

Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen

Band 42

Räume der Unfreiheit

42. Strafverteidigertag
Münster, 2. - 4. März 2018

Deutsche Bibliothek - CIP Einheitsaufnahme
Räume der Unfreiheit
Texte und Ergebnisse des 42. Strafverteidigertages
Münster, 2. - 4.3.2018
[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]
- 1. Auflage - Berlin 2018
Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (SchrStVV), Band 42

ISBN 978 - 3 - 946889 - 05 - 2

1. Auflage 2018

Alle Rechte vorbehalten. Printed in Germany.

Die Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen wird herausgegeben von den
Strafverteidigervereinigungen

Redaktion & Verlag Thomas Uwer | Organisationsbüro

Fanny-Zobel-Str. 11

12435 Berlin

Inhalt

- S. 9 Dr. Frank Nobis
STRAFRECHT IN ZEITEN DES POPULISMUS
- S. 51 Dr. Thomas Galli
PLÄDOYER FÜR EINE NEUORDNUNG DES STRAFRECHTS MIT SANFTER
VERNUNFT
- S. 65 Dr. Katharina Bennefeld-Kersten
DIE HAFTANSTALT ALS GEFÄHRLICHER ORT
- S. 77 Prof. Dr. Frieder Dünkel
FREIHEITSSTRAFE – FÜR WEN?
- S. 123 Prof. Dr. Jörg Kinzig
DIE FÜHRUNGSAUFSICHT: GRUNDLAGEN, REFORMEN, EMPIRISCHE
ERKENNTNISSE UND NORMATIVE PROBLEME
- S. 157 Dr. Anne Ulrich
DIE »ELEKTRONISCHE FUSSFESSEL« IM RAHMEN DER FÜHRUNGSAUFSICHT
- S. 171 PD Dr. Christine Morgenstern
RISIKO - PRÄVENTION - PROGNOSE: IM ZWEIFEL KONTROLLE.
DAS BEISPIEL DER FÜHRUNGSAUFSICHT
- S. 207 Dr. Jan Oelbermann
FÜHRUNGSAUFSICHT AUS ANWALTLICHER SICHT
- S. 213 Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier
WANN? WIE HÄUFIG? WIE LANG?
EMPIRISCHE BEFUNDE ZUR VERHÄNGUNG UND VOLLSTRECKUNG DER
LEBENSlangen FREIHEITSSTRAFE
- S. 229 Dr. Tobias Müller-Monning
LEBENSlangE HAFT – MEDIUM ZUR VERGANGENHEITSBEWÄLTIGUNG
ODER ZUKUNFTSZERSTÖRER?
- S. 241 Simon Egbert
PREDICTIVE POLICING IN DEUTSCHLAND
GRUNDLAGEN, RISIKEN, (MÖGLICHE) ZUKUNFT
- S. 267 Dr. Uwe Ewald
DIGITALE BEWEISMITTEL UND NEUE WEGE DER STRAFVERTEIDIGUNG

- S. 323 Prof. Dr. Ralf Kölbl
ZU DEN JUGENDSTRAFRECHTLICHEN VERWERFUNGEN DURCH DEN AUSBAU
VON VERFAHRENS- UND ENTSCHÄDIGUNGS-RECHTEN DES VERLETZTEN
- S. 345 Prof. Dr. Sabine Swoboda
DER ERZIEHUNGSGEDANKE UNTER DRUCK
- S. 389 Prof. Dr. Marc Coester
KANN DER JUGENDVOLLZUG ERFOLGREICH ERZIEHEN UND STRAFEN?
- S. 401 OStA Dr. Martin Schacht
STRAFVERFAHREN GEGEN JUGENDLICHE UND HERANWACHSENDE
FLÜCHTLINGE – BISHERIGE ERFAHRUNGEN
- S. 415 Tim Burkert
ENTKRIMINALISIERUNG AUS VERTEIDIGERSICHT
- S. 429 RiAG Lena Dammann
ENTKRIMINALISIERUNG UND ENTRÜMPELUNG DES STRAFRECHTS – AUS SICHT
EINER AMTSRICHTERIN
- S. 433 Prof. Dr. Sebastian Scheerer
ENTRÜMPELUNG UND ENTKRIMINALISIERUNG
- S. 455 StA PD Dr. Jens Dallmeyer
REFORMBEDARF IM RECHT DER BEFANGENHEITSANTRÄGE,
BESETZUNGSRÜGEN UND BEWEISANTRÄGE?
- S. 465 RiLG Dr. Markus Löffelmann
NACH DER REFORM IST VOR DER REFORM: NOTWENDIGKEIT EINER
GESAMTNOVELLIERUNG DER StPO?
- S. 479 Prof. Dr. Robert Esser
NACH DER REFORM IST VOR DER REFORM
EIN BLICK AUF DAS ERMITTLUNGSVERFAHREN
- S. 501 Prof. Dr. Ingo Müller
DIE ENTSTEHUNG DER VERTEIDIGERKULTUR IN DEUTSCHLAND, IHRE
ZERSTÖRUNG UND IHRE LANGSAME RÜCKGEWINNUNG
- S. 521 ERGEBNISSE DES 42. STRAFVERTEIDIGERTAGES
- S. 535 AUTORINNEN & AUTOREN

Dr. Frank Nobis

STRAFRECHT IN ZEITEN DES POPULISMUS

I. EINLEITUNG

Unsere liberale Demokratie scheint wie die Siegerin im Wettstreit der Systeme, der noch die letzte Hälfte des 20. Jahrhunderts bestimmte. Und es lässt sich durchaus behaupten, dass unser liberaler Rechtsstaat aus heutiger Sicht trotz zahlreicher Widerstände und Rückschläge eine beeindruckende Erfolgsgeschichte geschrieben hat. Zufrieden blicken wir auf Jahrzehnte des Friedens und der Freiheit. Doch diese freiheitliche Ordnung, die das Individuum und dessen persönliche Rechte zum Ankerpunkt staatlichen Handelns erklärt, sieht sich von innen, aus sich selbst heraus bedroht: Ein Gespenst geht um, Populismus geistert durch die politische Landschaft. Die Demokratie erscheint angeschlagen. Demagogen und Agitatoren stürmen an die Spitze von Protestparteien und -bewegungen die politische Bühne und rütteln an den Grundfesten unserer rechtsstaatlich-demokratischen Ordnung. So in etwa lässt sich der Tenor aktueller politwissenschaftlicher Analysen zugespitzt zusammenfassen.

1. Populismus, Politik und Demokratie

Dieselben Analytiker attestieren aber nicht nur PEGIDA, AfD und Co., sondern auch dem Führungspersonal der etablierten Parteien immer wieder und immer häufiger populistisches Gebaren. Und tatsächlich scheint sich eine signifikante Ausbreitung von populistischen oder populistisch genannten Tendenzen in Parteilagern aller Couleure zu vollziehen.¹

¹ *Schmidt*, Populismus - Gefahr oder Chance für den demokratischen Verfassungsstaat?, 2009, S. 4

Darum soll es in meinen Vortrag heute Abend gehen. Ich möchte versuchen zu analysieren und Muster aufzuzeigen, durch welches verhängnisvolles Zusammenspiel verschiedenster Akteure in unseren Zeiten der Populismus das Strafrecht missbraucht und das rechtsstaatlich-liberale Strafverfahrensmodell zerstört wird und aus meiner Sicht in weiten Teilen bereits zerstört ist.

Zwar werden die in Presse und Wissenschaft als *Populismen* bezeichneten Phänomene kaum heterogen und oftmals auch überschießend dazu verwendet, in einer Art Generalanklage jeden politischen Gegner ins Abseits zu stellen, ihn pauschal abzukanzeln und als Gefährdung der bestehenden Ordnung zu brandmarken. Und auch politikwissenschaftlich und soziologisch sind Begriff und Inhalt des Populismus keinesfalls geklärt.²

Für hiesige Zwecke mag als kleiner Ausschnitt dieser in Teilen unterschiedlichen Definitionsversuche jedoch zunächst die einfache Definition des Dudens genügen. Dort heißt es:

»Populismus ist eine von Opportunismus geprägte volksnahe, oft demagogische Politik, die das Ziel hat, durch Dramatisierung der politischen Lage die Gunst der Massen zu gewinnen.«

Was folgt aus dieser Definition der schon aus der Antike bekannten populistischen Politik?

Donald Trump und die Französin Marine Le Pen sind danach ebenso zweifelsfrei Populisten wie Gauland, Höcke und Weidel. Aber nach dieser Definition des Populismus ist er auch den etablierten, den »lupenreinen« demokratischen Parteien eben gerade nicht fremd. »Volksnah« wollen sie alle sein. Jeder ist um die »Gunst der Massen« bemüht, jede Partei will an die Macht oder dort bleiben. Und tatsächlich ist ja zunächst einmal auch nicht zu bestreiten, dass demokratische Politiker in gewissem Umfang sogar in der Pflicht stehen, volksnah zu sein, dem Volks quasi »aufs Maul« zu schauen und die Anliegen der Bürger aufzugreifen. So weit, so gut, ist Populismus als politisch-rhetorisches Stilmittel, komplizierte Lösungen für die Probleme und Ängste unserer Zeit bürgernah und einfach darzustellen, in gewisser Weise vielleicht sogar wünschenswert.

² Siehe dazu statt vieler nur: *Priester*, Definitionen und Typologien des Populismus, SoZW 2/2011, S. 185 ff.

Zum Problem wird ein solcher Politikstil erst, wenn hinter den angebotenen Lösungen keine Ideen und Ideale, keine großen Leitlinien sowie keine abwägungsfesten Prinzipien stehen und sich die angebotenen Lösungen lediglich als Scheinlösungen entpuppen, den Menschen also nicht »aufs Maul geschaut«, sondern lediglich »nach dem Mund geredet« wird und die derzeit im Blickpunkt stehenden Probleme umfassender Angst-, Bedrohungs- und Daseinsbewältigung vorrangig für eigene Zwecke mit dem Ziel des politischen Machtgewinns oder -erhaltes genutzt, wenn nicht gar missbraucht werden.

Zu diesem missbräuchlichen Zweck eignet sich das Strafrecht, oder etwas allgemeiner die Kriminalpolitik, außerordentlich: Denn lange Zeit war Kriminalpolitik eine Politiksparte unter vielen, die von Spezialisten behandelt wurde. Als Strafverteidiger, der wie ich erst in den 90er Jahren seine berufliche Tätigkeit aufgenommen hat, kann man fast neidisch werden, wenn man liest, wie *Arthur Kreuzer* kürzlich von den »Goldenen Zeiten der Kriminalpolitik der 1960er/1970er Jahre« schreibt. Neue Strafgesetze waren seinerzeit wohldurchdacht, rechtsstaatlich, maßvoll – also verhältnismäßig – general- und individualpräventiv und nicht primär vergeltend ausgerichtet. Wissenschaftler wie die »Alternativ-Professoren« erarbeiteten Reformgesetzentwürfe.³ Ein hochkarätig besetzter Strafrechtssonderausschuss des Deutschen Bundestages beriet sorgsam jedes Änderungsgesetz. Grundlegende Reformen des Sexual-, Politik- und Religionsstrafrechts sowie des Sanktionssystems, Strafverfahrens und Strafvollzugs wurden eingeleitet.⁴ Resigniert stellt *Kreuzer* in demselben Aufsatz wenige Zeilen später fest, dass all diese kriminalpolitischen Tugenden – wie etwa das Ultima-Ratio-Prinzip – heute nichts mehr gälten.⁵ Denn tatsächlich ist seit einiger Zeit – erstmals in den US-amerikanischen Wahlkämpfen der 1980er Jahre – das sogenannte »Governing

3 Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozessordnung – Reform der Hauptverhandlung, Tübingen 1985; Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit (AE-ZVR), München 1996; Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), München 1992.

4 *Kreuzer*, Neue ausufernde Strafgesetzgebung – Wo bleiben die kriminalpolitischen Tugenden?, KRIMINALISTIK 2017, S. 744

5 *Kreuzer*, 2017 (Fn. 4)

Through Crime« mit seinem eigenen politischen Profitschöpfen aus der Dramatisierung des Kriminalitätsthemas und dem populistischen Anpreisen harten Einschreitens mit »aller Härte des Rechtsstaates« und mit »Mitteln bis an die Grenze des Rechtsstaates« zum alles bestimmenden Thema geworden.⁶ Im Vordergrund politischen Wirkens steht der eigene Erfolg im Wahlkampf, nicht mehr die substanzielle und wissenschaftsbasierte Bearbeitung politischer Fragen und gesellschaftlicher Probleme.⁷

2. Gesetzgeber im Inkriminierungsrausch

Szenenwechsel: Deutschland, 18. Wahlperiode des deutschen Bundestages. Der Strafgesetzgeber steigert sich – wie *Matthias Jahn* das Ende der letzten Legislaturperiode treffend bezeichnet – in einen »finalen Inkriminierungsrausch«.⁸ Mehr als 40 »Reform«-Gesetze zum Straf- und Strafprozessrecht, die weit mehr als 250 Vorschriften des materiellen Strafrechts und Strafprozessrechtes geändert haben, sind zu verzeichnen. Hinzu kommt ein unendlicher Reigen von Neuerungen, Ergänzungen und Ausweitungen im Nebenstrafrecht und in Gesetzen, auf welche die Strafrechtsnormen verweisen oder Bezug nehmen.

»Deutschland in Gefahr«⁹ lautet nicht nur der Buchtitel des Rechtspopulisten *Rainer Wendt*, sondern das täglich wiederholte Mantra, Deutschland, angeblich staatzersetzend bedroht von Flüchtlingen, Burkas, Autorasern, Taschendieben, Grabschern, Nordafrikanern, Trickbetrügern, Gaffern, Terroristen, Jugendlichen und dopenden Sportlern. Die vergangene Legislaturperiode brachte eine Masse und Geschwindigkeit von sogenannten Reformen hervor, die beispiellos ist und sich in Umfang und Güte allenfalls noch mit dem Notverordnungsrecht gegen Ende der Weimarer Republik vergleichen lässt.¹⁰

6 *Kunz/Singelstein*, Kriminologie, 7. Aufl. 2016, § 24 Rdn. 60

7 A.a.O.

8 *Jahn*, NJW 2017, S. 3638

9 So der Buchtitel des Rechtspopulisten *Rainer Wendt*.

10 Siehe zum Notverordnungsrecht ausführlich: *Nobis*, Die Strafprozessgesetzgebung der späten Weimarer Republik (1930-1932), Baden-Baden (Nomos), 2000

Auch wenn es in den Gesetzesüberschriften immer wieder gleichlautend um »Bekämpfung«, »Ausweitung« oder »Effektivierung« geht, ist inhaltlich ein geschlossenes, auf reflektierte Kriterien rückführbares kriminalpolitisches Grundkonzept des Reformgesetzgebers nicht auszumachen. Manchmal überholt ein Vorhaben das nächste, sodass beschlossene Gesetze bereits in der Ausfertigungsphase wieder umgeschrieben werden müssen; so etwa der neue § 129 Abs. 5 S. 3 StGB, der auf den inzwischen dort nicht mehr existenten Straftatenkatalog des § 100 c Abs. 2 StPO a.F. verweist. Bei anderen innerhalb der Legislaturperiode geänderten Gesetzen führen weitere Reformgesetze zu einem Anwendungszeitrahmen von gerade einmal einem Jahr; so wird § 302 StGB a.F. zunächst durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen im Juni 2016 erweitert, um dann mit der Reform der Vermögensabschöpfung zum 01.07.2017 gleich wieder wegzufallen.¹¹

Die meisten der Änderungen scheinen primär auf tagespolitischen Einflüssen zu beruhen, wissenschaftlich fundierte, durch empirische Untersuchungen abgesicherte Fortschreibungen des Rechts oder wenigstens Evaluierungen vorrangigere Ausweitungen und Verschärfungen finden sich hingegen nicht.¹²

Um nur einige wenige Beispiele aus der langen Liste zu nennen:

- Die Neufassung des § 177 StGB, die eiligst und medienwirksam nach der Kölner Silvesternacht und der »Team Gina-Lisa-Kampagne« verabschiedet wird, ohne auch nur die Ergebnisse der zuvor im Jahr 2015 eingesetzten Expertenkommission zur »Reform der Vorschriften über Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung« abzuwarten. Der jetzt – nachträglich – vorliegende Bericht der Experten empfiehlt zu Recht die Aufhebung und umfassende Neuformulierung des schon handwerklich schlecht gemachten, insbesondere praktisch aufgrund von Beweisproblemen aber kaum handhabbaren Paragraphen.¹³

11 Siehe dazu *Knierim/Oehmichen/Beck/Geisler*, Gesamtes Strafrecht aktuell, 1. Aufl. 2018, S. 21
12 A.a.O.

13 Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, S. 293ff.; abrufbar unter:
https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf.

- Zu nennen ist ferner das Antidopinggesetz, ein Beispiel par excellence, wie Politik auf öffentliche Empörung angesichts anhaltender Skandale reagiert, ohne kriminalpolitische Minimal-Grundsätze zu beherzigen. Unbestimmte Tathandlungen, das Erfinden des neuen Rechtsgutes der »Integrität des Sportes« sowie insbesondere die völlige Ungeeignetheit zur Eindämmung des Phänomens und damit die Unverhältnismäßigkeit des Gesetzes, um nur die wichtigsten Fehler zu nennen. So wurde in der Anhörung der am Erlass des Gesetzes beteiligten Ministerien im September 2013 das Ergebnis der amtlichen Umfrage unserer Nachbarstaaten Frankreich, Italien, Portugal und der skandinavischen Staaten bekannt gegeben, die Besitz oder Konsum von Dopingstoffen schon um das Jahr 2009 unter Strafe gestellt hatten. In keinem der Länder hatte es auch nur einen einzigen Fall entsprechender strafrechtlicher Verurteilung eines Sportlers gegeben. Besser kann man die Wirkungslosigkeit eines populistischen Gesetzes kaum belegen. Dennoch behauptete die Begründung zum Gesetzesentwurf wider besseres Wissen und unter Verschweigen dieser Befunde und der fundamentalen Kritik der Rechtslehre an der Verfassungsmäßigkeit der geplanten Strafbarkeit, es sei dort dringend eine strafrechtliche Lücke zu schließen.¹⁴
- Als letztes Beispiel mag hier die Ausweitung des § 89 a StGB, die Strafbarkeit der Vorbereitung staatsgefährdender Gewalt durch Ausreise, dienen, die zu einer bislang unbekanntem Vorverlagerung der Strafbarkeit geführt hat und den 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofes – wenn auch nicht zu einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht – zumindest zu der Feststellung geführt hat, dass es sich »faktisch um den Versuch der Vorbereitung zur Vorbereitung an einer staatsgefährdenden Handlung« und damit um einen »Grenzbereich des verfassungsrechtlich Zulässigen« handle.¹⁵ Ob das Bundesverfassungsgericht diesen Grenzbereich überschritten sieht, bleibt abzuwarten.

¹⁴ *Kreuzer*, Rückkehr zu moralisierendem Strafrecht? Inflationär, wenig durchdacht und populistisch wird Strafrecht ausgeweitet zu vermeintlichem Opferschutz, *GIESSENER ALLGEMEINE* v. 9.12.2014, S. 5

¹⁵ *BGH*, Beschluss v. 06.04.2017, 3 StR 326/16

II. VOM RECHTSGÜTERSCHUTZ- ZUM GEFAHRENABWEHRSTRAFRECHT

1. Prophet Hassemer

Derlei strafrechtliche Gesetzgebung ist nicht neu. Schon in den 1980er und 1990er Jahren haben *Peter-Alexis Albrecht* und viele andere die verbreitete Neigung aller politischen Parteien gesehen, auf öffentlich diskutierte gesellschaftliche Probleme stets und sofort mit den Ruf nach dem Strafrecht zu reagieren.¹⁶ Auch *Winfried Hassemer* hatte schon auf dem 30. Strafverteidigertag in Frankfurt 2006 in seinem beeindruckenden Eröffnungsvortrag den damit einhergehenden Übergang von einem Rechtsgüterschutz- zu einem Präventiv- bzw. Gefahrenabwehrstrafrecht aufgezeigt und uns in einer faszinierenden Analyse die Untauglichkeit des Versuchs aufgezeigt, damit jegliche gesellschaftlichen Risiken beherrschen zu wollen.¹⁷ Fast hellseherisch hatte *Hassemer* schon seinerzeit vorausgesehen, dass das zentrale Element jeglichen rechtsstaatlichen Eingriffsrechtes, die Verhältnismäßigkeit, es in einem gefahrenabwehrenden Strafrecht schwer haben werde, vor allem dann, wenn – wie heute – die Gefahrbekämpfung von Gefühlslagen wie Risikoangst, Verbrechensfurcht und subjektiven Kontrollbedürfnissen gesteuert wird statt von Tatsachen, Wissenschaft und erfahrener Gelassenheit. Dies – so *Hassemer* schon damals – ließe »die Chancen einer rein populistischen Kriminalpolitik und mit ihnen die Wahrscheinlichkeit von Entgrenzung präventiver Interessen wachsen.«¹⁸ Heute ist Hassemers Befürchtung bittere Realität geworden.

Schon lange wissen wir, dass der Aberglaube an die Wirksamkeit des Strafrechts als ein allumfassendes präventives Steuerungsmodell gesellschaftlicher Probleme mit eben dieser Aufgabe der Prävention überfordert ist.¹⁹ Auch bezogen auf diese Erkenntnis war es *Hassemer*, der schon 1995 prägnant formulierte:

¹⁶ Siehe statt vieler nur: *Albrecht*, KRITV 1988, 182ff.

¹⁷ *Hassemer*, Sicherheit durch Strafrecht, in: Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit - Ergebnisse des 30. Strafverteidigertages, Frankfurt/Main 2006, Bd. 30, Berlin 2007, S. 9ff.

¹⁸ *Hassemer* 2007 (Fn. 17), S. 28

¹⁹ *Albrecht* StV 1994, S. 273

»Das präventive Strafrecht ist erfolgreich nur bei der Zerstörung seiner eigenen Grundlagen. Es ist symbolisch in einem schlechten Sinn: Es dient nicht, wie es vorgibt, dem Schutz der Rechtsgüter, es dient nur denjenigen, die mit ihm Politik machen; es scheint nämlich öffentlich auszuweisen, dass die Verantwortlichen die großen Krisen der Zeit ernst nehmen, indem sie ihnen mit dem schärfsten Instrument zu Leibe rücken, das es gibt: mit dem Strafrecht. Auf Dauer ist dies zerstörerisch: Kurzfristig lenkt es sedativ ab von der Notwendigkeit, die Krisen nicht nur symbolisch zu behandeln.«²⁰

Hassemer verband dies allerdings schon damals mit der Befürchtung, dass das Sedativum nicht ewig wirken werde, sondern »langfristig (zu fürchten sei), dass die Leute doch irgendwann einmal merken, dass des Kaisers neue Kleider keine sind.«²¹

2. Verhängnisvoller Teufelskreis

Auch damit hatte er recht. Heute hat sich – und das ist aus meiner Sicht einer der Hauptgründe für das Erstarken populistischer Parteien und Bewegungen an den Rändern des politischen Spektrums – heute also, hat sich die prognostische Befürchtung *Hassemers*, wenn auch noch nicht vollständig, so doch zu einem großen Teil erfüllt: Die breite Masse der Gesellschaft erkennt zwar noch nicht, was ihnen mit dieser Art von Kriminalpolitik vorgespielt wird, aber sie spüren intuitiv, dass es nicht funktioniert, denn das versprochene Sicherheitsgefühl tritt nicht ein. Das Sedativum wirkt nicht mehr und trotzdem verabreicht der Gesetzgeber immer weiter und immer mehr der gleichen Droge in der Hoffnung, die sedierende Wirkung doch wieder zu erreichen.

Tatsächlich aber kann es weder die versprochene noch wenigstens ein Gefühl von Sicherheit geben, denn die angewandte Methode, immer weiter an der Stellschraube von Prävention, Vorverlagerung und Verschärfung von Straftatbeständen zu drehen, weckt nicht nur die falsche Erwartung des Rückgangs oder gar der Ausrottung entsprechender Taten, sondern funktioniert zudem wie ein Teufelskreis oder

²⁰ *Hassemer* StV 1995, S. 486

²¹ *Hassemer* 1995 (Fn. 20)

ein gefährlicher Verstärkerkreislauf an der entscheidenden Schnittstelle von Kriminal- bzw. Sicherheitspolitik und der Gesellschaft. Dieser Kreislauf lässt sich wie folgt skizzieren:

Weil das Sedativum neuer oder schärferer Tatbestände die versprochene Sicherheit eben gerade nicht leisten kann, führt dies zu weiterer Unzufriedenheit in der Bevölkerung. Gleichzeitig lenkt der Wunsch nach und das Versprechen von Sicherheit die gesellschaftliche Wahrnehmung aber in Richtung immer neuer vermeintlicher Unsicherheiten und führt zu erneuter Unzufriedenheit mit der Politik.

Die Kriminologie hat insofern inzwischen erkannt, dass die persönliche Kriminalitätsfurcht sich umgekehrt proportional zur Viktimisierungswahrscheinlichkeit verhält – das sog. Kriminalitätsfurcht-Paradoxon²² – und dass stattdessen die persönliche Kriminalitätsfurcht vielmehr auch stark mit der im Umfeld praktizierten Kriminalpolitik im Zusammenhang steht. Eine Null-Toleranz-Politik etwa rückt das Ziel ihrer Intervention erst ins Zentrum der Wahrnehmung der Bevölkerung. Insbesondere ein solch übermäßiges politisches Beschäftigen mit und ein übertriebenes Einschreiten gegen alltägliche Erscheinungen (Stichwort: Drogenkonsum, Wohnungseinbruch) würde die Furcht daher steigern und Unsicherheitsgefühle politisch leichter mobilisierbar machen.²³ Die der sozialen Wahrnehmung von Kriminalitätshäufigkeit ohnehin eigene Dramatisierungstendenz wird dadurch nochmals gesteigert. Abweichendes Verhalten – selbst solches unterhalb der Kriminalitätsschwelle – wird gerade nicht (mehr) als bis zu einem gewissen Grad normaler Bestandteil einer freiheitlichen und pluralen Gesellschaft verstanden, sondern als Risikofaktor. Und so wird jede Kriminalitätshäufigkeitszahl als zu hoch und als permanente Bedrohung angesehen.

Dabei erscheint die Lage in der Regel selbst dann, wenn Kriminalität stagniert oder gar sinkt, zum jeweils gegenwärtigen Zeitpunkt als besonders problematisch – Stichwort der Stammtische: »Es wird immer schlimmer« – und die Perspektiven für die Zukunft erscheinen bedrohlich. Insbesondere Deliktshäufigkeit und Deliktsschwere bei Gewaltdelikten und Jugendkriminalität werden – entgegen nahezu aller

²² *Schwind*, Kriminologie, 23. Aufl., S. 449

²³ *Kunz/Singelstein* 2016 (Fn. 6), S. 355

Statistiken – seit Jahrzehnten mit einer unerschütterlichen Kontinuität fälschlich als zunehmend begriffen.²⁴ Die vermeintliche Sicherheitsproduktion des Gesetzgebers führt daher in stetigem Wechselspiel zu stets erneuter Unsicherheitskonstruktion und dem ständigen Gefühl, der Staat kümmere sich nicht genug.

3. Neue Akteure

Diese Analyse und die aus ihr folgende Erkenntnis dieses verhängnisvollen Wechselspiels sind wichtig, in der kriminologischen Wissenschaft aber nicht neu. Neu hingegen ist, dass mit dem Nachlassen des Sedativums weitere Akteure auf den Plan getreten sind, die diesen Verstärkerkreislauf einerseits für eigene Zwecke ausnutzen und andererseits weiter befeuern, so dass sich die Spirale strafrechtlichen Verfolgungswahns immer schneller dreht.

a. Populisten

Durch das Erstarken insbesondere rechtspopulistischer Gruppierungen (z.B. PEGIDA) und Parteien wie der AfD werden die geschilderten Dramatisierungstendenzen durch ein Heraufspielen von Bedrohungsszenarien wie Terror und Einwanderung unter bewusster Vereinfachung und weitgehender Außerachtlassung von Tatsachen, komplexen Zusammenhängen und wissenschaftlichen Erkenntnissen bewusst für deren eigene Zwecke ausgenutzt. Präzise Erkenntnis spielt allenfalls eine sekundäre Rolle, es geht um »fake news«, »faktische Gefühle« und um »gefühlte Fakten«. Der Reiz solcher Populisten wächst mit dem öffentlichen Groll über den Status Quo. Viele Menschen fühlen sich durch den technischen Fortschritt, die Globalisierung der Wirtschaft und die zunehmende soziale Ungleichheit abgehängt. Manche erfüllt mit Unbehagen, dass Gesellschaften ethnisch und religiös vielfältiger geworden sind. Dadurch entstehen diffuse Ängste vor Neuem und Fremden in einer sich schnell verändernden Welt, die mit Kriminalität eigentlich zunächst gar nichts zu tun haben.

In diesem Klima der Unzufriedenheit können Rechtspopulisten glänzen und, wie wir es heute sehen, sogar in Machtpositionen aufsteigen, indem sie ein verzerrtes Bild der Grundrechte und rechtsstaatlich-

²⁴ Kunz/Singelstein 2016 (Fn. 6), S. 349

liberalen Errungenschaften zeichnen, wonach diese angeblich ausschließlich Terrorverdächtige oder Asylsuchende schützen – auf Kosten der Sicherheit, des Wohlstands und der kulturellen Vorlieben der vermeintlichen Mehrheit. Die Populisten machen Flüchtlinge, Einwanderer und Minderheiten zum Sündenbock. Dabei bleibt die Wahrheit regelmäßig auf der Strecke, während sich Nativismus, Fremdenfeindlichkeit, Rassismus und Islamfeindlichkeit breit machen.²⁵

Das so erzeugte Gefühl, »die da oben« kümmern sich nicht hinreichend, wird propagiert und ausgenutzt, der jeweils amtierende Gesetzgeber und Kriminalpolitiker wird zusätzlich unter Zugzwang gesetzt, versucht – um es mit *Horst Seehofer* zu sagen – »offene rechte Flanken zu schließen« und in einem sich immer schneller drehenden Karussell dem Publikum das gute Gefühl zu vermitteln, dass »endlich« etwas getan werde. Weil es sich in der Regel lediglich um »gefühlte Probleme und Bedrohungen« handelt, kommt es auf die Wirksamkeit neuer Strafvorschriften oder auch weitergehender Ermittlungsbefugnisse noch nicht einmal an, denn vorrangig ist die zumindest kurzfristige Ablenkung von Kriminalitätsängsten derjenigen, die sich durch die vermeintlichen Bedrohungsszenarien in einer potentiellen Opferrolle sehen.

So mag etwa die drastische Anhebung der Strafen unter systemwidrigem Ausschluss minderschwerer Fälle des Wohnungseinbruchdiebstahls²⁶ zunächst beruhigend wirken. Die Eignung zur Verhinderung entsprechender Taten wohnt ihr indes – wie hinreichend nachgewiesen²⁷ – nicht inne. Es zählt nur noch das Symbol. Zusätzlicher Opferschutz wird nicht ansatzweise generiert, Risiken und schädliche Nebenwirkungen bleiben unbeachtet, ggf. sinnvollere alternative politische Steuerungsinstrumente und rechtliche Regelungen werden meist nicht genutzt. Eine Evaluation vorangegangener Verschärfungen findet – fast folgerichtig – nicht statt. Gesetze, die nur gefühlte Unsicherheit bekämpfen, lassen sich auch nicht evaluieren, weil Gefühle keine überprüfbaren Fakten sind.

²⁵ *Roth*, Der gefährliche Aufstieg des Populismus, in: HUMAN RIGHTS WATCH, World Report 2017, <https://www.hrw.org/de/world-report/2017/country-chapters/298917>.

²⁶ 55. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Wohnungseinbruchdiebstahl vom 17.07.2017, BGBl. I S. 2442

²⁷ Z.B. von *Mitsch*, KRiPoZ 3/2017, S. 180

b. Lobbyisten

Neben jenen politischen Gruppierungen nutzen auch immer wieder Lobbyisten und Interessenverbände die Wirkweise dieses verhängnisvollen Systems. So gelingt es durch gezielte Kampagnen, wie etwa mit dem Slogan »Polizisten: Prügelknaben der Nation«²⁸ dem Vorsitzenden einer – postfaktisch: gefühlt der größten – Polizeigewerkschaft die Verschärfung des § 113 StGB²⁹ zu erreichen. Ähnlich gelingt es Frauenverbänden und dem deutschen Juristinnenbund mit Motti wie »Mein Körper – meine Entscheidung« oder »Nein heißt Nein« und neuerdings unter dem Hashtag »#MeToo«, über die tatsächlichen Notwendigkeiten zur Lösung der Probleme sexualisierter Gewalt hinaus die Ausweitung des § 177 StGB³⁰ und allgemein des Sexualstrafrechts zu erreichen.

So unterschiedlich die Interessen sind, die Kampagnen funktionieren jeweils nach dem gleichen Prinzip: Eine vermeintliche Gefahr und ein vermeintlicher Mangel der bestehenden Sicherheitsgesetzgebung wird entweder fälschlich behauptet oder zumindest übertrieben dargestellt. Spektakuläre Einzelfälle werden als angebliches Strukturproblem definiert und ggf. einzelne vermeintliche Fehlurteile als strukturelles Versagen der Gesetzgebung dargestellt. Die sich ergebenden Probleme werden nicht fachlich-wissenschaftlich diskutiert, sondern es wird nahezu ausschließlich populistisch-dramatisierend argumentiert.

Und wie reagiert der Gesetzgeber auf solche Kampagnen? Er wartet ab, ob und inwieweit die öffentliche Meinung die jeweilige Kampagne aufnimmt und reagiert dann medienwirksam auf den vermeintlichen Skandal – Stichwort »Team-Gina-Lisa« –, indem populistisch und reflexhaft die Forderungen nach mehr Strafrecht aufgegriffen und unverzüglich umgesetzt werden.³¹

28 So auch das gleichnamige Thema einer am 01. Februar 2017 in der ARD ausgestrahlten Talkshow der Reihe *Maischberger*.

29 52. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Stärkung des Schutzes von Vollstreckungsbeamten und Rettungskräften vom 23.05.2017, BGBl. I S. 1226

30 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 04.11.2016, BGBl. I S. 2460

31 *Frommel*, Wider die Remoralisierung des Strafrechts, in: *NOVOARGUMENTE*, Heft 1/2016, abrufbar unter: https://www.novo-argumente.com/artikel/wider_die_remoralisierung_des_strafrechts.

c. (Neue) Medien

Entscheidender Einfluss und ein erheblicher Potenzierungsfaktor der dramatisch verzerrten Wahrnehmung von Kriminalität in der Bevölkerung kommt zudem der veränderten Medienlandschaft zu. Die Einschätzung der allgemeinen Kriminalitätsentwicklung, der Kriminalitätsarten und ihres Ausmaßes werden tiefgreifend von Art und Ausmaß der Mediennutzung beeinflusst. Die Sicherheitslage wird in den seltensten Fällen von persönlichen Erfahrungen, sondern vielmehr in der Vermittlung durch die Medien wahrgenommen. Die Struktur der Medienlandschaft wie auch Häufigkeit und Form von Kriminalitätsdarstellungen haben sich dabei dramatisch verändert.

Tonangebend ist dabei nicht nur die Ausweitung und Nutzung der manipulativen Möglichkeiten des Internets durch entweder ungefilterte oder in den sogenannten Filterblasen konsumierte Kriminalitätsdarstellungen. Vielmehr hat auch der klassische Bereich der Medien inzwischen eine so massive Kommerzialisierung erfahren, dass die inhaltliche Gestaltung dem Erfordernis einer passenden Quote regelmäßig untergeordnet wird. Medien fungieren immer weniger als Informationsquelle und Kontrollorgan der Politik, sondern in einem auf Wettbewerb ausgerichteten Markt für Unterhaltung, Ablenkung und Nervenkitzel. Neben Spielfilmen, Talkshows, Dokusoaps und Reality-TV, bei denen Kriminalität heute stärker skandalisierend dargestellt wird, gerät inzwischen die gesamte Medienbranche in den Sog derart vermittelter Schreckensbilder. Selbst als seriös geltende öffentlich-rechtliche und Printmedien setzen dabei in der Regel bevorzugt auf leicht konsumierbare Bildberichte und plakative Schlagzeilen.³²

Anschauliches Beispiel dafür ist die reißerische Darstellung von Kriminalität im Rahmen der sogenannten »Kriminalitätsuhr«, die angesichts ihres problematisch-dramatisierenden Aussagegehaltes zumindest in offiziellen Kriminalitätsstatistiken schon lange nicht mehr genutzt wird,³³ gleichwohl aber auch heute noch zum täglichen Brot des Informationsgewerbes gehört.

