1877, S. 5; BT-Drs. 8/3551, S. 23 f.; BT-Drs. 9/27, S. 25 f.; dabei ist bereits das Rechtsgut der Volksgesundheit als solches nicht unproblematisch und wird unter anderem als konturlos und moralisierend kritisiert. Darüber hinaus komme ihm kein über die Summe der Individualrechtsgüter hinausgehender, eigenständiger Gehalt zu. Siehe zur Kritik etwa *Oğlakçoğlu*, in: MüKo StGB 2022, Vor § 29 BtMG Rn. 18 f.

33 BVerfGE 90, S. 145 ff., 174 f.

34 BVerfGE 90, S. 145 ff., 174 f.

cannabisbedingte – Schädigungen ist, wird kaum bestritten.³⁵ Dies begründet durchaus eine besondere Schutzbedürftigkeit. Da epidemiologische Untersuchungen zum Konsumverhalten junger Menschen allerdings seit Jahren einen Rückgang des Konsums legalen Alkohols und eine Zunahme des nach wie vor illegalen Cannabis beobachten, erscheint zweifelhaft, dass das Cannabisverbot das Konsumverhalten junger Menschen maßgeblich beeinflusst.³⁶

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die rechtliche Bewertung und die tatsächliche Gefährlichkeit von Alkohol einerseits und Cannabis andererseits weit auseinanderklaffen.

III.

WEITERE NEGATIVE RECHTLICHE FOLGEN DES KONSUMS VON UND DES UMGANGS MIT ALKOHOL UND CANNABIS

Dieser Vorwurf wiegt umso schwerer, als die strafrechtliche Missbilligung des Umgangs mit Cannabis negative Konsequenzen auch in weiteren Lebens- bzw. Rechtsbereichen der Konsumenten haben kann. Dazu im Folgenden zwei Beispiele aus dem Verwaltungsrecht.

1. FAHRERLAUBNISRECHT

Paradebeispiel für gewichtige Unterschiede in der verwaltungsrechtlichen Erfassung von Alkohol einerseits und Cannabis andererseits ist das Fahrerlaubnisrecht. Dieses regelt, wann einem Fahrerlaubnisinhaber die Fahrerlaubnis endgültig entzogen werden kann, wobei es allein präventiv ausgerichtet und unabhängig von einer strafrechtlichen Relevanz des Konsums ist.³⁷ Ohne an dieser Stelle zu sehr ins Detail zu gehen, möchte ich skizzenhaft gegenüberstellen, welche Kriterien die Fahreignung ausschließen und welche Tatsachen den

³⁵ Der Grund für eine erhöhte Vulnerabilität junger Menschen wird darin gesehen, dass deren im Wachstum und in der Neustrukturierung befindliches Gehirn durch Cannabinoide negativ beeinflusst werden könnte, siehe etwa *Geschwinde* 2018, Rn. 465; *Schneider/Hoch/Simon u.a.*, in: CaPRis-Studie 2019, S. 1 ff., 16; dementsprechend wird beispielsweise ein früher Konsumbeginn mit einem erhöhten Abhängigkeitsrisiko assoziiert, siehe *Volkow/Baler/Compton u.a.*, *The New England journal of medicine* 370 (2014), S. 2219 ff., 2219; *Volkow/Han/Einstein u.a.*, *JAMA Pediatrics* 175 (2021), S. 640 ff., 642 f.; ausführlich *Maubach* 2023, S. 188 f. m.w.N.

³⁶ Siehe dazu *Maubach* 2023, S. 105 ff. m.w.N.

³⁷ *Maubach* 2023, S. 597.

Anlass für eine Überprüfung der Fahreignung – also für die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens – bilden können.

Der Missbrauch von Alkohol schließt die Fahreignung lediglich dann aus, wenn Alkoholkonsum und Teilnahme am Straßenverkehr nicht getrennt werden können.³⁸ Dies ist etwa anzunehmen, wenn wiederholt ein Fahrzeug unter unzulässig hoher Alkoholwirkung geführt wird.³⁹ Erforderlich ist also ein konkreter Bezug des Alkoholkonsums zum Straßenverkehr. Anders beim Cannabiskonsum⁴⁰: Der regelmäßige Konsum begründet den Ausschluss der Fahreignung stets und ohne Verkehrsbezug. Der gelegentliche Konsum, der nach der Rechtsprechung bereits bei einem mehr als einmaligen Konsum in Betracht kommt,⁴¹ schließt – vergleichbar dem Alkoholmissbrauch – die Fahreignung aus, wenn Cannabiskonsum und Teilnahme am Straßenverkehr nicht getrennt werden können. Dafür genügt bereits der (einmalige) sichere Nachweis von 1 ng/ml THC im Blut,⁴² wenn eine Prognose weitere Verstöße befürchten lässt.⁴³

Auch bei den möglichen Anlässen für eine Überprüfung der Fahreignung – hier auszugsweise dargestellt –, erkennt man klare Unterschiede. So kann die Fahreignung im Zusammenhang mit Alkohol vor allem bei wiederholten oder erheblichen Alkoholverstößen überprüft werden (§ 13 Fahrerlaubnisverordnung). Einem Cannabiskonsumanten

38 Nr. 8 der Anlage 4 zur Fahrerlaubnisverordnung.

39 *Grämann/Albrecht* 2019, S. 73.

40 Nr. 9 der Anlage 4 zur Fahrerlaubnisverordnung.

41 Nach der Rechtsprechung liegt eine gelegentliche Einnahme vor, »wenn der Betroffene in zumindest zwei selbstständigen Konsumvorgängen Cannabis zu sich genommen hat und diese Konsumvorgänge einen gewissen, auch zeitlichen Zusammenhang aufweisen«, BVerwG, NJW 2015, S. 2439 ff., 2439; BVerwGE 165, S. 215 ff., 218; vgl. z.B. VGH München, NJW 2014, S. 407 ff., 408 f. (gelegentlicher Konsum bei Konsum in einer Nacht und am Mittag des Folgetages); umfangreiche Rechtsprechungsnachweise bei *Dauer*, in: Hentschel/König/Dauer StVR 2021, § 2 StVG Rn. 57.

42 BVerwG, NJW 2015, S. 2439 ff., 2442; BVerwGE 165, S. 215 ff.; VGH Mannheim, NJW 2006, S. 2135 ff., 2136; VG Würzburg, BeckRS 2017, 108352 m.v.w.N.; differenzierend wohl OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2003, S. 899 f. (fehlendes Trennungsvermögen bei erheblich oberhalb des Grenzwertes liegendem THC-Wert von 3,8 ng/ml); a.A. noch VGH München, DAR 2006, S. 407 ff.: ab 2,0 ng/ml; bei THC-Konzentrationen zwischen 1,0 und 2,0 ng/ml sei vor einer Entziehung der Fahrerlaubnis ein medizinisch-psychologisches Gutachten nach § 14 Abs. 1 S. 4 FeV einzuholen; siehe aber jetzt VGH München, NJW 2016, S. 2601 ff., 2602 f.; VGH München, BeckRS 2017, 105421.