³² Kunz/Singelstein 2016 (Fn. 6), S. 350

³³ Siehe 2. periodischer Sicherheitsbericht 2006

So machten nach dem Erscheinen der letzten polizeilichen Kriminalstatistiken eben nicht nur die BILD,³⁴ sondern u.a. auch die FAZ,³⁵ DER SPIEGEL,³⁶ FOCUS,³⁷ STERN,³⁸ DIE WELT³⁹ und ZDF⁴⁰ ihre Artikel mit im Wesentlichen gleichlautenden Schlagzeilen auf wie: »Alle drei Minuten wird in Deutschland eingebrochen – der Staat lässt seine Bürger allein«. ⁴¹

Solche Schlagzeilen sollen mit der angeblichen Allgegenwärtigkeit von Kriminalität unmittelbar Gefühle ansprechen und so Verkaufszahlen fördern. Mathematisch ist die Berechnung nicht falsch; unterschlagen wird dabei aber, dass der Drei-Minuten-Takt sich auf das gesamte Bundesgebiet und rund 80 Mio. Köpfe verteilt, sodass das Risiko des einzelnen Bürgers, Opfer eines Einbruchs zu werden, lediglich bei etwa 0,18 Prozent liegt oder mit anderen Worten der Mensch im statistischen Durchschnitt rund 533 Jahre alt werden müsste, bis ihn der erste registrierte Wohnungseinbruch trifft. Letztere »Umrechnungsmethode« der gleichen Kriminalitätszahlen wäre allerdings angesichts der Mechanismen des Medienmarktes als Schlagzeile ungeeignet. Das durch die Massenmedien allgegenwärtig präsentierte Einzeldelikt – so schrecklich es auch ist – überzeichnet deshalb die reale Gefährdung bei Weitem.

4. Zwischenfazit:

Fassen wir bis hierhin zusammen: Lobbyisten, populistische Parteien und Interessengruppen, Massenmedien, Politik sowie das unersättliche Sicherheitsverlangen und die Angstkultur in der Bevölkerung stehen in einem dynamischen Wechselverhältnis. Überzogene Sicherheitserwartungen werden von den Medien wohlwollend aufgegriffen und von Politikern aller Parteien mit um die Wählergunst

34 02.06.2014

35 01.06.2014

36 Titelblatt Heft Nr. 21, 2016, v. 21.05.2016

37 11.05.2013

38 01.06.2014

39 13.05.2012; ähnlich zu Vergewaltigungen nach Erscheinen der EU-Studie über sexuelle Gewalt gegen Frauen.

40 Ähnlich zu Vergewaltigungen in der Sendung HEUTE vom 17.04.2014.

41 Titelbild des SPIEGEL Heft Nr. 21/2016, v. 21.05.2016

werbenden, sich in Dramatik und Populismus gegenseitig überbietenden vermeintlichen »Lösungsvorschlägen« beantwortet.⁴² Diese »Lösungsvorschläge« neutralisieren angesichts ihrer Ungeeignetheit die Kriminalitätsängste aber allenfalls kurzfristig oder gar nicht, sondern schüren neue Ängste und führen mittels Vortäuschung der Möglichkeit zur Schaffung absoluter Sicherheit zu jeweils neuen Erwartungen der Öffentlichkeit an das insoweit nur wenig geeignete Strafrecht.

Eine Normalität und ein gelassener, angemessener Umgang mit dem in jeder Gesellschaft auftretenden gewissen Maß an Kriminalität können dadurch nicht eintreten. Es ist wie in *Goethes Zauberlehrling*: Die Geister, die die Kriminalpolitik rief, wird sie nicht mehr los. Und so dreht sich die Spirale immer schneller und findet ihren vorläufigen Höhepunkt in der gesetzgeberischen Hyperaktivität der abgelaufenen Legislaturperiode.

III. AKTUELLE KRIMINALPOLITIK

Deutlich wird dies, wenn man sich die modernen Tendenzen der aktuellen deutschen Kriminalpolitik in wenigen stichpunktartigen Kategorien vor Augen führt, als da wären:

1. Allgemeine Tendenzen:

- Kriminalisierung statt Liberalisierung durch beinahe ausnahmslose Verschärfungen und Ausweitungen von Straftatbeständen;
- Vorverlagerung der Strafbarkeit durch Einführung einer Vielzahl abstrakter Gefährungsdelikte, die die Tendenz in sich tragen, unbestimmte Tatbestandsmerkmale oder Generalklauseln zu enthalten, die notwendigerweise Rechtsunsicherheit mit sich bringen;⁴³
- die Zunahme »symbolischen« Strafrechts, d.h. von Strafnormen, die in der Praxis kaum einmal Anwendung finden und oftmals von vornherein gar nicht geeignet und/oder darauf angelegt sind, faktisch wirksam zu werden;

⁴² Kunz/Singelstein 2016 (Fn. 6), S. 385

⁴³ Heinrich, KriPOZ 2017, S. 7

- eine »ad hoc« Gesetzgebung ohne einheitliche kriminalpolitische Linie, die unmittelbar und hektisch auf aktuelle gesellschaftliche Ereignisse reagiert und ohne sachverständige Beratung durch Wissenschaft und Praxis erlassen wird⁴⁴ und zu handwerklichen Fehlern und systematischen Widersprüchen mit erheblichen Auslegungs- und Handhabungsproblemen für die Praxis führt;
- eine Überschneidung von repressivem Strafrecht und präventivem Polizeirecht durch Vernachlässigung der »klassischen« Aufgabe des Strafrechts, repressiv auf begangene Taten zu reagieren, sondern stattdessen in zunehmendem Maße Gefahrprävention mit den Mitteln des Strafrechts zu betreiben;⁴⁵
- ein permanenter Ausbau von Eingriffs- und Zwangsbefugnissen der Ermittlungsbehörden;
- und schließlich in Folge des aufgeblähten materiellen Strafrechtes die – vermeintliche – Beschleunigung des Strafverfahrens durch Aufgabe rechtstaatlicher Prinzipien und den Abbau von Verteidigungsrechten.

Lassen Sie mich aus dieser stichpunktartigen Beschreibung der aktuellen Kriminalpolitik mit der Überschneidung des repressiven Strafrechts und des präventiven Polizeirechts sowie den Veränderungen des Strafverfahrens unter der »Beschleunigungsmaxime« nur zwei Punkte herausgreifen, an denen aus meiner Sicht besonders deutlich wird, dass spätestens die populistische Kriminalpolitik der letzten Legislaturperiode die beschriebene Abwärtsspirale nicht nur schneller hat drehen lassen, sondern dass sie die Stellschraube mit Blick auf ein rechtsstaatliches Strafrecht und Strafverfahren aus meiner Sicht inzwischen überdreht hat:

2. Repressives Strafrecht und präventives Polizeirecht

Das gerade beschriebene unheilvolle Wechselspiel von Massenmedien, Politik und unersättlichem sowie unerfüllbaren Sicherheitsverlangen der Bevölkerung hat zu einem neuen Begriff der Gefahr

⁴⁴ *Heinrich* 2017 (Fn. 43), S. 9

⁴⁵ *Heinrich* 2017 (Fn. 43), S. 7

geführt. Der repressive Kriminalitätsbekämpfungsansatz erscheint trotz Ausweitung der Gefährdungsdelikte allein offenbar nicht überzeugend genug, zu schmal und zum Teil sogar kontraproduktiv sind die Erfolge der repressiven Praktiken. Der Drogenhandel nimmt trotz stetem Anziehen der Repressionsschraube und Ausweitung zu – etwa durch das jüngst im November 2016 in Kraft getretene Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz (NpSG),⁴⁶ das von *Jahn*⁴⁷ in der NJW bereits wieder als wirkungslos entlarvt ist –, in Wohnungen wird weiterhin eingebrochen, die kriminelle Jugend wird angeblich immer jünger und die Gefahr durch den internationalen Terrorismus ist trotz Einsatz präventiver Strafrechtsnormen kaum eingedämmt.

Das Sicherheitsgefühl der Bürger bleibt also trotz Ausweitung des materiellen Strafrechts durch den anhaltenden Alarmismus über zum Teil tatsächliche, aber eben auch frei erfundene oder maßlos übertriebene Gefahren weiterhin auf der Strecke. Um gleichwohl nicht dem Untätigkeitsvorwurf zu erliegen, bedient sich die Politik einer neuen terminologischen Wunderwaffe: Der Bekämpfung des »Gefährders«. Die allgegenwärtige Botschaft lautet »Du bist nicht sicher« und führt zu dem Bedürfnis, nicht erst den Täter, sondern bereits den potentiellen Gefährder auszuschalten und dafür die notwendigen Überwachungsinstrumente zu schaffen. Gerade an der Figur des Gefährders zeigt sich, wie sehr sich der allgemeine Bewertungshorizont dessen, was als Unsicherheit wahrgenommen wird, von einer konkreten Bedrohung zu einer abstrakten und nur mutmaßlichen Gefährdung verändert.

Die Arbeitsgruppe 4 »pre-crime, crime und Überwachung« wird sich morgen ausführlich mit dem inzwischen ausgefertigten *strafprozessrechtlichen* Instrumentarium der Ermittlungsbehörden beschäftigen, das seinen vorläufigen Höhepunkt und einen neuen Meilenstein mit der im Juni 2017 eingeführten Onlinedurchsuchung und der Quellen-TKÜ gefunden hat.

Ich will der AG nicht vorgreifen, sondern stattdessen einen *polizeirechtlichen* Punkt aufgreifen, der verdeutlicht, wie schnell sich auch hier die Spirale irrationaler Sicherheits- und Kriminalpolitik dreht

46 Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz vom 21. November 2016, BGBl. I S. 2615

47 *Jahn*, »Neues Gesetz gegen Partydrogen schon wieder ausgetrickst«, NJW-aktuell 35/2017, S. 18

und wie weit wir uns inzwischen nicht nur vom klassischen strafrechtlichen Begriff der Rechtsgutverletzung, sondern in dessen Folge selbst vom klassischen polizeirechtlichen Gefahrenbegriff entfernen. Wir nähern uns einem totalitären Begriff der Sicherheit nahezu ohne rechtsstaatliche und rechtspolitische Begrenzung. Denn in der Logik des Interventionsstaates ist es nicht nur folgerichtig, den strafrechtlich relevanten Bereich möglichst weit in alle Sektoren individueller und kollektiver Lebenstätigkeit vorzuverlegen, sondern auch den polizeirechtlichen Begriff der »Gefahrenabwehr« dieser Vorverlagerung anzupassen.

Nach der bahnbrechenden Erkenntnis bayrischer Sicherheitspolitiker, dass die lückenlose »24/7-Überwachung« terroristischer Gefährder die Grenzen polizeilicher Kapazitäten übersteigt, ist zur Abhilfe jetzt in Bayern am 1.8.2017 das »Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen«⁴⁸ in Kraft getreten.

Neben der Einführung der präventivpolizeilichen elektronischen Aufenthaltsüberwachung – sprich: der elektronischen Fußfessel – ist es dort in Art. 11 Abs. 3 S. 1 PAG mit der Einführung der neuen Gefahrenkategorie der sog. »drohenden Gefahr« zu einer bislang deutschen Polizeigesetzen unbekanntem und deutlichen Absenkung der Eingriffsschwelle zur Anordnung von Präventivgewahrsam gekommen. Bislang war Anordnungsvoraussetzung des Präventivgewahrsams zum Schutz höchster Rechtsgüter in sämtlichen Polizeigesetzen des Bundes und der Länder bekanntlich das Vorliegen einer *konkreten* Gefahr, d.h. einer Sachlage, bei der im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in unmittelbarer Folge ein Schaden eintreten wird.^{49/50}

Diese Schranke, dieses bislang bestehende rechtsstaatliche Tabu für präventive Eingriffsmaßnahmen zur Entziehung der Freiheit von

48 GVBl 2017, Nr. 13, S. 388ff.

49 BVerfGE 45, 51; 115, 320; BVerfGE 116, 347

50 Selbst das umstrittene, aus hiesiger Sicht abermals in vielen Teilen verfassungswidrige neue BKA-Gesetz, das am 25.05.2018 in Kraft treten soll, hält im § 20 p für den Präventivgewahrsam zur Abwehr von Gefahren durch vermeintliche Gefährder des internationalen Terrorismus diese Grenze der konkreten Gefahr weiterhin ein und formuliert dort: »Das Bundeskriminalamt kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies unerlässlich ist (...) um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung von Straftaten gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 zu verhindern.« (§ 20 p Abs. 1 Nr. 2).

Personen ist nun in Bayern gefallen: Artikel 11 Abs. 3 S. 1 des bayrischen PAG sieht jetzt in Vorverlagerung der konkreten Gefahr die sogenannte *drohende Gefahr* als zusätzliche Begriffskategorie vor, die der »besseren Erfassung vor allem von Vorbereitungshandlungen« – wie es in der Begründung des Gesetzes heißt⁵¹ – dienen soll. Dieser Begriff knüpft nun nicht mehr an unmittelbar bevorstehende Rechtsgutgefährdungen an, sondern lässt eine präventive Inhaftierung schon dann zu, wenn – so der Wortlaut der Vorschrift – »das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind.«⁵² Eine Rechtsgutverletzung muss also nicht mehr unmittelbar bevorstehen, ein konkret bedrohtes Rechtsgut muss noch nicht feststehen und der Zeitpunkt eines potentiellen Schadenseintritts muss nicht einmal konkretisiert sein.

Damit nicht genug ist erstmals die bislang in den Polizeigesetzen aller Länder beinhaltete Höchstdauer weniger Stunden oder Tage des Präventivgewahrsams – wohlgemerkt: eine freiheitsentziehende Maßnahme – auf drei Monate inklusive weiterer Verlängerungsmöglichkeiten angehoben, so dass nun erstmals eine Person de facto unbegrenzt vorbeugend in Haft genommen werden kann.⁵³ Die SÜDDEUTSCHE ZEITUNG spricht zu Recht von der »Einführung des Guantanamo-Prinzips in Deutschland«.⁵⁴

Dabei scheint die neu gefasste bayrische Vorschrift nicht einmal auf Extremisten beschränkt zu sein. Zwar sind die Vorschriften ausdrücklich zum Zweck der Bekämpfung terroristischer Gefährder eingeführt worden. Nach dem Wortlaut ist das Tatbestandsmerkmal aber nicht auf »terroristische Gefährder« beschränkt, sodass die Eingriffsbefugnisse, die jetzt durch die Schwelle der abstrakt drohenden Gefahr eröffnet sind, theoretisch einen sehr viel weitreichenderen Anwendungsbereich eröffnen könnten und mittels einer weiten Auslegung denkbar auch auf einen potenziellen Amoktäter ebenso wie auf

51 Bayerisches Innenministerium, Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen, online abrufbar unter www.innenministerium.bayern.de.

52 § 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 PAG

53 *Wegner/Hunolt* KriPoZ 2017, S. 367

54 SÜDDEUTSCHE ZEITUNG vom 27.2.2017

vermeintliche Fußball-Rowdys oder auch auf eine lediglich nachstehende Person angewandt werden könnten; der Wortlaut der Vorschrift ließe dies jedenfalls zu.⁵⁵ Der Norm wohnt damit nicht erst bei einer potentiell extremen Veränderung politischer Mehrheitsverhältnisse, sondern schon jetzt, vor dem Hintergrund des fortschreitenden allgemeinen Unsicherheitsgefühls der Bevölkerung, ein erhebliches Missbrauchspotenzial inne.

An dieser Vorschrift zeigt sich deutlich, wie weit die Gefährder-Gesetzgebung nicht mehr nur zu einer Relativierung, sondern aus meiner Sicht zu einer Aufhebung rechtsstaatlicher Prinzipien führt, wenn nun erstmals eine Vorschrift besteht, nach der Menschen ohne eine Straftat begangen zu haben aufgrund einer mit allen bekannten Unsicherheiten behafteten Prognoseentscheidung – womöglich sogar lediglich im Rahmen des sog. »predictive policing« durch einen Algorithmus errechnet – als potentielle Gefährder eingestuft und faktisch nahezu unbegrenzt und ohne ein strafrechtliches Urteil einer längeren freiheitsentziehenden Maßnahme unterworfen werden können.

Das bayerische Gefährdergesetz weist damit eine neue Qualität auf und transformiert die Sicherheitsarchitektur auf eine neue Ebene. Die konstituierten Eingriffsschwellen reichen so weit in das Vorfeld, dass sie auch völlig neutrale Handlungen erfassen können und ein konkreter Kausalverlauf bezüglich dieser Handlungen und einer Rechtsgutverletzung nicht belegbar sein müssen. Und: Dieser Gefahrenverdacht legitimiert dabei eben nicht nur – was kritikwürdig genug ist – umfassende Informationseingriffe, sondern eben auch wesentlich eingriffsintensivere freiheitsentziehende Zwangsmaßnahmen.⁵⁶

Damit ist in Bayern ein weiterer Damm gebrochen, die bundesweite Flutwelle hat nicht lange auf sich warten lassen: Nachdem sowohl die Innenministerkonferenz⁵⁷ als auch die CSU auf ihrer Klausurtagung im Januar dieses Jahres gefordert haben, zur »Abschaffung

⁵⁵ *Wegner/Hunolt* 2017 (Fn. 53), S. 374

⁵⁶ *Wegner/Hunolt* 2017 (Fn. 53), S. 374

⁵⁷ Beschlüsse der 206. Innenministerkonferenz v. 12.-14.6.2017, abrufbar unter: https://www.innenministerkonferenz.de/IMK/DE/termine/to-beschlusse/2017-06-14_12/beschlusse.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

des angeblichen Sicherheitsgefälles in den anderen Bundesländern« mit einem Musterpolizeigesetz nach bayerischem Vorbild überall die gleichen Eingriffsbefugnisse zu schaffen,⁵⁸ ist – wen wundert das noch – die Erarbeitung eines solchen Musterpolizeigesetzes inzwischen auch in den Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vom 7.2.2018 aufgenommen.⁵⁹

Kritik, Befürchtungen oder gar Angst vor einem übermächtigen Staat ist aus den Breiten der Bevölkerung trotzdem nicht zu hören. Die allgemeine Gefahren-Hysterie scheint immer noch den Blick auf die Gefahren für die eigene Freiheit zu versperren. Im kollektiven Volksbewusstsein funktioniert immer noch die naiv-populistische Einteilung in das »Wir, die Guten« und das »Ihr, die bösen Anderen«, ohne dass der Bürger merkt, wie sehr sich die Grenzen zwischen »Gut« und »Böse« inzwischen verschieben und wie eng sich mittlerweile auch die Schlinge der Unfreiheit um den eigenen Hals zieht. Mit der Suche nach dem ständigen »Mehr« an Maßnahmen ohne geschärften oder doch zumindest kritischen Blick auf die Verfassung und die Freiheitsrechte – durch alle Akteure des beschriebenen Wechselspiels – hat sich deshalb ein gefährliches Tor für uns alle geöffnet.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, die vorstehenden Zeilen zum neuen bayrischen Polizeigesetz habe ich vor drei Wochen – drei Wochen, nicht Monaten oder Jahren – zu Papier gebracht und hatte diesen Teil meines Vortrages mit der aus meiner damaligen Sicht Anfang Februar 2018 noch überspitzt-ketzerisch, polemisch-unwirklich erscheinenden Frage enden lassen wollen, wie lange es in logischer Folge solcher Gesetzgebung wohl noch dauern werde, bis wir nicht mehr nur terroristische Gefährder überwachen und präventiv in Gewahrsam nehmen, sondern auch den potentiell gefährlichen Fußballzuschauer, den Frauen schlagenden Ehemann oder den allgemein aufgrund seiner sozialen Situation einer straftatgeneigten Risikogruppe angehörenden Bürger?

58 »Sicher wie in Bayern«, Bayernkurier v. 5.1.2018; abrufbar unter: <https://www.bayernkurier.de/inland/31010-sicher-wie-in-bayern>.

59 Koalitionsvertrag vom 7.2.2018 zwischen CDU, CSU und SPD, S. 126

Diese Frage meines ursprünglichen Redekonzepts hat sich schon heute – drei Wochen später – erledigt: In der vergangenen Woche hat der nordrhein-westfälische Innenminister *Herbert Reul* (CDU) im Rahmen des sog. Sicherheitspaketes I – weitere sollen noch in dieser Legislaturperiode folgen – einen Entwurf zur Änderung des PolG NRW⁶⁰ vorgestellt, der – so *Reul* – die »Null-Toleranz-Strategie« der schwarz-gelben Landesregierung stärken und – lassen Sie sich das bitte auf der Zunge zergehen – einen »neuen Geist in der Polizei« begründen soll.⁶¹ Der Entwurf soll nach der Vorstellung der Landesregierung im Sommer dieses Jahres in Kraft treten. Er steht den bayrischen Regelungen nicht nur in nichts nach, sondern überholt diese noch in vielen Einzelmaßnahmen, unter anderem im Bereich der Regelungen zur Fußfessel, zu Kontakt- und Aufenthaltsverboten und zu anlasslosen Kontrollen und Durchsuchungen.

»Wir müssen« – meint *Reul* – »bei Gefahren vor die Lage kommen. Wenn wir eine Person haben, die wir als gefährlich erkennen, dann müssen wir sie so schnell wie möglich von der Straße bekommen.« Deshalb werde nun auch in NRW der Begriff der »drohenden Gefahr« eingeführt und der Präventivgewahrsam von bislang 48 Stunden auf bis zu einem Monat ausgeweitet. Eines Präventivgewahrsams – spricht der NRW-Innenminister nun auch erstmals offiziell das aus, was nach den bayrischen Vorschriften bislang nur vermutet werden konnte – bedürfe es aber nicht nur zur Bekämpfung des Terrorismus, sondern auch zur Bekämpfung von Alltagskriminalität.⁶² Und deshalb enthält der nordrhein-westfälische Entwurf nun auch ausdrücklich die Möglichkeit, Hooligans, Gefährder aus dem Bereich der häuslichen Gewalt und solche der mobilen Bandenkriminalität bei vermeintlich drohender Gefahr – also weit vor Begehung einer Straftat – in Gewahrsam zu nehmen.

Es hat somit keine 14 Tage gedauert, bis meine schwarzmalersch-fantasierten Fragestellungen Wirklichkeit geworden sind.

60 Der Entwurf ist abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV17-569.pdf>.

61 Presseerklärung des NRW-Innenministers *Herbert Reul* (CDU) vom 16.2.2018; abrufbar unter: www.land.nrw/de/pressemitteilung/landesregierung-bringt-erstes-sicherheitspaket-auf-den-weg.

62 *Reul*, ebd.

Und jetzt? Welche Fragen stellen sich nun und wie lang wird deren Halbwertszeit sein? Wie lange wird wohl es dauern, bis der Gesetzgeber als nächstes fragt, warum man anlasslose Kontrollen und Durchsuchungen nur auf öffentlichen Straßen und nicht auch in Wohnungen zulässt? Und warum – um gleich weiter und heute noch überspitzt zu fragen – wollen wir eigentlich nur Terroristen und nicht allen Personen mit radikalen politischen Ansichten elektronische Fußfesseln anlegen? Warum nicht präventiv Patientendateien von Psychiatern beschlagnahmen? Warum nicht alle Alkoholiker als Gefährder von Frauen und Kindern registrieren?⁶³ Algorithmen, die anhand unseres (erlaubten) Alltagsverhaltens auch solche und alle weiteren Risiken minimieren, lassen sich zweifellos finden. »Sicher ist sicher«.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich persönlich halte diese neuen Gesetze und –entwürfe nicht nur für verfehlt, sondern die Entwicklung macht mir inzwischen regelrecht Angst! Sie »stärkt nicht« – wie *Reul* es bei der Vorstellung des NRW-Entwurfes betonte, mein »Vertrauen in den Rechtsstaat«, sondern beschädigt es erheblich. Denn Sicherheit ist gefräßig. Sie ist eine nach oben offene Forderung: Sie ist, wenn man sie nicht mehr in Relation zur Freiheit setzt, sondern ihren Sinn nur noch auf Kontrolle beschränkt, ein totalitärer Begriff,⁶⁴ der auch ohne freiheitsentziehende Maßnahmen immer mehr Räume der Unfreiheit schafft. Ich frage mich, ob die Parole »wer nichts zu verbergen hat, muss auch nichts befürchten«, mit deren Hilfe regelmäßig weitere Begehrlichkeiten der Sicherheitsfanatiker eingeführt werden, möglichst bald auch endlich in der Breite der Bevölkerung ihren Charme verlieren wird. Aber auch das ist derzeit nicht sicher!

IV. DIE FOLGEN DER ÜBERFORDERUNG FÜR DAS STRAFJUSTIZSYSTEM

Nach diesem kleinen Ausflug in das Polizeirecht komme ich jetzt zum *Strafverfahren*: Die verfehlt Funktionalisierung des Strafrechts durch die Politik zeitigt auch hier Folgen. Die diversen Instrumentalisierungen des Strafrechts führen nicht nur zu einer permanenten Überforderung des materiellen Rechts, sondern vor allem auch des Strafjustizsystems.

63 So auch schon: *Fischer*, Sicherheit und Sinn, DIE ZEIT vom 22.06.2017, S. 16

64 Ebd.

1. Das außer Fugen geratene Strafprozessrecht

Wer hyperaktives »Governing Through Crime«⁶⁵ betreibt, das materielle Strafrecht mit populistisch motivierten Vorschriften aufbläht, Strafbarkeiten vorverlagert, Eingriffsbefugnisse ausbaut, Daten in unüberschaubarer Menge sammelt und zusätzlich zu Tätern auch Gefährder ermitteln und diese strafrechtlich verfolgen will, der braucht Kapazitäten. Was materiell geschaffen ist, muss prozessual durch das enge Nadelöhr der Erledigungskapazität der Justiz.

a. Praxistauglichkeit und Effektivierung

Wir wissen, dass die strafprozessuale Reformgesetzgebung nicht erst der letzten Legislaturperiode, sondern schon der letzten ca. 30 Jahre durch die Begriffe »Praxistauglichkeit« und »Effektivierung« des Strafverfahrens geprägt ist. Und wir wissen auch, dass mit solchen Begriffen in der Regel nicht etwa der Ausbau von Kapazitäten, die Einstellung neuen Personals und die Anschaffung moderner Sachmittel gemeint ist, sondern regelmäßig der Abbau von Beschuldigtenrechten und die Befreiung der staatsanwaltlichen und richterlichen Tätigkeit von den als schützend gedachten Formen.

Entgegen aller Lippenbekenntnisse steht nicht der Gedanke der Effektivität des *Strafverfahrens*, sondern der der Effektivität der *Strafverfolgung* ganz oben auf der staatlichen Werteskala.⁶⁶ Und – das am Rande – um Kritik an einer möglichen Einseitigkeit oder Unvollständigkeit dieser These gleich vorweg zu nehmen: Die wenigen Verteidigungsrechte stärkenden oder zumindest erhaltenen Gesetzesreformen der letzten Jahre waren nicht auf neue Einsichten eines ausgewogenen und liberalen Gesetzgebers zurückzuführen, sondern entweder vom Bundesverfassungsgericht erzwungen – Stichworte: Zwangsmittel, Geheimnisschutz, Richtervorbehalt, Datenschutz⁶⁷ – oder – wie jetzt aktuell im Rahmen des »zweiten Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren vom 27.08.2017«⁶⁸ – der

65 Zum Begriff siehe: *Simon*, *Governing through crime*, in: *Fisher/Friedman*, *The Crime Conundrum*, 1997, S. 171ff.

66 So schon *Scheffler* GA 1995, S. 449; *Nobis* StV 2015, S. 58

67 Z.B. BVerGE 108, 279; 125, 260

68 BGBl I 2017, 3295

Umsetzungspflicht europäischer Richtlinien geschuldet.⁶⁹

Die Entwicklung der Effektivitäts- im Sinne einer Beschleunigungsgesetzgebung ist also nicht neu, sondern in der Bundesrepublik spätestens seit Beginn der 90er Jahre zu beobachten. Gleichwohl dreht sich auch hier das Rad immer schneller. Ihren vorläufigen Höhepunkt hat diese Beschleunigungsgesetzgebung mit der am 24.08.2017 in Kraft getretenen⁷⁰ einschränkenden Neuordnung des Befangenheitsrechts und der Einführung der Befristungsmöglichkeit zur Stellung von Beweisanträgen gefunden, die *Ali Norouzi* als Sachverständiger in der Anhörung zum Gesetzentwurf zutreffend, aber vergeblich als »schwerwiegendsten Eingriff in das Beweisantragsrecht seit seiner Abschaffung 1939«⁷¹ bezeichnet hat. Dass dieser Höhepunkt trotzdem nur ein vorläufiger ist, können wir dem neuen Koalitionsvertrag und den in diesen Bereichen weiter geplanten Einschränkungen entnehmen.

Die AG 7 (StPO - nach der Reform ist vor der Reform) wird sich morgen mit den Details beschäftigen, so dass ich auch für das Strafprozessrecht lediglich versuchen möchte aufzuzeigen, warum meines Erachtens die Stellschrauben im Rahmen eines rechtsstaatlich liberalen Strafverfahrens nicht mehr nur angezogen, sondern deutlich überdreht worden sind.

Gerade auch im Strafverfahrensrecht muss deshalb der beschriebene Kreislauf der Hintergründe und Machart solcher Gesetze dringend durchbrochen werden.

b. Die Wirkkraft des Populismus im Verfahrensrecht

Auch im Rahmen der Entformalisierung des Strafprozesses spielen populistische Gründe eine große Rolle. Wer das materielle Strafrecht aufbläht, erweckt im Bürger die Erwartung, dass die materiellen

69 Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand im 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 Konsulatsbehörden während des Freiheitsentzuges.

70 »Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens«, BGBl I S. 3202

71 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw13-pa-recht-strafverfahren/498342>.

Normen auch tatsächlich durchgesetzt werden. Die dafür notwendigen Ressourcen stehen der Justiz freilich nicht zur Verfügung. Im Spiel der politischen Kräfte bei der Verteilung von Haushaltsmitteln hat – wie *Tully* zutreffend feststellt – die Justiz traditionell nur eine kleine Stimme.⁷²

Die Ermittlungsbehörden behelfen sich deshalb mit informellen Verfahrenswegen der Erledigung durch umfangreiche Einstellungen nach den Opportunitätsvorschriften oder mit den gerade erst wieder ausgeweiteten Möglichkeiten der Verweisung auf den Privatklageweg sowie durch extensive Anwendung des Strafbefehlsverfahrens.

Trotz dieser erheblichen Selektion sind die Anforderungen, die die gesteigerte Opferbeteiligung, überoptionale – um nicht zu sagen ausartende – Stoffsammlungen und die Vielzahl »moderner« Straftatbestände an die Beweisaufnahme in einer konzentrierten Hauptverhandlung stellen, mit den Kapazitäten der Strafjustiz nicht leicht zu erfüllen;⁷³ und das gilt längst nicht mehr nur auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts.

Die Anzahl von Umfangsverfahren scheint nach neuesten Untersuchungen tatsächlich zuzunehmen,⁷⁴ sie dauern vermeintlich lange und zeitigen – zumindest aus Sicht der Öffentlichkeit – oft unbefriedigende Ergebnisse. Als Beispiele mögen nur der inzwischen mehr als vier Jahre dauernde NSU-Prozess, das aus Sicht der Öffentlichkeit zu späte und zu milde Urteil gegen *Anton Schlecker*, die Einstellung des Verfahrens im Prozess um die Immobilienbank Hypo Real Estate oder der erst jetzt, sieben Jahre nach dem Unglück begonnene »Love-Parade-Prozess« dienen. Insgesamt ist die deutsche Bevölkerung sowohl mit der Dauer der

72 *Tully* ZRP 2014, 45

73 *Schünemann* STRAFO 2010, 94

74 Nach dem jüngst veröffentlichten »Strafkammerbericht« (Auswertung von 11.000 Strafverfahren von 2009 – 2014) soll die Zahl der Hauptverhandlungstage in Haftsachen im Erhebungszeitraum von durchschnittlich 4,7 auf 5,2 Tage gestiegen sein. Gleichzeitig sei vor allgemeinen Strafkammern und dem Schwurgericht der Anteil von kleinen Verfahren mit geringem Aktenumfang von 54 Prozent auf 37 Prozent gesunken, während der Anteil von umfangreichen Verfahren von 16 Prozent auf 24 Prozent gestiegen sei; vgl. *Ferber*, Strafkammerbericht (Nomos 2017); ein ähnliches – wenn auch nicht ganz so drastisches Bild – zeigt die Auswertung des statistischen Bundesamtes: Danach ist die durchschnittliche Zahl der Hauptverhandlungstage vor dem Landgericht erster Instanz von 2009-2015 von 3,3 auf 4,3 durchschnittliche Hauptverhandlungstage angestiegen; vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10. Rechtspflege. Reihe 2.3: Strafgerichte 2015, Seite 72.

Verfahren als auch mit den Urteilen der Gerichte häufig unzufrieden; sie verlangt schnellere Verfahren, härtere Strafen und überdies strengere Gesetze.⁷⁵

Solche Einschätzungen und Wünsche der Bevölkerung sind nach kriminologischen Erkenntnissen noch nicht einmal ohne weiteres als repressive Grundorientierung oder eine erhöhte Punitivität der Menschen zu verstehen. Vielmehr entsprächen sie – so der morgen referierende Kriminologe *Tobias Singelstein* – einem Grundmuster der Mediendarstellung, wonach die Polizei sich alle Mühe gibt, die Verbrecher zu fangen, während die Justiz diese anschließend angeblich mit Samthandschuhen anfasse.⁷⁶

Es wirken also grundsätzlich wiederum die gleichen Mechanismen wie im materiellen Strafrecht: Das publikumswirksame Eintreten für ein härteres Vorgehen, hier im Sinne eines »kurzen Prozesses« lässt den Politiker volksnah und aktionsfähig erscheinen. Das Volk will schnelle Prozesse. Es träumt von Tribunalen, nicht von Rechtsmitteln und Beweisverwertungsverbotten.⁷⁷

Ebenso spielen auch im Prozessrecht wieder einflussreiche Interessengruppen eine große Rolle. Insbesondere aus der Richterschaft erschallt der Ruf nach einer vermeintlichen Verfahrenseffektivität durch Entformalisierung sowie Einhegung und Abbau von Verteidigungsrechten seit Jahren und Jahrzehnten gebetsmühlenartig mit den immer gleichen Vorschlägen zur Aufweichung schützender Formen, Beschneidung der Rechtsmittel und Einschränkung des Beweisrechts der Verteidigung.⁷⁸

Diesem Muster folgend hatte sich noch unmittelbar vor Erlass des »Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens«⁷⁹ der Deutsche Richterbund in einer Stellungnahme

75 *Baier u.a.*: Kriminalitätsfurcht, Strafbedürfnisse und wahrgenommene Kriminalitätsentwicklung: Ergebnisse von Bevölkerungsrepräsentativen Befragungen aus den Jahren 2004, 2006 und 2010. KFN-Forschungsbericht Nr. 117, S. 56ff.

76 *Kunz/Singelstein* 2016 (Fn. 6), S. 363

77 *Fischer*, DIE ZEIT v. 27.3.2013

78 Siehe dazu: *Nobis* StV 2015, S. 58; wie auch schon im Rahmen seiner Längsschnittuntersuchung aus dem Jahr 1992 *Müller* KJ 1992, S. 228

79 BGBl I S.3202

»mit einem fast notstandsähnlichem Appell«⁸⁰ an den Gesetzesgeber gewandt, die prozessualen Rahmenbedingungen so auszugestalten, dass die Justiz ihrem gesetzlichen Strafverfolgungsauftrag gerecht werden könne, ohne sich auf unnötige Verhandlungen mit Angeklagten und Verteidigern einlassen zu müssen. Es sei daher angezeigt, z.B. eine Neuordnung des Ablehnungsrechtes des Angeklagten und der Befristung von Beweisanträgen in Angriff zu nehmen, mithin die Rechte der Verteidigung zu beschneiden.⁸¹

Gesagt, getan – die Forderungen sind bekanntlich inzwischen Gesetz; denn in der Politik stoßen solche Äußerungen auf fruchtbaren Boden, wird doch engagierte Strafverteidigung sowohl in Justizkreisen als auch in der Öffentlichkeit oftmals lediglich als Verhinderung eines schnellen und sachgerechten Urteils statt als Garant eines rechtsstaatlichen und gerechten Prozessergebnisses sowie zur Verteidigung der Unschuldsvermutung angesehen.

Dementsprechend vermag auch der jetzt am 26.9.2017 in Würzburg bewusst und passgenau »mit Blick auf die anstehenden Koalitionsverhandlungen« an die Politik übermittelte Forderungskatalog des sog. Strafkammertages kaum noch zu überraschen. Effektiver und praxistauglicher soll der Strafprozess nach den Vorstellungen dieses Gremiums unter anderem werden durch abermals weitere Einschränkungen des Befangenheitsrechts, der Besetzungsrügen, der Revisionsbegründungen, des Beweisantragsrechts und des Fragerechts der Verteidigung durch Verlesung von Zeugenfragebögen anstelle einer unmittelbaren Zeugenvernehmung. Das Rechtsmittel der Sprungrevision soll überdies nach den Vorstellungen der Richter gänzlich abgeschafft werden. Im Gespräch waren darüber hinaus auch Kürzungen von Verteidigergebühren bei längerer Verhandlungsdauer und sogar die Schaffung der Möglichkeit zur Verhängung von Ordnungshaft gegen Verteidiger.

Die Forderungen des sog. Strafkammertages sind zu Recht und einhellig von den Anwalts- und Verteidigervereinigungen als

80 *Conen*, ANWALTSBLATT Online 2017, 640

81 Zitiert nach ebd.

»indiskutabel«,⁸² und »eines Rechtsstaats unwürdig«⁸³ bezeichnet worden. Dass sich trotzdem wesentliche Teile dieser Forderungen nun im Koalitionsvertrag wiederfinden,⁸⁴ scheint fast überflüssig zu erwähnen.

Die Vorschläge erwecken unter Ausblendung aller empirischen Erkenntnisse, die belegen, dass die deutsche Strafgerichtsbarkeit ihre Schwierigkeiten nicht im Tempo der Erledigung einzelner Strafsachen hat, abermals den Eindruck, dass nicht die Wahrheitsfindung, sondern ausschließlich Verurteilungen erleichtert und die Überprüfung von Urteilen erschwert werden sollen.⁸⁵

Anstatt selbstbewusst und selbstkritisch für die eigene Qualitätssicherung einzutreten und ggf. – die Richterschaft mag das als ernsthaften Vorschlag von mir werten – sogar gemeinsam mit Strafverteidigern eine Front gegen die Aufblähung des materiellen Strafrechts und die Erosion rechtsstaatlicher Verfahrenselemente durch den Gesetzgeber zu bilden, unterbreitet der sog. Strafkammertag Ideen, mit denen abermals die Unschuldsvermutung und die verfassungsrechtlich verbürgten Rechte des Angeklagten auf seinen gesetzlichen Richter, auf sachliche Teilnahme am Beweisstoff und auf effektiven Revisionsrechtsschutz unterlaufen werden. Der Topos der Wahrheitsfindung findet sich in den Vorschlägen hingegen nicht. Es fragt sich, wie vieler *Gustl Mollaths*, *Ulvi Kulacs* und *Horst Arnolds* es noch bedarf und wie viele *Bauer Rupp*s erst noch aus der Donau gefischt werden müssen, bis sich auch in den Reihen der Richterschaft eine selbstkritische Fehlerkultur etabliert.

Die hinter den Strafkammertagsvorschlägen stehende Weltsicht und Vorstellung von der eigenen Rolle der Richter passt sich stattdessen nahtlos in den momentanen populistischen Zeitgeist der Einteilung in »Gut und Böse« unter Vereinfachung komplexer Zusammenhänge ein: »Wir, die Richter« sind die Guten; Richter sind unfehlbar und missbrauchen das Prozessrecht nicht, sie müssen sich vielmehr

82 <https://anwaltverein.de/de/newsroom/dav-depesche-nr-41-17>

83 Presseerklärung der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e.V. vom 28.9.2017; abrufbar unter: <http://mailchi.mp/strafverteidiger-berlin/presseerklrung-zu-den-forderungen-des-2-strafkammertages-in-wrzburg>.

84 Koalitionsvertrag vom 7.2.2018 zwischen CDU, CSU und SPD, S. 123

85 Stellungnahme des DAV (Fn. 82)

gegen den Missbrauch der »Gegenseite« wehren. Diese »Gegenseite«, die Beschuldigten, bestreiten und lügen, um gerechter Strafe zu entgehen. Verteidiger helfen ihnen dabei gegen entsprechende Bezahlung und sind – insoweit folgerichtig – für die Wahrheitsfindung bestenfalls hinderlich, eigentlich aber überflüssig.

Das ist eine fatale Sicht der Dinge, die man auch nicht dadurch verschleiern kann, dass man gelegentlich die Vokabeln »faites Verfahren« und »rechtsstaatlich« in solche Vorschläge einfügt. Denn darum, was dies ist, geht es ja gerade.⁸⁶

c. Legitimitätsgrenze überschritten

Die Grenze des rechtsstaatlich Erträglichen zur Durchführung eines fairen, liberal-rechtsstaatlichen Prozesses ist meines Erachtens aber bereits heute deutlich überschritten. Zu Recht formuliert *Schünemann* ganz aktuell für das Strafverfahrensrecht, dass der »zunehmend populistisch agierende Gesetzgeber«⁸⁷ durch »die Eröffnung weiter und kaum kontrollierbarer Spielräume [...] des im deutschen Prozessmodell ohnehin übermächtigen Gerichtes und durch die Einschränkung von Verteidigungsrechten [...] die Effektivitätskrise des Strafverfahrens zu einer Legitimitätskrise«⁸⁸ erweitert habe. Angesichts der »Zerstörung der Verfahrensbalance«⁸⁹ sieht *Schünemann* nunmehr nicht mehr nur seine schon berühmt gewordenen »Wetterzeichen«⁹⁰, sondern angesichts des »grassierenden Unverständnisses für die Minimalia der Verfahrensgerechtigkeit inzwischen mehr, nämlich eine bedrohliche Phase statt bloßer Wetterzeichen für den Niedergang der deutschen Verfahrensrechtskultur«.⁹¹

Auch wenn derzeit – noch – die äußere Fassade des liberal-rechtsstaatlichen Strafverfahrens aufrechterhalten ist, sind durch die vielen Änderungen der letzten Jahre für Außenstehende kaum sichtbare Innenpfiler herausgebrochen, die die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens zerstört haben.

86 *Fischer*, Die Suche nach dem guten Gesetz, ZEIT ONLINE v. 8.11.2017

87 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage S. VI

88 Ebd. S. 12

89 Ebd. S. 547

90 Ebd.

91 Ebd. S. 549

Dies wird neben dem steten Abbau der Verfahrensrechte verschärft durch die im Nachgang der Entformalisierungen entwickelten umfangreichen subtilen Strategien, mit denen die Richterschaft in den letzten Jahren die Stellung der Strafverfolgungsorgane und ihrer selbst gestärkt und diejenige der Verteidigung geschwächt hat. So erfreuen sich höchstrichterliche Schulungen für Tatrichter größter Beliebtheit, mittels derer sie durch geschickte Strategien und vorbereitete Formulare zur – ich zitiere aus einer Veranstaltungsankündigung – »rechtsmittelsicheren Ablehnung von Verteidigeranträgen« nahezu jegliche Kommunikation mit und Mitwirkung von Verteidigung unter nach außen formaler Einhaltung des geltenden Verfahrensrechts verhindern können. Wer dies weiß, kann leicht erkennen, wie weit sich ein unter Tatrichtern mittlerweile weit verbreiteter neuer Geist jeglicher Kommunikationsverweigerung und weitgehender Einschränkung bis hin zu fast vollständiger Ausschaltung von Verteidigung in die Verfahrensvorschriften herein interpretieren lässt. Wer gegen den sog. »Bredling´schen Notfallkoffer«⁹² und dessen Fortentwicklungen und Perversionen verteidigt, erkennt den Zustand des heutigen Strafprozesses.

Ein Zustand, der inzwischen den Mythos des voraufklärerischen Inquisitionsprozesses von dem allein nach materieller Wahrheit und Gerechtigkeit strebenden Richter wieder aufleben lassen hat mit der inquisitorischen Maxime, dass es auf strenge Verfahrensformen gar nicht ankommen kann, weil für die Erforschung der Wahrheit angeblich schon durch das pflichtgemäße Handeln des Richters hinreichend gesorgt sei. Dass in einem solchen Inquisitionsprozess aus seiner ganzen Struktur heraus für einen Verteidiger kein Raum ist, es sei denn, er versteht seine Aufgabe als Helfer des Gerichts, bestätigt sich sowohl in den Forderungen nach als auch dem Erlass einer Vielzahl entformalisierender und die Beschuldigtenrechte abbauender Gesetze.⁹³

92 Dabei handelt es sich um die Handreichung einer Formularsammlung zu einem von dem ehemaligen Vorsitzenden einer Staatsschutzkammer beim OLG Düsseldorf, Ottmar Bredling, entwickelten Richterseminar zum Umgang mit konfliktträchtigen Strafverfahren; siehe dazu kritisch: *Thielmann/Groß-Böling*, HRRS 2011, S. 151.

93 *Müller*, Rechtsstaat und Strafverfahren, 1980, S. 219f.

d. Verschleierungstaktiken

Gesetzgeber und Rechtsprechung scheint angesichts der inzwischen nahezu einhelligen Kritik aus Rechtswissenschaft und Anwaltschaft auch durchaus bewusst zu sein, dass die äußeren Grenzen des liberal-rechtsstaatlichen Strafverfahrens mittlerweile an vielen Punkten überschritten werden. Dennoch findet – zumindest bislang – noch niemand den Mut, die Legitimität der Verteidigungsrechte und anderer Verfahrensgarantien mit der Offenheit zu bestreiten, wie dies etwa im sog. Dritten Reich gang und gäbe war.⁹⁴ In dieser Erklärungsnot kommt es deshalb immer wieder zu merkwürdigen Deckmänteln autoritärer Gesetzesentwürfe und gerichtlicher Judikate, deren Scheinheiligkeit freilich offenkundig ist.

So werden Einschränkungen etwa mit vermeintlich widerstrebenden Interessen des Beschuldigten begründet, z.B. dem »Anspruch auf ein schnelles Verfahren«, wenn es bei Termenschwierigkeiten um die Beiordnung eines Zwangsverteidigers statt des gewünschten Wahlverteidigers geht, ohne dass dem Beschuldigten das Recht auf eine eigene Abwägung oder den Verzicht auf sein widerstrebendes Recht eingeräumt wird.

Im Rahmen von Gesetzesänderungen werden Verschlechterungen für den Beschuldigten inzwischen meist schlicht geleugnet.

Soweit ersichtlich erstmals mit dem 1. Strafrechtsänderungsgesetz wird seither regelmäßig erklärt und in den Überschriften und/oder den Begründungen der Gesetze vorgegeben, eine »Verbesserung der Rechtsstellung des Beschuldigten«⁹⁵ zu bewirken. So wurde damals die Abschaffung der Schlussanhörung und des Schlussgehörs im Ermittlungsverfahren damit begründet, die »fast immer mehr als drei Wochen betragende Verfahrensverzögerung im Interesse des Beschuldigten«⁹⁶ beseitigen zu wollen.

Seither wiederholt sich dieses Begründungsmuster in vielen Gesetzesentwürfen und -begründungen. Auch das jüngste und viel kritisierte »Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung

94 Siehe dazu auch schon: *Müller* 1980 (Fn. 93), S. 220

95 1. StrÄndG z.B. BT Drucksache 7/551, S. 43

96 BT Drucksache 7/551, S. 42; siehe dazu ausführlich: *Böttger*, Die Entwicklung des Strafprozessrechts in den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts, 2016, S. 120f.

des Strafverfahrens«⁹⁷ scheut sich nicht, in der Begründung zur Fristsetzung für Beweisanträge als Vorzüge dieser Änderung hervorzuheben, dass »die Verteidigung nicht gezwungen [wird], alle Beweisanträge zu Beginn der Beweisaufnahme zu stellen, sondern [...] Beweisanträge im Rahmen ihrer Verteidigungsstrategie zurückhalten [kann], um etwa den Verlauf der Beweisaufnahme abzuwarten. Das Recht, Beweisanträge zu stellen, wird [durch die Änderungen] nicht eingeschränkt und der Katalog der Ablehnungsgründe nicht erweitert.«⁹⁸

Im Ergebnis wird also der Umstand, dass alles nicht noch viel schlimmer geworden ist, als Vorzug der Einschränkungen verkauft.

Ein weiterer Weg solcher Verschleierungstaktik liegt in der wiederkehrenden Formulierung, die rechtsstaatlichen Erfordernisse zu wahren – so etwa *Heiko Maas* in seiner Rede zur Einsetzung der Expertenkommission⁹⁹ –, gleichwohl aber angesichts der jeweils aktuellen kriminalpolitischen Erfordernisse Gesetzesänderungen »bis an die Grenze des Rechtsstaates« vornehmen zu müssen. *Helmut Schmidt* hat diesen Satz 1975 nach dem RAF-Überfall auf die deutsche Botschaft in Stockholm vor Einführung des Kontaktsperre-Gesetzes geprägt: »Wer den Rechtsstaat zuverlässig schützen wolle«, so der Altbundeskanzler, »müsse innerlich auch bereit sein, bis an die Grenzen dessen zu gehen, was vom Rechtsstaat erlaubt und geboten ist.«¹⁰⁰ Seither wird diese Begründung zur Rechtfertigung des Abbaus von rechtsstaatlichen Sicherungen und Verfahrensrechten im Rahmen fast jeder vermeintlichen Notlage herangezogen, sei es die Bedrohung durch Terrorismus, Migration oder organisierte Kriminalität ebenso wie zur Bewältigung der angespannten Haushaltslage oder zur Entlastung der Rechtspflege.¹⁰¹

Die Ankündigung »bis an die Grenzen des Rechtsstaates« zu gehen, beinhaltet aber nichts anderes als das Verlangen nach dem Abbau rechtsstaatlicher Garantien und letztlich die Minderung

97 BGBl I, S. 3202ff

98 BT-Drs. 18/11277, S. 34, 35

99 Rede des Justizministers *Heiko Maas* zum Auftakt der Expertenkommission zum Strafprozessrecht am 07.07.2014 abrufbar unter www.bmjv.de

100 Vgl. Deutscher Bundestag: Historische Debatten (8) – Kontaktsperregesetz; abrufbar unter: https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/25557856_debatten08/200104.

101 Vgl. zu den einzelnen diesbezüglichen Gesetzesänderungen: *Nobis* StV 2015, S. 58

rechtsstaatlicher Substanz. Wer solche Forderungen erhebt, muss sich klarmachen, dass derjenige, der bis an die »Grenzen des Rechtsstaates« vorstößt, unmittelbar an der »Grenze des Unrechtsstaates« steht und mangels eindeutigen Grenzverlaufs stets das Risiko von Grenzüberschreitungen auf sich nimmt.¹⁰² Und wer solche Forderungen *wiederholt* erhebt und nach eigenem Bekunden schon mit den Gesetzesänderungen der 70er, 80er und 90er Jahre des vergangenen Jahrhunderts die Grenze des Rechtsstaats erreicht hatte, muss heute zwangsläufig mit jeder weiteren verfahrensrechtliche Garantien abbauenden Änderung diese eben nicht beliebig erweiterbare Grenze überschreiten.

2. Zwischenfazit

Der Prozess permanenter Grenzüberschreitung ist schleichend. Aus der Nähe der tagesaktuellen Praxis und in Bezug auf die jeweils angeführte vermeintliche Notlage mögen diese Erosionen des rechtsstaatlich-liberalen Strafverfahrens vordergründig und einzeln für manche noch marginal oder sogar sachgerecht erscheinen. Betrachtet man die Änderungen des Strafprozessrechts jedoch im Überblick und in ihrer Gesamtheit der wenigen geschilderten Jahrzehnte, sind sie dramatisch und zeigen, wie sehr sich Schönemanns eingangs erwähnte These der »bedrohlichen Phase für den Niedergang der deutschen Verfahrensrechtskultur«¹⁰³ bereits verwirklicht hat.

Die derzeit verschärft agierende Politik des Populismus fast aller Parteien hat den Begehrlichkeiten von Interessengruppen und einer verunsicherten Bevölkerung offenkundig längst keine abwägungsfesten Prinzipien mehr entgegensetzen.

V. MENETEKEL WEIMAR?

Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich kann nicht widerstehen und will Ihnen auch nicht ersparen vor meinen Schlussfolgerungen mit Ihnen gemeinsam noch einen kurzen rechtsgeschichtlichen Blick auf die Jahre 1930 bis 1932, die sog. dritte oder letzte Phase der

¹⁰² So schon *Müller* 1980 (Fn. 93), S. 218

¹⁰³ *Roxin/Schönemann* (Fn. 87), S. 549

Weimarer Republik, zu werfen. Vielleicht kann man aus Geschichte nicht immer bindende Prinzipien herleiten und vielleicht scheint Weimar auch manchmal zu einem überstrapazierten Menetekel zu verkommen, in jedem Fall aber ist die Parallelität der damaligen Ereignisse zur heutigen Kriminalpolitik zum Teil frappierend. Und manchmal lassen sich durch einen Blick auf die Geschichte eben doch auch Muster erkennen, die mittels solcher Erkenntnisse durchbrochen werden können.

Die goldenen 20er Jahre waren gerade vorbei, die mit dem Zusammenbruch der New Yorker Börse am 24. Oktober 1929, dem schwarzen Freitag, einsetzende Weltwirtschaftskrise zerstörte die Grundlagen für eine weitere Stabilisierung der Weimarer Republik. Amerikanische Kredite wurden zurückgefordert, Betriebe gingen in Konkurs, die Arbeitslosenzahlen stiegen an. In dieser Zeit wirtschaftlicher Not zerbricht im März 1930 die letzte große Koalition aus SPD, Zentrumspartei, DVP, DDP und der Bayerischen Volkspartei BVP. Regierungsmehrheiten im Reichstag lassen sich trotz Neuwahlen im September 1930 und Juli 1932 nicht mehr zustande bringen. Es beginnt die Zeit der Präsidialkabinette unter den Reichskanzlern Brüning, Schleicher und von Papen.¹⁰⁴

Gleichzeitig strebt eine populistische, deutschnationale Partei mit rassistischen Forderungen und dem Ruf nach einem »starken Mann« an der Staatsspitze auf: die NSDAP. Mit ihrer lärmenden Agitation gehen die Nationalsozialisten in den Heeren der von Arbeitslosigkeit und sozialem Abstieg Bedrohten erfolgreich auf Stimmenfang. Das gesellschaftliche Klima führt bei den Neuwahlen jeweils zu erheblichen Stimmzuwächsen der rechten und auch der linken Flügelparteien.¹⁰⁵ Die politische Radikalisierung im Land nimmt stetig zu. Linke Kommunisten und rechte Nationalsozialisten überbieten sich in ihrer Hetzpropaganda gegen die Demokratie und die führenden Politiker. SA, SS und der Rote-Front-Kämpferbund der KPD bekämpfen sich in heftigen Saal- und Straßenschlachten.

104 *Nobis* 2000 (Fn. 10), S. 7ff

105 *Albrecht* 1994 (Fn. 19), S. 271

Angesichts der zerstrittenen Haltung der Parteien im Reichstag ist eine ordentliche gesetzgeberische Tätigkeit nicht mehr möglich. Kaum mehr als zehn Gesetze bringt der Reichstag in diesen letzten Jahren der Republik noch im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zustande. Gleichzeitig werden in der Zeit von Juli 1930 bis Dezember 1932 jedoch 109 (!) Notverordnungen des Reichspräsidenten erlassen, die alle innenpolitisch relevante Materien behandeln.¹⁰⁶

Wissenschaftlicher Expertise oder prinzipienorientierten Appellen ist die damalige Kriminalpolitik schon seit Zeiten des sog. Lex Emminger nicht mehr zugänglich.¹⁰⁷ Neben »Beschleunigung und Vereinfachung« ist immer wiederkehrender Gegenstand der Notverordnungen das Stereotyp vom – man schaue sich zum Vergleich mal die Formulierungen im aktuellen Koalitionsvertrag an – »Vertrauen des Bürgers in eine effiziente Rechtspflege«. Effizienz meint dabei auch schon damals ausschließlich die rasche Verurteilung des Beschuldigten und eine großflächig angelegte Prävention von Normabweichung.¹⁰⁸

Gleichzeitig wird von den Justizbehörden – einen Strafkammertag gab es seinerzeit noch nicht – angesichts der angeblich ernster werdenden Finanzlage zu durchgreifenden Ersparnismaßnahmen aufgefordert. Die damals noch »Monstre-Prozesse« genannten Umfangsverfahren »Sklarek« und »FAVAG« – zwei umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren – entfachen hitzige Diskussionen um die vermeintlich zu lange Verfahrensdauer solcher Prozesse.¹⁰⁹ Ähnlich der heutigen Dramatisierung der Appelle von Strafkammertag und Deutschem Richterbund plädiert damals der preußische Ministerpräsident *Braun* in einem Schreiben an Reichsjustizminister Joel eindringlich:

»Die finanzielle Notlage Preußens macht es zur unabweisbaren Notwendigkeit, auf dem Gebiete der Rechtspflege weitere Ersparnisse durchzuführen. Wenn nicht alsbald weitere Abhilfemaßnahmen getroffen werden, besteht die dringende Gefahr, dass

106 *Nobis* 2000 (Fn. 10), S. 12ff.

107 *Vormbaum*, Die Lex Emminger v. 4. 1.1924; zit. nach: *Albrecht* 1994 (Fn. 19), S. 271

108 *Albrecht* 1994 (Fn. 19)

109 *Nobis* 2000 (Fn. 10), S. 58

Preußen nicht mehr in der Lage sein wird, die zur Aufrechterhaltung einer geordneten Rechtspflege erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen. [...] vor allem hält Preußen es für geboten, die Vielheit der Instanzen zu beschränken und das Verfahren in Strafsachen dadurch zu vereinfachen und zu beschleunigen, dass der Umfang der Beweisaufnahme beschränkt wird.«¹¹⁰

Die Folge der Umstände der Zeit und eben solcher Appelle ist ein System von Notverordnungen, das einen völligen Umbau des Strafverfahrens zur Folge hatte. Die Machtbefugnisse der Staatsanwaltschaft werden erweitert, das Beweisverfahren wird entformalisiert. Das Gericht kann nun nach freiem Ermessen den Umfang der Beweisaufnahme bestimmen. Die Berufung gegen Urteile für die »Monstre-Prozesse« wird abgeschafft, das beschleunigte Verfahren – damals noch Schnellverfahren genannt – wird insbesondere für Beleidigungsdelikte und Verstöße gegen Bestimmungen des Republiksschutzes umfassend ausgedehnt.¹¹¹

Kurzum: Das Programm der strafprozessualen Notverordnungen wurde auch damals zur vermeintlichen »Stärkung des Vertrauens in den Rechtsstaat«¹¹² eingesetzt, weil der Gesetzgeber einen staatlichen Souveränitätsverlust in Folge schwindender Akzeptanz der staatlichen Normen in der Bevölkerung fürchtete. Die Aufhebung strafprozessualer Prinzipien geriet zu einem symbolischen Ordnungsakt mit schwerwiegenden Folgen für die Beschuldigten im Strafverfahren.

Die im Reichstag verbliebenen liberalen Abgeordneten stimmten der Verordnungspolitik der Präsidialkabinette zu. Das autoritäre Strafverfahren bildete für die Liberalen ein politisches Mittel, nämlich den Versuch, in der Auseinandersetzung mit dem innenpolitischen

110 Bundesarchiv, R 43 I, Nr. 1213, Bl. 71ff.

111 Siehe dazu im Einzelnen: *Nobis* 2000 (Fn. 10), S. 31ff., 41ff.

112 So auch jetzt wieder die einleitende Formulierung der geplanten Einschränkungen im Strafverfahrensrecht des Koalitionsvertrages vom 7.2.2018 zwischen CDU, CSU und SPD, S. 123: »Wir stärken das Vertrauen in den Rechtsstaat, indem wir die Strafprozessordnung (StPO) modernisieren und Strafverfahren beschleunigen mit folgenden Maßnahmen: Wir modernisieren das Selbstseverfahren. (...) Wir vereinfachen weiter die Ablehnungsmöglichkeiten von missbräuchlichen Befangenheits- und Beweisanträgen. Besetzungsrügen sollen künftig in einem Vorab-Entscheidungsverfahren entschieden werden.«

Gegner die Nationalsozialisten zu bekämpfen und klein zu halten. Tatsächlich stellte sich die Zustimmung der Liberalen allerdings eher als eine Demonstration hilfloser Machtlosigkeit dar. Denn in der justizpolitischen Realität richtete sich die Anwendung der Vorschriften bald nicht nur gegen Nationalsozialisten, sondern auch gegen liberale, sozialdemokratische und kommunistische Kräfte. Die Zustimmung der Liberalen zur weiteren Entformalisierung des Strafverfahrens war daher mit dem Einverständnis des Lammes, das zur Schlachtbank geführt wird, zu vergleichen. Trotzdem erteilten sie ihr Einverständnis u.a. zur Erweiterung flexibler Zuständigkeiten, zur Verschärfung des beschleunigten Verfahrens sowie zur Einschränkung des Beweisrechts und der Rechtsmittel;¹¹³ alles Änderungen im Verfahrensrecht, die auch heute unter ganz ähnlichen Prämissen schon wieder realisiert sind oder doch wenigstens diskutiert werden!

Die Entformalisierung des Strafverfahrens und Entrechtlichung der Beschuldigten vollzogen sich zudem mit zumindest stillschweigender Billigung der SPD. In einer Reichstagsrede des SPD-Fraktionsvorsitzenden *Rudolf Breitscheid*¹¹⁴ erklärt dieser, das politische Ziel seiner Partei sei der Schutz der demokratischen Souveränität des Staates. Um dieses Ziel zu erreichen, werde der Verlust an rechtsstaatlichen Prinzipien als vertretbarer Preis akzeptiert.

Das Kalkül der SPD ging bekanntlich ebenso wenig auf; denn wer sich auf strafprozessuale Entformalisierungsprozesse einlässt, hat dem daraus resultierenden endgültigen Abschied vom Rechtsstaat nichts mehr an abwägungsfesten Prinzipien entgegenzusetzen.

Den Erhalt von Demokratie und eigener Macht mit dem Verlust rechtsstaatlicher Garantien erreichen zu wollen, so die damalige Linie der Liberalen und der SPD, stellte deshalb ein politisches Programm dar, das im Ergebnis den reaktionären Interessen der damaligen populistischen Partei, der NSDAP, im Hinblick auf ein autoritäres Strafverfahren schon *vor* der Machtergreifung zum Durchbruch verhalf.¹¹⁵

113 *Albrecht* 1994 (Fn. 19), S. 272

114 Stenographische Berichte des Reichstages, 5. Wahlperiode, 54. Sitzung, S. 2081

115 *Albrecht* 1994 (Fn. 19), S. 272

Bezeichnend ist insoweit *nach* der Machtergreifung die Beurteilung *Gerlands*¹¹⁶ in der DRZ des Jahres 1933. Er schreibt dort zum Ist-Zustand des Strafprozesses im Hinblick auf notwendige »nationalsozialistische« Änderungen:

»Da mag die Reform des Strafprozesses ruhig hinter anderen Arbeiten zurücktreten, wird doch kein Vernünftiger leugnen, dass auch der autoritäre Staat mit unserem herrschenden Strafprozess arbeiten kann. Denn dieser bietet durch die Beweglichkeit seiner Bestimmungen einer ausgestalteten Praxis so viele Möglichkeiten, dass ein neuer Geist sich auch in den alten Formen betätigen kann, ohne diese sofort zu sprengen.«

VI. SCHLUSS

Wenn man wollte, könnte man aus diesen Weimarer Ereignissen lernen, dass staatliche und demokratische Souveränität ohne Bindung an rechtsstaatliche Prinzipien und schützende Formen eine Leerform darstellt, die sich mit beliebigem Inhalt ausfüllen lässt. Der Verzicht auf die Freiheitsrechte des Beschuldigten wird aber leider immer erst dann beklagt, wenn man sich selbst in der strafprozessualen Objektrolle im Kontext einer autoritären Staatsform wiederfindet.¹¹⁷

Ein irgendwie gearteter Erkenntnisprozess aus der rechtsgeschichtlichen Parallelität scheint den heutigen etablierten Parteien – ebenso wie der verunsicherten Bevölkerung – bislang aber abzugehen. Dabei schreien die Befunde und Hintergründe der aktuellen Kriminalpolitik förmlich nach Beschränkung und einer Rückbesinnung auf den Ultima-ratio-Grundsatz im Strafrecht. Nur wenn Strafrecht als letztes und nicht als erstes Mittel der Politik eingesetzt wird und auf den Schutz der wichtigsten Grundregeln und Rechtsgüter beschränkt bleibt, kann Strafe verhaltenssteuernde Wirkung entfalten und kann die Strafverfolgung ihrer Aufgabe gerecht werden, dass zwar Schuldige angemessen in Anspruch genommen werden, aber insbesondere eben auch Unschuldige nicht bestraft werden.

¹¹⁶ *Gerland* DRZ 1933, S. 233ff.

¹¹⁷ *Albrecht* 1994 (Fn. 19), S. 273

Strafrecht ist kein Allheilmittel, und es darf kein Krankmacher der Gesellschaft sein. Insbesondere aber kann das Strafrecht fehlende und/oder verfehlte Strukturpolitik nicht ersetzen. Der neue und alarmierende Aberglaube der demokratischen Parteien, mit dem Ruf nach dem Strafrecht und der Entformalisierung des Strafprozesses nicht nur ein präventives Steuerungsmodell zur vermeintlichen Lösung gesellschaftlicher Probleme gefunden zu haben, sondern mit diesem Ruf auch den populistischen Forderungen von AfD, Pegida und Co. die Spitze nehmen zu können, ist deshalb erschreckend.

Das Bedürfnis vieler Menschen nach umfassender Sicherheit und Klarheit wirkt angesichts solch populistischen Geschreis fast verständlich, es kann aber nicht so und schon gar nicht mittels des Strafrechtes erfüllt werden. Politiker, die dies versprechen, indem sie allwöchentlich einen neuen »Missstand« mit dem Strafrecht »bekämpfen« und eine weitere »Strafbarkeitslücke« ausmachen und schließen wollen, schaden dem Rechts- und Sicherheitsgefühl mehr als sie ihm nutzen. Unter dem Vorwand der Abwendung vermeintlicher Sicherheitsrisiken und Kriminalitätsgefahren ist für solche Sicherheitspolitiker die Möglichkeit einer Überdosierung von Abwehrmaßnahmen noch nicht einmal Thema. Aus ihrer Sichtweise können die Maßnahmen gar nicht früh genug ansetzen und nicht einschneidend genug sein; unzureichende Wirkung erscheint ihnen allenfalls als Folge eines zu späten Einsatzes oder einer zu schwachen Dosierung und verlangt nach mehr von demselben »Heilmittel«. Der nur gefühlte Fakt, damit auf der richtigen Seite, auf der Seite »der Guten« zu stehen und die Wünsche der eigenen Wählerschaft zu bedienen, lässt bei der Wahl der Mittel und ihrer Einsatzbereiche keinerlei Skrupel aufkommen.¹¹⁸ Wer – wie wir auf den Strafverteidigertagen – durch Policy Paper, Bremer Erklärungen und Stellungnahmen¹¹⁹ nach rechtsstaatlicher Begrenzung und demokratischer Kontrolle ruft, setzt sich im derzeitigen Klima allenfalls dem Verdacht aus, Verbrechensbekämpfung nicht ernst zu nehmen.

118 Kunz, Die innere Sicherheit und ihre Feinde, in: Risiken der Sicherheitsgesellschaft – Sicherheit, Risiko und Kriminalpolitik, S. 10.

119 Siehe im Einzelnen dazu: www.strafverteidigervereinigungen.org/rechtspolitik.htm.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, davon dürfen wir uns nicht beirren lassen. Tatsächlich nämlich sind wir »die Guten«: Denn populistische Gesetzgebung verhindert weder Wohnungseinbrüche noch Sexualstraftaten und auch keine Terroranschläge, sie beschädigt lediglich den Rechtsstaat!

Dr. Thomas Galli

PLÄDOYER FÜR EINE NEUORDNUNG DES STRAFRECHTS MIT SANFTER VERNUNFT

Im internationalen Vergleich hat Deutschland ein relativ hohes zivilisatorisches Niveau im Umgang mit dem Thema Kriminalität erreicht. Das sollte jedoch nicht zu einer selbstzufriedenen oder gar selbstgerechten Haltung von Justiz, Staat und Gesellschaft verführen. Dieses erreichte Niveau muss vielmehr immer wieder neu erkämpft und auch als Verpflichtung begriffen werden. Als Verpflichtung, von ihm ausgehend weitere humanitäre Maßstäbe zu setzen, und so unseren (verglichen mit vielen Teilen der Welt) »Luxus« sinnvoll zu nutzen und nicht sinnlos zu verschwenden.

Es gilt Wege zu finden, den Schaden, den wir Menschen uns gegenseitig zufügen, möglichst zu begrenzen. Unser derzeitiges strafrechtliches System, das einige Milliarden Euro pro Jahr verschlingt, genügt diesem Anspruch bei weitem nicht. Allein die Zahl der registrierten Gewaltstraftaten liegt bei fast 200.000 jährlich, und vom Entzug von Freiheit zur Strafe in totalen Institutionen (»Gefängnis«) sind nach wie vor allein in Deutschland Hunderttausende (Inhaftierte und ihre Angehörigen) jedes Jahr betroffen.

I. INTERESSEN ALS GRUNDLAGE UND RAHMEN DES STRAFRECHTS

Das Strafrecht wird durch verschiedenste Interessen geformt. Grob lassen sich diese Interessen in unmittelbare und mittelbare einteilen. Unmittelbar geht es um das Interesse aller Menschen, von anderen keinen Schaden erleiden zu wollen. Eng damit zusammen hängt ein anderes Interesse, das zugleich den Konflikt eröffnet. Dies ist das nach wie vor in fast allen verankerte Bedürfnis, Vergeltung zu üben, also jemandem einen Schaden zuzufügen, wenn dieser einem selbst oder einem anderen einen Schaden zugefügt hat. Es geht weiterhin um das Interesse der Geschädigten an weitest möglicher Wiedergutmachung. Es geht um das Interesse einer Gesellschaft, dass bestimmte Regeln eingehalten werden. Es geht um die Suche nach

Gerechtigkeit, nach Konfliktlösung, nach Ordnung. Das sind die wesentlichen unmittelbaren Interessen, die unser Strafrecht formen. Mit jeder Norm jedoch sind Interessen verbunden, denen die Norm unmittelbar nicht dienen sollte. Gerade im Strafrecht, dem normierten Bereich unseres sozialen Miteinanders mit einer der stärksten Auswirkungen auf das Individuum, müssen auch diese Interessen, die hier nur angedeutet werden können, genau analysiert werden.

Vor allem geht es beim Strafrecht um Macht. Strafrecht setzt Macht voraus, und festigt Machtverhältnisse, die in unserem System untrennbar mit dem Kapital verknüpft sind. Wer mitentscheiden kann, welche Handlungen von Individuen wie bestraft werden, der wird dies tendenziell so tun, dass seinen eigenen Interessen bestmöglich gedient wird. Ein materiell armer Mensch etwa hat nichts davon, wenn die Vermögenden ihre Güter und die Chancen für sich und ihre Kinder auf noch mehr Güter mit dem Strafrecht schützen. Ein weiterer Aspekt der Wechselwirkung von Kapital und Strafrecht ist noch viel zu wenig beleuchtet: Es verdienen sehr viele Menschen sehr gutes Geld mit dem Strafrecht. Strafverteidiger, Justizbedienstete, Politiker, Medienschaffende, Gutachter usw.

Und schließlich: Ohne die Unterscheidung zwischen gut und böse/schlecht kommt der Mensch nicht aus. Um sich selbst als »gut« sehen zu können, braucht es auch böse Menschen. Das Strafrecht dient so auch dem Selbstwertgefühl der Strafenden.

II. DAS STRAFRECHT ALS PROZESS

Es sind also verschiedenste und sich oft widersprechende Interessen mit dem Strafrecht verbunden. Ein perfektes Strafrecht, das in jedem Einzelfall zu einer gerechten Lösung kommt und alle Beteiligten zufrieden macht, gibt es nicht – kann es gar nicht geben.

Strafrecht, in welcher Form auch immer, ist immer eine Zwischenlösung, von der aus dann die nächste Stufe erklommen werden muss. Eine nie ganz auflösbare Dialektik ist der Kern des Strafrechts. Es gehört eben zu seinem Wesen, dass es verschiedenste Interessen miteinander in Einklang bringen muss, ohne alle Interessen, die Bedürfnisse aller Beteiligten, in jedem Fall erfüllen zu können. Das Strafrecht kann noch größere Konflikte vermeiden helfen, es kann

noch größeren Schaden verhindern helfen, aber es kann nicht »alles gut« machen. Das Strafrecht ist keine Medizin zur Heilung von Kriminalität. Es ist auch keine objektive Wissenschaft, da es selbst definiert, was kriminell ist und was nicht, und da es selbst definiert wer dies, und auf welchen Wegen, feststellt. Vielleicht macht dies alles einen guten Teil vom »Charme« der Institution Gefängnis aus. Es ist eine Art Wundertüte, mit der jeder (fast) alles verbinden kann. Und was es tatsächlich bewirkt, ist kaum erforscht.

Wenn es auch nie einen perfekten Zustand geben kann, und das Strafrecht immer als Prozess begriffen werden muss, so gibt es doch sinnvollere Wege als die, die wir derzeit beschreiten, um den Schaden, den wir Menschen uns gegenseitig zufügen, möglichst gering zu halten.

III. GRUNDSÄTZE EINER NEUORDNUNG

Einige Grundsätze sollten diese neuen Wege prägen:

1. Verantwortung statt Schuld und Vergeltung

Die Frage, ob und wie lange jemand »hinter Gitter« kommt, ist nach wie vor eine Frage von Schuld und Vergeltung. Dass der Vergeltungsgedanke dann während des Vollzugs der Freiheitsstrafe keine Rolle mehr spielen sollte, kann darüber nicht hinwegtäuschen. Dem Gefangenen soll ein Übel zugefügt werden, indem er eingesperrt wird, und aus diesem Übel etwas Positives zu generieren, kann, zumindest grundsätzlich, nicht funktionieren. Hinzu kommt, dass Schuld und Vergeltung, ein religiös-ökonomisches Prinzip, auf einer sozialen Ebene nicht funktioniert. Das würde es nur dann, wenn jemand, der eine Freiheitsstrafe verbüßt hat, um die Schuld, die er durch ein Straftat auf sich geladen hat, zu verbüßen, danach so angesehen und behandelt würde, als hätte er die Tat nicht begangen. Das Gegenteil ist der Fall. Der Makel insbesondere einer Gefängnisstrafe ist oft noch größer als der Makel der Tat selbst. Um das Konzept der strafrechtlichen Schuld zu retten, wird oft der Einwand vorgebracht, es diene auch der Begrenzung des staatlichen Eingriffs gegenüber dem Bürger. Dem ist zuzustimmen, jedoch sollte die Schuld vor allem eine Obergrenze für belastende staatliche Eingriffe festlegen, nicht Mindestgrenze oder Inhalt dieser Eingriffe.