43 BVerwGE 165, S. 215 ff., 228 f.

droht ein Verwaltungsverfahren demgegenüber – vereinfacht gesagt – bereits bei einem Besitz von Cannabis (§ 14 Fahrerlaubnisverordnung) oder bei Angaben zu einem regelmäßigen Eigenkonsum.⁴⁴ Letzteres ist vor allem in solchen Fällen problematisch, in denen der Betroffene des Umgangs mit Cannabis in geringer Menge nach dem BtMG beschuldigt wird. Im Strafverfahren kann es für den Beschuldigten von Vorteil sein, anzugeben, er sei mit dem Cannabis zum Zweck des Eigenverbrauchs umgegangen, um eine Einstellung des Verfahrens oder ein Absehen von Strafe zu erreichen. Da die Strafverfolgungsbehörden einen angegebenen Eigenverbrauch als fahreignungsrelevante Tatsache aber an die Fahrerlaubnisbehörde übermitteln, kann diese die Aussage des Betroffenen über seinen Eigenkonsum in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren zur Entziehung der Fahrerlaubnis ohne Einschränkungen verwerten. Der Cannabiskonsument befindet sich also in einem Dilemma: Er riskiert entweder eine strafrechtliche Verurteilung nach dem BtMG oder die Entziehung der Fahrerlaubnis durch die Fahrerlaubnisbehörde.⁴⁵

2. BEAMTENRECHT

Auch im Beamtenrecht zeigen sich teils erhebliche Diskrepanzen, wie die nachfolgenden Beispiele aus der Rechtsprechung verdeutlichen.⁴⁶ Der ersten Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein Polizeibeamter auf Probe im Rahmen einer Prüfungsfeier Alkohol konsumierte und sich gegenüber diensthabenden Polizeibeamten auffällig verhielt. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts München war dieser »einmalige alkoholbedingte« Ausrutscher nicht ohne Weiteres ein Indiz für eine mangelnde Eignung des Beamten und rechtfertigte danach keine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe. Das Verwaltungsgericht berücksichtigte bei seiner Entscheidung unter anderem, dass es sich um eine Prüfungsfeier gehandelt habe, »bei der Alkoholgenuss wohl üblich ist und die hinsichtlich ihres Gesamtverlaufs nicht evident völlig aus dem Rahmen des Üblichen lief«.⁴⁷

⁴⁴ Vgl. dazu *Patzak*, in: Patzak/Volkmer/Fabricius BtMG 2022, Vor §§ 29 ff. Rn. 462.

⁴⁵ *Maubach* 2023, S. 627.

⁴⁶ Ausführlich *Maubach* 2023, S. 634 ff.

⁴⁷ VG München, BeckRS 2016, 48943; ähnlich bereits VGH München, BeckRS 2003, 27720.

Um einiges strenger zeigen sich die Gerichte gegenüber Cannabis. Der Verwaltungsgerichtshof Kassel hielt etwa zwei vergebliche Anläufe zum Kauf von Cannabis vier Jahre vor der Bewerbung und im Alter von 16 Jahren für schwerwiegend genug, um einem Bewerber die Einstellung als Beamter auf Widerruf in den gehobenen Polizeivollzugsdienst zu verweigern. Der Bewerber habe Drogen für eine Silvesterfeier kaufen wollen, wozu es allerdings nicht gekommen sei. Ein tatsächlicher Umgang mit Betäubungsmitteln konnte ihm daher zwar nicht nachgewiesen werden. Der bewusste Verstoß gegen das BtMG durch den (versuchten) Erwerb und Besitz von Betäubungsmitteln, der rege Gedankenaustausch mit dem (potenziellen) Verkäufer über den Kauf und Verkauf diverser Drogen auf WhatsApp und der Umstand, dass der Bewerber dabei milieuspezifische Begriffe verwendet habe, wiesen jedoch auf eine innere Einstellung des Bewerbers zu Betäubungsmitteln hin, die geeignet sei, seine charakterliche Eignung für den Polizeidienst in Zweifel zu ziehen.⁴⁸ Unabhängig von jeglicher strafrechtlicher Bewertung erachtet der Verwaltungsgerichtshof München sogar generell »den bewussten und gewollten Genuss illegaler Drogen über einen nicht unerheblichen Zeitraum als ausreichend für die Feststellung der fehlenden Bewährung«.⁴⁹

IV.

ERWÄGUNGEN *DE LEGE FERENDA*

Festzuhalten ist damit, dass in der rechtlichen Behandlung von Alkohol einerseits und Cannabis andererseits *de lege lata* stellenweise erhebliche Diskrepanzen bestehen, die aus kriminologisch-wissenschaftlicher Sicht nicht begründbar sind. Diese resultieren zunächst und vor allem aus dem Cannabisverbot nach dem BtMG. Es stellt sich folglich die Frage, wie der Gesetzgeber dieser Schiefelage *de lege ferenda* begegnen könnte.⁵⁰

48 VGH Kassel, BeckRS 2019, 39473.

49 VGH München, BeckRS 2017, 121542.

50 Ausführlich zum Ganzen *Maubach* 2023, S. 657 ff.

Dafür bieten sich ihm im Wesentlichen zwei Ansatzpunkte: Zum einen eine schärfere Sanktionierung des Umgangs mit Alkohol, zum anderen eine Lockerung der Sanktionierung des Umgangs mit Cannabis. Da ein absolutes Alkoholverbot, indem man Alkohol dem BtMG unterstellt, praktisch nur schwer umsetzbar und – nicht zuletzt in Anbetracht der von Herrn Dr. Malek⁵¹ aufgezeigten historischen Erfahrungen – nicht zu empfehlen wäre,⁵² richtet sich der Blick verstärkt auf eine Lockerung der cannabispezifischen Regelungen. Diesen Weg wählt nunmehr auch die Ampelkoalition. Da Herr Professor Dr. Oğlakcıoğlu⁵³ die geplanten Gesetzesänderungen in Deutschland später ausführlich darstellen und diskutieren wird, beschränke ich mich im Folgenden auf eine abstrakte Darstellung möglicher Konzepte zur Lockerung der cannabisbezogenen Regelungen.

Diese lassen sich nach dem Maß ihrer Repressivität grob in verschiedene Stufen einteilen. Ausgehen kann man dabei von der absoluten Kriminalisierung als schärfstem Regelungsmodell. Dabei wird der Umgang mit Cannabis ausnahmslos mit Kriminalstrafe bedroht.

Entfällt die Verfolgung oder Bestrafung des tatbestandlichen Verhaltens bei gleichzeitigem Bestehenbleiben des Straftatbestands und damit auch des darin enthaltenen sozialetischen Unwerturteils, kann man von einer Entpönalisierung sprechen.⁵⁴ In Deutschland besteht die Möglichkeit der Entpönalisierung, wobei diese im Ermessen der Strafverfolgungsbehörden steht und damit als fakultative Entpönalisierung bezeichnet werden kann. Auch ein intendierter oder obligatorischer Verzicht auf die Verfolgung oder Bestrafung, ausgestaltet als Soll- oder Muss-Vorschrift, sind denkbare Regelungsmodelle.⁵⁵

Die nächste Stufe einer Lockerung stellt die Entkriminalisierung dar. Darunter kann die Ersetzung der strafrechtlichen Erfassung des Umgangs mit Cannabis durch ordnungsrechtliche Tatbestände ver-

51 Beitrag ebenfalls in diesem Tagungsband.

52 Empfehlenswert könnten aber durchaus punktuelle Verschärfungen der alkoholbezogenen Regelungen, etwa in Form von Werbeverböten sein, siehe dazu *Maubach* 2023, S. 660 ff.

53 Beitrag ebenfalls in diesem Tagungsband.

54 *Weber*, in: *Weber/Kornprobst/Maier BtMG* 2021, Einl. Rn. 174.

55 Ausführlich dazu *Maubach* 2023, S. 678 ff.

standen werden.⁵⁶ Das betroffene Verhalten wird damit vom Kriminalrecht zur Ordnungswidrigkeit herabgestuft, womit zugleich eine verringerte sozioethische Vorwerfbarkeit des sanktionierten Verhaltens zum Ausdruck gebracht wird.⁵⁷ Es bleibt indes rechtswidrig und damit illegal und zieht die Verhängung einer Geldbuße nach sich.⁵⁸

Zu einer vollständigen Herausnahme von Cannabiskonsumern aus dem Bereich des Illegalen führt eine Legalisierung.⁵⁹ Dabei kommen verschiedenste Konzepte in Betracht, etwa eine rechtliche Freigabe nur der konsumbezogenen Verhaltensweisen, also etwa des Erwerbs, Besitzes und Anbaus von Cannabis zum Eigenverbrauch oder des Anbaus in Konsumentenvereinigungen. Denkbar ist auch eine umfassende, auch die Angebotsseite umfassende Legalisierung des Umgangs mit Cannabis bei einer gleichzeitigen staatlichen Regulierung der Wertschöpfungskette. Die Intensität der staatlichen Regulierung kann dabei ebenfalls variieren. Sie kann von einer Preiskontrolle, insbesondere durch die Erhebung von Steuern, über die Regulierung einzelner Verkaufsmodalitäten, wie Verkaufsstellen, Verkaufszeiten oder Altersbeschränkungen, bis hin zu einer vollständigen staatlichen Kontrolle des gesamten Produktions- und Abgabeprozesses reichen.⁶⁰

56 *Simon*, Sucht 62 (2016), S. 43 ff., 44; vereinzelt finden sich daneben Vorschläge zur Einführung eines eigenen, »zwischen Strafrecht und Recht der Ordnungswidrigkeiten, zwischen Zivil- und Öffentlichem Recht angesiedelten besonderen Interventionsrechts«. Andere schlagen vor, den Umgang mit illegalen Drogen gar nicht zu sanktionieren, sondern durch polizeiliche Mittel, insbesondere die Sicherstellung, zu ersetzen. Ausführlich dazu *Weber*, in: *Weber/Kornprobst/Maier BtMG 2021*, Einl. Rn. 170 ff. m.w.N.