Der Staat und staatliches Handeln sind nicht nur Ausdruck, sondern immer auch Vorbild für die BürgerInnen. Ein Staat, der rächt (Vergeltung ist eine reglementierte Form von Rache), zeigt seinen BürgerInnen: Rächen kann Sinn ergeben, Rächen kann erlaubt sein, Rächen kann gut sein. Damit steigt auch die Vergeltungsneigung der BürgerInnen untereinander. Und wenn der Staat erwachsene Menschen bestraft, sogar einsperrt, um sie zu bestrafen, dann werden viele das bei ihren Kindern ebenso tun. Das Vorbild des Staates ist insofern unsouverän, unvernünftig, schlecht. Schädlich.

Dem Vergeltungsgedanken liegt ein weiterer Denkfehler zugrunde. Wenn es so wäre, wie es staatliches Strafen signalisiert, dass auf eine Schädigung sinnvoll reagiert werden kann, indem man den Schädiger schädigt, dann müsste sich dieser ja wiederum für seine Schädigung rächen. So entsteht ein ewiger Kreislauf der Gewalt, und keine Heilung.

Etwas grundsätzlich anderes, als jemandem die Schuld für seine Taten zuzusprechen, ist es, ihn in Verantwortung für das zu nehmen, was er getan hat. Der Staat kann und sollte, auch mit Zwang, Schädiger dazu bringen, den Schaden wieder gut zu machen, soweit es eben geht. Er sollte Strukturen schaffen, die echte Reue ermöglichen und fördern. Er sollte sich um die Geschädigten so kümmern, dass das, was geheilt werden kann, auch geheilt wird.

Was wir anstelle der Schuld nicht brauchen, ist ein »pre-crime«-Denken mit der Stigmatisierung, Ausgrenzung oder gar Bestrafung von Menschen, die keinem einen Schaden zugefügt haben. Ein Staat, der so agiert, wird selbst zum Schädiger.

2. Langfristiges, komplexes, selbstreflexives Denken und Handeln in der Justizpolitik

Jede einzelne Straftat hat individuelle und soziale Anteile, und jede Straftat muss für Staat und Gesellschaft Anlass sein, auch das eigene Funktionieren und Handeln zu hinterfragen. Mit immensem Aufwand wird am straffälligen Individuum »herumgedoktert«, eine Reflexion der sozialen Ursachen findet hingegen, zumindest in der Justizpolitik, kaum statt.

3. Weg vom »Gießkannenprinzip« bei den Rechtsfolgen einer Straftat

Insbesondere mit und im Rahmen einer Maßnahme, der Freiheitsstrafe, soll alles mögliche erreicht werden: Vergeltung, Resozialisierung, Sicherung, usw. Innerhalb der Haft wird dann versucht, möglichst individuell mit den Inhaftierten zu arbeiten, wobei dies angesichts der äußeren Rahmenbedingungen in vielen Fällen letztlich Augenwischerei bleibt und bleiben muss. Ein Arzt etwa, der seine Ehefrau ermordet hat und dafür eine lebenslange Freiheitsstrafe verbüßt, muss nicht resozialisiert werden. Er wird durch die lange Haft de-sozialisiert. Ein Drogensüchtiger, der wegen Beschaffungskriminalität in Haft kommt, gerät dort in ein noch kriminogeneres Umfeld als draußen. Er ist nun fast ausschließlich mit anderen Straffälligen und vielen Drogenkonsumenten und -händlern zusammen, in einem druck- und stressbelasteten Umfeld, wie es notgedrungen entstehen muss, wenn Hunderte meist junger Männer auf engstem Raum über Monate und Jahre zusammen eingesperrt werden. Und wenn er im Gefängnis einen fehlenden Schul- oder Berufsabschluss nachholt, dann trägt er dennoch nach seiner Entlassung den Makel eines Gefängnisaufenthaltes mit sich herum, den er nie wieder aus seiner Biographie löschen kann. Auf dem Arbeitsmarkt hat er so kaum Chancen. So reißen wir mit »dem Hintern wieder ein, was wir mühsam mit den Händen aufgebaut haben.« Zu behaupten, im Kontext des geschlossenen Strafvollzuges könnten Menschen grundsätzlich resozialisiert werden, wäre realitätsferne Sozialromantik.

Die Schlussfolgerung aus diesen Überlegungen kann nur lauten, dass wir eine stärkere Differenzierung strafender Maßnahmen brauchen. Mit ein und derselben Maßnahme vergelten und resozialisieren zu wollen, kann nur zufällig gelingen, nicht aber systematisch. Zudem brauchen wir individuellere Möglichkeiten, auf schädigendes Verhalten Einzelner zu reagieren. Beim einen mag es Sinn machen, ihn aus einem kriminogenen Umfeld herauszuholen, beim anderen kann es genau kontraproduktiv sein, ihn aus seinem gewohnten Umfeld gewaltsam zu lösen.

4. Gerechtigkeit darf sich nicht länger den einfachsten Weg wählen

Strafrecht kann nur auf der Grundlage und in den Grenzen von dem, was sich grob als Gerechtigkeit bezeichnen lässt, legitim sein. Diese Gerechtigkeit allerdings tendiert dazu, wie jede menschliche und soziale Energie, sich den einfachsten Weg zu wählen. Je stärker sie dies allerdings tut, desto stärker verkehrt sie sich genau in ihr Gegenteil. Sie dient dann nicht mehr der Gesellschaft, sondern schadet ihr. Wer etwas über das Internet bestellt, ohne es bezahlen zu wollen, kann sich wegen Betrugs strafbar machen; wer eine Flasche Schnaps im Supermarkt klaut, wegen Diebstahls; wer jemanden körperlich schädigt, wegen Körperverletzung; wer den Tod eines anderen Menschen verursacht, wegen fahrlässiger Tötung, Totschlag oder Mordes. Je mehr und je stärkere Interessen allerdings mit Handlungen verbunden sind, die gegen die gleichen Werte verstoßen, die durch unser Strafrecht geschützt werden sollen, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, sich strafbar zu machen. Das gilt etwa für Waffenexporte in Unrechtsstaaten, die Abgasmanipulationen großer Automobilhersteller oder die hemmungslose Selbstbereicherung von Bankern systemrelevanter Banken, die dann mit Steuergeldern gerettet werden müssen. Werte und Normen werden nicht mehr verbindlich, sie stehen nicht mehr über, sondern unter der Macht, wenn sie letztlich dem Grundsatz der Opportunität unterliegen.

5. Kein Entzug von Freiheit in totalen Institutionen als Form von Strafe

Überhaupt auf die Idee kommen, Hunderte von Menschen zusammen in einer totalen, geschlossenen Institution einzusperren, kann man nur, wenn man sie möglichst kostengünstig verwalten will. Die Kosteneinsparung ist jedoch nur eine kurzfristige und vordergründige. Ganz zu schweigen von den Effekten dieses Freiheitsentzuges auf die Kriminalitätsentwicklung der Insassen. Die Maßnahme des »Einsperrens« und »Wegsperrens« an sich ist ein Zerstören von positiven Ressourcen. Im psychologischen Bereich (Stichwort »Selbstwertgefühl«) und im körperlichen Bereich. Auch im sozialen Bereich werden wichtige Ressourcen zerstört (Kontakte zur Außenwelt

werden zerstört bzw. erschwert – Kontakte bestehen im Wesentlichen zu anderen Straftätern in Haft). Es kann einfach keinen Sinn ergeben, Menschen in die Gesellschaft integrieren zu wollen und sie auf ein verantwortungsvolles Leben in Freiheit vorbereiten zu wollen, indem man sie aus dieser Gesellschaft herausnimmt und sie für Monate und Jahre einem völlig fremdbestimmtem Leben in Haft unterwirft. Ein Leben, von dem wir alle wissen, dass es mit dem Leben in Freiheit nun wirklich nichts zu tun hat.

Manche Inhaftierte kommen erst im Gefängnis so richtig auf »falsche« Ideen oder geraten in »falsche« Kreise. Bei anderen verfestigen sich normabweichende Verhaltensmuster. Das nimmt kaum Wunder, führt man sich die Tatsache vor Augen, dass Hunderte von Rechtsbrechern zum Teil über Jahre hinweg auf engstem Raum zusammen eingesperrt sind und trotz aller Interventionen des Gefängnispersonals die meiste Zeit miteinander verbringen. Die Gruppe der Gleichgesinnten findet sich so innerhalb der Inhaftierten, nicht zwischen Inhaftierten und Gefängnispersonal.

Und in der Gruppe der Inhaftierten gelten eigene Normen und Werte, eine eigene Kultur, die von den Bediensteten als Subkultur bezeichnet wird, und in der nicht selten der Gesetzesbruch zur Norm wird.

Der Abschreckungsgedanke spielt gerade bei schweren Gewalt- und Sexualstraftaten kaum eine Rolle, weil diese aus sehr starken Affekten und Emotionen heraus begangen werden. In anderen Fällen denken die Täter, sie werden ohnehin nicht erwischt. Auch die Sicherheit ist nur sehr oberflächlich und kurzfristig erhöht, wenn Inhaftierte durch die Haft weiter an den Rand der Gesellschaft gedrängt werden und somit die Gefahr langfristig eher vergrößert wird, dass sie sich mit der Gesellschaft und ihren Werten nicht versöhnen.

Freiheitsentzug als Form von Strafe in geschlossenen, totalen Institutionen schadet damit nicht nur den Inhaftierten, sondern der Gesellschaft allgemein.

IV. RAHMEN UND TRIEBKRÄFTE DER VERÄNDERUNG

Die eingangs skizzierten Interessen, die mit unserem derzeitigen Strafsystem verbunden sind, sind zum Teil unabdingbar. So kann etwa kaum ein Rückbau des Anwendungsbereichs des geschlossenen Strafvollzuges gefordert werden, wenn dann Menschen, die jetzt im geschlossenen Vollzug tätig sind, arbeitslos werden. Es kann schlecht ein Verzicht auf jede Art von Vergeltung gefordert werden, wenn durch schwere Straftaten Geschädigte dadurch großen zusätzlichen Schmerz erleiden. Es kann schlecht ein Verzicht auf Strafen generell gefordert werden, wenn das schädigende Verhalten Einzelner dadurch steigt. Eine Veränderung des Strafsystems ist also nur möglich, wenn die menschlich und sozial unabdingbaren Interessen, die mit ihm verbunden sind, anderweitig befriedigt werden als bislang. Diese Interessen bilden die äußeren Rahmenbedingungen, innerhalb derer Veränderung möglich ist. Andere Interessen jedoch, wie etwa das einer kollektiven Auslebung von Aggressionen an Straftätern, auch das einer gewissen Straflust, können vermindert, auf sinnvollere Ziele umgeleitet, oder ganz überflüssig gemacht werden. Dazu müssen sie zunächst genau benannt und analysiert werden.

Mittel und Motor aller Veränderungen des Strafsystems sind Aufklärung, die daraus folgende Erkenntnis und die im menschlichen und sozialen Wesen liegende Motivation, möglichst wenig Schaden anzurichten und so zu handeln, dass ein Gemeinwesen profitiert. Dieser Profit kann im Einsparen von Kosten bestehen, insbesondere aber in einer Reduzierung der Gewalt untereinander.

V. FORM DER VERÄNDERUNG: DIE NEUE SPRACHE DES STRAFRECHTS

Unsere soziale Welt wird geschaffen und gestaltet durch Worte und ihre Bedeutungen. Die Justiz muss neue Worte finden für den Umgang mit Menschen, die Anderen Schaden zufügen. Dazu muss sie lernen, deren Sprache zu verstehen. Der eine handelt aus Hilflosigkeit, der andere aus (vielleicht nicht ganz unberechtigter) Wut, der nächste aus purer Not. In all diesen Fällen macht es alles nur noch schlimmer, wenn der Staat die Mitteilung, die in jeder Handlung steckt, nicht versteht, und seinerseits auf solche Handlungen mit Strafen reagiert, die zum guten Teil außerhalb des Nachvollziehbaren

liegen, die nicht ehrlich sind. Wer so tut, als müsse er etwas tun, was er tatsächlich nur tun *will*, der manipuliert und zerstört jede fruchtbare Kommunikation. Auf der anderen Seite gibt es sehr wenige Menschen, denen es nur um sich, um ihre Interessen, um das Ausleben ihrer Triebe ankommt, auch wenn dies auf Kosten von Anderen geht, oder die andere immer wieder verletzen oder gar töten. Hinter den Taten dieser weniger steckt keine tiefere Mitteilung, so lange man auch suchen mag. Es geht diesen wenigen oft gerade um das Schaden, Verletzen und Töten. Auch das gilt es zu verstehen und zu akzeptieren. Der Umgang auch mit solchen Menschen muss menschenwürdig sein, aber auch menschenwürdig im Bezug auf die Menschen, denen von solchen Tätern Schaden droht oder angetan wurde. Diesen sehr wenigen muss, im Einzelfall bis ans Lebensende, die Freiheit in einem menschenwürdigeren Kontext als bislang entzogen werden.

VI. DIE HALTUNG DER VERÄNDERUNG: SANFTE VERNUNFT

Jedes entscheidende Wort, jede Sprache entspringt einer bestimmten Haltung. Die Haltung der Veränderung unseres Strafsystems sollte die einer sanften Vernunft sein. Vernunft in dem Sinne, alles verfügbare Wissen zu ermitteln und zu berücksichtigen. Sanft im Sinne eines Gegensatzes zur kalten, mathematischen Vernunft. Es geht um den Umgang von uns Menschen untereinander, und dieser Umgang ist wesentlich geprägt auch durch Emotionen, die nicht in all ihren Anteilen, Bedeutungen, Wirkungen, Beziehungen seziert und in die Herrschaft der Vernunft überführt werden können. Aber diese Emotionen können bis zu einem gewissen Grad reflektiert werden und in der Reflexion sollten die Emotionen und psychischen Funktionen, die uns Menschen verbinden, wie Liebe, Empathie und Mitgefühl, höher bewertet werden als die, die uns trennen, wie Aggression und Hass.

In der Gestaltung des Strafrechts sollte von einem grundsätzlich positiven Menschenbild ausgegangen werden. Fast jeder Mensch hat mehr positive Ressourcen als negative und absolut jeder Mensch hat positive Ressourcen. Darauf muss Justizpolitik bauen, und darauf muss sie vertrauen.

VII. KONKRETE FORDERUNGEN

Konkret wäre zu fordern:

1. Trennung von Feststellung des Unrechtsgehalts einer Tat und den daraus folgenden Rechtsfolgen

Gerade für die Geschädigten von Straftaten ist es meist existentiell wichtig, dass der Staat in einem öffentlichen und offiziellen Verfahren feststellt, wie groß das Unrecht ist, das der eine begangen und der andere erfahren hat. Dies sollte aber nicht, wie bislang, in der Länge einer Freiheitsstrafe zum Ausdruck gebracht werden, sondern von den Rechtsfolgen grundsätzlich getrennt werden. Z.B. wäre vorstellbar, dass bestimmte Kategorien von Schwere des Unrechts gebildet werden. Das Gericht entscheidet dann, in welche Kategorie das fällt, was getan wurde. Eine Kommission aus Fachleuten entscheidet dann in einem rechtlich vorgegebenen Rahmen und unter Einbeziehung von Opfer und Täter, was konkret mit dem Täter passieren soll, und wie dem Opfer geholfen werden kann.

2. Vergeltung, Abschreckung und Normvalidierung durch gemeinnützige Arbeit

So unvernünftig der Wunsch nach Vergeltung sein mag, er scheint dennoch ubiquitär im Menschen vorhanden zu sein. Er wird mit zunehmender Aufklärung über die negativen gesellschaftlichen Folgen der reglementierten Form der archaischen Rache sicher abnehmen, aber ihm muss zum einen in gewissem Umfang nachgegeben werden, um überhaupt gesellschaftlich und politisch akzeptable Alternativen zur Institution Gefängnis etablieren zu können. Zum anderen hat ein Bestandteil der Vergeltung (dem weh zu tun, der anderen weh getan hat) zumindest dem Grunde nach auch zukunftsorientierte Wirkung als emotionaler Motor der eher »vernünftigen« Erwägungen Abschreckung und Normvalidierung. Zur Erfüllung dieser Ziele kommt insbesondere die Verpflichtung zu gemeinnütziger Arbeit in Betracht, gegebenenfalls auch in Staatsbetrieben, deren Gewinn dann gemeinnützigen Zwecken zu Gute kommt. Die Aussicht, zum Beispiel einige Jahre lang einen Tag in der Woche gemeinnützig arbeiten zu müssen, dürfte genauso abschreckende Wirkung haben wie die Aussicht auf

ein Jahr Freiheitsentzug, dessen für den Betroffenen und die Gesellschaft schädlichen Folgen jedoch entfallen würden. Bei Verweigerung der gemeinnützigen Arbeit könnte z.B. mit der Kürzung sozialer Leistungen oder mit Einschränkungen der freien Lebensgestaltung (wie z.B. Führerscheinentzug, Bewegungseinschränkung durch elektronische Aufenthaltsüberwachung) reagiert werden. In Belgien z.B. gibt es eine solche Arbeitsstrafe. Auch in Finnland gibt es bereits seit 1991 die gemeinnützige Arbeit als Hauptsanktion.

3. Sicherung durch elektronische Aufenthaltsüberwachung, Hausarrest und die »Gefängnisinsel«

Der Sicherungserfolg des Strafvollzuges ist sehr begrenzt. Was hat die Allgemeinheit davon, drei, vier oder fünf Jahre vor einem Straftäter geschützt zu sein, der nach seiner Haft noch weiter an den Rand der Gesellschaft gerückt und so gesehen eher gefährlicher geworden ist? Dem Sicherungszweck könnte jedenfalls um ein Vielfaches kostengünstiger und humaner durch den Einsatz der vorhandenen technischen Möglichkeiten genügt werden. In Betracht kommt insbesondere die elektronische Aufenthaltsüberwachung, mit der Straftätern das Betreten oder Verlassen eines bestimmten Gebietes strafbewehrt untersagt werden könnte. Auch hätte diese elektronische Überwachung abschreckende Wirkung im Bezug auf weitere Straftaten, da dem Betroffenen so jederzeit nachgewiesen werden könnte, wo er sich aufgehalten hat. In schwereren Fällen kommt auch ein elektronisch überwachter Hausarrest in Betracht, wie es ihn beispielsweise in Österreich gibt (§ 156 b StVG). Ergänzt werden sollten diese eher elektronisch basierten Sicherungsformen je nach Einzelfall durch persönliche Kontrollen, Überwachungsmaßnahmen und Betreuungsangebote.

Für die sehr wenigen schwersten Straftäter, die z.B. mehrere Morde begangen haben, wäre die humanste und sinnvollste Unterbringung die innerhalb einer nach außen gesicherten Dorfgemeinschaft, einer Art »Insel«, auf der die Betroffenen einigermaßen selbstbestimmt- und verantwortlich leben könnten und gemeinnützige Arbeit leisten müssten. Denn nach Jahren und Jahrzehnten Unterbringung in Strafhaft oder Sicherungsverwahrung bleibt von der grundgesetzlich garantierten Menschenwürde nichts mehr übrig. Auch kommt

es infolge der nicht mit der rechtsstaatlich notwendigen Genauigkeit von Gefahrprognosen nicht nur zu einem Großteil von zu Unrecht in Haft gehaltenen Menschen, sondern auch immer wieder zu schlimmen Rückfalltaten von zu Unrecht für ungefährlich gehaltenen Straftätern. Dieser Freiheitsentzug sollte daher grundsätzlich bis zum Lebensende andauern, vielleicht noch mit der Möglichkeit der Entlassung in einem sehr hohen Alter, in dem die Betroffenen aus faktischen Gründen kaum noch anderen schaden könnten. Grundlage dieser Insellösung wären nicht dubiose Prognosen und ebenso dubiose Therapieversprechungen, sondern allein die Taten der Betroffenen.

Bei diesen sehr wenigen höchst kriminellen Menschen hat die Gesellschaft das Recht, überhaupt keine Gefahr von ihnen mehr in Kauf zu nehmen, wie klein oder groß sie auch konkret sein möge. Diesem Recht entspricht allerdings die Pflicht, der noch bei weitem nicht genügt wird, in jeder Straftat auch die sozialen Anteile zu sehen und langfristige und komplexe Betrachtungen anzustellen, wie es dazu kommen konnte, dass Einzelne schlimmes getan haben. Dieses Denken ist noch viel zu wenig ausgereift, aber wir können das im Rahmen dieses Vortrages nicht vertiefen. Selbstverständlich kann dabei nicht jegliche staatliche Kontrolle dieser Einrichtungen, nach innen und nach außen, entfallen. Auch sind innerhalb solcher Dorfgemeinschaften verschiedene Sicherheitsstufen denkbar, sodass in bestimmten Fällen zum Beispiel ein Kontakt mit anderen Menschen nur im Beisein von Sicherheitspersonal (einer Art Dorfpolizei) ermöglicht werden könnte. Die Straftäter müssten in den Dorfgemeinschaften Arbeit leisten, deren Erträge z.B. auch für die Jugendarbeit eingesetzt werden können. Für den Steuerzahler wären derartige »Gefängnisinseln« um ein vielfaches günstiger als das derzeitige Modell der Sicherungsverwahrung, da sowohl die jahre- und jahrzehntelangen und äußerst kostenaufwendigen (und gleichwohl meist aussichtslosen) Therapiemaßnahmen als auch die Rundumbetreuung der Verwahrten wegfallen würden.

Diese Vorschläge werden von vielen kritisch gesehen, und sie würden, zugegebener Maßen, auch zu Ungerechtigkeiten in Einzelfällen führen. Vor allem die Gefahr einer maßlosen Ausweitung techniksicherer Maßnahmen muss im Auge behalten werden. Diese dürfen nur als Alternative zur noch schädlicheren Haft, und nur in Kombination

mit einer individuellen Betreuung zum Einsatz gebracht werden. Auf der anderen Seite verführen die derzeitigen (aus meiner Sicht falschen) Annahmen der Sicherungsverwahrung, man könne »Gefährlichkeit« einschätzen und therapieren, eben gerade dazu, dass man viel zu vielen Menschen unter letztlich nicht menschenwürdigen Bedingungen die Freiheit entzieht, da man sich einredet, dass es erstens etwas gibt, das in diesem Menschen steckt, zwar nicht mehr die Schuld, aber deren Verbote, die Gefährlichkeit, und dass der Freiheitsentzug zweitens zeitlich begrenzt ist, da der Betroffene therapiert wird.

4. Resozialisierung durch ambulante Maßnahmen, Einzelbetreuung

Meine sehr geehrten Damen und Herren, wir wissen alle, dass im Strafvollzug in allen Ländern hervorragende Maßnahmen angeboten werden und dass dort sehr engagierte und kompetente Menschen tätig sind. Diese Menschen werden dringend für den Auf- und Ausbau der Alternativen zum geschlossenen Vollzug gebraucht. Vor allem in den letzten Jahren hat eine deutliche Orientierung hin zur Resozialisierung stattgefunden. Gerade in Sachsen durfte ich die Erfahrung machen, dass alles versucht wird, die Haftzeit möglichst sinnvoll im Interesse der Allgemeinheit zu gestalten. Alles, was im Strafvollzug an Ausbildungs-, Schulungs-, Behandlungs- und Therapiemaßnahmen durchgeführt wird, könnte jedoch mit größerer Aussicht auf Erfolg ambulant durchgeführt werden. Auch hier könnte bei Verweigerung mit der Kürzung sozialer Leistungen oder mit Einschränkungen der freien Lebensgestaltung (s.o.) reagiert werden. Bei Bedarf wäre auch eine (v.a. sozialpädagogische) Einzelbetreuung von Straftätern denkbar, die immer noch kostengünstiger als der Strafvollzug wäre.

5. Schaffung einer/eines Bundesbeauftragten für Kriminalitätsprävention

Vergleichbar mit Drogenbeauftragten und ähnlichen Institutionen sollte ein staatliches Institut etabliert werden, das mit entsprechenden Mitteln ausgestattet wird und partei- und ressortübergreifend kriminalitätspräventives Wissen bündelt, generiert und kommuniziert (»Strafen gefährdet ihre Gesundheit!«).

VIII. FAZIT

Das Ziel muss sein, dass möglichst wenig Menschen überhaupt den Willen, die Neigung oder den Zwang entwickeln, anderen und sich selbst zu schaden.

Um dieses Ziel erreichen zu können, müssen wir weg von einer symbolhaften, kurzfristig orientierten, repressiv ausgerichteten Kriminalpolitik, und hin zu einem langfristigeren, komplexeren, ehrlicheren und selbstkritischeren Denken und Agieren einer Justiz, die den Schwerpunkt auf die Stärkung der positiven Ressourcen im Menschen und im Sozialen legt.

Dr. Katharina Bennefeld-Kersten

DIE HAFTANSTALT ALS GEFÄHRLICHER ORT

Die Welt ist ein gefährlicher Ort zu leben; nicht wegen der Menschen, die böse sind, sondern wegen der Menschen, die nichts dagegen tun.

Albert Einstein

Um zu prüfen, ob eine Redewendung wie »gefährlicher Ort« das bezeichnete Objekt zutreffend beschreibt, ist es manchmal hilfreich, Synonyme der Redewendung zu benennen. Im Wörterbuch für Redensarten werden als Synonyme für einen gefährlichen Ort »Hexenkessel, Löwengrube und Haifischbecken« genannt, also Orte, an denen Hexenkessel für heillose Aufregung und Durcheinander steht, die Löwengrube für die Gefahr, von lauter Feinden umgeben, gefressen zu werden und der Haifisch für Wucherer, Ausbeuter und Verbrecher. Ich hoffe, dass meine folgenden Informationen für die Einschätzung, ob es sich bei Haftanstalten um Hexenkessel, Löwengruben und Haifischbecken handelt, hilfreich sind.

GEFÄHRLICHE ORTE

Ihnen ist sicher bekannt, dass in der Bundesrepublik Deutschland an einem Ort, der offiziell als ‚gefährlicher Ort‘ ausgewiesen wurde, ohne das Bestehen eines konkreten Tatverdachts polizeiliche Maßnahmen gegen Personen vorgenommen werden können. Im April 2017 fragte ein Abgeordneter die Landesregierung in NRW, wie viele »gefährliche Orte« es denn in dem Bundesland gäbe. Das Innenministerium nannte etwa zwei Dutzend gefährlicher Örtlichkeiten, Gefängnisse waren dabei nicht aufgeführt, obwohl das Gefängnis für nicht wenige Menschen zu einer Gefahr werden kann. Ein Gefängnis ist eine Welt der Bewacher und Bewachten, dort geht es zu wie in einer kleinen Stadt, in der beide Seiten stark hierarchisch organisiert und deren Grenzen so eng gezogen sind, dass die »Wohlfühldistanz« zu fremden Menschen von zwei bis drei Metern in der Regel unterschritten wird. Und das kann Stress geben.

»Ihr seid meine Mörder« schrieb ein 75jähriger Strafgefangener auf eine Plastiktüte, zog sich diese über den Kopf und band sie mit Schnürsenkeln zu. Er hatte dreieinhalb von neun Jahren Freiheitsstrafe wegen Totschlags an seiner Ehefrau verbüßt. Das Personal wird ihn nicht in den Tod getrieben haben, es kann aber für die Insassen durchaus eine Gefahr darstellen: In der ausgeprägten Hierarchie eines Gefängnisses ist die Abhängigkeit der Gefangenen von wohlgesonnenen Bediensteten hoch und die Gerechtigkeit von Entscheidungen und Maßnahmen wird höchst unterschiedlich wahrgenommen.

Es kann auch von Insassen eine Gefahr für das Personal ausgehen: Bedrohungen des Personals und ihrer Familien, Angriffe, Überfälle, um an den Schlüssel zu gelangen, und Geiselnahmen kommen vor. Auch ich war in eine Geiselnahme verwickelt, das tragischste Ereignis während meiner Vollzugstätigkeit war jedoch die Messerattacke eines Gefangenen in der JVA Uelzen, die der stellvertretende Anstaltsleiter, der stellvertretende Küchenchef und der Angreifer nicht überlebt haben und durch die zwei weitere Bedienstete verletzt worden sind.

Auch vom Personal für das Personal kann eine Gefahr ausgehen: beispielsweise, wenn Mitarbeiter mit Gefangenen Geschäfte machen. Das kann anfangen mit einem Brief, den sie am Haftrichter vorbei in den Briefkasten werfen und hört beim Einbringen von Drogen und Alkohol nicht auf. Manchmal ist es auch nur die Hoffnung auf das große Geld. Ich erinnere an die berühmt gewordene Flucht eines niedersächsischen Gefangenen im Pappkarton, den ein Bediensteter als Altpapier auf einer Schubkarre durch das Anstaltstor fuhr.

Ebenso kann für Insassen eine Gefahr von Mitinsassen ausgehen: Erpressung, Unterdrückung vielfältiger Art von Mitgefangenen aus unterschiedlichen Gründen, Bedrohung ihrer Familien, Gewalt deliktsspezifisch gegen Mitgefangene und nicht zuletzt Gefahr der Radikalisierung bspw. durch radikale Islamisten.

Zwar gibt es, um im Bild zu bleiben, auch Pandabären im Hai-fischbecken, Gefangene, die Personal und Mitgefangene unterstützen und Personal, das Gefangene fördert und Kollegen zur Seite steht, aber ein Gefängnis ist beileibe kein Ort des Friedens und der Entspannung.

ANPASSUNG ODER SUIZID

Personen, die dort eingeliefert werden, haben – vor allem, wenn sie das erste Mal in Haft sind – Angst vor Mitgefangenen, auch vor Bediensteten. Untersuchungsgefangene werden abrupt von ihrem sozialen Umfeld getrennt, haben oft Probleme zu bewältigen, die an die Substanz gehen, stehen aber ohne soziale Unterstützung ziemlich allein da. Sie zweifeln oft an der Sinnhaftigkeit ihres Lebens und tun sich schwer, eine Perspektive für eine angemessene Lebensgestaltung zu entwickeln.

In Kanada sind zwei Forscher der Frage nachgegangen, warum – angesichts der Beeinträchtigungen – Gefangenschaft nicht permanente Schädigungen hervorbringt. Sie haben 169 Gefangene zu verschiedenen Zeitpunkten – erste Zeit der Inhaftierung, 14 bis 16 Wochen später und ein Jahr später – interviewt und festgestellt, dass die Beeinträchtigungen für viele Gefangene vorübergehender Natur zu sein scheinen. So würde sich das Zeitfenster für emotionalen Stress, aber auch für positive Veränderungen des eigenen Lebensstils mit zunehmender Inhaftierungszeit schließen. Zu Beginn der Inhaftierung würden sich die Probleme summieren, die Gefangenen hätten ein hohes Level an emotionalem Stress, der sich in Depression und Ängstlichkeit zeige. Dabei sei der Mangel an Außenkontakten ein hoher Stressfaktor gewesen. Jedoch schon beim zweiten Interview habe sich die Anzahl derjenigen, die sich zu Beginn absolut unfähig fühlten, eins ihrer zahlreichen Probleme zu lösen, halbiert, auch wenn die Probleme dieselben geblieben seien. Damit sei ein erster Schritt der Anpassung getan worden, der jedoch auch die Beibehaltung des vor der Inhaftierung geführten Lebensstils zur Folge hatte. Vorsätze, ihre Lebensgestaltung zu verbessern, hätten sich im Verlauf der Inhaftierung wieder aufgelöst und im Ergebnis seien die Gefangenen bei ihrer Entlassung nicht besser ausgestattet, als zu Beginn der Haft. Dadurch sei das Gefängnis aber letztlich ein teurer Weg, »Bösewichter« für einige Zeit zu isolieren.¹

Möglicherweise liefert die genannte Studie einen Hinweis darauf, warum in einer emotionalen Stresssituation wie der Inhaftierung,

1 *Zamble & Porporino, Coping, Behavior and Adaption in Prison Inmates. New York: Springer Verlag 1988*

Suizid letztlich ein insgesamt relativ seltenes Ereignis ist. Den Wissenschaftlern folgend könnte es zwei Gruppen geben: eine große Gruppe derjenigen, die dem ersten Schock standhalten kann und – auch ohne große Unterstützung des Vollzuges – mit der Zeit Überlebensstrategien entwickelt und eine kleine Gruppe derjenigen, die Schaden nimmt, weil sie das nicht kann oder will. Diese Gruppe nimmt Schaden, indem sie zum Beispiel überdauernde psychische Beeinträchtigungen entwickelt oder sich das Leben nimmt.

Wir, d.h. der Kriminologische Dienst (KD im Bildungsinstitut des niedersächsischen Justizvollzugs), haben Gefangene im niedersächsischen Vollzug 14 Tage nach ihrer Inhaftierung gefragt, ob sie Suizidgedanken hatten. 20 Prozent der Befragten gaben an, in der ersten Haftzeit darüber nachgedacht haben, ihr Leben zu beenden. Auch wenn die Intensität der Suizidgedanken sehr unterschiedlich gewesen sein mag, erscheint mir die Anzahl von Personen, die auf die Inhaftierung mit derartigen Überlegungen reagieren, recht hoch. Auch im europäischen Vergleich schneidet Deutschland nicht gut ab.

Laut einer Studie des Council of Europe 2015 lag die Sterbeziffer von Gefangenen in Deutschland 2014 unter dem Durchschnitt europäischer Länder, die Suizidziffer mit neun Suiziden pro 10 000 Inhaftierte jedoch über dem Durchschnitt.

In der Süddeutschen Zeitung vom 23. Februar 2018 wurde ein Interview mit Anke Stein – Leiterin des Untersuchungsgefängnisses Moabit – veröffentlicht. Auf die Frage, worum sich jemand, der das erste Mal dort ankommt, am meisten sorgt, antwortete sie:

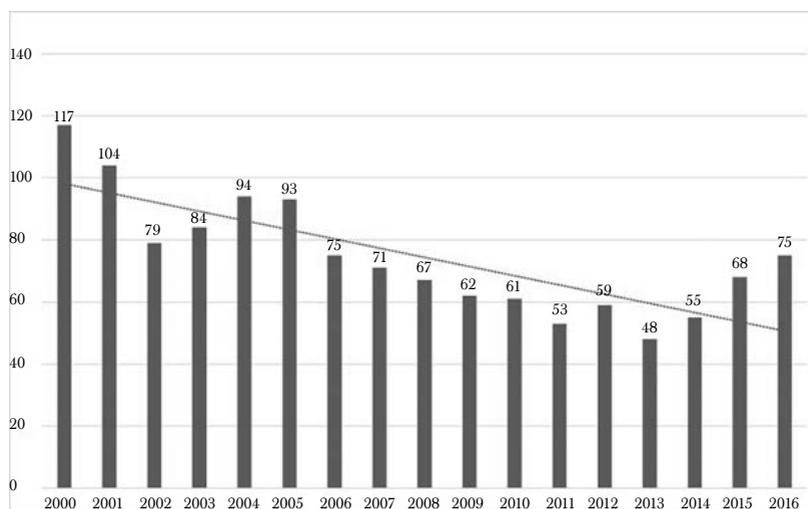
»Zwei Dinge: Wie geht es mit mir weiter? Und: Wie geht es da draußen ohne mich weiter, mit Frau, Kindern, Hund? Wer zahlt meine Miete, wer sagt es meinem Arbeitgeber? Wenn man dieses Gebäude das erste Mal betritt, ist man zudem schockiert. Allein die Geschichte, die in Berliner Gefängnismauern steckt. In der JVA Plötzensee gab es mal eine Guillotine (Gijotine) im Keller. Es gibt grausame Geschichten. In den ersten Tagen in der Untersuchungshaft ist auch die Suizidwahrscheinlichkeit am höchsten, deswegen werden die Gefangenen überwiegend zu zweit untergebracht.«

Frau Stein hat Recht, Untersuchungsgefangene haben vor allem in der ersten Haftzeit ein deutlich höheres Risiko für Suizid als

Strafgefangene. In den letzten Jahren meines Berufslebens habe ich in der Forschung gearbeitet und hatte die Möglichkeit, eine bundesweite Datenerhebung über Häftlingssuizide ab dem Jahr 2000 auf die Beine zu stellen. Ich kann Ihnen mitteilen, wie viele Gefangene sich getötet haben und wie sich die Häufigkeit von Suiziden über die 17 Jahre entwickelt hat.

SUIZIDE VON GEFANGENEN 2000 BIS 2016

Insgesamt haben sich im Zeitraum 2000 - 2016 1265 Gefangene, 1229 Männer und 36 Frauen, das Leben genommen. Das sind pro Jahr ca. 75 Gefangene.



Die Spanne reicht von 117 im Jahr 2000 bis zu 48 im Jahr 2013. Da wir jedoch parallel in den Gefängnissen einen Rückgang in der Belegung hatten, können nur Suizidraten Auskunft über die Entwicklung der Suizidhäufigkeiten geben. Darum einige Worte zur statistischen Erfassung:

Grundsätzlich gilt, je geringer die Belegung ist, desto geringer ist auch die Anzahl potenzieller Suizidenten. Um Entwicklungen in verschiedenen Bereichen vergleichen zu können, rechnet man die Suizidrate – also die Anzahl der Suizide in einem bestimmten Zeitraum

unter Berücksichtigung bspw. der jeweiligen Stichtagsbelegung aus und meist auf 100 000 Personen hoch. Statistisch gesehen ist der Zugriff auf die Stichtagsbelegung nicht die glücklichste Lösung aber die machbarste.

Die Spanne der Suizidraten zwischen den Bundesländern reicht von durchschnittlich 57 Suiziden eines Bundeslandes bis zu 233 Suiziden eines anderen Bundeslandes jeweils hochgerechnet auf 100 000 Gefangene.

Dagegen ist die Spanne der Suizidraten zwischen den Jahren geringer, 2011 war das Jahr mit den wenigsten Suiziden (74/100 000), 2015 mit 159 Suiziden pro 100 000 Inhaftierten das Jahr mit den meisten. An dieser Stelle vergleicht man die Suizidraten von Gefangenen gern mit denen der Allgemeinbevölkerung, die bei ca. elf bis zwölf Suiziden pro 100 000 Personen liegen. Dabei haben Männer im Vergleich zu Frauen das dreifache Risiko für Suizid.

Ich teile die Zahlen mit, weil gern danach gefragt wird, sie taugen aber nicht für einen Vergleich. Personen der Allgemeinbevölkerung lassen sich aus mehreren Gründen nicht mit der Gruppe der Gefangenen vergleichen, einige möchte ich Ihnen nennen:

- es gibt so gut wie keine Dunkelziffer für Suizide in Haft;
- dort finden nach einem Suizid in der Regel Obduktionen statt;
- angesichts eingeschränkter Suizidmöglichkeiten sind als Unfall diagnostizierte Suizide selten;
- Männer haben ein höheres Risiko für Suizid und sind in der Allgemeinbevölkerung zu knapp 50 Prozent vertreten. Im Gefängnis sind 95 Prozent der Insassen Männer.

Darüber hinaus beherbergt das Gefängnis eine Auslese an Personen mit erhöhtem Risiko für Suizid und zwar Personen mit:

- Substanzmissbrauch,
- psychischen Beeinträchtigungen,
- erhöhter Impulsivität /Aggressivität
- und aktuell erfahrenen kritischen Lebensereignissen.

Die Suizidraten im Gefängnis sprechen also ihre eigene Sprache. Zum einen sind an den vermeintlich deutlich höheren Suizidraten

Zweifel angebracht und zum anderen lassen sich nicht alle Ursachen für Suizide auf die Haftanstalten zurückführen. Es ist zudem ein generelles Problem, über Suizidursachen und -auslöser im Nachhinein zu spekulieren. Gründe aus dem Leben zu gehen, sind vielschichtig und bei der Ursachenforschung ist zu berücksichtigen, dass wir nur die Spitze des Bergs an möglichen Zusammenhängen erkennen können. Mit diesem Hinweis auf die Möglichkeit spekulativer Schlussfolgerungen werde ich Ihnen jetzt Suizidraten unterschiedlicher Gefangenengruppen vorstellen, die Anlass für Interpretationen bieten.

Es gibt u.a. Unterschiede zwischen Suizidenten in Untersuchungs- und Strafhaft, zwischen ganz jungen und älteren Suizidenten und besonders ans Herz legen möchte ich Ihnen ältere Suizidenten mit Tötungsdelikten.

In den Gefängnissen der Bundesrepublik befinden sich die meisten Inhaftierten in Strafhaft, Untersuchungshaft macht nur 16 bis 18 Prozent der Haftarten aus, sie ist aber die Haftart mit dem höchsten Risiko für Suizid in der ersten Haftzeit. 25 Prozent der Suizidentengruppe in Untersuchungshaft und »nur« zehn Prozent der Suizidentengruppe in Strafhaft haben sich innerhalb der ersten sieben Hafttage getötet.

STIPPVISITE IM GEFÄNGNIS

Wenn Sie herausfinden wollen, warum sich Untersuchungsgefangene in der ersten Haftzeit zweieinhalbmal häufiger getötet haben als Strafgefangene, gehen Sie mit mir ins Gefängnis:

In der Annahme, dass viele von Ihnen die Außenpforte und das Anwaltszimmer einer Justizvollzugsanstalt kennen, muss ich Ihnen die mit NATO-Draht geschmückten Mauern und Zäune nicht beschreiben. Aber wissen Sie wie es drinnen aussieht? Auf den Fluren, in den Hafträumen? Vermutlich eher nicht, dann nehme ich Sie mal auf einen kleinen Rundgang mit.

Sie sind auf dem Weg zum Strafverteidigertag verhaftet worden. Von daher haben Sie im Prinzip Glück, denn Sie haben Geld dabei und in Ihrem Koffer Körperpflegemittel und auch Kleidung zum Wechseln. Nur, es wird ein wenig dauern, bevor sie Ihre Sachen, zumindest einen Teil davon, erhalten. Denn diese werden einer sorgfältigen Kontrolle unterzogen, bevor sie ausgehändigt werden, wenn

sie denn ausgehändigt werden. Ihr iPad zum Beispiel wird die Dauer Ihres Aufenthaltes im Gefängnis auf der Kammer verbringen müssen. Sie haben keinen Kontakt mehr zur Außenwelt, denn eben mal irgendwo telefonieren geht nicht, da muss die Erlaubnis, wie Sie wissen, vom Haftrichter eingeholt werden, das kann ein paar Tage dauern. Schreiben können Sie, dafür würden Ihnen auch Papier und Umschläge ausgehändigt. Die Post geht aber über den Haftrichter, der muss sie erst lesen und auch das kann ein wenig dauern. Sie sagen, Sie sind unschuldig, Sie haben nichts getan. Ich sage Ihnen, ja, ich weiß, da sind Sie hier nicht der Einzige.

Nachdem Sie sich noch eine Tasse vom Anstaltstee gegönnt haben, verbringen Sie Ihre erste Nacht unter einer wenig kuscheligen Wolldecke, eingehüllt in Anstaltsbettwäsche. Sie können nicht schlafen, fangen an zu grübeln, sind sich aber keiner Schuld bewusst und gehen davon aus, dass sich am nächsten Tag alles aufklären lassen wird. Dann fällt Ihnen ein Buch aus Ihrem Bücherregal von *Max Steller* ein ‚Nichts als die Wahrheit – warum jeder unschuldig verurteilt werden kann‘ und Sie wollen nur noch raus aus der Zelle. Geht aber nicht, Sie sind unter Verschluss, können also die für Ihr Schicksal vermeintlich Verantwortlichen nicht aufsuchen und zur Rede stellen. Wenn Sie die Notrufanlage betätigen, weil das doch alles ein schrecklicher Justizirrtum ist, kommen mindestens zwei Bedienstete und fragen nach Ihrem Begehren. Bleiben Sie sachlich, krakeelen Sie nicht und Tränen könnten ein Hinweis auf Suizidgefahr sein. Dafür hat diese besondere Einrichtung besondere Unterbringungsmöglichkeiten.

Okay, es reicht, ich bringe Sie wieder raus aus dem Gefängnis.

Das ist die Situation, die häufig einer Straftat, einer Festnahme und einer Vernehmung durch die Polizei folgt.

SUIZIDE VON UNTERSUCHUNGS- UND STRAFGEFANGENEN

Insgesamt beträgt die Suizidrate von Gefangenen in Untersuchungshaft das fünf- bis sechsfache von Strafgefangenen. Dagegen lässt sich einwenden, dass der sogenannte Durchlauf von Personen in der Untersuchungshaft größer ist als in der Straftat, also grundsätzlich mehr Personen für einen Suizid in Frage kommen. Es bleibt jedoch die Tatsache, dass Untersuchungsgefangene ihr Leben deutlich

schneller beenden als Strafgefangene. Untersuchungshaft ist häufig u.a. wegen massiver Einschränkung der Kontakte und des selbstbestimmten Handelns, des Wegfalls sozialer Unterstützung sowie wegen der hohen Unsicherheit über den weiteren Haftverlauf eine starke Beeinträchtigung psychischer Stabilität.

Die Mitarbeiter in den Gefängnissen wissen um die Suizidgefahr in der ersten Haftzeit und führen zu Haftbeginn häufig ein Suizid-screening durch. Das heißt, wenn bestimmte Kriterien erfüllt sind, wird – zum Beispiel durch Einschaltung von Fachdiensten – konkreter geprüft, ob die betroffene Person suizidal ist. Die Kriterien eines Suizidscreenings sind unterschiedlich, oft handelt es sich um Erhebungen zum Substanzmissbrauch, zum Erstvollzug, zu Tötungsdelikten und zum Alter, wobei ältere und junge Gefangene als erhöht gefährdet gelten. Der jüngste Suizident war 15 Jahre alt, der älteste 83, 92 Suizidenten waren unter 21 Jahre alt und 63 Gefangene, davon vier Frauen, waren zum Suizidzeitpunkt 60 Jahre und älter.

VON JUNGEN UND ÄLTEREN SUIZIDENTEN

Es lässt sich nur ein Vergleich der Suizidraten von jungen und älteren Suizidenten in Strafhaft herstellen, da für Untersuchungsgefangene keine entsprechenden Daten erhoben werden. Die Entwicklung über die Jahre in den Altersgruppen ist unterschiedlich.

Die Trendlinie zeigt in der Altersgruppe der Jüngeren (Ø 68) – trotz Anstiegs 2014 und 2016 – deutlich nach unten, während sie in der Gruppe der Älteren nur geringfügig abnimmt (Ø 67). Dort zeigen die Suizidziffern 2014/15/16 ein ähnliches Bild wie 2003/04/05. Bleibt zu hoffen, dass es 2017 wie in 2006 auch abwärts geht.

Über alle Haftarten haben sich insgesamt fast 30 Prozent der Suizidentengruppe am häufigsten im ersten Haftmonat getötet, davon waren 70 Prozent noch in U-Haft und 19 Prozent in Strafhaft oder Jugendstrafe. Dass Suizide in der ersten Haftzeit Reaktion auf nicht geplante, nicht vorbereitete und abrupte Inhaftnahme sein können, zeigt der Anteil von Suizidenten in Strafhaft, die zum Strafantritt geladen waren, sich aber nicht gestellt hatten. Sie haben sich nach der Festnahme deutlich häufiger im ersten Haftmonat getötet, als Strafgefangene, die der Ladung nachgekommen waren. Die jungen Gefangenen haben

sich im Vergleich zu den Älteren häufiger im zweiten Haftmonat (19 Prozent zu sechs Prozent der älteren) das Leben genommen, die Älteren im Vergleich zur Gesamtgruppe häufiger nach Ablauf von fünf Jahren (13 Prozent).

AUSPRÄGUNG VERSCHIEDENER MERKMALE NACH ALTERSGRUPPE IN PROZENT

Verschiedene Merkmale	Junge < 21 n=92	Ältere > 60 n=63	21 – 60 Jahre n=1110
Suizid in U-Haft	44,6	65,1	53,1
Erstvollzug	55,4	55,6	41,6
Suizidversuch bekannt	20,7	15,9	20,0
keine Suizidgefahr	75,0	76,1	77,0
Einzelzelle	70,0	76,2	71,0
Arbeit in Haft	34,1	20,0	25,7
Sexualdelikte	7,6	19,0	16,6

Die Älteren haben sich häufiger noch in der Untersuchungshaft getötet, die Jüngeren befanden sich dagegen meist schon in Strafhaft. Tendenziell waren insgesamt die Jungen und Älteren häufiger zum ersten Mal in Haft als die 21- bis 60-jährigen.

Suizidversuche waren eher von Jüngeren bekannt, wichtig ist, dass drei Viertel der Suizidentengruppe nicht als gefährdet erkannt wurden. Demzufolge waren auch die meisten Suizidenten in einer Einzelzelle untergebracht. Immerhin waren mehr junge Gefangene in eine Beschäftigung (Arbeit oder Ausbildung) eingebunden, denn ein Tag in Haft kann sehr lang werden. Sexualdelikte sind von Belang, da Gefangene mit einem solchen Delikt in der Gefangenenhierarchie ganz unten stehen.

Untergebracht in einer Einzelzelle wurden die Suizide am häufigsten beim Aufschluss entdeckt, waren also zur Nachtzeit vollzogen worden. Gemeinschaftlich Untergebrachte haben auch tagsüber

Möglichkeiten zum Suizid genutzt, bspw. wenn Mitbewohner zum Gespräch mit dem Anwalt waren.

SUIZIDENTEN MIT TÖTUNGSDELIKTEN

Alarmierend ist der Anteil an Personen mit Tötungsdelikten von mehr als zwei Drittel der älteren Suizidenten. Hier handelt es sich um eine Hochrisikogruppe, die meist den ersten Haftmonat nicht überlebt hat. Obwohl Personen mit Tötungsdelikten als Risikogruppe gelten, wurde eine Suizidgefahr nicht erkannt. Nur einer der Älteren galt als ziemlich, drei als etwas suizidgefährdet.

Erschwerend hinzukommen vermutlich mangelnde Perspektiven, Ängste und Unsicherheiten in der ersten Haftzeit, die möglicherweise von älteren Gefangenen schwerer zu ertragen sind.

Zusammenfassung der Auffälligkeiten der Suizidenten:

Man kann davon ausgehen, dass viele sich ohne soziale Unterstützung alleingelassen fühlten, dafür sprechen die Zahlen

- der ersten Haftzeit, in der man keinen Vertrauten hat,
- der Erstinhaftierten mit dubiosen Ängsten,
- der Untergebrachten in Einzelzellen zur Nachtzeit und
- der geringsten Anzahl der Suizide im Dezember, dem Monat mit dem höchsten Maß an Zuwendung, auch durch ehrenamtliche Gruppen.

Wenn dem Leben die Perspektive fehlt, wird es schwierig, das betrifft vor allem

- Personen in Untersuchungshaft, der Haftart mit der größten Ungewissheit und
- Personen mit Tötungsdelikten, die verstärkt Gefühle der Trauer, Scham und Schuld zu bewältigen haben.

Und wenn man sich im Leben nicht wohl fühlt, wenn keine Arbeit, keine Beschäftigung in Sicht ist, wenn Langeweile überhandnimmt und Kompetenz nicht gefragt ist, verliert das Leben an Wert.

Manchmal ist das Gefängnis ein Hexenkessel, manchmal eine Löwengrube und manchmal auch ein Haifischbecken. Aber manchmal auch ein Verein friedensstiftender Pandabären.

Prof. Dr. Frieder Dünkel

Freiheitsstrafe – Für wen?

Aktuelle Daten zur Entwicklung des Strafvollzugs,
der Rückfallforschung, Straftäterbehandlung
und zu Perspektiven einer »reduktionistischen«
Kriminalpolitik

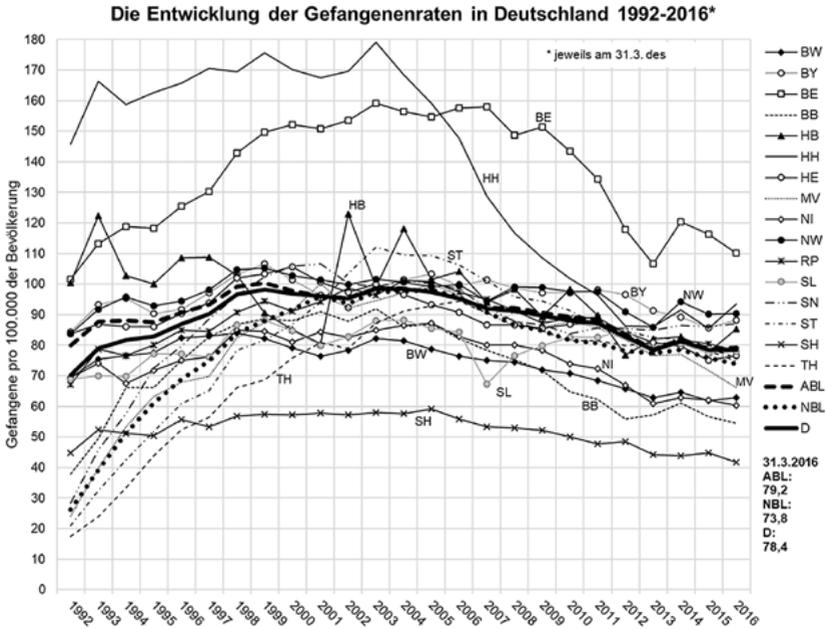
I. EINLEITUNG:

AKTUELLE DATEN ZUR QUANTITATIVEN ENTWICKLUNG DES STRAFVOLLZUGS IN DEUTSCHLAND UND EUROPA

Der Strafvollzug in Deutschland ist in quantitativer Hinsicht von einem erstaunlichen Phänomen gekennzeichnet. Während seit Anfang der 1990er Jahre ansteigende Gefangenenraten und Probleme der Überbelegung ein zentrales Thema waren, ist die Realität seit Mitte der 2000er Jahre eine andere. Seit 2003 ist die Gefangenenrate in Deutschland um mehr als 29 Prozent gesunken (vgl. Abbildung 1).¹ Besonders eindrucksvoll sind die Rückgänge der Belegung in den Stadtstaaten Berlin und Hamburg, deren Gefangenenraten inzwischen auf dem Niveau von Flächenstaaten mit überwiegend ländlichen Strukturen liegen.

1 Ich danke meinem langjährigen Mitarbeiter am Lehrstuhl für Kriminologie in Greifswald, Bernd Geng, für die Herstellung der Grafiken und zahlreiche Anregungen.

ABBILDUNG 1: DIE ENTWICKLUNG VON GEFANGENENRATEN IN DEUTSCHLAND, 1970-2016



Zu den Ursachen des Rückgangs gibt es immerhin plausible Hypothesen, ein ganz eindeutiger Befund ist zweifellos der Rückgang der registrierten Kriminalität, insbesondere Gewaltkriminalität und damit einhergehend der Verurteiltenzahlen. Die absoluten Zahlen von verhängten Freiheitsstrafen ohne Bewährung sanken allein im Zeitraum 2005 - 2015 von 64.866 auf 47.423 (minus 27 Prozent).²

Die Konsequenz sind die Schließung von Anstalten, womit einer seit den 1980er Jahren immer wieder geforderten Schließung von baulich überalterten Anstalten,³ endlich entsprochen werden kann.

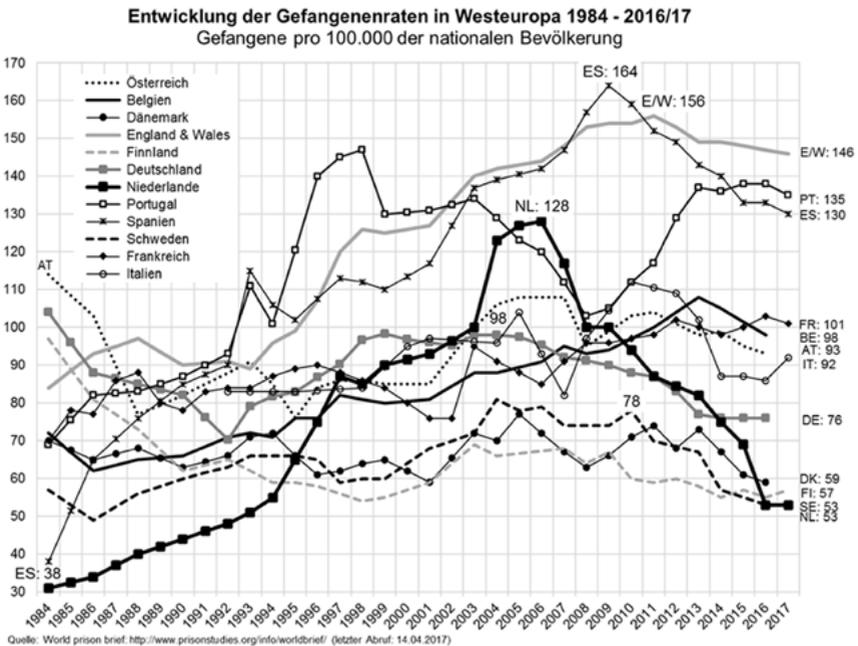
2 Berechnet nach *Heinz*, Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland – Berichtsstand 2015 im Überblick. Stand: Berichtsjahr 2015; Version: 1/2017. Konstanzer Inventar zur Sanktionsforschung (KIS) <http://www.ki.uni-konstanz.de/kis/>, S. 101

3 Vgl. die Beiträge in *Ortner, H.* (Hrsg.): Freiheit statt Strafe. Plädoyers für die Abschaffung der Gefängnisse – Anstöße machbarer Alternativen. Tübingen: AS-Verlag 1986

Der europäische Vergleich

Die aktuelle Entwicklung ist allerdings nicht auf Deutschland beschränkt. Der europäische Vergleich zeigt bei unterschiedlichem Ausgangsniveau einen Rückgang der Gefangenenraten (d.h. Gefangenenzahlen pro 100.000 der Wohnbevölkerung) in zahlreichen west-, aber vor allem auch osteuropäischen Ländern.⁴ In Westeuropa betrifft dies in erster Linie die Niederlande (nach einem drastischen Anstieg im Zeitraum 1984 - 2006), Spanien und Schweden (seit 2009 bzw. 2010, vgl. Abbildung 2). Andere Länder lassen wellenförmige Anstiege und Rückgänge auf für Westeuropa hohem (Portugal), mittlerem (Italien, Österreich) oder niedrigem (Dänemark, Finnland) Niveau erkennen.

ABBILDUNG 2: DIE ENTWICKLUNG VON GEFANGENENRATEN IN WESTEUROPA, 1984-2017

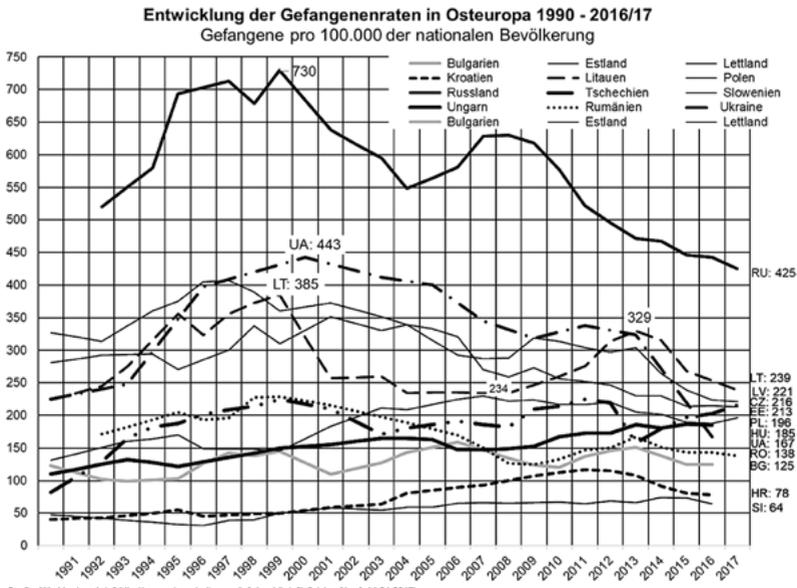


4 Zusammenfassend mit jeweils individuellen Erklärungsansätzen vgl. *Dünkel, F.*: European penology: The rise and fall of prison population rates in Europe in times of migrant crises and terrorism. *European Journal of Criminology* 14, S. 629-653, 2017; vgl. auch *Dünkel F., Geng, B., Harrendorf, S.*: Gefangenenraten im internationalen und nationalen Vergleich. *Bewährungshilfe* 63, S. 178-200, 2016

In Mittel- und Osteuropa haben nach dem Umbruch Ende der 1980er Jahre zahlreiche Länder eine Abkehr von der vor allem auf harte Strafen und den häufigen Gebrauch (langer) Freiheitsstrafen orientierten Kriminalpolitik sich zu lösen versucht. Dies gilt auch für das in der Nachfolge der Sowjetunion besonders belastete Russland, das einen Rückgang der Gefangenenrate von 730 im Jahr 1999 auf 425 im Jahr 2017 (= minus 42 Prozent) verzeichnete. Hier spielt der Rückgang der registrierten Kriminalität, aber auch Veränderungen der Sanktionspolitik eine besondere Rolle (u.a. Einschränkungen der Strafschärfungen bei Rückfall, Entkriminalisierung von Bagatelldelikten etc.)⁵.

Ähnlich deutliche Rückgänge sind in den baltischen Ländern und vor allem der Ukraine zu beobachten. Eine Besonderheit stellen die ehemaligen jugoslawischen Teilrepubliken Kroatien und Slowenien dar, die immer schon besonders niedrige Gefangenenraten aufwiesen und diese auf einem den skandinavischen Ländern vergleichbar niedrigen Niveau halten konnten (vgl. Abbildung 3).

ABBILDUNG 3: DIE ENTWICKLUNG VON GEFANGENENRATEN IN MITTEL- UND OSTEUROPA, 1990-2017



5 Vgl. *Dünkel* 2017 (Fn. 4)

Im Ergebnis bleiben in Europa im Querschnittsvergleich drei Cluster erkennbar: Länder mit besonders niedrigen Gefangenenraten von unter 100 pro 100.000 der Wohnbevölkerung, zu denen in erster Linie die skandinavischen Länder und die Niederlande gehören, aber auch Deutschland, Österreich, die Schweiz, Italien, Griechenland, Slowenien, Kroatien sowie Irland und Nordirland. Eine zweite Gruppe mit 100-200 Gefangenen pro 100.000 der Wohnbevölkerung setzt sich zusammen aus den südeuropäischen Ländern Portugal und Spanien, aus England/Wales, Schottland und einigen osteuropäischen Ländern (z.B. Bulgarien, Rumänien). Zu den Ländern mit vergleichsweise immer noch sehr hohen Raten von über 200 gehören nur noch osteuropäische Länder einschließlich der Türkei (vgl. Abbildung 4).

Theoretisch werden alle Länder für sich reklamieren, dass sie internationalen Menschenrechtsstandards entsprechend die Freiheitsstrafe nur als »ultima ratio« einsetzen, die Praxis zeigt aber teilweise ein sehr unterschiedliches Verständnis von diesem Prinzip. Dabei geht es nicht immer darum, dass unverhältnismäßig viele Menschen inhaftiert werden. Hohe stichtagsbezogene Gefangenenraten⁶ sind häufig die Folge vermehrt angewendeter langer Freiheitsentziehung (in Untersuchungs-⁷ und/oder Strafhaft), niedrige Gefangenenraten häufig das Resultat vermehrt kurzer Aufenthaltszeiten im Vollzug.⁸

6 Gefangenenraten sind das Produkt von jährlichen Inhaftierungen (insbesondere Verurteilungen zu unbedingter Freiheitsstrafe) und der Verweildauer im Vollzug, vgl. *Dünkel 2017* (Fn. 4), S. 631 ff. So kommt die hohe Gefangenenrate in der Tschechischen Republik (216) durch eine durchschnittliche Verweildauer von mehr als 21 Monaten zustande, während die niedrige Rate in Schweden (53) trotz einer im Vergleich zu Tschechien etwa vierfach so hohen Anzahl jährlich Inhaftierter das Resultat einer sehr kurzen Verweildauer von durchschnittlich weniger als 2 Monaten ist.

7 Vgl. hierzu *Morgenstern, C.*: Die Untersuchungshaft. Eine Untersuchung unter rechtsdogmatischen, kriminologischen, rechtsvergleichenden und europarechtlichen Aspekten. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018, m.w.N.

8 Vgl. *Dünkel 2017* (Fn. 4), S. 632

ABBILDUNG 4: GEFANGENENRATEN IN EUROPA IM QUERSCHNITTSVERGLEICH 2016/17

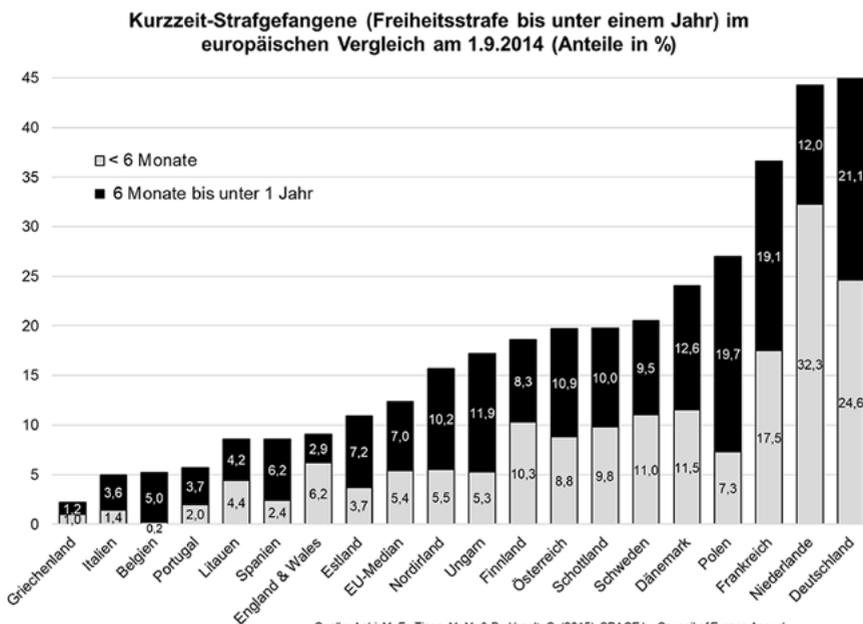


Quelle: International Center for Prison Studies, World Prison Brief, Internet-Publikation, <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief> (Abfrage vom 23.06.2017); für die Niederlande vgl. www.dji.nl

In jedem Fall verdeutlichen die sehr unterschiedlichen Gefangenenraten und vor allem auch die Veränderungen der letzten Jahrzehnte, dass es Spielräume gibt, die eine reduktionistische Kriminalpolitik nutzen kann. Dabei gilt es jeweils auf die individuellen Gegebenheiten und Problemgruppen des Strafvollzugs zu schauen. In Ländern mit einem hohen Anteil von Gefangenen mit kurzen Freiheitsstrafen macht es Sinn, über die Ersetzung von Freiheitsstrafen durch ambulante Sanktionen verstärkt nachzudenken. In Ländern mit überwiegend langen Freiheitsentziehungen macht es dagegen mehr Sinn, die Kriminalpolitik auf eine Verkürzung (zu) langer Freiheitsstrafen (z.B. durch Absenkung der Strafrahmen oder von hohen Mindeststrafen) und/oder die frühere und vermehrte vorzeitige Entlassung aus dem Strafvollzug (bedingte Entlassung) zu orientieren.

Die nachfolgende Abbildung 5 verdeutlicht, dass z.B. in Deutschland der Anteil von kurzen Freiheitsstrafen (trotz § 47 StGB!) immer noch dominiert, demgemäß also der Ausbau von Alternativen zur Freiheitsstrafe ein dringendes kriminalpolitisches Anliegen sein muss (insbesondere bzgl. der Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen, s. dazu unten). Eine ähnliche Problemstruktur mit hohen Anteilen kurzer Freiheitsstrafen findet sich in Frankreich und den Niederlanden (vgl. Abbildung 5).

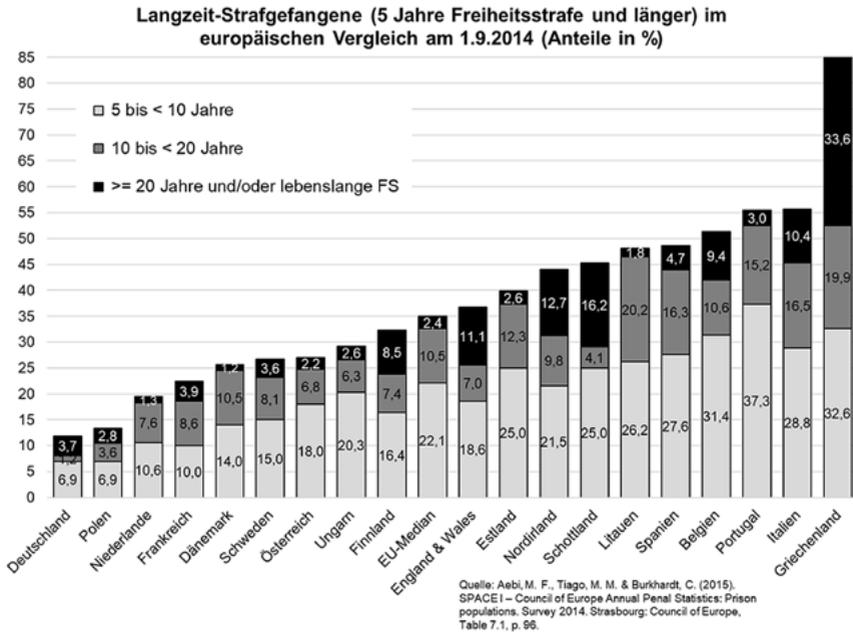
ABBILDUNG 5: ANTEILE VON KURZE FREIHEITSSTRAFEN (BIS ZU 1 JAHR) VERBÜSSENDEN GEFANGENEN IN EUROPA, 2014



Quelle: Aebi, M. F., Tiago, M. M. & Burkhardt, C. (2015). SPACE I – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations. Survey 2014. Strasbourg: Council of Europe, Table 7.1, p. 96.

Andererseits hat Deutschland den niedrigsten Anteil sehr langer Freiheitsstrafen (5 Jahre und mehr, einschließlich lebenslänglich), sodass auf den ersten Blick die Absenkung des Strafniveaus kein vorrangiges Problem zu sein scheint (vgl. Abbildung 6). Dass es im Bereich der bedingten Entlassung allerdings noch erhebliche unausgeschöpfte Potenziale mit Blick auf eine Reduktion der Gefangeneneraten gibt, wird unter 9. näher ausgeführt.

ABBILDUNG 6: ANTEILE VON LANGE FREIHEITSSTRAFEN (MINDESTENS 5 JAHRE) VERBÜSSENDEN GEFANGENEN IN EUROPA, 2014



Strafvollzugspopulation in Deutschland in Zahlen

Am 31.8.2017 waren insgesamt 64.223, (31.3.2016: 64.397) Straf- und Untersuchungsgefangene inhaftiert, davon 3.800 (= 5,9 Prozent) weibliche Gefangene.

In *Untersuchungshaft* befanden sich 13.334 (= 20,8 Prozent) (31.3.2016: 13.389).

Eine *Freiheitsstrafe* verbüßten 45.246 Gefangene, davon 7.350 (= 16,2 Prozent) im *offenen* Vollzug.

Im *Jugendstrafvollzug* befanden sich lediglich 3.613 Gefangene, was pro 100.000 der Altersgruppe einem Rückgang von 36 Prozent im Vergleich zum Jahr 2003 entspricht.⁹ Nach wie vor werden pro-

⁹ Vgl. *Dünkel, F.* (2018a): Strafvollzug. In: Hermann, D., Pöge, A. (Hrsg.): *Kriminalsoziologie. Handbuch für Wissenschaft und Praxis*. Baden-Baden: Nomos Verlag, S. 399-438, 2018, S. 420

zentual weniger Gefangene im Jugendvollzug im Vergleich zum Erwachsenenvollzug im offenen Vollzug untergebracht (2017: 335 = 9,3 Prozent).

In der *Sicherungsverwahrung* befanden sich 540 Verurteilte, womit bei nur noch leicht ansteigender Tendenz eine Stabilisierung eingetreten ist.¹⁰

Ein Hauptproblem bleibt die *Ersatzfreiheitsstrafe* mit zum Stichtag (31.8.2017) 7,3 Prozent (4.700) der Inhaftierten. In der nachfolgenden Tabelle 1 wurden die stichtagsbezogen Ersatzfreiheitsstrafe (ESF) Verbüßenden mit Blick auf die Strafvollzugspopulation im Erwachsenenvollzug prozentuiert. Der Anteil stieg seit 2004 überproportional an, da nach absoluten Zahlen einem Anstieg von 3.625 auf 4.700 ein Belegungsrückgang von 54.015 auf 45.246 insgesamt eine Freiheitsstrafe Verbüßenden gegenüberstand.

TABELLE 1: STICHTAGSBEZOGEN ERSATZFREIHEITSSTRAFE VERBÜßENDE IN DEUTSCHLAND, 2004-2017

	31.8.2004	31.8.2007	31.8.2010	31.8.2013	31.8.2017
Belegung Justizvollzug insg.	79.329	73.319	70.103	63.317	64.223
Strafvollzug Erwachsene	54.015	52.632	51.015	45.923	45.246
Ersatzfreiheitsstrafe	3.625	3.707	3.880	3.964	4.700
% bzgl. FS Erwachsenenvollzug	6,7%	7,0%	7,6%	8,6%	10,4%

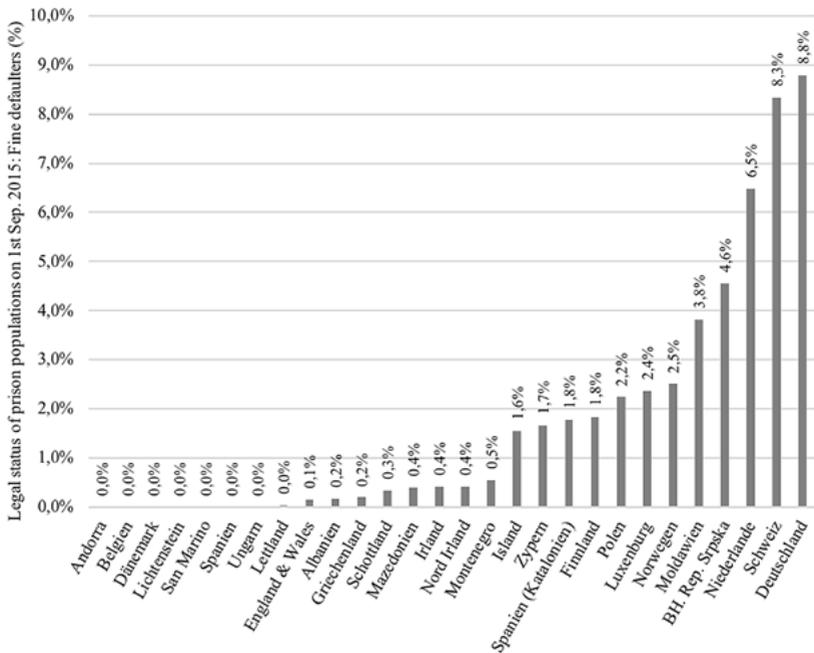
Die Rückgänge bei der Gesamtpopulation im Justizvollzug bzw. bei den Strafgefangenen finden damit bei der ESF keine Entsprechung. Im Gegenteil nahmen die Zahlen der ESF Verbüßenden zu. Damit waren 2017 7,3 Prozent aller Inhaftierten bzw. 10,4 Prozent aller im Erwachsenenstrafvollzug inhaftierten Strafgefangenen Ersatzfreiheitsstrafe Verbüßende (2004: 4,6 Prozent bzw. 6,7 Prozent).