57 Ausführlich zur Abgrenzung von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht *Mitsch* 1995, S. 8 ff.

58 *Weber*, in: *Weber/Kornprobst/Maier BtMG 2021*, Einl. Rn. 170.

59 Nach *Krumdiek* 2005, S. 221 ff. (ausführliche Formulierungsvorschläge sowie Bewertung auf S. 234 ff.) kommt eine Legalisierung des konsumbezogenen Umgangs mit Cannabis auf verschiedenen Stufen der Strafbarkeit in Betracht. So könne auf der Ebene des Tatbestands oder der Rechtswidrigkeit festgelegt werden, dass lediglich der Umgang mit mehr als der gesetzlich definierten Menge Cannabis strafbar ist. Das Überschreiten einer bestimmten Mindestmenge Cannabis könne des Weiteren als objektive Bedingung der Strafbarkeit formuliert werden. Offen lässt *Krumdiek* dabei, ob sämtliche Umgangsformen legalisiert werden sollten und ob eine Eigenkonsumabsicht bzw. ein Eigenkonsumzweck vorauszusetzen ist; siehe auch *Pasedach* 2012, S. 234 ff., die im Ergebnis (S. 237) für eine Entkriminalisierung des Umgangs mit einer geringen Menge von Cannabis zum Eigengebrauch auf Tatbestandsebene plädiert.

60 *Haucap/Kehder/Feist/Slowik* 2018, S. 14.

V. SCHLUSS

Jedes dieser Regelungsmodelle birgt gewisse Vorteile und Risiken und bedarf daher einer eingehenden Überprüfung. Als Anschauungsmaterial können dabei unterschiedliche Konzepte und Erfahrungen aus dem Ausland dienen. Diesen und weiteren spannenden Zukunftsperspektiven werden sich meine Nachredner heute Nachmittag widmen.⁶¹

Ich möchte meinen Beitrag mit diesem kurzen, abstrakten Blick in die Zukunft schließen und bedanke mich ganz herzlich für Ihre Aufmerksamkeit.

LITERATUR

Aulinger, Susanne, Rechtsgleichheit und Rechtswirklichkeit bei der Strafverfolgung von Drogenkonsumenten. Die Anwendung von § 31a BtMG im Kontext anderer Einstellungsvorschriften, Baden-Baden 1997.

Amsterdam, Jan van/Nutt, David/Phillips, Lawrence/van den Brink, Wim, European rating of drug harms, *Journal of psychopharmacology* 29 (2015), S. 655–660.

Atzendorf, Josefne/Rauschert, Christian/Seitz, Nicki-Nils/Lochbühler, Kirsten/Kraus, Ludwig, Gebrauch von Alkohol, Tabak, illegalen Drogen und Medikamenten. Schätzungen zu Konsum und substanzbezogenen Störungen in Deutschland, *Deutsches Ärzteblatt International* 2019, S. 577–584.

Bohnen, Wolfgang/Schmidt, Detlev (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BtMG, 16. Edition, München 2022 (zit.: Bearbeiter, in: BeckOK BtMG).

Duttge, Gunnar, „Streitobjekt Cannabis“: Anforderungen an eine rationale Gesetzgebung, in: Duttge, Gunnar/Holm-Hadulla, Rainer M./Müller, Jürgen L./Steuer, Melanie (Hrsg.), *Verantwortungsvoller Umgang mit Cannabis*, Göttingen 2017, S. 179–202.

Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (EMCDDA), Europäischer Drogenbericht. Trends und Entwicklungen, Luxemburg 2022.

Friemel, Chris Maria/Hoch, Eva/Bonnet, Udo/Hermann, Derik/Simon, Roland/Schneider, Miriam, Psychosoziale Folgen, in: Hoch, Eva/Friemel, Chris Maria/Schneider, Miriam (Hrsg.), *Cannabis: Potenzial und Risiko – Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme*, Berlin, Heidelberg 2019, S. 129–147.

Geschwinde, Thomas, *Rauschdrogen. Marktformen und Wirkungsweisen*, 8. Auflage, Berlin, Heidelberg 2018.

61 Siehe dazu den Beitrag von Patrick Welke, ebenfalls in diesem Tagungsband.

- Grämann, Nicole/Albrecht, Martina*, Begutachtungsleitlinien zur Kraftfahreignung. Stand 31. Dezember 2019, Bergisch-Gladbach 2019.
- Haucap, Justus/Kehder, Christiane/Feist, Marc/Slowik, Jan*, Die Kosten der Cannabis-Prohibition in Deutschland. Eine Studie im Auftrag des Deutschen Hanfverbands, Düsseldorf 2018.
- Hentschel, Peter/König, Peter/Dauer, Peter (Hrsg.)*, Straßenverkehrsrecht. Straßenverkehrsgesetz, Elektromobilitätsgesetz, Straßenverkehrs-Ordnung, Fahrerlaubnis-Verordnung, Fahrzeug-Zulassungsverordnung, Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung, EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung (Auszug), Elektrokleinstfahrzeuge-Verordnung, Gesetzmateriale, Verwaltungsvorschriften und einschlägige Bestimmungen des StGB und der StPO, 46. Auflage, München 2021 (zit.: Bearbeiter, in: Hentschel/König/Dauer StVR).
- Joachimski, Jupp/Haumer, Christine*, Betäubungsmittelgesetz (BtMG). Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln in der Fassung vom 1.4.2000 mit ergänzenden Bestimmungen, 7. Auflage, Stuttgart 2002.
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 7 (vormals Band 6): JGG (Auszug), Nebenstrafrecht I: Strafvorschriften aus: AMG, AntiDopG, BtMG, BtMVV, GÜG, NpSG, TPG, TFG, GenTG, TierSchG, BNatSchG, VereinsG, VersammlG, 4. Auflage, München 2022 (zit.: Bearbeiter, in: MüKo StGB).
- Körner, Harald H.*, Haschischraucherrunde. Anmerkung zu BayObLG, Beschluß vom 13.11.1997 - 4 StR 244/97, StV 1998, S. 592–593.
- Kreuzer, Arthur (Hrsg.)*, Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, München 1998 (zit.: Bearbeiter, in: Kreuzer, HdbBtMStR).
- Krumdiel, Nicole*, Die national- und internationalrechtliche Grundlage der Cannabisprohibition in Deutschland. Eine Untersuchung unter Einbeziehung des aktuellen Forschungsstandes hinsichtlich der gesundheitlichen und sozialen Auswirkungen des Konsums von Cannabis, Berlin 2005.
- Maubach, Franziska*, Die Sanktionierung des Umgangs mit Alkohol und Cannabis. Eine vergleichende kriminologische und normative Analyse, Baden-Baden 2023.
- Mitsch, Wolfgang*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, Berlin, Heidelberg 1995.
- Nutt, David J./King, Leslie A./Phillips, Lawrence D.*, Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis, *The Lancet* 376 (2010), S. 1558–1565.
- Patzak, Jörn/Volkmer, Mathias/Fabricius, Jochen (Hrsg.)*, Betäubungsmittelgesetz. Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung, Arzneimittelgesetz, Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz, Anti-Doping-Gesetz, Grundstoffüberwachungsgesetz, 10. Auflage, München 2022 (zit.: Bearbeiter, in: Patzak/Volkmer/Fabricius BtMG).
- Schäfer, Carsten/Paoli, Letizia*, Drogenkonsum und Strafverfolgungspraxis. Eine Untersuchung zur Rechtswirklichkeit der Anwendung des § 31a BtMG und anderer Opportunitätsvorschriften auf Drogenkonsumentendelikte, Freiburg im Breisgau 2006.