Die nachfolgend im europäischen Vergleich ausgewiesenen Anteile bezogen auf die jeweiligen Gesamtpopulationen des Strafvollzugs (verurteilte Strafgefangene) zeigen die erhebliche und besonders

¹⁰ Zur langfristigen Gesamtentwicklung vgl. *Dessecker, A.: Lebenslange Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung. Dauer und Gründe der Beendigung in den Jahren 2011 und 2012 mit einer Stichtagshebung zur lebenslangen Freiheitsstrafe.* Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle, 2013

akzentuierte Problematik in Deutschland an. Mit einem Anteil von 8,8 Prozent lag Deutschland an der Spitze, nur die Schweiz (8,3 Prozent) und die Niederlande (6,3 Prozent) scheinen mit ähnlichen Problemen konfrontiert zu sein, während 16 der erfassten 28 Länder mit einem Anteil von 0,0 - 0,5 Prozent, Ersatzfreiheitsstrafen erfolgreich vermeiden. Nur vier Länder, darunter Deutschland, liegen bei Anteilen von über 2,5 Prozent. Damit ergibt sich für Deutschland auch international vergleichend gesehen ein besonderer Handlungsbedarf, Möglichkeiten der ESF-Vermeidung weiter auszubauen.

ABBILDUNG 7: ANTEILE VON ERSATZFREIHEITSSTRAFE VERBÜSSENDEN IM JAHR 2015 IM EUROPÄISCHEN VERGLEICH



Quelle: *Aebi, M. F., Tiago, M. M., Burkhardt, C.*: SPACE I – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations. Survey 2015. Strasbourg: Council of Europe, 2017, S. 73; s. auch *Treig, J., Pruin, I.*: Kurze Freiheitsstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen als Herausforderung an den Strafvollzug – Möglichkeiten und Grenzen. In: Maelicke, B., Suhling, S. (Hrsg.): Das Gefängnis auf dem Prüfstand. Zustand und Zukunft des Strafvollzugs. Wiesbaden: Springer, S. 313-349, 2018, S. 13.

Probleme der Überbelegung

Immer wieder wird in deutschen Medien behauptet, der Strafvollzug sei überbelegt. Hatte diese Feststellung in den 1990er Jahren ihre empirische Berechtigung, so ist dies seit ca. 2005 allerdings nicht mehr der Fall: Insgesamt lag die Belegungsquote 2016 bei 88 Prozent, im geschlossenen Vollzug bei 90 Prozent, im offenen Vollzug bei 73 Prozent! Im geschlossenen Vollzug ist in einigen Bundesländern Vollbelegung gegeben, partiell auch Überbelegung: Baden-Württemberg 100 Prozent, Bayern 94 Prozent, Rheinland-Pfalz 94 Prozent, Sachsen 95 Prozent (vgl. Abbildung 8).

In den anderen europäischen Ländern gibt es Überbelegung insbesondere in Ungarn, Frankreich, England/Wales, Belgien, Italien, Portugal und der Türkei (s.u. Abbildung 9).

ABBILDUNG 8: BELEGUNGSDICHTE (ÜBERBELEGUNG) IM GESCHLOSSENEN UND OFFENEN VOLLZUG IM BUNDESLÄNDERVERGLEICH, 2016

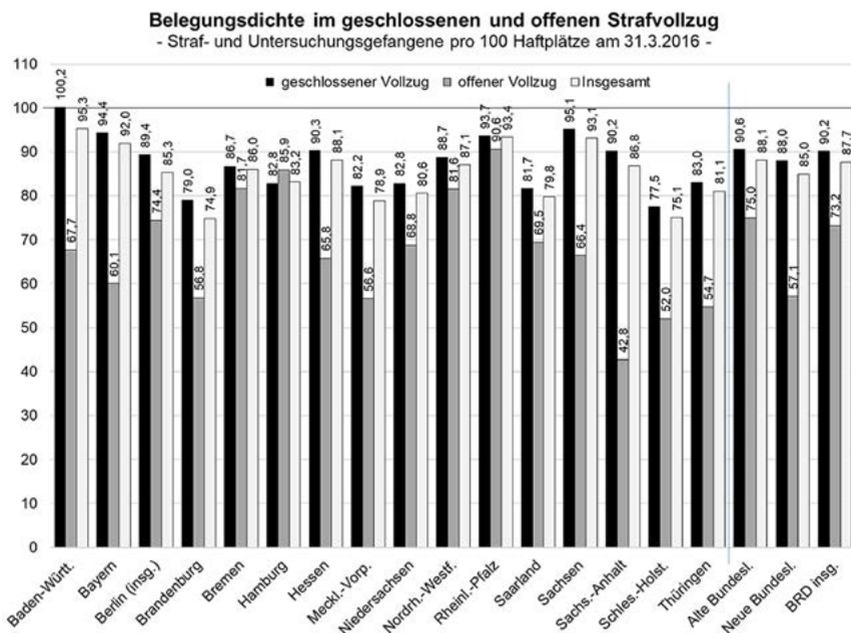
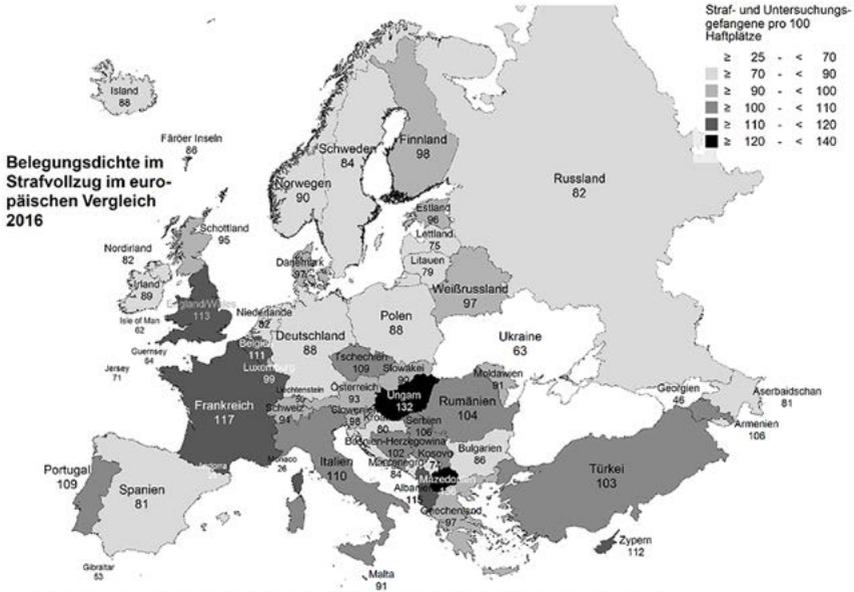


ABBILDUNG 9: BELEGUNGSDICHTE (ÜBERBELEGUNG) IM EUROPÄISCHEN VERGLEICH (STRAF- UND UNTERSUCHUNGSGEFANGENE PRO 100 HAFTPLÄTZE)



Quelle: International Center for Prison Studies, World Prison Brief, Internet-Publikation, <http://www.prisonestudies.org/info/worldbrief> (Abfrage vom 25.12.2016)

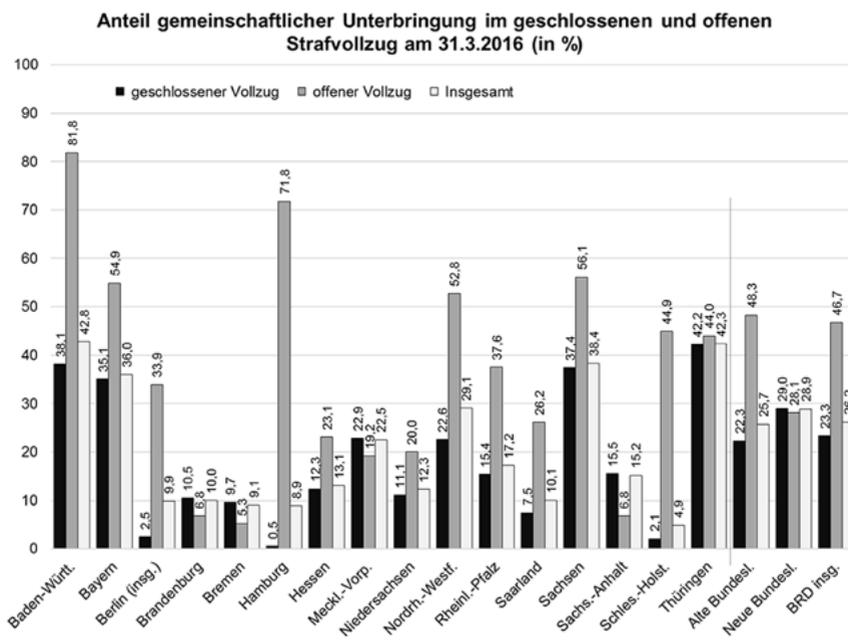
In engem Zusammenhang mit der Belegungsdichte steht die Frage, ob und ggf. wie viele Inhaftierte sich einen Haftraum mit einem Mitgefangenen teilen müssen. Das Bundesstrafvollzugsgesetz von 1977 sah zum Schutz der Privatsphäre des Gefangenen für den geschlossenen Vollzug in § 18 Abs. 1 die Einzelunterbringung während der Ruhezeit vor. War Mehrfachbelegung in den 1990er Jahren noch ein gravierendes Problem mit Anteilen von mehr als 50 Prozent bis zu 100 Prozent (Thüringen) im geschlossenen Vollzug in den neuen Bundesländern (Durchschnitt 1995: 78 Prozent) und immerhin auch durchschnittlich 40 Prozent in den alten Bundesländern,¹¹ so hat sich die Situation 20 Jahre später deutlich entspannt. In den alten Bundesländern mussten sich lediglich noch 22 Prozent, in den neuen Bundesländern 29 Prozent der Gefangenen eine Zelle mit mindestens einem Mitgefangenen teilen. Problemfälle insoweit sind hier Baden-

¹¹ Vgl. *Dünkel, F.*: Empirische Forschung im Strafvollzug. Bestandsaufnahme und Perspektiven. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 1996, S. 98

Württemberg (38 Prozent), Bayern (35 Prozent), Sachsen (37 Prozent) und Thüringen, während in Berlin (2,5 Prozent) und Hamburg (0,5 Prozent) praktisch jedem Gefangenen ein Einzelhaftstraum garantiert werden kann (vgl. Abbildung 10).

Ein weiterer Rückgang der Belegung könnte auch in den Ländern mit überdurchschnittlichen Anteilen gemeinschaftlicher Unterbringung zu humanitären Entlastungen führen.

ABBILDUNG 10: ANTEILE VON INSASSEN MIT GEMEINSCHAFTLICHER UNTERBRINGUNG IM BUNDESLÄNDERVERGLEICH, 31.3.2016



Deliktsstruktur der stichtagsbezogenen Strafgefangenenpopulation 1970 - 2016

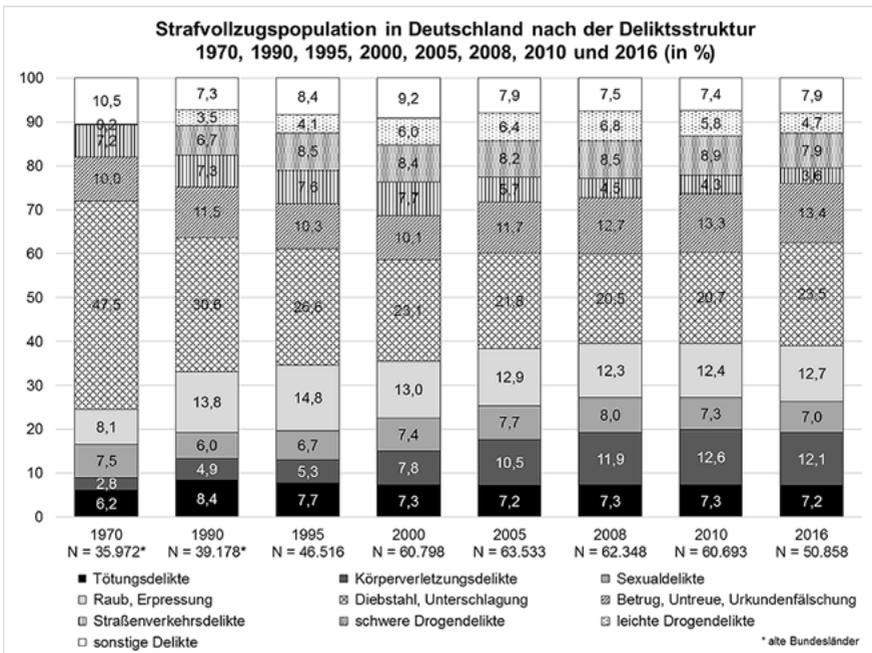
Der Anteil von wegen Gewaltdelikten Inhaftierten hat sich von 24,6 Prozent (1970) auf 39,0 Prozent (2016) erhöht, derjenige von wegen Diebstahls/Unterschlagung Verurteilten dagegen von 47,5 Prozent auf

23,5 Prozent halbiert (vgl. Abbildung 11)¹².

12,6 Prozent der Stichtagsbelegung waren wegen BtM-Delikten inhaftiert, allein 4,7 Prozent (d.h. 37,3 Prozent der Drogendelinquenten) wegen einfachen Drogendelikten (§ 29 Abs. 1 BtMG)!

Allein daran zeigt sich schon ein erhebliches Potenzial der Verringerung von Gefangenenraten im Falle von (Teil-)Entkriminalisierungen im Bereich der Drogendelinquenz (s. hierzu unten 8.).

ABBILDUNG 11: VERÄNDERUNGEN DER STICHTAGSBEZOGENEN DELIKTSTRUKTUR BEI STRAFGEFANGENEN IN DEUTSCHLAND, 1970-2016



12 Hierzu auch *Dünkel, F.: Wege und Irrwege der Reform des strafrechtlichen Sanktionensystems in Deutschland.* In: Dünkel, F. u.a. (Hrsg.): *Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks.* München: C.H. Beck, 2018, S. 403

II. IST DER STRAFVOLLZUG GESCHEITERT? ANMERKUNGEN ZUR RÜCKFALLFORSCHUNG

Ein weit verbreitetes Vorurteil besagt, dass der Strafvollzug als eingriffsintensivste strafrechtliche Sanktionsform unwirksam bzw. rückfallfördernd ist. Hohe Rückfallquoten werden als Beleg angesehen, insbesondere im Vergleich zu ambulanten Sanktionen. Doch inwieweit fördert der Strafvollzug Rückfall tatsächlich? Betrachtet man zunächst die Rückfallquoten, wie sie in den verschiedenen Erhebungen von *Jehle* u.a. seit 1994 immer wieder erhoben wurden,¹³ so ergibt sich zunächst der Befund, dass nach einer Entlassung aus dem Jugend- oder Erwachsenenvollzug nach einem Risikozeitraum von drei Jahren für die Entlassungsjahrgänge 2004, 2007 und 2010 48 Prozent, 46 Prozent bzw. 45 Prozent (Erwachsenenvollzug) bzw. 69 Prozent, 69 Prozent bzw. 64 Prozent (Jugendvollzug) erneut als rückfällig registriert wurden. Das sagt allerdings nichts über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Strafvollzugs aus. Ebenso wenig kann man aus den etwas niedrigeren Rückfallquoten der Freiheitsstrafe zur Bewährung (38-39 Prozent im Erwachsenenstrafrecht und 62 Prozent im Jugendstrafrecht) auf die Überlegenheit ambulanter Sanktionen schließen.

Immerhin deuten die Rückfallraten nach Verbüßung einer Freiheits- oder Jugendstrafe mit seit 1994 leicht rückläufigen Quoten an, dass der Strafvollzug »besser« geworden sein könnte (z.B. mit Blick auf die Entlassungsvorbereitung und das Übergangsmangement). Aussagen zur Wirksamkeit bestimmter Vollzugs- und Entlassungsformen können nur anhand qualitativ aussagekräftiger kontrollierter Begleitforschungen vorgenommen werden, worauf unten und unter 7. näher eingegangen wird.

An dieser Stelle soll aber noch auf einen stabilen Befund der Rückfallstatistik eingegangen werden, der belegt, dass die Rückfallquote bzgl. der Wiederkehr in den Vollzug weit geringer ist als bei

¹³ Vgl. zuletzt *Jehle, J.-M., Albrecht, H.-J., Hohmann-Fricke, S. und Tetel, C.*: Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 bis 2010. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2013; *Jehle, J.-M., Albrecht, H.-J., Hohmann-Fricke, S. und Tetel, C.*: Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017

einer Berücksichtigung auch lediglich bagatellhafter Rückfälle. Von den aus dem Jugendstrafvollzug Entlassenen werden zwar nahezu zwei Drittel innerhalb von drei Jahren strafrechtlich wieder auffällig, jedoch »nur« knapp 29 Prozent kehren in den Vollzug zurück. Im Erwachsenenvollzug betrug die »Wiederkehrerquote« der 2010 Entlassenen knapp 20 Prozent (vgl. Tabelle 2). Eine Bewertung dieser Zahlen ist natürlich auch mit Blick auf eventuell nicht registrierte Rückfälle, die im Dunkelfeld geblieben sind, nur mit aller Vorsicht möglich. In jedem Fall wird man angesichts des schwierigen, zumeist mehrfach vorbestraften Klientels von Insassen weder von einem überwiegenden Scheitern des Strafvollzugs sprechen können noch von einem optimalen Resultat der Rückfallverhinderung.

TABELLE 2: RÜCKFALLQUOTEN NACH UNTERSCHIEDLICHEN SANKTIONEN ANHAND DER RÜCKFALLSTATISTIK 2013 (BERECHNUNGEN NACH JEHLE U.A. 2017, S. 305, 309)

Bezugsentscheidung 2010	Rückfall insgesamt (innerhalb von 3 Jahren)	Wiederverurteilung zu FS/JS ohne Bewährung
FS ohne Bewährung	46,0 %	19,9 %
FS mit Bewährung	39,4 %	12,2 %
JS ohne Bewährung	63,7 %	28,8 %
JS mit Bewährung	61,4 %	25,5 %
Jugendarrest	63,7 %	10,0 %
Sonstige Verurteilung nach JGG	51,1 %	4,1 %
§§ 45, 47 JGG (Diversion)	34,4 %	0,9 %

Ergebnisse der Rückfallforschung nach unterschiedlichen Formen der Entlassung

Will man unterschiedliche Sanktionsformen in ihrer Wirksamkeit vergleichend beurteilen, steht man vor dem methodischen Problem, dass die jeweiligen Sanktionsgruppen nicht vergleichbar sind. Das ist schon durch die normativen Rahmenbedingungen des StGB vorgegeben. Täter mit einer guten Prognose erhalten Freiheits- oder Jugendstrafen zur Bewährung ausgesetzt, diejenigen mit negativer Prognose dagegen nicht (vgl. §§ 56 StGB, 21 JGG). Dasselbe normative Programm findet sich innerhalb des Strafvollzugs bei der Frage der

vorzeitigen bedingten Entlassung. Bedingt Entlassene und Vollverbüßter sind grundsätzlich nicht vergleichbar, weil es sich bei den bedingt Entlassenen um eine systematische Auswahl auf der Basis von guten Prognosen handelt (§§ 57 StGB, 88 JGG).

Dennoch gibt es aufgrund der regionalen Unterschiede (restriktivere vs. weniger restriktive Anwendungspraxis von § 57 StGB) statistische Vergleichsmöglichkeiten i.S. eines quasi-experimentellen Designs. Die Daten der empirischen Rückfallforschung sprechen für positive Effekte überleitungsorientierter Vollzugsgestaltungen einschließlich der bedingten Entlassung.¹⁴

Zwischenfazit

Aus den einfachen Rückfallzahlen lassen sich keine Rückschlüsse auf ein Scheitern oder überhaupt einen Einfluss des Strafvollzugs ziehen.

Immerhin gibt es Indizien dafür, dass er für einige Entlassene Wiedereingliederungschancen verschlechtert, für andere im Falle gut implementierter Hilfe- und Betreuungsangebote (überleitungsorientierter Vollzug) auch Chancenverbesserungen mit sich bringt.

¹⁴ Vgl. *Dünkel, F.* (2017a): Kommentierung von § 57 StGB. In: Kindhäuser, U., Neumann, U., Paeffgen, H.-U. (Hrsg.): *Nomos Kommentar zum StGB*. 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag, S. 2230-2300, 2017, § 57 Rn. 129 ff.; zum Übergangsmanagement *Pruin, I.*: »What works« and what else do we know? – Hinweise zur Gestaltung des Übergangsmanagements aus der kriminologischen Forschung. In: *Dünkel, F., Jesse, J., Pruin, I., von der Wense, M.* (Hrsg.): *Die Wiedereingliederung von Hochrisikotätern in Europa. Behandlungskonzepte, Entlassungsvorbereitung und Übergangsmanagement*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, S. 251–274, 2016; *Pruin, I.*: Gestaltung von Übergängen. In: *Cornel, H., Kawamura-Reindl, G., Sonnen, B.-R.* (Hrsg.): *Resozialisierung. Handbuch*. 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, S. 572-590, 2018; *Pruin, I., Treig, J.*: Wiedereingliederung nach der Entlassung aus dem Strafvollzug: Evidenzbasierte Perspektiven., In: *Walsh, M., Pniewski, B., Kober, M., Armbrorst, A.* (Hrsg.): *Evidenzorientierte Kriminalprävention in Deutschland – Ein Leitfadens für Politik und Praxis*. Wiesbaden: Springer VS, S. 683-706, 2017; *Suhling, S., Marquardt, J.*: Was wirkt in der ambulanten justiziellen Arbeit mit »Hochrisikotätern«? Eine Analyse englischsprachiger Literatur aus evidenzbasierter Perspektive. *Bewährungshilfe* 65, S. 101-124, 2018, 105 ff. und unten unter VII.

III. MENSCHEN- UND VERFASSUNGSRECHTLICHE BEGRÜNDUNGEN FÜR EINEN RESOZIALISIERUNGSORIENTIERTEN STRAFVOLLZUG

Die Resozialisierung wird in ständiger Rspr. des BVerfG als Verfassungsprinzip aus Art. 1 i.V.m. 2 I und 20 I GG abgeleitet (Menschenwürde und Sozialstaatsprinzip, vgl. grundlegend BVerfGE 35, S. 202 ff.; 98, S. 169 ff.). Insbesondere die aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleitete Verpflichtung des Staats »ein wirksames Konzept« der Resozialisierung auf der Basis des evidenzbasierten Wissensstands zu entwickeln, begrenzt den Spielraum für resozialisierungsfeindliche Vollzugsgestaltungen (etwa für den Fall, dass rechtspopulistische Parteien in Bundesländern die politische Gestaltungsmacht durch Regierungsbeteiligungen erringen würden), auch wenn das BVerfG in der Wahl der Resozialisierungsmittel dem Landesgesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum einräumt. An verschiedenen Stellen zieht das BVerfG demgemäß eine rote Linie, etwa wenn ein Bundesland faktisch vollzugsöffnende Maßnahmen wie Lockerungen nur im offenen, nicht aber im geschlossenen Vollzug vorsehen würde.¹⁵

Auch die internationalen Menschenrechtsstandards – z.B. Nr. 102.1 der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze (European Prison Rules, EPR) aus dem Jahr 2006 – gehen von der Resozialisierung (sogar als alleinigem!) Vollzugsziel aus. Etwas schwächer formuliert ist der Resozialisierungsgrundsatz in Rule Nr. 4 der sog. Mandela Rules vom 29.9.2015, der den Gesellschaftsschutz und die Rückfallminderung voranstellt, welche durch eine resozialisierungsorientierte Gestaltung des Vollzugs erreicht werden sollen:

»1. The purposes of a sentence of imprisonment or similar measures deprivative of a person's liberty are primarily to protect society against crime and to reduce recidivism. Those purposes can be achieved only if the period of imprisonment is used to ensure, so far as possible, the reintegration of such persons into society upon release so that they can lead a law-abiding and self-supporting life«.¹⁶

¹⁵ Vgl. BVerfG NStZ 1998, S. 430

¹⁶ Vgl. zum Ganzen zusammenfassend *Dünkel, F.* (2018b): Resozialisierung und internationale Menschenrechtsstandards. In: Cornel, H., Kawamura-Reindl, G., Sonnen, B.-R. (Hrsg.): Resozialisierung. Handbuch. 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlag, S. 103-116, 2018, S. 108 ff.

Für den ambulanten Bereich der Resozialisierung wurden entsprechende Empfehlungen verabschiedet, die den Vorrang ambulanter Sanktionen und rechtsstaatliche Aspekte (u. a. den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) bzgl. der Durchführung ambulanter Sanktionen betonen:¹⁷ Zu nennen sind die Europaratsempfehlung zu »Community sanctions or measures« (1992/2017), die Tokyo-Rules der UN (1990) sowie neuerdings die Probation Rules (Rec (2010) 1) und die Rules bzgl. Electronic Monitoring (Rec (2014) 4).

IV. GRUNDLAGEN EINES RESOZIALISIERUNGSORIENTIERTEN VOLLZUGS – ENTLASSUNGSVORBEREITUNG UND ÜBERGANGSMANAGEMENT

Grundlagen eines Resozialisierungsvollzugs sind nach heutiger Auffassung Konzepte, die von Anbeginn des Vollzugs auf die Wiedereingliederung orientiert sind, beginnend mit einer detaillierten Vollzugsplanung und Diagnostik, Maßnahmen innerhalb des Vollzugs (Ausbildung, Therapie, Kompetenztraining etc.) und Entlassungsvorbereitungsmaßnahmen (vollzugsöffnende Maßnahmen) mit im Idealfall einer Überleitung in Freiheit so früh als möglich. Gründe für ein frühzeitiges Übergangsmangement sind die Aufrechterhaltung familiärer und sonstiger (positiver) Sozialkontakte, bei der Vorbereitung auf die Entlassung stehen ferner die Einübung sozialer Kompetenzen im Vordergrund.

Zu den Grundüberzeugungen eines humanen und wiedereingliederungsorientierten Vollzugs gehört die Annahme, dass eine frühzeitige Entlassungsvorbereitung (beginnend im günstigen Fall bereits mit der Aufnahme in den Vollzug und der Vollzugsplanung) und eine überleitungsorientierte Gestaltung des Vollzugs mit verschiedenen gestuften Erprobungen in Freiheit die Wiedereingliederungschancen erhöhen. Dafür gibt es durchaus auch empirische Belege oder zumindest begründete Anhaltspunkte aus der Evaluationsforschung der

¹⁷ Vgl. *Dünkel* 2018b (Fn. 16), S. 106 ff.

Straftäterbehandlung.¹⁸ Danach ist einer der Faktoren erfolgreicher Straftäterbehandlung, dass Programme möglichst weitgehend das Prinzip der Gemeindeorientierung oder besser gesagt der Öffnung des Vollzugs in Verbindung mit einer durchgehenden Betreuung und intensiven Nachbetreuung beachten. Dementsprechend setzt eine »wissensbasierte Kriminalpolitik«¹⁹ zunehmend auf die Kontinuität der Betreuung, wie dies modellhaft etwa im Projekt der »Integralen Straffälligenarbeit in Mecklenburg-Vorpommern umgesetzt wird.²⁰ Es gibt zahlreiche weitere Programme einer berufsorientierten und

18 Vgl. *Dünkel, F., Drenkhahn, K.*: Behandlung im Strafvollzug: von »nothing works« zu »something works«. In: Bereswill, M., Greve, W. (Hrsg.): Forschungsthema Strafvollzug. Baden-Baden: Nomos, S. 387-417, 2001; *Lösel, F.*: Sprechen Evaluationsergebnisse von Meta-Analysen für einen frischen Wind in der Straftäterbehandlung? In: Egg, R. (Hrsg.): Sozialtherapie in den 90er Jahren. Gegenwärtiger Stand und Entwicklung im Justizvollzug. Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle, S. 21-31 1993; *ders.*: Behandlung oder Verwahrung? Ergebnisse und Perspektiven der Interventionen bei »psychopathischen« Straftätern. In: Rehn, G., u. a. (Hrsg.): Behandlung »gefährlicher Straftäter«. Herbolzheim: Centaurus Verlag, S. 36-53, 2001; *ders.*: Offender treatment and rehabilitation: What works? In: Maguire, M., Morgan, R., Reiner, R. (Hrsg.): The Oxford Handbook of Criminology. 5. Aufl., Oxford: Oxford University Press, S. 986-1016, 2012; *ders.*: Wie wirksam ist die Straftäterbehandlung im Justizvollzug? In: Rettenberger, M., Desecker, A. (Hrsg.): Behandlung im Justizvollzug. Wiesbaden: Kriminologische Zentralstelle, S. 17-52, 2016; *Ndrecka, M.*: The impact of Reentry Programs on Recidivism. A Meta-analysis. <http://cech.uc.edu/content/dam/cech/programs/criminaljustice/Docs/Dissertations/NdreckaM.pdf>; *Pruin* 2016 (Fn. 14); 2017; *Pruin/Treig* 2017 (Fn. 14); *Suhling/Marquardt* 2018 (Fn. 14), S. 106 f. und unten VII.

19 *Lösel, F., Bender, D., Jehle, J.-M.* (Hrsg.): Kriminologie und wissensbasierte Kriminalpolitik. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2007

20 Vgl. *Jesse, J., Kramph, S.*: Das Konzept der Integralen Straffälligenarbeit – InStar – in Mecklenburg-Vorpommern. In: Dünkel, F., Drenkhahn, K., Morgenstern, C. (Hrsg.): Humanisierung des Strafvollzugs – Konzepte und Praxismodelle. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, S. 135-144, 2008; *Koch, R.*: Integrale Straffälligenarbeit in Mecklenburg-Vorpommern: Nicht nur ein neuer Begriff. Bewährungshilfe 56, S. 116-144, 2009 zum Projekt InStar in Mecklenburg-Vorpommern; zur Gestaltung der Übergänge vgl. *Pruin* 2018 (Fn. 14); zu einem Gesetzesvorschlag für die Vernetzung von Strafvollzug und Nachbetreuung bzw. Entlassenhilfe vgl. den Diskussionsentwurf für ein Landesresozialisierungsgesetz bei *Cornel, H., Dünkel, F., Pruin, I., Sonnen, B.-R., Weber, J.*: Diskussionsentwurf für ein Landesresozialisierungsgesetz. Nichtfreiheits-entziehende Maßnahmen und Hilfeleistungen für Straffällige. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2015; *Dünkel, F., Cornel, H., Pruin, I., Sonnen, B.-R., Weber, J.*: Brauchen wir ein Resozialisierungsgesetz? Verfassungsrechtliche und kriminologische Grundlagen, mögliche Ausgestaltungen und kriminalpolitische Perspektiven. In: Reichenbach, M.-T., Bruns, S. (Hrsg.): Resozialisierung neu denken. Freiburg i. Br.: Lambertus Verlag, S. 42-77, 2018

sonstigen systematischen Eingliederung in einigen Bundesländern.²¹

Im Rahmen der Entlassungsvorbereitung sind der offene Vollzug und Vollzugslockerungen sowie Hafturlaub (in der aktuellen Gesetzgebung der Länder zumeist als Langzeitausgang bezeichnet) von herausragender Bedeutung. Zwar wird man die resozialisierungsfördernde Wirkung derartiger Maßnahmen nicht isoliert evaluieren und einschätzen können, jedoch sprechen die o.g. Meta-Analysen zur Straftäterbehandlung dafür, dass ein integriertes Programm von Lockerungen, bedingter Entlassung und Nachsorge bessere rückfallvermeidende Erfolge aufweist als der traditionelle Verwahrvollzug.²²

Auf *europäischer Ebene* wird in verschiedenen aktuellen Empfehlungen der Gedanke einer wissensbasierten (»evidence based«) Sanktions- und Strafvollzugspolitik verankert.²³ Hierauf hebt das BVerfG in seiner Entscheidung zum Jugendstrafvollzug gleichfalls ab (vgl. BVerfG NJW 2006, S. 2096).

Die *Europäischen Strafvollzugsgrundsätze* von 2006 (vgl. die Recommendation (2006) 2) fordern in Nr. 103.6, dass »verschiedene Arten von Urlauben vorzusehen« sind, »die integrierter Bestandteil des allgemeinen Vollzugs sind.« Hinsichtlich der Entlassungsvorbereitung wurden in Nr. 107.1-5 weitere Grundsätze einer systematischen durchgehenden Hilfe formuliert. Diese soll „frühzeitig“ einsetzen, es soll eine schrittweise Überleitung, möglichst in Verbindung mit einer bedingten Entlassung und „wirksamer sozialer Unterstützung“ erfolgen (Nr. 107.3). Eine enge Zusammenarbeit hat mit Einrichtungen der Entlassenenhilfe stattzufinden, denen der Zugang in die Anstalt zu ermöglichen ist.

21 Vgl. *Matt, E.*: Übergangsmanagement. Zur Konzeption einer systematischen Wiedereingliederungsstrategie von (Ex-)Strafgefangenen und Straffälligen. *Neue Kriminalpolitik* 22, S. 34-39, 2010; *ders.*: Übergangsmanagement und der Ausstieg aus Straffälligkeit. *Wiedereingliederung als gemeinschaftliche Aufgabe*. Herbolzheim: Centaurus Verlag 2010; 2014; *Roos, H., Weber, J.*: Übergangsmanagement – Die Entwicklung in den Ländern. *Forum Strafvollzug* 58, S. 62-66, 2009 sowie die Beiträge in *Dünkel, F., Drenkhahn, K., Morgenstern, C.* (Hrsg.): *Humanisierung des Strafvollzugs – Konzepte und Praxismodelle*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2008 und DBH-Fachverband für Soziale Arbeit, Strafrecht und Kriminalpolitik: *Übergangsmanagement für junge Menschen zwischen Strafvollzug und Nachbetreuung*. Handbuch für die Praxis. Köln: DBH-Materialien Nr. 68

22 Vgl. dazu ausführlich *Pruin* 2016 (Fn. 14); *Pruin/Treig* 2017 (Fn. 14)

23 Vgl. insbesondere die Empfehlungen des Europarats in der *Recommendation* (2003) 20 über »New ways of dealing with juvenile offending ...«

Dies ist im Hinblick auf das Bundes-StVollzG von 1977 nicht unbedingt neu, verdeutlicht aber, dass die Öffnung des Vollzugs auch aus dieser Perspektive nicht zur Disposition gestellt bzw. über das absolut erforderliche Maß hinaus eingeschränkt werden darf.²⁴

Noch stärker betonen die *European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions or Measures* (ERJOSSM) des Europarats vom 5.11.2008 (Recommendation (2008) 11) die Notwendigkeit einer durchgehenden Betreuung, die frühzeitige Entlassungsvorbereitung (mit vielfältigen Lockerungsmaßnahmen) unter Mitwirkung der externen Sozialen Dienste und eine systematische Nachbetreuung.²⁵

Die 2015 verabschiedeten sog. *Nelson Mandela-Rules* der Vereinten Nationen,²⁶ eine Aktualisierung der Standard Minimum Rules for the Treatment of Offenders von 1955, enthalten in den Rules 87-90 sowie 107-108 für Strafgefangene auch Regelungen zum Übergangmanagement, indem ein progressiver Übergang vom geschlossenen Vollzug in offene bzw. gelockerte Vollzugsformen und die Zusammenarbeit mit Behörden und Institutionen der Nachbetreuung und Entlassenenhilfe gefordert werden. In Rule 88.2 und Rule 106 wird auf die Aufrechterhaltung familiärer Bindungen und Kontakte zur Familie besonders abgehoben.

Dies zeigt, dass auch die aktualisierten internationalen Menschenrechtsstandards der Vereinten Nationen an der Tradition eines Resozialisierungsvollzugs festhalten und einen schrittweisen und gut strukturierten Übergang in Freiheit verstärkt ins Bewusstsein bringen wollen.

24 Vgl. zusammenfassend zu den Europäischen Standards, aus denen sich geradezu ein Gebot vollzugsöffnender Maßnahmen entnehmen lässt, *Koranyi, J.*: Europäische Standards für die Öffnung des Strafvollzugs. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2012

25 Vgl. Basic Principle Nr. 15 sowie die Regelungen Nr. 79.3, 100-103; zusammenfassend *Dünkel, F.*: Die Europäischen Grundsätze für die von Sanktionen oder Maßnahmen betroffenen jugendlichen Straftäter und Straftäterinnen (»European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions or Measures«, ERJOSSM). Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 22, S. 140-154, 2011

26 Vgl. United Nations: United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (The Mandela Rules). www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.3/70/L.3

V. VOLLZUGSÖFFNENDE MASSNAHMEN – ENTWICKLUNG UND TENDENZEN DER LANDESGESETZGEBUNGEN

Das deutsche Strafvollzugsrecht ist daher zu Recht auf entlassungsvorbereitende bzw. überleitungsorientierte Maßnahmen ausgerichtet (vgl. bereits die §§ 10-15, 74, 154 II des StVollzG 1977 und die näher zu erläuternden landesrechtlichen Normen, s.u.). Das StVollzG 1977 stellte entsprechende Maßnahmen zwar unter den Vorbehalt fehlender Missbrauchsgefahr in das Ermessen der Anstalt, jedoch wurde vor allem in der Rspr. der Obergerichte deutlich gemacht, dass mit zunehmender Vollzugsdauer und nahendem Ende der Verbüßung der Freiheitsstrafe der Gesetzgeber bereit ist, (vertretbare) Risiken einzugehen. Zur Entlassungsvorbereitung *soll* der Vollzug gelockert werden (§ 15 Abs. 1 StVollzG 1977). Für den offenen Vollzug geeignete Gefangene *sollen* (ggf. von Anfang an)²⁷ im offenen Vollzug untergebracht werden (§ 10 Abs. 1 StVollzG 1977).