- Schneider, Miriam/Hoch, Eva/Simon, Roland/Pfeiffer-Gerschel, Tim/Kraus, Ludwig/Häuser, Winfried/Lutz, Beat*, Cannabis, Cannabinoide und das Endocannabinoidsystem, in: Hoch, Eva/Friemel, Chris Maria/Schneider, Miriam (Hrsg.), Cannabis: Potenzial und Risiko – Eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme, Berlin, Heidelberg 2019, S. 1–36 (zit.: Schneider/Hoch/Simon u.a., in: CaPRis-Studie).
- Seitz, Nicki-Nils/John, Lea/Atzendorf, Josefine/Rauschert, Christian/Kraus, Ludwig*, Kurzbericht Epidemiologischer Suchtsurvey 2018. Tabellenband: Alkoholkonsum, episodisches Rauschtrinken und Hinweise auf Konsumabhängigkeit und -missbrauch nach Geschlecht und Alter im Jahr 2018, München 2019.
- Simon, Roland*, Prohibition, Legalisierung, Dekriminalisierung: Diskussion einer Neugestaltung des Cannabisrechts, Sucht 62 (2016), S. 43–50.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)*, World Drug Report 2022. Booklet 2: Global overview. Drug demand, drug supply, Wien 2022.
- Volkow, Nora D./Baler, Ruben D./Compton, Wilson M./Weiss, Susan R.*, Adverse health effects of marijuana use, The New England journal of medicine 370 (2014), S. 2219–2227.
- Volkow, Nora D./Han, Beth/Einstein, Emily B./Compton, Wilson M.*, Prevalence of Substance Use Disorders by Time Since First Substance Use Among Young People in the US, JAMA Pediatrics 175 (2021), S. 640–643.
- Weber, Klaus/Kornprobst, Hans/Maier, Stefan*, Betäubungsmittelgesetz. Arzneimittelgesetz, Anti-Doping-Gesetz, Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz: Kommentar, 6. Auflage, München 2021 (zit.: Bearbeiter, in: Weber/Kornprobst/Maier BtMG).
- World Health Organization*, Global status report on alcohol and health 2018, Geneva 2018.

ERGEBNISSE DER ARBEITSGRUPPEN DES 44. STRAFVERTEIDIGERTAGES

Berlin, 14. Mai 2023

AG 1: VERTEIDIGUNG IN GROSSVERFAHREN

Die Bearbeitung von Großverfahren ist für alle Verfahrensbeteiligten eine große Herausforderung. Unmengen an Akten, Beweismitteln und Daten müssen ausgewertet werden. Dies zu bewerkstelligen setzt personelle, fachliche, technische und finanzielle Ressourcen voraus, die oft nicht vorhanden sind. Ohne Selektion ist ein Umfangsverfahren nicht zu bearbeiten. Hier kann zukünftig der Einsatz von künstlicher Intelligenz hilfreich sein, wobei sie auch mit erheblichen Gefahren verbunden ist.

Die Verteidigung muss finanziell ausreichend ausgestattet werden, um nicht nur selbst genug Zeit für die Verteidigung aufbringen zu können, sondern auch Steuerberater*innen, Wirtschaftsprüfer*innen, IT-Expert*innen, Assistent*innen, Dolmetscher*innen, Privatdetektive und andere Personen beauftragen zu können. Gleiches gilt für die Anschaffung von Hard- und Software. Auf Basis der gesetzlichen Gebühren ist dies alles undenkbar. Das bisherige System der Pauschgebühren hat sich vor dem Hintergrund der restriktiven Bewilligungspraxis der Oberlandesgerichte als völlig ungenügend erwiesen. Hier ist der Gesetzgeber aufgefordert, die Verteidigung finanziell deutlich besser auszustatten. Ansätze könnten zum Beispiel zusätzliche Verteidigerpauschalen in Abhängigkeit zu der Seitenanzahl der Ermittlungsakte und der Beweismittelordner, des Umfangs digitaler Daten, der Menge an sonstigen Beweismitteln, der Anzahl der eingesetzten Ermittlungsbeamten*innen und die Dauer des Ermittlungsverfahrens sein.

Die Chancengleichheit erfordert es, dass die Verteidigung vergleichbar gut ausgestattet ist wie die Ermittlungsbehörden. Wenn in einem Großverfahren dutzende Ermittlungsbeamte*innen über teils Jahre nur ein Ermittlungsverfahren bearbeiten, müssen auch der Verteidigung vergleichbare Mittel zur Verfügung gestellt werden.

Für die Beschuldigten bedeutet ein Großverfahren mit teils hundert Hauptverhandlungstagen, einer jahrelangen Verfahrensdauer in mehreren Instanzen und erheblichen Verteidigungskosten eine Belastung, der die wenigsten gewachsen sind. Selbst ein Freispruch oder eine Verfahrenseinstellung können die bereits eingetretenen Folgen oft nicht mehr umkehren. Der Druck zur Kooperation und damit verbundenen Abkürzung des Verfahrens ist vor diesem Hintergrund erheblich. Hier könnte über die Einführung von Höchstfristen für die Dauer des Ermittlungsverfahrens und der Hauptverhandlung, eine richterliche Vorprüfung vor der Einleitung von Ermittlungen und eine pauschale Entschädigung von Beschuldigten für die Belastung durch das Ermittlungsverfahren an sich für den Fall eines späteren Freispruchs oder einer späteren Einstellung nachgedacht werden.

AG 3: KÜNSTLICHE INTELLIGENZ IM STRAFVERFAHREN

1. Als Künstliche Intelligenz bezeichnet man wissensbasierte Systeme, die ihre Umwelt analysieren und mit einer gewissen Autonomie agieren können; nicht jede Aktion des Programms ist vorherdefiniert. Die Zuführung von Informationen, die Programmierung der Algorithmen und das Deep Learning innerhalb der künstlichen neuronalen Netzwerke muss ethischen Grundsätzen wie Fairness, Transparenz, Nachvollziehbarkeit, Rechenschaftspflicht, Verantwortung in digitalen Räumen, Vorrang menschlicher Aufsicht, gesellschaftlichem Wohlergehen, Nichtdiskriminierung und Schutz von Privatsphäre genügen.

2. Künstliche Intelligenz lässt sich im Wesentlichen aufteilen in schwache und starke KI, Machine Learning (ML) und Deep Learning (DL), die bereits heute alltagstauglich eingesetzt wird. Zukünftig wird KI in allen Stadien des Strafverfahrens Anwendung finden und anwaltliche Tätigkeit ausfüllen oder ersetzen. Denkbar ist die Vorhersage von Gerichtsentscheidungen ebenso wie die rechtliche Einordnung

von Sachverhaltsschilderungen. Die Anwaltschaft kann Mandanten KI-Chatbots zur Mandantenkommunikation ebenso bereitstellen wie Systeme im Bereich KI Compliance Managementsystem oder zur automatisierten Dokumentenklassifizierung, Distribution und Archivierung. Risikoanalysen, Reportings und Prognosen werden zukünftig durch KI geleistet.

3. Die – zur Sicherung der Freiheitsrechte der Bürger – mit dem reformierten Strafprozess etablierten wesentlichen Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, aber auch das Recht auf den gesetzlichen Richter und das Akkusationsprinzip werden seit Jahren durch behördliche Ziele der »Praktikabilität« und »Arbeiterledigung« ersetzt. Die polizeiliche Selektion und ihre aktenmäßige Darstellung bilden die Grundlage richterlicher Entscheidungsfindung. Der (bislang unkontrollierte) Einsatz künstlicher Intelligenz vereinfacht den Transfer polizeilicher Wertungen in die richterliche Entscheidungsfindung; das »Technikvertrauen« in die vermeintliche Objektivität und Unfehlbarkeit von polizeilichen KI-Systemen birgt die Gefahr einer zukünftigen »Verurteilungsmaschinerie« anstelle der strafprozessualen Freiheitssicherung. Ziel des Einsatzes von KI müssen gute Programme sein, die bei Entscheidungen unterstützen und einen Mehrwert im Hinblick auf die freiheitssichernde Funktion der StPO auf der Suche nach der forensischen Wahrheit bieten. KI darf nicht dazu dienen, eine schnellere, effizientere Verurteilungsmaschinerie zu schaffen.

4. Ermittlungsbehörden und Gerichte nutzen Künstliche Intelligenz bereits seit Jahren in den Bereichen der Beweiserhebung, Beweisbewertung und bei der Entscheidungsfindung, insbesondere in den Schwerpunktstaatsanwaltschaften. Der flächendeckende Einsatz zur Büro- und Verfahrensunterstützung wie der Elektronische Gerichtssaal mit vollständiger automatisierter Protokollerfassung, Personenidentifizierung, Televernehmung und virtueller Tatortbegehung, aber auch ein Strafanzeigenchatbot mit (straf-)rechtlicher Einordnung von Bürgerfragen ist bereits mit Teilprojekten erprobt.

5. Die Zertifizierung und Kontrolle von KI-Systemen als Konformitätsprüfung von neuen Systemen i.S.d. KI-VO-Entwurfs klassifiziert die verschiedenen Risiken der KI-Systeme (KI-Systeme mit

unannehmbaren, mit hohem, mit geringem oder mit minimalem Risiko). KI-Systeme zu Zwecken der Strafverfolgung gelten als Hochrisiko-Systeme, insbesondere solche die bestimmungsgemäß von Strafverfolgungsbehörden für individuelle Risikobewertungen natürlicher Personen, als Lügendetektoren, zur Aufdeckung von Deep-Fakes, zur Verlässlichkeit von Beweismitteln, zur Erstellung von Profilen oder zu Durchsuchung komplex verknüpfter und unverknüpfter Datensätze verwendet werden sollen. Die Zertifizierung von KI-Systeme als »Gütesiegel« hat eine verstärkende Schutzfunktion für Bürgerrechte und einen Einfluss auf etwaige Gesetzgebungsprozesse.

6. Im Bereich der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr werden bereits heute Softwaretools eingesetzt, die unter den Begriff der KI zu subsumieren sind (insbesondere Verfahren des maschinellen Lernens). Dabei werden auf der Grundlage großer Datenmengen neuronale Netzwerke trainiert. Die Verwendung von KI-Systemen im Bereich der Strafverfolgung erfolgt bislang unreguliert und unüberwacht. Eine Vielzahl von KI-Anwendungen, die im Bereich der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr in Betracht kommen oder bereits im Einsatz sind, ist aber mit der Verarbeitung personenbezogener Daten und damit mit Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Aus Datenschutzsicht muss die Einhaltung der allgemeinen Datenschutzgrundsätze als unabdingbare Voraussetzung für den datenschutzrechtlich zulässigen Einsatz von KI gewährleistet werden. Der Einsatz von KI darf ebenso eine effektive Ausübung der Betroffenenrechte nicht schmälern. KI muss durch Datenschutzaufsichtsbehörden umfassend kontrolliert werden können und dem Einsatz von KI muss eine umfassende Datenschutz-Folgenabschätzung vorangehen.

AG 4: SUSPEKTE BEWEISMITTEL

Die Arbeitsgruppe 4 hat sich mit neuen und alten, aber nicht klassischen Beweismethoden als suspekten Beweismitteln beschäftigt. Im Fokus standen das Mantrailing, die 3D-Simulation und das Super-Recognizing.

Durch die vermehrte Entwicklung von neuen Methoden, die der Gewinnung von Beweismitteln oder selbst als Beweismittel die-

nen soll, ergibt sich das Problem bzw. die Fragestellung, ob es sich dabei um ein »suspektes Beweismittel« handelt. Suspekt, also zweifelhaft sind die dargestellten Beweismethoden – und die berechtigten Zweifel spielen bei der Beweismittelwürdigung im Sinne des § 261 StPO eine wesentliche Rolle –, weil man bei diesen Beweismitteln nicht weiß und nicht feststellen kann, woher das Beweisergebnis eigentlich kommt und die Beweismittel einer vollständigen Reproduktion häufig nicht zugänglich sind. Dabei fällt auf, dass vor allem Polizeibeamt*innen und Ermittlungspersonen vermehrt eine Rolle als Sachverständige bzw. sachverständige Zeugen (z.B. als Superrecognizer oder Hundeführer*in) zukommen soll und im Rahmen der Beweisaufnahme dann Beweisergebnisse darlegen, ohne den Weg des Erkenntnisgewinns wiederzugeben (können). Doch wie tauglich sind solche Beweismittel?

Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zeigt in verschiedenen Entscheidungen (z.B. BGH 5 StR 41/18; 5 StR 151/14 u.a.), dass derzeit eine kritische Unterstützung durch die Justiz nicht zu erwarten ist. Zuletzt gab es eine tiefgreifende Auseinandersetzung des Bundesgerichtshofs nur zum Beweismittel des Lügendetektors (BGHSt 44, 308). Die gesetzlichen Grundlagen für den Strafprozess regeln die Klassifizierung von Beweismitteln nicht, vielmehr sieht der Gesetzgeber derzeit eher eine Aufweichung – § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO.

Daher fordern wir eine kritische Überprüfung der suspekten Beweismittel.

Auf rechtspolitischer Ebene bedeutet dies: neue Beweismittel und Methoden müssen geprüft werden. Dies kann beispielsweise durch einen forensischen Beirat erfolgen, der sich aus Richter*innen, Wissenschaftler*innen und weiteren Beteiligten zusammensetzt und an den Daubert-Standard orientiert. Es sind Kriterien festzulegen, nach denen das Beweismittel zu überprüfen sind. Eine Orientierung an den Daubert-Standard erscheint sinnvoll, zumindest ein guter Ansatz zu sein. Danach sind wenigstens vier Kriterien zu berücksichtigen: Verifizierung/Falsifizierung der Methode, Veröffentlichung und peer-review, bekannte Unsicherheiten der Methoden, Anerkanntheit der Methode.

Im Verteidiger*innenalltag sollte der/dem motivierten Strafverteidiger*in die Subjektivierung von Beweismitteln durch Bewertung von Ermittlungspersonen bekannt sein und erkannt werden. Es ist eine kritische Überprüfung durch die Verteidigung sowohl im Ermittlungsverfahren als auch in der Beweisaufnahme gefragt. Insbesondere ist die Qualifikation der Ermittlungsbeamt*innen zu hinterfragen und durch geeignete Beweisanträge die Hilfe von Wissenschaft und »qualifizierten« Sachverständigen einzuholen.

AG 5: DOKUMENTATION DES STRAFVERFAHRENS

Der Strafverteidigertag unterstützt den Entwurf der Bundesregierung zur Dokumentation der Hauptverhandlung.

Die von den Kritiker*innen vorgebrachten Bedenken, die Dokumentation würde die Wahrheitsfindung im Erkenntnisverfahren beeinträchtigen, insbesondere das Aussageverhalten von Zeug*innen beeinflussen, erscheinen vorgeschoben. Sie widersprechen zudem dem heutigen Stand der Wissenschaft zur Wahrnehmung der Gedächtnisleistung.

Zusammengefasst dient die wortgetreue technische Dokumentation des strafgerichtlichen Hauptverfahrens der Objektivierung und Verbesserung der Beweisaufnahme, der besseren Sachaufklärung, der Vorbeugung von Fehlern und Machtmissbrauch und damit der Wahrheitsfindung im Strafprozess.

Wo der Staat in die Freiheit der Bürger eingreift, darf Kontrolle anhand objektiver Dokumentation nicht fehlen.