Das BVerfG hat zwar wiederholt betont, dass dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Konkretisierung des verfassungsrechtlich gebotenen Resozialisierungsvollzugs zusteht,²⁸ hat aber andererseits – nicht zuletzt im Urteil zur Verfassungsmäßigkeit des Jugendstrafvollzugs²⁹ – weitreichende Leitlinien formuliert, die diesen Spielraum begrenzen und die Notwendigkeit von Lockerungen betonen.³⁰ An anderer Stelle wurde festgestellt, dass ein Vollzug, der Lockerungen im geschlossenen Vollzug ausschließen würde, verfassungsrechtlich unzulässig wäre.³¹ In ständiger Rspr. wird betont, dass die Vollzugsbehörden nicht diejenigen Maßnahmen

27 Die sofortige Verlegung oder die direkte Ladung in den offenen Vollzug spielt insb. bei kurzen Freiheitsstrafen sowie Ersatzfreiheitsstrafen eine entscheidende Rolle, vgl. hierzu *Treig, J., Pruin, I.*: Kurze Freiheitsstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen als Herausforderung an den Strafvollzug – Möglichkeiten und Grenzen. In: Maelicke, B., Suhling, S. (Hrsg.): *Das Gefängnis auf dem Prüfstand. Zustand und Zukunft des Strafvollzugs*. Wiesbaden: Springer, S. 313-349, 2018; ausdrücklich geregelt ist der unmittelbare Strafantritt bei Selbststellern (d.h. Verurteilten, die sich auf freiem Fuß befinden) in Berlin, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, im Saarland und Schleswig-Holstein (dort in § 16StVollzG SH), vgl. *Treig/Pruin* 2018, S. 333 ff.

28 Vgl. u.a. BVerfGE 98, 169

29 BVerfG NJW 2006, 2093

30 Vgl. BVerfGE 117, 71

31 Vgl. BVerfG NStZ 1998, 430

(hier Vollzugslockerungen) ohne ausreichenden Grund verweigern dürfen, die regelmäßig Grundlage einer Prognoseentscheidung i.S.v. §§ 57, 57a StGB sind. In der Entscheidung v. 30.4.2009 (2 BvR 2009/08) ging das BVerfG sogar soweit, dass es der Strafvollstreckungskammer eine eigenständige Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verweigerung von Lockerungen auferlegt und notfalls eine positive Prognoseentscheidung auch ohne Erprobung in Lockerungen nahelegte. Ferner gebiete es die Menschenwürde, dass der Gefangene mit zunehmender Haftdauer die Möglichkeit vollzugsöffnender Maßnahmen erhält.³²

Mit der Föderalismusreform, aber auch schon zuvor sind vollzugsöffnende Maßnahmen allerdings zum Spielball einer konservativen Vollzugspolitik geworden.³³ Ideologisch gefärbte Akzentverschiebungen in einigen Bundesländern, insbesondere in Hamburg und Hessen, haben eine wiedereingliederungsorientierte Entlassungsvorbereitung (zeitweise) erheblich beeinträchtigt, indem der offene Vollzug und Vollzugslockerungen auf ein Minimum zurückgefahren wurden (s.u.). Die Nachbetreuung leidet traditionell an der personellen Unterausstattung der Bewährungshilfe und der selten flächendeckend ausgebauten und vernetzten freien Straffälligenhilfe.³⁴ Die o.g. Entscheidungen des BVerfG sind dementsprechend als Kritik an einer teilweise zu restriktiven Lockerungspraxis anzusehen.

Andererseits haben zehn Bundesländer 2012 einen MusterGesetzentwurf vorgelegt, der zur Grundlage einer weitergehenden Vollzugsöffnung durch Lockerungen und einer intensivierten Entlassungsvorbereitung wurde. Besonderheiten gibt es im Hinblick auf die Vollzugslockerungen. Die zehn Bundesländer mit seit 2013

³² Vgl. u.a. BVerfGE 64, 261 ff.

³³ *Dünkel, F., Schüler-Springorum, H.*: Strafvollzug als Ländersache? Der »Wettbewerb der Schabigkeit« ist schon im Gange! ZfSTRVo 55, S. 145-149, 2006; für Hamburg vgl. *Rehn, G.*: Hamburger Strafvollzug – Wege und Irrwege. Zentrale Fakten einer verfehlten Strafvollzugspolitik. NEUE KRIMINALPOLITIK 20, 2008, S. 34-36.

³⁴ Vgl. *Dünkel, F.*: Rechtliche, rechtspolitische und programmatische Entwicklungen einer Sozialen Strafrechtspflege in Deutschland. In: DBH-Fachverband für Soziale Arbeit, Strafrecht und Kriminalpolitik/Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern (Hrsg.): Kriminalpolitische Herausforderungen. Bewährungs- und Straffälligenhilfe auf neuen Wegen. Köln: DBH, S. 20-60, 2009 m.w.N.; *Stelby, W., Thomas, J.*: Freie Straffälligenhilfe unter Veränderungsdruck – Ergebnisse einer repräsentativen Befragung. In: FORUM STRAFVOLLZUG 58, 2009, S. 87-90

verabschiedeten Strafvollzugsgesetzen sehen ebenso wie die bereits zuvor in fünf Bundesländern in Kraft getretenen Gesetze stundenweise Ausgänge oder sog. Langzeitausgänge (in der Diktion des StVollzG 1977: Hafturlaub) und Freigang (d.h. das tägliche Verlassen der Anstalt, um einer Arbeit oder Ausbildung nachzugehen) vor.

In Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, NRW, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein wurde der Risikomaßstab für die Verlegung in den *offenen Vollzug* abgesenkt. Die Verlegung *soll* erfolgen, wenn verantwortet werden kann zu erproben, dass der Gefangene die Verlegung nicht zu Straftaten missbrauchen wird (sog. Verantwortungsklausel). Die strengere Klausel, dass bereits jede Missbrauchsgefahr eine Verlegung ausschließt (Zulassung nur, wenn ein Missbrauch »nicht zu befürchten ist«) wurde dagegen in Bremen, im Saarland, in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen ebenso wie in den Gesetzgebungen von 2007-2009 von Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen und Hessen beibehalten (s. Tabelle 3).

Bei den Vollzugslockerungen wurde demgegenüber in allen nach 2013 erlassenen Gesetzen mit Ausnahme von Sachsen-Anhalt die Missbrauchsklausel zugunsten der (größzügigeren) Verantwortungsklausel aufgegeben (gleiches gilt für NRW). Noch weitergehend haben die auf dem Musterentwurf von 2012 beruhenden zehn Bundesländer den Übergangsvollzug ausgebaut, indem in den letzten sechs Monaten vor der Entlassung (z.T. zwingend, vgl. MV) erforderliche Lockerungsmaßnahmen zu gewähren *sind*, es sei denn ein Missbrauch ist mit »hoher Wahrscheinlichkeit« zu befürchten (vgl. i.E. Tabelle 3).

TABELLE 3: VOLLZUGSÖFFNENDE MASSNAHMEN IN DER GESETZGEBUNG DER BUNDESLÄNDER

Land	Verhältnis o.V./g.V.	Risiko- maßstab	Ausgang, Ausfüh- rung, Langzeit- ausgang, Freigang	Höchstmaß LA (StVollzG; Regel- urlaub)	Risiko- maßstab	LA zur Entlas- sungs-Vorbereitung	Risikomaßstab in der Entlassungs- phase
Baden- Württem- berg	Vorrang g.V.	Soll-V.; G. + Bef.-Kl.	ja	21 Tage	Bef.-Kl.	-	Keine Besonder- heit
Bayern	Vorrang g.V.	Soll-V.; G. + Bef.-Kl.	ja	21 Tage	Bef.-Kl.	-	Keine Besonder- heit
Berlin	Gleich- rangig	Muss-V. + Bef.-Kl.	ja	Kein Höchst- maß	Verantwor- tungsklau- sel.	Bis zu 6 Mon.	Zwingend*
Branden- burg	Gleich- rangig	Muss-V.; G. + Verant- wortungs- klausel	ja	Kein Höchst- maß	Verantwor- tungsklau- sel	Bis zu 6 Mon.	Zwingend*
Bremen	Gleich- rangig	Soll-V.; G. + Bef.-Kl.	ja	Kein Höchst- maß	Verantwor- tungsklau- sel	Bis zu 6 Mon.	Kann- Regelung + Bef.-Kl.
Hamburg	Gleich- rangig	Soll-V.; G. + Bef.-Kl.	ja	24 Tage	Verantwor- tungsklau- sel	-	Keine Besonder- heit
Hessen	Vorrang g.V.	Kann-V.; G. + Bef.- Kl.	ja	21 Tage	Bef.-Kl.	-	Keine Besonder- heit
Mecklen- burg-Vor- pommern	Gleich- rangig	Soll-V.; G. + Verant- wortungs- klausel	ja	Kein Höchst- maß	Verantwor- tungsklau- sel	Bis zu 6 Mon.	Zwingend*
Nieder- sachsen	Vorrang g.V.	Soll-V.; G. + Bef.-Kl.	ja	21 Tage	Bef.-Kl.	-	Keine Besonder- heit
Nord- rhein- Westfalen	Gleich- rangig	Soll-V.; G. + Verant- wortungs- klausel	ja	24 Tage	Verantwor- tungsklau- sel	-	Keine Besonder- heit
Rhein- land-Pfalz	Gleich- rangig	Soll-V.; G. + Verant- wortungs- klausel	ja	Kein Höchst- maß	Verantwor- tungsklau- sel	Bis zu 6 Mon.	Zwingend*

Saarland	Vorrang g.V.	Soll-V.; G. + Bef.-Kl.	ja	Kein Höchst- maß	Verant- wortungs- klausel	Bis zu 6 Mon.	Soll-Vor- schrift **
Sachsen	Gleich- rangig	Soll-V.; G. + Bef.-Kl.	ja	Kein Höchst- maß	Verant- wortungs- klausel	Bis zu 6 Mon.	Zwingend*
Sachsen- Anhalt	Gleich- rangig	Soll-V.; G., keine Fluchtge- fahr ***	ja	21 Tage	Bef.-Kl., analog ***	Bis zu 6 Mon.	Zwingend*
Schleswig- Holstein	Gleich- rangig	Soll-V.; G. + Verant- wortungs- klausel	ja	30 Tage	Verant- wortungs- klausel	Bis zu 6 Mon.	Zwingend*
Thürin- gen	Gleich- rangig	Soll-V.; G. + Bef.-Kl.	ja	Kein Höchst- maß	Verant- wortungs- klausel	Bis zu 6 Mon.	Zwingend*
StVollzG 1977	Vorrang o.V.	Soll-V.; G. + Bef.-Kl.	ja	21 Tage	Bef.-Kl.	-	Keine Be- sonderheit

o.V. = offener Vollzug; g.V. = geschlossener Vollzug; Soll-V. = Soll-Vorschrift (Gefangene sollen verlegt werden ...); LA = Langzeitausgang; G. = Geeignetheit; Bef.-Kl. = Befürchtungsklausel (Zulassung, wenn Missbrauch nicht zu befürchten ist);

* Sind zu gewähren, es sei denn es besteht die hohe Wahrscheinlichkeit eines Missbrauchs.

** Sollen gewährt werden, es sei denn es besteht die hohe Wahrscheinlichkeit eines Missbrauchs.

*** Die »Verlegung in den offenen Vollzug« bzw. »Lockerungen dürfen gewährt werden, wenn der Gefangene geeignet ist, insbesondere keine konkreten Anhaltspunkte die abstrakte Gefahr begründen, dass sich der Gefangene« durch Flucht entziehen oder die Maßnahmen zu weiteren Straftaten missbrauchen wird. Die Verlegung in den offenen Vollzug und Lockerungen können versagt werden, wenn der Gefangene seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkommt (§§ 22 Abs. 2, 45 Abs. 3 StVollzGB LSA).

VI. STATISTISCHE DATEN ZU VOLLZUGSÖFFNENDEN MASSNAHMEN

Der offene Vollzug

Der Ausbau des offenen Vollzugs entspricht den nationalen wie internationalen Vorgaben im Sinn einer möglichst weitgehenden Vollzugsöffnung kaum. Im Zeitraum seit 1996 ist der stichtagsbezogene Anteil von Gefangenen im offenen Erwachsenenstrafvollzug bis 2010 insgesamt von 20,8 Prozent auf 17,0 Prozent gesunken und blieb danach mit einem Anteil von 16,7 Prozent im Jahr 2016 relativ stabil.

In einigen Bundesländern war der Anteil von Gefangenen im offenen Vollzug schon in den 1990er und 2000er Jahren drastisch

gesunken. Hamburg, ehemals »liberale Hochburg« eines resozialisierungs- und überleitungsorientierten Vollzugs, hat unter der konservativen Regierung mit Justizsenator *Kusch* den Anteil von über 30 Prozent auf 13 Prozent (2010) und damit auf rund ein Drittel (minus 58 Prozent) »zurückgefahren«. Gleiches gilt für Hessen (von 27 Prozent auf zehn Prozent 2004) und für Niedersachsen (von 28 Prozent auf 16,5 Prozent im Jahr 2016, vgl. Abbildung 12). Inzwischen wird jedoch immerhin in Hamburg eine erneute Trendwende erkennbar. Sowohl der Justizminister von der Partei BÜNDNIS 90/die GRÜNEN (2008 - 2011) wie die seit 2011 regierende SPD haben eine Rückkehr zur resozialisierungsorientierten Gestaltung des Strafvollzugs versprochen und wollten bzw. wollen den Hamburger Vollzug wieder stärker öffnen. Bis 2016 stieg der Anteil von Gefangenen im offenen Vollzug dementsprechend auf 17,9 Prozent (zur positiven Entwicklung bei den Vollzugslockerungen und der Gewährung von Hafturlaub s.u.).

Andere Bundesländer wie Berlin (2016: 31 Prozent der Freiheitsstrafe verbüßenden Gefangenen im offenen Vollzug) oder Nordrhein-Westfalen (29 Prozent) haben ihr hohes Niveau halten können – dies ersichtlich ohne negative Konsequenzen. Entweichungen und Straftaten während Lockerungsmaßnahmen im offenen Vollzug sind überall die Ausnahme. Die liberalere Praxis in Berlin und NRW bei einer vergleichbaren Insassenstruktur widerlegt das (früher) aus Hamburg oder Hessen zu hörende Argument, dass die Insassen immer »schwieriger« bzw. »entweichungsgefährdeter« würden und damit ungeeignet für den offenen Vollzug seien.³⁵

Nach wie vor auf einem sehr niedrigen Niveau liegen die ostdeutschen Bundesländer Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, in denen der offene Vollzug – ebenso wie traditionell in Bayern und Schleswig-Holstein – so gut wie keine Rolle spielt (jeweils sechs bis acht Prozent der Stichtagsbelegung befinden sich im offenen Vollzug; negativer »Spitzenreiter« war Sachsen-Anhalt mit 2016 4,2 Prozent). Demgegenüber haben Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern

35 Für den Jugendstrafvollzug in Baden-Württemberg widerlegen *Stelly, W., Thomas, J.* (»Die Gefangenen werden immer schwieriger...«. Lebenslagen von Jugendstrafgefangenen in einer Langzeitperspektive, In: Boers, K. u. a. (Hrsg.): *Kriminologie - Kriminalpolitik - Strafrecht*, Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, S. 817-830) die These einer immer »schwierigeren« Klientel.

ein für ostdeutsche Verhältnisse überdurchschnittliches Niveau erreicht (19 Prozent bzw. 12 Prozent im Jahr 2016) und erreichen damit den westdeutschen Durchschnitt oder nähern sich diesem an (vgl. Abbildung 12). Auch hier sind keine Negativerfahrungen durch den erheblichen Ausbau des offenen Vollzugs bekannt.

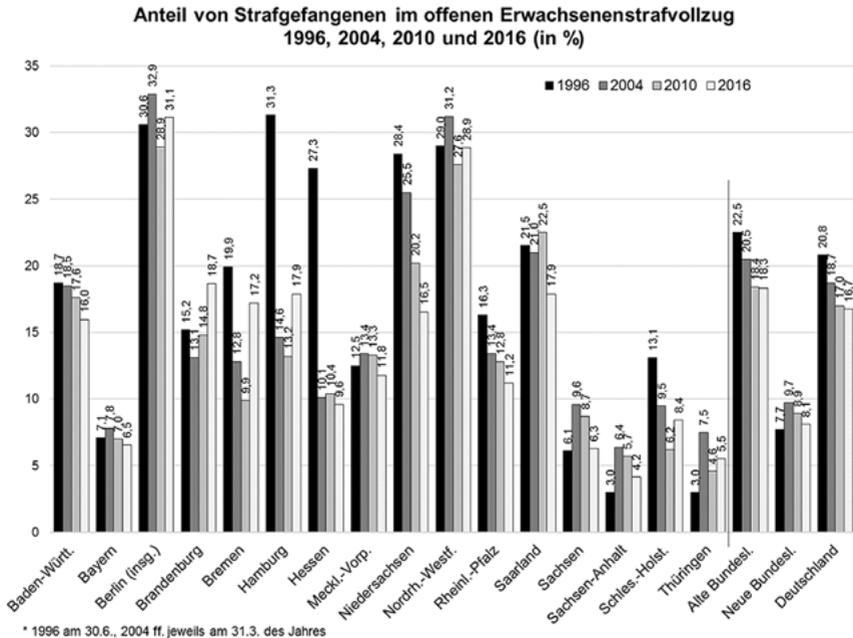
Schwierigkeiten der Nutzung offener Haftplatzkapazitäten (teilweise möglicherweise ein fehlender politischer Gestaltungswille einiger Länder) kommen auch darin zum Ausdruck, dass die ohnehin geringen Haftplatzkapazitäten im offenen Vollzug in Schleswig-Holstein, Thüringen und Sachsen-Anhalt zum Stichtag 31.3.2016 nur zur Hälfte genutzt wurden.³⁶ Annähernd galt das auch für Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern.³⁷

Das vollzugspolitische »Trauma« mit Populisten wie *Schill* und *Kusch* in Hamburg zeigt in fataler Weise eine mit der allgemeinen politischen Ausrichtung wechselnde Vollzugspolitik, ein Phänomen, das sich durch die Föderalismusreform zweifellos verschärft hat. Damit läuft der Strafvollzug noch stärker als bislang Gefahr zum Spielball populistischer Strömungen zu werden. Je nach Bedarf können Wählerstimmen mobilisiert, Kriminalitätsängste geschürt und gesetzgeberischer Aktionismus gepflegt werden, der in der Sache nichts bringt, jedoch symbolisch Handlungsfähigkeit demonstriert.

36 Vgl. *Prätor*, S., Offener Vollzug. Anspruch und Wirklichkeit. Zur Auslastung des offenen Vollzugs in Deutschland. FORUM KRIMINALPRÄVENTION, Heft 4/2016, S. 3-7, 2016, S. 4

37 Auch in Berlin gab es bei einer Quote von 39 Prozent offener Haftplätze und einer Belegung von 29 Prozent noch Reserven. Insgesamt war bei einer Haftplatzkapazität von 21,3 Prozent und einer Belegungsquote von 15,6 Prozent Gefangenen im offenen Vollzug eine Auslastung von 73 Prozent gegeben, vgl. *Prätor* 2016 (Fn. 36), S. 6. Dieser Befund erscheint umso bemerkenswerter als zeitgleich die Auslastung im geschlossenen Vollzug bei 90 Prozent lag und damit Vollbelegung, in Teilbereichen (Baden-Württemberg) sogar Überbelegung (vgl. Abbildung 3 bei *Prätor* 2016, (Fn. 36) S. 6).

ABBILDUNG 12: DER ANTEIL VON STRAFGEFANGENEN IM OFFENEN VOLLZUG IM BUNDESLÄNDERVERGLEICH, 1996-2016



Vollzugslockerungen (Langzeitausgang bzw. Beurlaubungen, Ausgang und Freigang)

Die Zahlen von Beurlaubungen (in der Terminologie neuerer Vollzugsgesetze: Langzeitausgang) sind nach absoluten Zahlen nicht vergleichbar. Deshalb wurde als Vergleichsmaßstab die Zahl der Beurlaubungsmaßnahmen pro 100 Strafgefangene zu einem bestimmten Stichtag gewählt. Es handelt sich also hier nur um jeweils relative Aussagen. Da die Länderjustizverwaltungen an das Bundesjustizministerium die Zahl der beurlaubten Gefangenen erst seit 2015 melden, sind längsschnittbezogene Aussagen über den Anteil von Gefangenen, die überhaupt Lockerungen erhalten, nicht möglich. Dieser dürfte allerdings inzwischen im geschlossenen Vollzug eher gering sein. Nach einer Gefangenenbefragung in Schleswig-Holstein und in Mecklenburg-Vorpommern handelte es sich dort im Jahr 2003 z.B. nur um 30 Prozent bzw. 29 Prozent der männlichen erwachsenen

Gefangenen.³⁸ Die Gesamtzahlen von Ausgängen und Hafturlaube (Langzeitausgängen) sind im Zeitraum 1977-1990 auf das Drei- bis Vierfache des Ausgangswerts stark angestiegen, auch die Zahl der Freigänger stieg um mehr als 50 Prozent an. Seither sind die Beurlaubungszahlen um ca. 40 Prozent gesunken (seit 2004 blieben die Zahlen allerdings stabil)³⁹ und die Freigangszulassungen lagen 2016 sogar unter dem Wert von 1977. Beim Ausgang stiegen die jährlichen Gewähungen bis 2000 stark an, nach einem vorübergehenden Einbruch Anfang der 2000er Jahre war bis zum Erfassungsjahr 2015 ein erneuter Anstieg zu verzeichnen, der im aktuellen Erfassungsjahr 2016 wieder leicht einbricht (vgl. Abbildung 13).

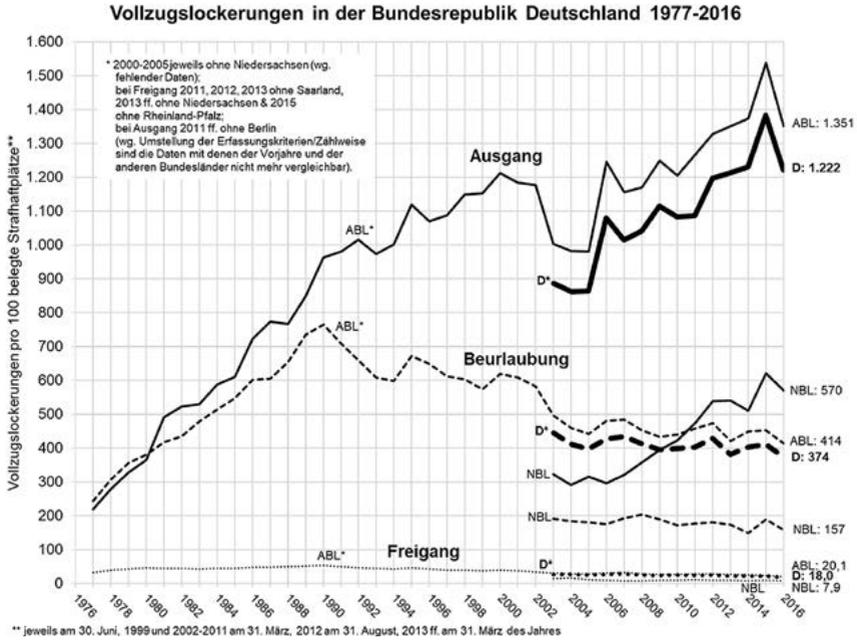
Die rückläufigen Zahlen beim Freigang haben sicherlich auch mit den Schwierigkeiten am Arbeitsmarkt zu tun, im Übrigen möglicherweise mit der zunehmend als problematisch wahrgenommenen Insassenstruktur,⁴⁰ jedoch dürfte diese Erklärung nicht ausreichend sein. Vielmehr hat sich das kriminalpolitische Klima – zumindest in einigen Bundesländern – in Richtung einer restriktiveren Lockerungspraxis gewandelt.

38 Vgl. *Dünkel, F.*, Strafvollzug und die Beachtung der Menschenrechte – Eine empirische Analyse anhand des Greifswalder »Mare-Balticum-Prison-Survey«. In: Müller-Dietz, H. et al. (Hrsg.): Festschrift für Heike Jung. Baden-Baden: Nomos-Verlag 2007, S. 99-126, S. 116 f.

39 Dies geht im Zeitraum 2003-2006 auf die rückläufigen Zahlen in Hamburg und vor allem Hessen (seit 1995) sowie Schleswig-Holstein (seit 2000) zurück. Auch in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz sind die Zahlen seit Mitte der 1990er Jahre kontinuierlich gesunken, vgl. *i.E. Dünkel, F., Pruin, I., Beresnatzki, P., Treig, J.*: Vollzugsöffnende Maßnahmen und Entlassungsvorbereitung – Gesetzgebung und Praxis in den Bundesländern. *NEUE KRIMINALPOLITIK* 30, 2018, 21-50, S. 36 ff.

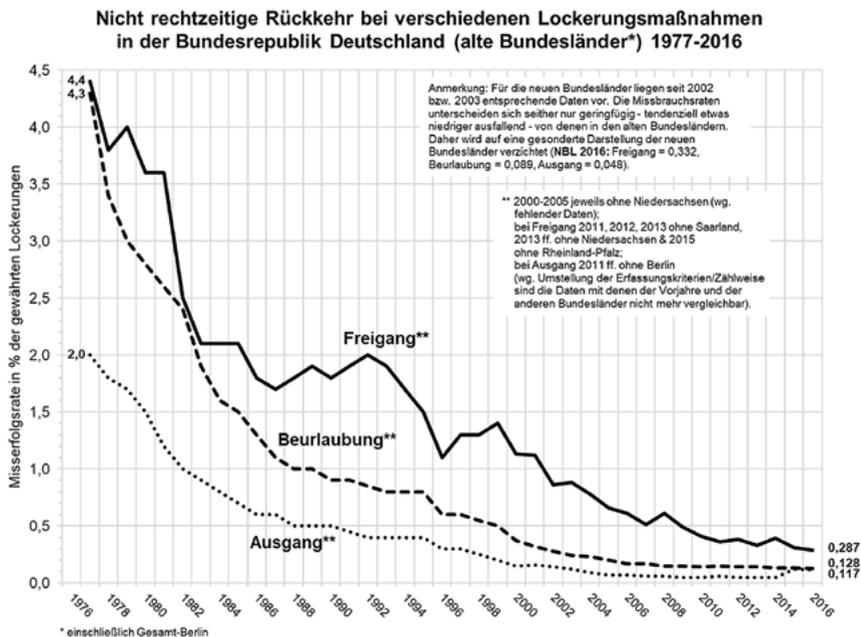
40 Hier insbesondere dem Anstieg von inhaftierten Gewalttätern, vgl. *Dünkel/Geng/Morgens-tern*: Strafvollzug in Deutschland. Aktuelle rechtstatsächliche Befunde. *Forum Strafvollzug – Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe* 59, 2010, S. 22-34; *Dünkel/Geng/von der Wense*: Entwicklungsdaten zur Belegung, Öffnung und Lockerungen im Jugendstrafvollzug. *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 26, 2015, S. 232-241; *Dünkel* 2018a (Fn. 9), S. 402 f.; wie *Stelly/Thomas* 2013 (Fn. 35) für Baden-Württemberg feststellten, ist die Insassenstruktur nach objektiven Kriterien allerdings nicht unbedingt problematischer geworden.

ABBILDUNG 13: DIE ENTWICKLUNG DER GEWÄHRUNG VON VOLLZUGSLOCKERUNGEN IN DEUTSCHLAND, 1977-2016.



Bemerkenswert ist, dass der Anstieg der Lockerungszahlen in den 1970er und 1980er Jahren nicht zu einem erhöhten Risiko der Bevölkerung durch vermehrte Missbräuche (Nichtrückkehr oder Straftaten während Lockerungen) geführt hat, im Gegenteil. Die Missbrauchsraten sind bezogen auf die jeweils gewährten Lockerungsformen ständig gesunken, und zwar besonders stark im Zeitraum, in dem die Maßnahmen stark expandierten (vgl. Abbildung 14). Inzwischen liegen die Missbrauchsraten nur noch im Promillebereich und verdeutlichen damit eine ausgesprochene Erfolgsgeschichte der Lockerungspraxis im deutschen Strafvollzug.

ABBILDUNG 14: MISSBRAUCHSRATEN BEI VOLLZUGSLOCKERUNGEN IN PROZENT BEZOGEN AUF DIE GEWÄHRTEN LOCKERUNGSMASSNAHMEN, 1977-2016

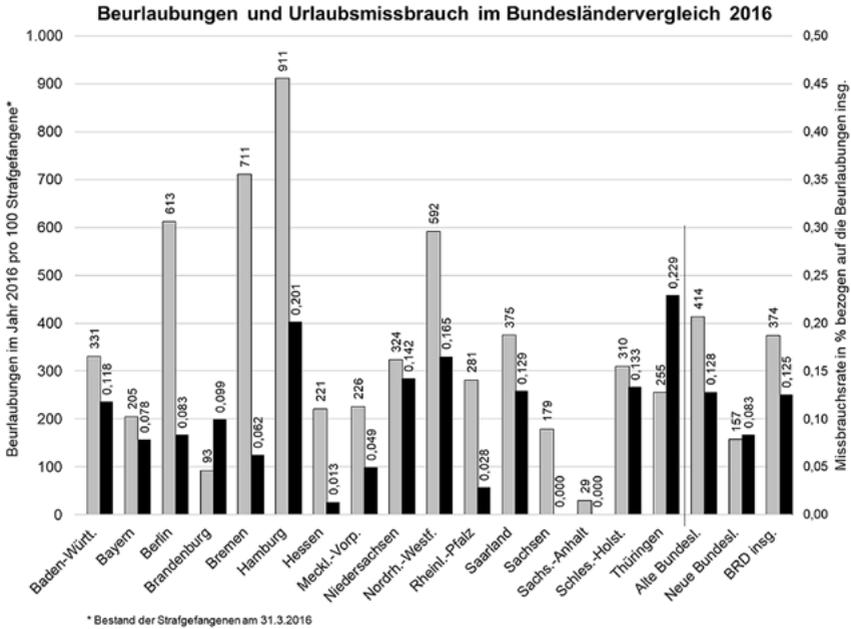


Der fehlende Zusammenhang zwischen einer mehr oder weniger weitgehenden Praxis der Vollzugsöffnung und Missbrauchsrate wird auch im Rahmen des Bundesländervergleichs immer wieder deutlich. Aus Abbildung 15 ergibt sich, dass die jährliche Anzahl von Beurlaubungen pro 100 Gefangene der Stichtagsbelegung im Jahr 2016 (wie schon in früheren Jahren) zwischen 29 in Sachsen-Anhalt bzw. 93 in Brandenburg und 711 in Bremen bzw. 911 in Hamburg erheblich variiert. Dies bedeutet eine ca. zehn bis 26-fach erhöhte Zahl jährlicher Beurlaubungen im letzteren Fall gegenüber Brandenburg und Sachsen-Anhalt. Die neuen Bundesländer lagen alle unter dem westdeutschen Durchschnitt.⁴¹ In den alten Bundesländern ist die Variationsbreite zwischen 246 (Bayern) und 298 (Schleswig-Holstein) einerseits sowie 688 (Berlin), 787 (Bremen)

41 Allerdings lagen die Zahlen in Mecklenburg-Vorpommern (226) und Thüringen (255) nahe am westdeutschen Durchschnitt und über den Werten in Bayern und Hessen.

und 1.017 (Hamburg) andererseits immer noch ganz erheblich (3- bis 4-fache Beurlaubungszahlen pro 100 Strafgefangene in den letzteren Fällen).

ABBILDUNG 15: BEURLAUBUNGEN (LANGZEITAUSGANG) UND URLAUBSMISSBRAUCH IM BUNDESLÄNDERVERGLEICH, 2016



Konnte man früher noch von einem eindeutigen West-Ost-Gefälle mit einer sehr restriktiven Beurlaubungspraxis in den neuen Bundesländern sprechen, so kann man heute derartige regionale Cluster nur noch eingeschränkt erkennen (in Ostdeutschland für Brandenburg, Sachsen und Sachsen-Anhalt), wobei neben traditionell restriktiven Ländern wie Bayern einige früher stark auf vollzugsöffnende Maßnahmen orientierte Länder wie Hessen auf ein »ostdeutsches Niveau« zurückgefallen sind. Für Hamburg ist dies beim vorliegenden Querschnittsvergleich der Beurlaubungen für 2016 nicht mehr erkennbar, weil die Zahlen nach dem drastischen Rückgang 2003 - 2006 mit dem Regierungswechsel zur »schwarz-grünen« Landesregierung (2008) und zu einer SPD-Regierung im Jahr 2011 wieder deutlich anstiegen und

Hamburg inzwischen wieder die höchsten Werte im Bundesländervergleich erreicht. Bayern und Baden-Württemberg hatten schon seit den 1970er Jahren die restriktivste Urlaubspraxis im Bundesländervergleich, allerdings machte sich in Baden-Württemberg der politische Wechsel zu einer »grün-roten« Landesregierung ebenfalls bemerkbar. Seit 2012 wurde ein fast schon durchschnittlicher Wert erreicht.⁴²

Zwischenfazit

Die Öffnung des Vollzugs durch überleitungsorientierte Maßnahmen (offener Vollzug, Lockerungen etc.) hat sich bewährt. Missbrauchsraten sind außerordentlich niedrig und seit 1977 rückläufig. Zumeist handelt es sich dabei um eine zu späte Rückkehr in die Anstalt, Straftaten während Lockerungen sind die absolute Ausnahme, d.h. der Vollzug geht mit Lockerungen verantwortungsbewusst um. Eine liberalere Praxis wie z.B. in Berlin, Hamburg oder NRW führt nicht zu erhöhten Missbrauchsraten und dementsprechend eine restriktivere Praxis wie in Bayern nicht zu mehr Sicherheit für die Bevölkerung.

VII. WHAT WORKS? ERGEBNISSE DER STRAFTÄTERBEHANDLUNGS- UND DER DESISTANCEFORSCHUNG – ALLGEMEINER ÜBERBLICK UND BEFUNDE ZUR WIRKSAMKEIT DES ÜBERGANGSMANAGEMENTS

Zur Frage der Wirksamkeit (»What works?«) von Behandlungsmaßnahmen im Strafvollzug haben sich drei Forschungstraditionen bzw. -orientierungen als vielversprechende Ansätze herauskristallisiert. Zum einen der Risikoorientierte Ansatz auf der Basis der sog. Risk-Needs-Responsivity-Kriterien (RNR-Modell),⁴³ zum anderen das sog. Good-lives-Modell und schließlich die eher qualitativ arbeitende sog. Desistance-Forschung, die die Gründe des Abbruchs krimineller Karrieren anhand der Analyse lebensgeschichtlicher Ereignisse be-

42 Vgl. *Dünkel u.a.* 2018a (Fn. 39), S. 39 f.

43 Vgl. *Andrews, D. A., u. a.*: Does Correctional Treatment work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Metaanalysis. *CRIMINOLOGY* 28, 1990, S. 369-404; *Bonta, J., Andrews, D.*: The psychology of criminal conduct. 6. Aufl., NewYork: Routledge, 2017

trachtet.⁴⁴

Die Tradition des *RNR-Modells* basiert auf der Erkenntnis, dass Behandlungsprogramme vor allem dann wirksam sind, wenn die Dosierung bzw. Intensität der Maßnahmen auf das individuelle Risiko von Straftätern bezogen wird und demgemäß Hochrisikotäter die intensivsten Maßnahmen erhalten. Mit dem Needs-Prinzip ist gemeint, dass Programme dann erfolgreicher sind, wenn sie die kriminogenen Bedürfnisse von Straftätern adressieren (»targeting criminogenic needs«), das Ansprechbarkeitsprinzip (»resonsivity«) besagt, dass diejenigen Behandlungsmethoden vielversprechend sind, die die Lernkompetenzen und Ansprechbarkeit von Straftätern berücksichtigen. In diesem Kontext ist zu erwähnen, dass verhaltenstherapeutische Programme (»cognitive behavioural programmes«) offenbar bei Straffälligen die deutlichsten Effekte erzielen.

Kritik am RNR-Modell wird gelegentlich mit Blick auf die Defizitorientierung geäußert,⁴⁵ gleichwohl wird man eine am RNR-Modell orientierte Risikoerfassung als notwendige Voraussetzung eines erfolgversprechenden Wiedereingliederungsprogramms auf der Basis einer Eingangsdiagnostik akzeptieren müssen. Andererseits ist der Kritik darin recht zu geben, dass die Gefahr von Stigmatisierung und einer negativen Eigendynamik durch eine entsprechende Diagnostik nicht von der Hand zu weisen ist.