AG 6: STRAFBEFEHLSVERFAHREN

- Die Vorschrift § 411 Abs. 2 S. 2 StPO (»§ 420 ist anzuwenden.«) sollte ersatzlos gestrichen werden.
- Der Antrag auf Erlass eines Strafbefehls soll ein Fall der notwendigen Verteidigung sein und in § 140 StPO aufgenommen werden
- Hilfsweise: Beratungsgutschein beigefügt zum SB für anwaltliches Beratungsgespräch auf Kosten der Landeskasse
- Die Wirksamkeit der Zustellung bedarf einer Rückmeldung durch

- den Beschuldigten; eine Ersatzzustellung gibt es bei SB nicht
- Der Einspruch gg. einen Strafbefehl wird durch eine aktive Zustimmung ersetzt
- Hilfsweise: Die Einspruchsfrist gegen Strafbefehle soll verlängert werden
- Erkenntnisse zu Sprachkundigkeit und psych. Gesundheit sind zu dokumentieren
- Die Vollstreckung der EFS aufgrund von Strafbefehlen soll abgeschafft werden

Hilfsweise: Vor Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe soll zwingend eine richterliche Anhörung und Anordnung stattfinden, die EFS soll bei Zahlungsunfähigkeit bis zu drei Jahre zurückgestellt werden können

- Die AG 6 fordert Entkriminalisierung insbes. des § 265a StGB, Erwerb und Besitz geringer Menge BtM jedweder Art, Ladendiebstahl bis zur Grenze der Geringfügigkeit aus § 248a StGB
- In der Strafverfolgungsstatistik sollten SB und Urteile ieS unterteilt werden. Desweiteren sollten nicht nur Wiederaufnahmeanträge erfasst werden, sondern differenziert werden nach zulässigen/begründeten/ erfolgreichen WA-Anträgen
- Die AG 6 spricht sich gegen die von der Justizministerkonferenz im November 2022 empfohlene Ausweitung des Strafbefehlsverfahrens aus.

AG 7: DIE LEGALISIERUNG DES UMGANGS MIT CANNABIS

1. Die AG begrüßt es, dass die Regierung aus SPD, Grünen und FDP sich der Problematik der Strafbarkeit des Konsums und Besitzes von Cannabis angenommen hat.
2. Allerdings sind die bisher bekannten Entwürfe des Gesetzes zur Legalisierung des Besitzes von Cannabis zum Eigenkonsum unzulänglich. Sie enthalten so viele in sich widersprüchliche und nicht kontrollierbare Vorgaben an die Konsumierenden, dass sie in der bisherigen Form abzulehnen sind.

3. Die Subtexte der Gesetzentwürfe enthalten die Etikettierung von Konsumierenden als besonders gefährliche Bürger, deren Genussgewohnheiten nur durch besonders restriktive Regelungen in Zaum gehalten werden können.
4. Der Besitz von Cannabis zum Eigenkonsum ist ohne Einschränkung straflos zu stellen.

RECHTSPOLITISCHE THESEN DES 44. STRAFVERTEIDIGERTAGES

Vom 12. bis 14. Mai 2023 haben mehr als 850 Strafrechtsexpert*innen – Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger, Vertreter*innen der Wissenschaft und der Justiz – über aktuelle Entwicklungen im Straf- und Strafprozessrecht beraten.

Die Tagung hat per Mehrheitsabstimmung im Plenum beschlossen, folgende Thesen und Forderungen aufzustellen, die als derzeit besonders drängend angesehen werden.

Vorab:

Das Straf- und Strafprozessrecht wird als in vielen Bereichen dringend reformbedürftig angesehen. Die Strafrechtspolitik der vergangenen anderthalb Jahrzehnte diene einseitig der Verkürzung, Beschleunigung und sog. ›Effektivierung‹ des Strafprozesses – mit mäßigem Erfolg, was die Entlastung der Justiz angeht, dafür aber mit tiefgehenden Einschnitten in die Beschuldigtenrechte und einer Verschärfung sozialer Ungleichheiten im Strafprozess. Gerade, wo es um Strafe geht, die allzu oft zerstörerisch wirkt, sind Objektivität, genaue Sachverhaltsaufklärung und Gewissenhaftigkeit wichtiger, als eine schnelle und kostengünstige Erledigung. Eine Entlastung der Justiz kann anders erreicht werden.

Die folgenden Reformvorschläge werden vor diesem Hintergrund als besonders dringlich angesehen:

1. VOLLSTÄNDIGE DOKUMENTATION DER STRAFGERICHTLICHEN HAUPTVERHANDLUNG

Der Strafverteidigertag begrüßt den Entwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Einführung einer verpflichtenden audio-visuellen Dokumentation der Hauptverhandlung.

Die Notwendigkeit nach einer vollständigen Dokumentation ergibt sich bereits aus dem unverzichtbaren Ziel des Strafprozesses – der Suche nach materieller Wahrheit (BVerfGE 133 168 [199]). Das Bundesverfassungsgericht sieht es als gerichtliche Pflicht an, »die bestmögliche Erforschung der materiellen Wahrheit« zu gewährleisten. Dies kann nur gelingen, wenn die Wahrheit der Beweisaufnahme objektiv gesichert ist und sich die Entscheidungsfindung nicht alleine den subjektiven Eindrücken von selbiger entspringt. Die Qualitätssicherung der Beweisaufnahme bleibt zugleich ineffektiv, wenn sie zwar Zeugen zur Wahrheit ermahnt, deren Aussagen indes für die Verfahrensbeteiligten nicht wahrheitsgetreu festhält.

Derzeit aber werden ausgerechnet in Strafverfahren die Inhalte der Beweisaufnahme nicht festgehalten. Weder die Aussagen von Beschuldigten noch Zeugen oder Sachverständigen sind am Schluss der Beweisaufnahme objektiv reproduzierbar; nicht selten aber kommt es auf den exakten Wortlaut einer Aussage an. Die wortgetreue technische Dokumentation beugt der Gefahr einer unvollständigen, weil notwendig verkürzten Inhaltsnotiz vor, die eine Ursache von Fehlurteilen ist.

Ersparen würde die technische Dokumentation nicht nur die fehlerbehaftete – Inhaltsmitschrift durch die Verfahrensbeteiligten. Die exakte technische Dokumentation würde auch den in unzähligen Verfahren geführten Streit über den genauen tatsächlichen Inhalt einer bereits erfolgten Aussage obsolet machen; sie würde es der Verteidigung auch ersparen, auf die Protokollierung bestimmter Beweisergebnisse und Aussagen per Antrag zu bestehen. Dem Gericht ermöglichte sie umgekehrt eine von der Not gleichzeitiger Protokollierung ungetrübte Konzentration auf die Beweisaufnahme.

Zusammengefasst dient die wortgetreue technische Dokumentation des strafgerichtlichen Hauptverfahrens der Objektivierung und

Verbesserung der Beweisaufnahme, der besseren Sachaufklärung, der Vorbeugung von Fehlern und Machtmissbrauch und damit der Wahrheitsfindung im Strafprozess.

Der vom Bundesministerium der Justiz vorgelegte Entwurf einer Regelung wird daher vom Strafverteidigertag begrüßt.

2. VERPFLICHTENDE DOKUMENTATION DES ERMITTLUNGSVERFAHRENS UND INSBESONDERE POLIZEILICHER ERMITTLUNGSMASSNAHMEN

Die mangelnde Dokumentation von Ermittlungshandlungen – fehlende, falsch, unvollständig, verzerrend zusammengefasste oder wertend protokollierte Vernehmungen – sind eine zentrale Fehlerquelle im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.

Polizeiliche Vernehmungen – ob von Zeugen oder Beschuldigten – werden in der Regel nicht aufgezeichnet, auch wenn das Gesetz die (audio-visuelle) Dokumentation nicht ausschließt. Vielmehr werden polizeiliche Vernehmungen und die dort gemachten Aussagen im Normalfall von den Vernehmungsbeamten selbst durch Mitschriften oder Diktat festgehalten und in einem anschließenden Protokoll zusammengefasst bzw. – wie es auch heißt – »konsekutiv zusammenfassend paraphrasiert«. Diese geradezu archaische Dokumentations-technik verleiht dem Vernehmungsbeamten eine unangemessene Definitions-macht über den Inhalt des Vernehmungsprotokolls. Sie hat zur Folge, dass vielfach Fragen nicht wortgetreu, sondern vereinfacht protokolliert werden, Vorhalte im Protokoll gar nicht oder nur durch den Hinweis »auf Vorhalt« gekennzeichnet werden, ohne dass der Inhalt des Vorhaltes nachvollziehbar wird und schließlich dass die Antworten der befragten Personen in einer zusammenfassenden und paraphrasierenden Form, mithin nur selektiv protokolliert werden.

Die Einführung einer verpflichtenden Dokumentation auch im Ermittlungsverfahren ist im Koalitionsvertrag vorgesehen. Auch wenn eine gesetzliche Regelung schwieriger erscheint, als die der Dokumentation der Hauptverhandlung, sieht der Strafverteidigertag die Notwendigkeit, die technische Dokumentation polizeilicher Ermittlungshandlungen *ab dem Zeitpunkt des ersten Hinweises auf eine mögliche Straftat* verpflichtend zu regeln und die Hoheit über die

Ermittlungs»wahrheit« nicht alleine und ohne Kontrollmöglichkeit den ermittelnden Beamten zu überlassen.

In Zeiten, in denen praktisch jeder ein mobiles Endgerät in der Tasche mit sich herumträgt, das in der Lage ist, Aufzeichnungen in HD-Qualität zu fertigen, ist nicht zu erklären, warum ausgerechnet polizeiliche Vernehmungen und Ermittlungshandlungen nicht wenigstens akustisch aufgezeichnet werden. Dies sollte die gesamte Kommunikation mit Zeugen und Beteiligten ab dem ersten Verdacht einer Straftat umfassen, also auch Spontanäußerungen von Zeugen oder Einlassungen von Tatverdächtigen außerhalb formeller Vernehmungen (bspw. im Polizeifahrzeug). Nichtdokumentierte Äußerungen sollten einem Verwertungsverbot unterliegen.

3. GESETZLICHE REGELUNG DES EINSATZES SOG. V-PERSONEN

Der Einsatz privater (sog. V-Personen) zu strafrechtlichen Ermittlungen stößt seit jeher auf verfassungsrechtliche Bedenken. Auch wo keine Anstiftung zu dann verfolgten Straftaten erfolgt, greift der V-Personeneinsatz regelhaft ein in:

- das informationelle Selbstbestimmungsrecht
- die Unverletzlichkeit der Wohnung
- den Anspruch auf ein faires Verfahren
- und letztlich unmittelbar die Menschenwürde.

Eine gesetzliche Regelung ist schon von daher unabdingbar und kann dauerhaft nicht mit Verweis auf die Vertrauenswürdigkeit der Ermittlungsbehörden abgetan werden.

Mit der Verwendung sog. V-Personen erteilt der Staat diesen zugleich das Vertrauen, ohne, dass es eine gesetzliche Grundlage für die Erteilung von Vertraulichkeiten gäbe.

In der gegenwärtigen Praxis werden sowohl Aussagen zur Identität der V-Personen, über deren Hintergrund und mögliche Motivation, als auch über die materielle oder sonstige Gegenleistung für die Hilfsdienste den übrigen Verfahrensbeteiligten verweigert. Weder das Gericht noch erst Recht die Verteidigung der oder des Beschuldigten haben die Möglichkeit der Konfrontation oder überhaupt der Überprüfung der Aussagen einer V-Personen und ihres Kontextes. Die wild

wuchernde V-Personenpraxis ist daher dringend rechtlich zu regeln.

Wenn diese Regelung nicht idealerweise den Einsatz privater zu strafrechtlichen Ermittlungen grundsätzlich untersagt, so sollte sie als Minimum neben einem Katalog der Delikte, bei denen der Einsatz von V-Personen überhaupt als Ermittlungsmethode zulässig ist, einem Richtervorbehalt und einer zeitlichen Begrenzung der Maßnahme den Ermittlungsbehörden die Pflicht zur umfänglichen Dokumentation der Maßnahmen auferlegen. Insbesondere Vereinbarungen und Gewährleistungen hinsichtlich materieller und immaterieller Vorteile für den jeweiligen Einsatz sind vollständig aktenkundig zu machen.

Für die TATPROVOKATION als Teil der V-Personenpraxis kann eine gesetzliche Regelung hingegen nur ein vollständiges Verbot der Praxis bedeuten. Eine Tatprovokation, die nicht rechtsstaatswidrig ist, kann es aus Sicht des Strafverteidigertages nicht geben.

4. VERTEIDIGER*IN DER ERSTEN STUNDE - DEN ZUGANG ZUM RECHT STÄRKEN

Notwendige Verteidigung bezeichnet die Mitwirkung eines Verteidigers zur Sicherung eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Die effektive Wahrnehmung seiner Rechte ist für einen Beschuldigten am schwersten in der Situation, wo er erstmals, häufig für ihn überraschend mit einem Tatvorwurf konfrontiert wird. Vor der ersten polizeilichen Vernehmung ist in Fällen der notwendigen Verteidigung die Bestellung eines Verteidigers notwendiger als in der Situation, in der er einer neutralen Instanz – sprich: einem Richter – vorgeführt wird. Es ist ein Systembruch, dass in Fällen der notwendigen Verteidigung, die der Beschuldigte generell unabhängig von seinem Willen erfährt, in der für ihn kritischsten Situation der ersten Konfrontation mit den Ermittlungsbehörden, die Notwendigkeit zu seiner Disposition gestellt sein soll und er einen vom Gesetz als notwendig angesehenen Verteidiger nur auf Antrag bekommt. Es ist ein strafprozessualer Systembruch, dass dem Beschuldigten in einer Situation, in der er rein passiv zu dulden hat, nämlich bei der Gegenüberstellung, ein Verteidiger beizuordnen ist, dies aber nicht gelten soll, wenn er bei einer Vernehmung aufgefordert ist, sich zwischen Mitwirkung und dem Schweigerecht zu entscheiden.

Wir fordern daher die rasche Umsetzung des im Koalitionsvertrag vorgesehenen zwingend beizuordnenden Verteidiger vor der ersten polizeilichen Vernehmung.

Die Qualifizierung der Verteidiger*in und die Gleichmäßigkeit ihrer Auswahl durch Polizei und Gerichte ist gesetzlich zu regeln.

5. NEUGESTALTUNG DES STRAFBEFEHLSVERFAHRENS

Das Strafbefehlsverfahren als vereinfachte Verfahrenserledigung darf nicht alleine der Hoheit von Polizei und Staatsanwaltschaft unterliegen. In seiner jetzigen Ausgestaltung ist das Strafbefehlsverfahren eine Ursache für die überhohe Zahl an verhängten Ersatzfreiheitsstrafen. Es ist davon auszugehen, dass bei einem ganz erheblichen Teil der rechtskräftig gewordenen Strafbefehle von der Möglichkeit eines Einspruchs nicht unter bewusstem Verzicht auf das damit verbundene rechtliche Gehör, sondern aus anderen, davon völlig unabhängigen, oftmals dem Angeklagten nicht einmal zurechenbaren Gründen abgesehen wird – i.d.R., weil ein zugestellter Strafbefehl und dessen Tragweite nicht verstanden werden.

Der Strafverteidigertag fordert daher eine Reform des Strafbefehlsverfahrens:

1. Die Festsetzung der Tagessatzhöhe muss die Erforschung der wirtschaftlichen Verhältnisse voraussetzen. Die derzeit als Verwaltungsvorschrift gefasste Pflicht zur Aufklärung gem. Nr. 14 RiStBV reicht offenkundig nicht aus.
2. Der Erhalt des Strafbefehls muss ebenso zwingend sichergestellt werden, wie die Zugänglichmachung in einer den Beschuldigten verständlichen Sprache.
3. Urteile gegen unverteidigte, rechtsunkundige Beschuldigte darf es nicht geben In Strafbefehlsverfahren ist daher von einem Fall notwendiger Verteidigung auszugehen.
4. Verurteilungen aufgrund von Fristablauf und ohne richterliches Gehör sind eines Rechtsstaates unwürdig. Rechtskraft dürfen Strafbefehle daher nur erlangen, wenn den Beschuldigten zuvor richterliches Gehör gewährt wurde oder mit anwaltlicher Vertretung ausdrücklich der Verzicht auf ein mündliches Verfahren erklärt wurde.

6. ENTKRIMINALISIERUNG VON BAGATELLEDELIKTEN

Eine erhebliche Entlastung der Strafjustiz ist auf denkbar einfachste Weise zu erreichen: durch die Entkriminalisierung von Bagatelldelikten.

Die strafrechtliche Verfolgung von Bagatelldelikten wirft prinzipiell die Frage nach der Verhältnismäßigkeit strafrechtlicher Sanktion auf, da das (oft gleichwohl zweifelhafte) Unrecht fast durchgängig mit milderem Mitteln sanktioniert und wieder gutgemacht werden kann.

Am prominentesten ist hier das sog. Erschleichen von Leistungen gem. § 265a StGB – zumeist die sog. Beförderungsererschleichung – zu nennen. Auch kleine Eigentums- und Vermögensdelikte bedürfen keiner strafrechtlichen Sanktion (§§ 248 a bis c StGB (Diebstahl geringwertiger Sachen, unbefugter Gebrauch eines KfZ, Entziehung von elektr. Energie). Jede Verurteilung wegen Ladendiebstahls und Unterschlagung geringwertiger Sachen (§§ 242, b, 246, 263 StGB), wegen Schwarzfahrens (§ 265a StGB) oder dem Konsum von Freizeitdrogen führt die Rede vom ›Strafrecht als Ultima Ratio‹ ad absurdum.

Weil die strafrechtliche Verfolgung solcher Bagatelldelikte sich überwiegend gegen ohnehin sozial abgehängte ›Tätergruppen‹ richtet, handelt es sich in der Regel um eine Bestrafung der Armen. Denn Bagatelldelikte entstehen i.d.R. aus Armut, die sie nur weiter verschärfen, und lähmen mit der schieren Masse an Verfahren die Strafjustiz. Sie gehören entkriminalisiert.

7. ZUR ANORDNUNG DER EINZIEHUNG VON WERTERSATZ BEI JUGENDLICHEN

Die Anordnung der Einziehung von Wertersatz im Erkenntnisverfahren muss bei Anwendung des Jugendstrafrechts im Ermessen des Gerichts liegen.

Nach der ersatzlosen Streichung der sog. Härtefallklausel des § 73c StGB a.F., die es ermöglichte, im Erkenntnisverfahren von der Vermögensabschöpfung (damals: „Verfall“) abzusehen, soweit „der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden“ war, entbrannte in Rechtsprechung und Literatur ein Meinungsstreit darüber, ob in den Fällen, in

denen das durch die Tat Erlangte zum Urteilszeitpunkt nicht mehr im Vermögen eines Jugendlichen oder Heranwachsenden vorhanden war, die Anordnung über die Einziehung von Wertersatz nach § 73c StGB n.F. im Ermessen des Tatgerichts stehe. Für ein solches Ermessen auf Anordnungsebene wurde vor allem angeführt, dass die Belastung eines Jugendlichen mit aktuell nicht erfüllbaren Zahlungsverpflichtungen der Resozialisierung des Jugendlichen entgegensteht und deshalb dem gesetzgeberischen Ziel der Spezialprävention und letztendlich dem Erziehungsgedanken widerspricht. Nachdem der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs dieser Argumentation beigetreten war, entschied der Große Senat des Bundesgerichtshofs im Januar 2021 diese bis dahin strittige Rechtsfrage dahingehend, dass die Anordnung der Einziehung von Wertersatz nicht im Ermessen des Tatgerichts stünde; die (Wertersatz-)Einziehung sei auch in Fällen der Entreicherung des betroffenen Jugendlichen zwingend anzuordnen: Der Gesetzgeber habe ersichtlich die unbeschränkte Geltung des Vermögensabschöpfungsrechts auch im Jugendstrafrecht beabsichtigt; dem Erziehungsgedanken widersprechende Ergebnisse könnten über § 459g Abs. 5 StPO im Vollstreckungsverfahren korrigiert werden.

Diese nachfolgend weithin kritisierte Entscheidung des Großen Senats zementierte einen kaum hinnehmbaren Rechtszustand, der seitdem immer noch andauert und die Resozialisierung straffällig gewordener Jugendlicher und Heranwachsender massiv behindert. Der Verweis des Großen Senats auf § 459g Abs. 5 StPO geht an der Rechtsanwendungspraxis und dem von JGG zentral verfolgten Erziehungsgedanken völlig vorbei: § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO wurde kurz nach der Entscheidung dahingehend geändert, dass die Entreicherung des Einziehungsbetroffenen gerade nicht mehr im Regelfall, sondern nur noch in Ausnahmefällen zum Absehen von der Vollstreckung der Einziehungsentscheidung führen soll. Außerdem entlastet ein Absehen von der Vollstreckung nach § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO die betroffenen Jugendlichen und Heranwachsenden nicht dauerhaft, sondern die Vollstreckung kann nach § 459g Abs. 1 Satz 2 StPO jederzeit wieder aufgenommen werden, wenn sich die wirtschaftliche Situation des Jugendlichen verbessert hat. Damit ist noch Jahre nach Rechtskraft der Verurteilung der Zugriff auf das Vermögen des Jugendlichen möglich. Dadurch wird den betroffenen Jugendlichen

oder Heranwachsenden aktuell und für die Zukunft der Anreiz genommen wird, durch legale Erwerbstätigkeit eigenes Geld zu verdienen, was evident dem vom Erziehungsgedanken getragenen gesetzgeberischen Ziel von Spezialprävention und Resozialisierung straffällig gewordener Jugendlicher und Heranwachsender widerspricht.

Es ist daher eine klarstellende Regelung im Jugendgerichtsgesetz zu fordern, nach der bei Anwendung des Jugendstrafrechts die Anordnung der Einziehung von Wertersatz im Erkenntnisverfahren im Ermessen des Gerichts steht.

AUTORINNEN & AUTOREN

Dr. Jörg Becker ist Strafverteidiger in Heidelberg.

Paula Benedict ist Mitarbeiterin am Fachbereich Rechtswissenschaften und der LAW CLINIC der Freien Universität Berlin.

Dr. Vyacheslav Bortnikov ist Mitarbeiter beim Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI).

Stefan Conen ist Strafverteidiger in Berlin und Geschäftsführer im Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen.

Prof. Dr. Robert Esser lehrt deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau.

Dr. Oliver Harry Gerson ist Habilitant am Lehrstuhl von Prof. Dr. Robert Esser an der Universität Passau und derzeit Lehrstuhlvertreter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin.

Prof. Dr. Kai-Uwe Goss ist Umweltchemiker und Geoökologe und leitet das Department Analytical Environmental Chemistry am Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung (UFZ) LEIPZIG.

Dr. Walther Graf ist Strafverteidiger in Köln mit dem Schwerpunkt des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts.

Dr. Alexander Heinze, LL.M. (TCD) ist Akademischer Rat a. Z. am Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht, Georg-August-Universität Göttingen.

Dr. Tobias Lubitz ist Strafverteidiger in Berlin und Lehrbeauftragter an der Ruhr-Universität Bochum.

Dr. Franziska Maubach ist akademische Mitarbeiterin am Institut für Kriminologie der Eberhard Karls Universität Tübingen

Prof. Dr. Anne Schneider lehrt deutsches, europäisches und internationales Strafrecht an der Heinrich Heine Universität Düsseldorf.

Sören Schomburg ist Strafverteidiger in Berlin mit dem Schwerpunkt des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts.

Julia Steinmetz ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Kriminalwissenschaften, Abteilung für ausländisches und internationales Strafrecht, Georg-August-Universität Göttingen.

Patrick Welke ist Strafverteidiger in Heidelberg.