Die Evaluation des RNR-Modells durch *Andrews u.a.* (1990) ist insofern beeindruckend als sie in umfangreichen Meta-Analysen

44 Neuere Zusammenfassungen der zahlreichen Meta-Analysen zur Behandlungsforschung finden sich bei *Sherman, L. W., Gottfredson, D. C., MacKenzie, D. L., Eck, J., Reuter, P., Bushway, S.*: Preventing crime: What works, what doesn't, what's promising. Washington, DC: US Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, 1998; *Lösel* 1993 (Fn. 18); 2001 (Fn. 18); 2012 (Fn. 18); 2016 (Fn. 18); *MacKenzie, D.L.*: What Works in Corrections? Reducing the Criminal Activities of Offenders and Delinquents. New York: Cambridge University Press, 2006; *dies.*: Examining the Effectiveness of Correctional Interventions. In: *Bruinsma, G., Weisburd, D.* (Hg.): Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. New York: Springer 2014, S. 1471-1479; *Lipsey, M. W., Cullen, F. T.*: The effectiveness of correctional rehabilitation: A review of systematic reviews. ANNUAL REVIEW OF LAW AND SOCIAL SCIENCE 3, 2007, S. 297-320; *Endres, J., Schwanengel, F.*: Straftäterbehandlung. BEWÄHRUNGSHILFE 62, 2015, S. 293-319; *Schwangengel, F., Endres, J.*: Kriminaltherapeutische Straftäterbehandlung. FORUM STRAFVOLLZUG 65, 2016, S. 158-162; *Suhling* 2018 (Fn. 14); *Suhling/Marquardt* 2018 (Fn. 18) (mit Fokus auf ambulante Programme einschl. Übergangsmangement); *Pruin* 2016 (Fn. 14); *Pruin/Treig* 2017 (Fn. 14).

45 Z.B. *Pruin* 2016 (Fn. 14); *Pruin/Treig* 2017 (Fn. 14)

nachweisen konnten, dass gut implementierte Wiedereingliederungsprogramme, die die Risk-, Needs- und Responsivity-Prinzipien befolgen, starke positive Effektstärken i.S. des Rückfallkriteriums aufweisen, während Behandlungsprogramme, die diese Kriterien nicht beachten, sogar negative Effekte i.S. einer Rückfallsteigerung aufweisen (vgl. Tabelle 4, hierbei den Vergleich »angemessener« und »nicht angemessener« Programme i.S. des RNR-Modells).

Neuere Evaluationen zeigen stärkere Effekte, was auf eine Verbesserung der Programmqualität und der Implementation der Programme schließen lässt. Ferner wurde der Befund bestätigt, dass ambulante bessere Erfolge als mit Freiheitsentzug verbundene Programme aufweisen, was angesichts der negativen Rahmenbedingungen des Strafvollzugs (Subkultur, beschränkte Freiräume für die Gestaltung des eigenen Lebens) naheliegt. Wichtig ist aber, dass dort, wo Freiheitsentzug aufgrund der Schwere oder Häufigkeit der abgeurteilten Straftaten unumgänglich ist, für gut implementierte Programme ebenfalls erhebliche Erfolge nachgewiesen werden konnten (.20 bei angemessenen Programmen, was einer Rückfallreduktion um ca. 20 Prozent entspricht, s. Tabelle 4).

TABELLE 4: EFFEKTSTÄRKEN ANGEMESSENER UND NICHT ANGEMESSENER BEHANDLUNGSPROGRAMME MIT BLICK AUF DAS RNR-MODELL

	Angemessene Behandlungsprogramme	Nicht angemessene Behandlungsprogramme
Zielgruppe		
Jugendliche	.29 (45)	-.07 (31)
Erwachsene	.34 (9)	-.03 (7)
Jahr der Publikation		
Vor 1980	.24 (33)	-.09 (22)
Nach 1980	.40 (21)	-.03 (16)
Behandlungs-Setting		
Gemeindebezogen (ambulant)	.35 (37)	-.14 (31)
Institutionell/Gefängnis (Freiheitsentzug)	.20 (17)	-.15 (7)

Quelle: *Andrews u.a.* 1990 (in Klammern die Zahl der evaluierten Studien);
s. auch *Bonta/Andrews* 2017 (Fn. 43).

Das *Good-lives-Modell* als alternativer Denkansatz und Ergänzung zu RNR stammt aus dem Bereich der humanistischen bzw. positiven Psychologie. Der Fokus liegt hier eher auf Stärken und positiven Lebensperspektiven. Zugleich werden die aus der Desistance-Forschung bekannten individuellen kognitiven Prozesse, die zu einem Ausstieg aus einer kriminellen Karriere führen (s.u.), stärker berücksichtigt. In der Tat werden in manchen RNR-basierten Programmen die spezifischen Faktoren der Ansprechbarkeit zu wenig beachtet.⁴⁶ Das Good-lives-Modell geht von der Wahrnehmung aus, dass alle Menschen Bedürfnisse nach einem »guten Leben« haben, dessen Komponenten »Gesundheit, Wissenserwerb, Kompetenz bei Arbeit und Spiel, Autonomie und Selbstbestimmtheit, innere Ruhe und Freiheit von Stress, Freundschaft und Gemeinschaft, spirituelle Erfahrungen, Glücksempfinden und Kreativität« sind.⁴⁷ Es geht dabei nicht nur um die Beseitigung des Leids psychischer Störungen, sondern auch um die Verbesserung der Lebensqualität.⁴⁸ Ziel der Behandlung ist es, Straffällige bei der Erreichung ihrer Lebensziele zu unterstützen, ohne dabei andere oder sich selbst zu schädigen.⁴⁹ Dieser Ansatz ist eher als eine Ergänzung denn als Alternative zum RNR-Modell zu sehen.⁵⁰

Der Fokus der *Desistance-Forschung* liegt auf dem Verstehen lernen von individuellen Ausstiegsprozessen. Vorherrschend sind qualitative Verfahren (Interviewmethoden, insb. qualitative, narrative Interviews). Eine wesentliche Rolle spielt hierbei die Erfassung von inneren Haltungsänderungen im Kontext bestimmter Lebensereignisse (»life

46 *Lösel* 2016 (Fn. 18), S. 31

47 Vgl. *Lösel* 2016 (Fn. 18), S. 31 unter Hinweis auf die ausführliche (deutschsprachige) Beschreibung bei von *Franqué, F., Briken, P.*: Das »Good Lives Modell GLM«. *FORENSISCHE PSYCHIATRIE, PSYCHOLOGIE, KRIMINOLOGIE* 10, 2013, S. 45-55; ferner grundlegend *Ward, T., Yates, P., Willis, G.*: The good lives model and the risk need responsivity model: A critical response to Andrews, Bonta, and Wormith. *CRIMINAL JUSTICE AND BEHAVIOR* 39, 2012, S. 94-110; *Ward T., Göbbels S., Willis, G.*: Good Lives Model. In: Bruinsma G, Weisburd, D. (Hrsg.): *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*. New York: Springer 2014, S. 1966-1976; vgl. zur Umsetzung in einer deutschen sozialtherapeutischen Einrichtung *Feelgood, S.*: Das »gute Leben«: Die effektive Behandlung von Hochrisikotätern. In: Dünkel, F., Jesse, J., Pruin, I., von der Wense, M. (Hrsg.): *Die Wiedereingliederung von Hochrisikotätern in Europa – Behandlungskonzepte, Entlassungsvorbereitung und Übergangsmangement*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg 2016, S. 185-199

48 *Feelgood* 2016 (Fn. 47), S. 188

49 Ebd.

50 So auch *Lösel* 2016 (Fn. 18), S. 31 f.

events«). Häufig handelt es sich um einen langwierigen und nicht immer geradlinigen Ausstiegsprozess,⁵¹ im Rahmen dessen die Neudefinition des Selbst und sozialstrukturelle Veränderungen eine besondere Rolle spielen, u.a. das Eingehen unterstützender stabiler sozialer Bindungen (»good marriage« als besonders positiver Prädiktor), die Integration in stabile Arbeitsverhältnisse etc. Entscheidend für den Ausstieg aus Kriminalität ist eine innere Haltungsänderung (»human agency«⁵²). Diese kann von außen gefördert werden und insbesondere durch soziale Einbindung und so genannte Ankerpunkte (»hooks for change«) gefestigt werden. Zentral für den Veränderungsprozess sind die vom Straffälligen selbst geäußerten Bedürfnisse.⁵³

Die Beziehung zu Fachkräften (der Bewährungs- oder Straffälligenhilfe) spielt eine bedeutsame Rolle im Hinblick auf die Motivation des Straffälligen. Damit ergeben sich Hinweise auf die positive Bedeutung von vollzugsöffnenden Maßnahmen und die durchgehende soziale Betreuung (Bewährungshilfe). Nicht zuletzt werden damit die Bedeutung der Kontinuität der Betreuung und durchgehender Hilfen als erfolversprechender Ansatz belegt.

Übergangmanagement und Resozialisierung

Insbesondere bei sog. Karrieretätern bedarf es im Übergang vom Vollzug in die Freiheit einer intensiven Vorbereitung und vollzugsöffnender Maßnahmen (Lockerungen, offener Vollzug, Übergangseinrichtungen, bedingte Entlassung und Nachbetreuung). In der anglo-amerikanischen Forschung werden entsprechende Programme als Reentry-Programme bezeichnet, die *Seiter* und *Kadela* (2003) als Programme definierten, die den Übergang vom Gefängnis in die Freiheit fokussieren und in diesem Zusammenhang eine durchgehende Betreuung vorsehen. Insgesamt fand *Ndrecka* (2014) eine Rückfallminderung um

51 *Giordano, P., Cernkovich, S., Rudolph, J.*: Gender, Crime, and Desistance: Toward a Theory of Cognitive Transformation. *AMERICAN JOURNAL OF SOCIOLOGY* 107, 2002, S. 990-1064; zu Langzeiteffekten der Bewährungshilfe vgl. *Farral, S.*, Die Langzeitwirkungen von Bewährungshilfe. In: Dünkel, F., Jesse, J., Pruin, I., von der Wense, M. (Hrsg.): Die Wiedereingliederung von Hochrisikotätern in Europa – Behandlungskonzepte, Entlassungsvorbereitung und Übergangmanagement. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg 2016, S. 51-92

52 *Maruna, S.*: Making good: How ex-convicts reform and rebuild their lives. Washington, DC: American Psychological Association Books 2001, S. 11, 87

53 Vgl. zusammenfassend *Pruin/Treig* 2017 (Fn. 14), S. 688 ff.

sechs Prozent bei den Teilnehmern von Reentry-Programmen. Diese auf den ersten Blick bescheidene Effizienz von überleitungsorientierten Programmen ist vor dem Hintergrund außerordentlich unterschiedlicher Effekte einzelner Projekte zu sehen: So wurden im Einzelfall Rückfallreduktionen von 39 Prozent, in einem anderen Fall ein Anstieg der Rückfallquote von 17 Prozent gemessen.⁵⁴ Wie auch bei der Evaluationsforschung zur Straftäterbehandlung insgesamt kommt es wesentlich auf eine gute Implementation an und darauf, ob die angebotenen Hilfen auch tatsächlich passgenau das Klientel erreichten.⁵⁵

Programme, die aus mehr als einer Phase bestanden (z.B. erste Behandlungsphase im Gefängnis mit einer Entlassungsvorbereitungsphase, ggf. Übergangsphase in einer Übergangseinrichtung und Nachentlassungsphase) wiesen größere Effektstärken auf als Programme, die nur aus einer Phase bestanden.⁵⁶ *Ndrecka/Listwan/Latessa* beziffern die Effektstärken zwei- und dreiphasiger Programme mit .12 bzw. .11 im Vergleich zu lediglich .06 bei einphasigen Programmen.⁵⁷ Gefangene mit einer durchgehenden Betreuung und Hilfe zeigten überwiegend weniger Rückfall, vor allem aber auch positive Entwicklungen sozialer Integration (Wohnsituation, Drogenprobleme etc.) als Entlassene ohne entsprechende Entlassungsvorbereitung und Nachbetreuung.⁵⁸ Bei sog. Hochrisikotätern zeigten sich stärkere positive Effekte als bei Low-risk-offenders.⁵⁹ *Bitney* u.a.⁶⁰ ermittelten in diesem Zusammenhang Effektstärken bzgl. Rückfallkriminalität von .28 bei den Programmen der sog. ›Violent and Serious Offender Reentry Initiative‹ (SVORI), ferner ergab eine Kosten-Nutzen-Analyse, dass ein Dollar eingesetzter Mittel

54 *Ndrecka, M., Listwan, S. J., Latessa, E. J.*: What works in reentry and how to improve outcome. In: Stojkovic, S. (Hrsg.): Prisoner reentry: Critical issues and policy directions. Heidelberg: Springer 2017, S. 177-244, 212

55 *Visher, C., Travis, J.*: The Characteristics of Prisoners Returning Home and Effective Reentry Programs and Policies. In: Petersilia, J., Reitz, K. R. (Hrsg.): The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections. Oxford, New York: Oxford University Press 2012, S. 684-703

56 Vgl. *Ndrecka* 2014 (Fn. 18); *Pruin/Treig* 2017 (Fn. 14), S. 684 ff.

57 *Ndrecka/Listwan/Latessa* 2017 (Fn. 54), S. 212 f.

58 Vgl. zusammenfassend *Pruin* 2016 (Fn. 14); *Pruin/Treig* 2017 (Fn. 14), S. 688

59 *Ndrecka/Listwan/Latessa* 2017 (Fn. 54), S. 213

60 *Bitney, K., u.a.*: The effectiveness of reentry programs for incarcerated persons: findings for the Washington Statewide Reentry Council. Olympia: Washington State Institute for Public Policy (WSIPP) 2017, S. 16

für die Programme einen Nutzen eingesparter Kosten von 1,56 Dollar ergab. Auch überleitungsorientierte Job-training-Programme zeigten positive Effektstärken der Rückfallvermeidung (.09 bzw. .06)⁶¹. Andererseits ergab die Analyse von weiteren Evaluationen im Rahmen der SVORI-Initiative, dass die im Übrigen sehr heterogenen Programme mit unterschiedlichen Zielgruppen im Durchschnitt keine signifikanten Effekte der Rückfallminderung im Vergleich zu »normalen« bedingt entlassenen Probanden (parole) aufwiesen.⁶² Die bedingte Entlassung stellt auch nach den methodisch allerdings bescheidener angelegten Studien in Europa einen eigenständigen rückfallvermindernden Faktor dar, insbesondere, wenn sie mit Unterstützung durch die Bewährungs- und Straffälligenhilfe verbunden wird.⁶³

Zwischenfazit

Die unter II. gestellte Frage, ob der Strafvollzug gescheitert ist, kann nunmehr differenzierter beantwortet werden. Es gibt Formen rückfallverminderter Vollzugsgestaltungen ebenso wie einer erfolgreichen Wiedereingliederung nach der Entlassung aus dem Strafvollzug. Übereinstimmung herrscht darin, dass ambulante Betreuungsformen effektiver sind als der Freiheitsentzug. Gleichwohl sind auch unter den erschwerten Bedingungen der »totalen Institution« Strafvollzug beachtliche Erfolge erzielbar. Ebenfalls übereinstimmend werden rein auf Repression (Abschreckung) und Kontrolle ausgerichtete stationäre wie ambulante Behandlungsprogramme als nicht effizient oder sogar schädlich eingestuft. Ein mehrphasiges Überleitungsmodell i.S. des in Deutschland normativ geforderten und in zahlreichen Modellen erprobten Übergangsmagements mit möglichst durchgehender Betreuung kann nach dem vorwiegend anglo-amerikanischen Forschungsstand als aussichtsreich angesehen werden, auch wenn die Ergebnisse verschiedener Meta-Analysen z.T. unterschiedliche Bewertungen ergeben. Vor allem bei schwerer und wiederholter Kriminalität sind besonders deutliche Effekte von einer intensiven durchgehenden Begleitung zu erwarten. Dem entsprechen die normativen Konzepte der Bewäh-

61 Ebd., S. 15

62 Vgl. *Ndrecka/Listwan/Latessa* 2017 (Fn. 54), S. 210 f.

63 Vgl. *Dünkel* 2017a (Fn. 14), § 57 Rn. 129 ff. m.w.N.

runghilfe und – soweit der Fokus auf der Betreuung und sozialen Hilfe liegt – auch der Führungsaufsicht in Deutschland.

VIII. KRIMINALPOLITISCHE PERSPEKTIVEN – TEIL I:

STRAFVOLLZUG FÜR WEN EIGENTLICH? ZUR NOTWENDIGKEIT VON ENTKRIMINALISIERUNGEN

Die möglichst weitgehende Vermeidung von Freiheitsentzug kann als europäischer Konsens angesehen werden. Alle internationalen Menschenrechtsstandards des Europarats, aber auch der Vereinten Nationen, betonen den Charakter des Freiheitsentzugs als ultima ratio.⁶⁴ Die Umsetzung dieses Prinzips in der Praxis ist im Zeitverlauf ebenso wie im europäischen Querschnittsvergleich höchst unterschiedlich.⁶⁵ Von daher bleibt die Perspektive einer Reduktion von Gefangenenraten eine permanente Aufgabe der Kriminalpolitik. Wer demnach in den Strafvollzug gehört, ist jeweils im historischen und kulturellen Kontext unterschiedlich beantwortet worden. Der Beginn des Gefängniswesens im 16. und 17. Jahrhundert war von der Ausgrenzung von Dieben, Bettlern und nichtsesshaften (vagabundierenden) Bevölkerungsgruppen charakterisiert. Heutzutage sind Sexual- und Gewalttäter stärker im Fokus, während der Anteil nicht gewalttätiger Eigentümertäter stark gesunken ist (s.o. Abbildung 11).

Mit Blick auf die derzeitige Insassenstruktur des Strafvollzugs sollte die zunächst zu stellende Frage eher lauten: Für wen sollte Strafvollzug in jedem Fall nicht vorgesehen werden? Dies führt zur Frage, welche Delikte strafrechtlich zu ahndendes Verhalten darstellen sollten und bei welchen Delikten man durch materiellrechtliche Entkriminalisierungen Strafvollzug von vornherein ausschließen sollte. Ohne diesen umfangreichen Themenkomplex hier ausreichend vertiefen zu können,⁶⁶ sollen an dieser Stelle nur stichwortartig einige kriminalpolitische Orientierungen aus der Sicht des Verf. gegeben werden.

64 *Dünkel* 2018b (Fn. 16), S. 103

65 vgl. *Dünkel* 2017 (Fn. 4) und oben unter 1.

66 vgl. dazu ausführlich *Harrendorf, S.*: Absolute und relative Bagatelten. Grenzen des Strafrechts bei geringfügiger Delinquenz. Baden-Baden: Nomos Verlag (im Erscheinen), 2019; *Mohr, N.*: Die Entwicklung des Sanktionenrechts im deutschen Strafrecht – Bestandsaufnahme und Reformvorschläge. Mönchengladbach. Forum Verlag Godesberg 2018

Entkriminalisierungen sind angezeigt für das sog. Schwarzfahren, den Besitz von Cannabis-Produkten (Priorität hätte allerdings die völlige Entkriminalisierung von Cannabisprodukten), für geringfügige Eigentums- und Vermögensdelikte (die Wertgrenzen für das Vorliegen strafbaren Verhaltens liegen in Russland und Litauen z.B. bei umgerechnet ca. 50,- bzw. 114,- Euro), lediglich hilfsweise könnte die Entkriminalisierung des Ladendiebstahls eine kriminalpolitische Perspektive sein.⁶⁷

Weiterhin notwendig erscheint eine *Absenkung von Mindeststrafen*, insbesondere bei qualifizierten Raubdelikten, zumal die Strafverfolgungs- bzw. Verurteiltenstatistiken zeigen, dass immer noch übermäßig häufig auf das Konstrukt des minder schweren Falls rekurriert wird, um eine tatschuldangemessene Strafe zu ermöglichen.⁶⁸

IX. KRIMINALPOLITISCHE PERSPEKTIVEN – TEIL II: AUSBAU VON ALTERNATIVEN ZUR FREIHEITSSTRAFE

Der internationale Vergleich zeigt, dass der Ausbau von Alternativen zur Freiheitsstrafe nicht notwendig mit einem Rückgang der Gefangenenraten einhergeht. Es gibt Länder mit hohen Gefangenenraten und zugleich hohen Raten von Straftätern, die unter ambulanter Aufsicht der Bewährungshilfe stehen oder zu anderen ambulanten Sanktionen verurteilt wurden. Dies scheint sogar der häufigere Fall zu sein im Vergleich zu Ländern, mit niedrigen Gefangenenraten und andererseits vermehrter Anwendung ambulanter Sanktionen (die tatsächlich Freiheitsentzug und nicht etwa andere ambulante Sanktionen ersetzen), d.h. häufig stellen ambulante Sanktionen eine Art Net-widening des Systems strafrechtlicher Sozialkontrolle dar.⁶⁹

Dennoch sind kriminalpolitische Überlegungen, wie man den Strafvollzug quantitativ weitergehend reduzieren kann, – wie erwähnt – eine permanente Aufgabe rationaler Kriminalpolitik. Grundsätzliche Optionen in diesem Zusammenhang sind sog. Front-door- und Back-door-Strategien. Dabei geht es um weniger Input (d.h. Zugänge im Straf-

67 Vgl. *Mohr* 2018 (Fn. 66); zum Ganzen auch *Harrendorf* 2019 (Fn. 66); *Dünkel* 2018 (Fn. 12).

68 Dazu mit eingehender Begründung *Mohr* 2018 (Fn. 66).

69 vgl. *Aebi, M., Delgrande, N., Marguet, Y.*: Have community sanctions widened the net of the European criminal justice systems. *PUNISHMENT & SOCIETY* 17, 2015, S. 575-597

vollzug) und mehr Output (d.h. vermehrte und ggf. frühere bedingte Entlassungen) als reduktionistische Strategien. Hierbei sind die nationalen Besonderheiten der Strafzumessungspraxis besonders zu beachten.

In Deutschland ist der Anteil von Verurteilungen zu Freiheitsstrafe besonders gering (drei Prozent der informell oder formell Sanktionierten), daher scheinen Front-door-Perspektiven auf den ersten Blick wenig aussichtsreich, aber: Deutschland weist andererseits den größten Anteil kurzen Freiheitsentzugs (Vollzugsdauer bis zu sechs Monate bzw. bis zu einem Jahr) auf (vgl. oben Abbildung 5), daher können Formen der Ersetzung dieser Strafen große Wirkung haben (insbesondere bzgl. Ersatzfreiheitsstrafen).

Aber auch Back-Door-Strategien zur Verkürzung des Aufenthalts im Strafvollzug sind angesichts einer vielfach restriktiven Praxis der bedingten Entlassung sinnvoll.

Stichwortartig sollen hier nur einige der wichtigsten Optionen einer reduktionistischen Kriminalpolitik aufgeführt werden.⁷⁰

- Aufwertung der Verwarnung mit Strafvorbehalt (»Verurteilung mit Strafvorbehalt«), d.h. Betreuung und Hilfe durch die Sozialen Dienste der Justiz (vor allem der Bewährungshilfe) auch ohne ausgesetzte Freiheitsstrafe (ähnlich der Betreuungsweisung im JGG)⁷¹.
- Vermeidung der Vollstreckung kurzer Freiheitsstrafen, Ersetzung von Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten, ggf. auch bis zu einem Jahr durch gemeinnützige Arbeit.⁷²
- Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe (ESF), d.h. eine zivilrechtliche Vollstreckungslösung könnte erwogen werden,⁷³ hilfsweise:
- Vermeidung von ESF (ein veränderter Umrechnungsschlüssel von einem Tag ESF = zwei Tagessätze Geldstrafe würde den

70 Vgl. dazu ausführlicher *Mohr* 2018 (Fn. 66); *Dünkel* 2018 (Fn. 12)

71 Vgl. dazu bereits *Dünkel, F., Spieß, G.*: Perspektiven der Strafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im zukünftigen deutschen Strafrecht. *BEWÄHRUNGSHILFE* 39, 1992, S. 117-138

72 Dazu bereits *Dünkel, F., Morgenstern, C.*: Aktuelle Probleme und Reformfragen des Sanktionenrechts in Deutschland. *JURIDICA INTERNATIONAL (Estland)* VIII, 2003, S. 24-35

73 Allerdings müsste dann die grundsätzlich nicht gewollte Konsequenz einer funktional der ESF entsprechenden Erzwingungshaft konkret geregelt werden.

Vollzug um 50 Prozent entlasten, d.h. stichtagsbezogen ca. 2.300 Haftplätze ersparen!);

- Eine zusätzliche Entlastung würde sich ergeben, wenn ein Tagessatz Geldstrafe durch drei Stunden gemeinnützige Arbeit abgegolten wird (was im Schrifttum seit langem moniert wird).⁷⁴
- Reform des Vollstreckungsablaufs entsprechend der Entwürfe der Bundesregierung von 2002 und 2003 mit einer vorrangigen Ableistung gemeinnütziger Arbeit, die praktisch ein Wahlrecht zwischen Bezahlung der Geldstrafe und Ableistung der gemeinnützigen Arbeit darstellt.
- Erweiterung der Strafaussetzung zur Bewährung (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahre) und der Strafrestauesetzung (generelle Halbstrafenentlassung bei Ersttätern, § 57 Abs. 2 StGB, und Regelaussetzung⁷⁵ bei neutraler oder unsicherer Prognose, § 57 Abs. 1, 2 StGB).
- Einschränkungen des Widerrufs bei der Strafaussetzung zur Bewährung (insb. bei bloßen Weisungs- und Auflagenverstößen, verbindliche Anhörung und Einschaltung der Sozialen Dienste mit dem Ziel der Haftvermeidung).
- Teilwiderruf entsprechend der bisher geleisteten bzw. absolvierten Bewährungszeit als Maßnahme zur Haftverkürzung.⁷⁶

74 Vgl. *Schöch, H.*, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? Gutachten C für den 59. Deutschen Juristentag. München: Verlag C. H. Beck, 1992; *Dünkel, F.* (2011a): Ersatzfreiheitsstrafen und ihre Vermeidung. Aktuelle statistische Entwicklung, gute Praxismodelle und rechtspolitische Überlegungen. Forum Strafvollzug – ZEITSCHRIFT FÜR STRAFVOLLZUG UND STRAFFÄLLIGENHILFE 60, 2011, S. 143-153; *Mohr* 2018 (Fn. 66) m.jew.w.N.

75 Der Strafrest wird ausgesetzt, es sei denn es gibt konkrete Anhaltspunkte, dass der Entlassene schwere Straftaten gegen Leib und Leben oder die sexuelle Selbstbestimmung Dritter verüben wird, vgl. *Dünkel* 2017a (Fn. 14), § 57 Rn. 136; *Dünkel* 2018 (Fn. 12).

76 Vgl. zusammenfassend *Dünkel* 2018 (Fn. 12); *Mohr* 2018 (Fn. 66)

X. AUSBLICK

Der Strafvollzug ist zwar nicht gescheitert, aber er bedarf der besonderen Legitimierung, weil alternative Sanktionen im Zweifel besser wirken.

Wie groß die Residualpopulation eines als wirkliche *ultima ratio* fungierenden Strafvollzugs sein muss oder kann, ist Ergebnis eines kriminalpolitischen Aushandlungsprozesses. Trotz der verstärkten Orientierung an ›Law and Order‹ einiger (populistischer) Parteien und Teilen der deutschen Medien, bleibt die reduktionistische Perspektive eine realistische und potentiell konsensuale bzw. mehrheitsfähige Option.

Die Föderalismusreform hat zu noch stärkeren Unterschieden der Strafvollzugspraxis geführt als unter dem bundeseinheitlichen StVollzG von 1977. Reformbedarf gibt es insbesondere bzgl. der verbindlicheren Absicherung eines Resozialisierungsvollzugs (auch in personeller Hinsicht). Die Strafvollzugsgesetze bedürfen einer Ergänzung durch Vorschriften, die den Übergang in die Freiheit erleichtern und menschenrechtskonform gestalten.⁷⁷ Insbesondere die Schaffung von verbindlichen Strukturen und von Verantwortlichkeiten der Bewährungs- und Straffälligenhilfe sowie der kommunalen Leistungserbringer (bzgl. Wohnraum, Arbeitsvermittlung etc.) bleibt ein dringliches Anliegen. Ein Landes-Resozialisierungsgesetz könnte die professionelle und ehrenamtliche Hilfe im ambulanten Sanktionsbereich vernetzen und wirksamer gestalten. Resozialisierung braucht soziale Hilfen und mit Blick auf den Strafvollzug einer systematischen Entlassungsvorbereitung und eines Übergangsmanagements mit (ggf. intensiver) Nachbetreuung.

Der Kontrollaspekt darf bei rückfallgefährdeten Verurteilten bzw. Entlassenen nicht vernachlässigt werden, er ist aber nicht Selbstzweck, sondern dient der erfolgreichen Wiedereingliederung. Formen der Intensivüberwachung durch elektronische Überwachung sind jenseits der wenigen Hochrisikofälle im Bereich der Führungsaufsicht abzulehnen und für Deutschland kein taugliches Instrument zur Haftvermeidung.

⁷⁷ Vgl. *Cornel* u.a. 2015 (Fn. 20); *Dünkel* u.a. 2018 (Fn. 20)

PROF. DR. JÖRG KINZIG

Die Führungsaufsicht: Grundlagen, Reformen, empirische Erkenntnisse und normative Probleme

I. EINLEITUNG: DER FALL DES CHRISTIAN L.

Anfang des Jahres 2018 erregte der sogenannte Staufener Missbrauchsfall die bundesrepublikanische Öffentlichkeit. In Staufen, einer kleinen Gemeinde südlich von Freiburg, wurde ein Pärchen verhaftet. Nach den bisherigen Ermittlungen¹ soll es den neunjährigen Sohn der Mutter verschiedenen Männern gegen Bezahlung zur Begehung von Sexualstraftaten zur Verfügung gestellt haben. Nach Medienberichten handelt es sich bei den Tatverdächtigen fast ausschließlich um polizeibekannte Wiederholungstäter. Dies gelte insbesondere für den Partner der Mutter, in den Medien Christian L. genannt.²

Christian L. soll zunächst im Jahr 2005 wegen des Besitzes und der Verbreitung von Kinderpornografie zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr auf Bewährung verurteilt worden sein. Dem habe sich im Jahr 2010 eine weitere Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten angeschlossen, die u.a. wegen sexuellen Missbrauchs erfolgt sei. Im Jahr 2014 sei Christian L. aus der Haft entlassen worden. Für die Dauer von fünf Jahren sei bei ihm – und das ist der Zusammenhang zu dem Thema dieses Beitrags – Führungsaufsicht angeordnet worden. Im Rahmen dieser Führungsaufsicht seien ihm verschiedene Weisungen, u.a. ein Kontaktverbot zu Kindern und Jugendlichen, auferlegt worden. Zudem sei Christian L. in das polizeiliche Programm KURS zur Verhütung von Sexualstraftaten vorbestrafter Sexualstraftäter aufgenommen worden.

1 Dieser Text wurde Anfang März 2018 fertiggestellt.

2 Zu Christian L. vgl. etwa Berichte des SÜDKURIER unter <https://www.suedkurier.de/nachrichten/baden-wuerttemberg/Was-ueber-Christian-L-im-Staufener-Missbrauchsfall-bekannt-ist;art417930,9603695>, bei N-TV unter <https://www.n-tv.de/panorama/Warum-es-Christian-L-so-leicht-hatte-article20235998.html> und beim STERN unter <https://www.stern.de/panorama/stern-crime/missbrauchsfall-von-staufen-viele-wussten-es-niemand-handelte-7846580.html>, jeweils abgerufen am 22.2.2018.

Dessen ungeachtet habe der Mann zu der Mutter des Kindes ziehen können und das Pärchen bereits im Jahr 2015 begonnen, den Jungen seinen Peinigern auszuliefern. Zwei Jahre später sei Christian L. wegen eines Verstoßes gegen Weisungen während der Führungsaufsicht nach § 145a StGB zu einer Freiheitsstrafe von vier Monaten Dauer verurteilt worden, gegen die er jedoch Berufung eingelegt habe. Erst am 16. September 2017 sei seine Inhaftierung erfolgt.

Ausgelöst durch den Fall des Christian L. und durch die mutmaßlichen Straftaten der anderen Tatverdächtigen, haben zahlreiche Medien die Frage aufgeworfen, ob und warum die beteiligten Behörden die vermuteten Sexualstraftaten an dem Jungen nicht verhindern konnten. In diesem Zusammenhang wird auch nach Inhalt und Leistungsfähigkeit der Führungsaufsicht gefragt.

Deren präventive Wirkung hat der Gesetzgeber vor allem durch eine im Jahr 2007 erfolgte umfassende Reform sowie vier Jahre später durch die Einführung der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ), im Volksmund »elektronische Fußfessel« genannt, zu stärken gesucht.³ In diesem Beitrag werden (unter II.) zunächst die Grundlagen der Führungsaufsicht skizziert. Anschließend (III.) wird sich eine kurze Darstellung der Reformen, die dieses Rechtsinstitut seit dem Jahr 2007 erlebt hat. Daraufhin (IV.) werden (neuere) empirische Erkenntnisse zu dieser Sanktion präsentiert. Angesprochen werden zudem aktuelle normative Probleme im Bereich der Weisungen (V.), bevor (VI.) ein kurzes Fazit gezogen wird.

³ Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht und zur Änderung der Vorschriften über die nachträgliche Sicherungsverwahrung vom 13.4.2007, BGBl. I 513 sowie Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22.12.2010, BGBl. I 2300

II. GRUNDLAGEN DER FÜHRUNGSAUFSICHT⁴

1. Eine kurze Geschichte der Führungsaufsicht

Die Führungsaufsicht ist eine von insgesamt sechs im Strafgesetzbuch normierten Maßregeln der Besserung und Sicherung (vgl. § 61 StGB). Sie gehört zusammen mit der in der Praxis häufigen Entziehung der Fahrerlaubnis (§§ 69-69b StGB) und dem nur selten angeordneten Berufsverbot (§§ 70-70b StGB) zur Gruppe der ambulanten Maßregeln. Mit den stationären Sanktionen steht sie dadurch in einem engen Zusammenhang, dass sie ihre Wirkung regelmäßig erst nach dem Vollzug einer Freiheitsstrafe oder einer Unterbringungsmaßregel entfaltet.⁵

Die Führungsaufsicht wurde erst im Jahr 1975 in das Strafgesetzbuch aufgenommen und ist eine in ihrer Konzeption deutlich veränderte Nachfolgerin der Polizeiaufsicht.⁶ Die Polizeiaufsicht war bereits seit Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs (RStGB) im Jahr 1871 in den §§ 38 und 39 RStGB im Abschnitt »Strafen« geregelt. § 38 RStGB lautete wie folgt:

»Neben einer Freiheitsstrafe kann in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen auf die Zulässigkeit von Polizei-Aufsicht erkannt werden. Die höhere Landespolizeibehörde erhält durch ein solches Erkenntniß die Befugniß, nach Anhörung der Gefängnißverwaltung den Verurtheilten auf die Zeit von höchstens fünf Jahren unter Polizei-Aufsicht zu stellen. [...]«

4 Der Text folgt in diesem Abschnitt in Teilen einem Artikel, den der Verfasser unter dem Titel »Die Maßregel der Führungsaufsicht: vom Stiefkind zur Avantgarde?« in der NEUEN KRIMINALPOLITIK 2015, S. 230-250 publiziert hat.

5 Ersichtlich einzige Ausnahme ist der Fall des § 67b Abs. 2 StGB, wonach Führungsaufsicht eintritt, wenn die Vollstreckung einer Maßregel nach § 63 oder § 64 StGB zugleich mit deren Anordnung zur Bewährung ausgesetzt wird.

6 Zur Entstehungsgeschichte der Führungsaufsicht vgl. *Raabe*, Die Führungsaufsicht im 2. Strafrechtsreformgesetz, 1973; *Floercke*, Die Entstehung der Gesetzenormen zur Führungsaufsicht: die Gesetzgebung von 1962 bis 1975 und die Anwendungspraxis der Führungsaufsicht, 1989; *Kwaschnik*, Die Führungsaufsicht im Wandel, 2009, S. 31ff.; *Rohrbach*, Die Entwicklung der Führungsaufsicht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Mecklenburg-Vorpommern, 2014, S. 56ff.; *Rudrich*, Führungsaufsicht. Die Entwicklung und Ausgestaltung des Instituts der Führungsaufsicht auch im Hinblick auf die einzelnen Bundesländer sowie die Darstellung und Bewertung der Übergangskonzepte zum Umgang mit rückfallgefährdeten Sexualstraftätern, 2014, S. 6ff.; *Baur*, Die Führungsaufsicht. Eine rechtshistorische, rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung, in: Baur/Kinzig (2015) Die reformierte Führungsaufsicht, 2015 XXXV ff., S. 18ff.

Und § 39 RStGB enthielt folgende Regelung:

»Die Polizei-Aufsicht hat folgende Wirkungen:

1. dem Verurtheilten kann der Aufenthalt an einzelnen bestimmten Orten von der höheren Landespolizeibehörde untersagt werden;
2. die höhere Landespolizeibehörde ist befugt, den Ausländer aus dem Bundesgebiete zu verweisen;
3. Haussuchungen unterliegen keiner Beschränkung hinsichtlich der Zeit, zu welcher sie stattfinden dürfen.«

Im Unterschied zu den heutigen Regelungen über die Führungsaufsicht waren die §§ 38, 39 RStGB vergleichsweise karg ausgestaltet. Der Kreis der Personen, für die eine Polizeiaufsicht infrage kam, war im Gegensatz zu heute deutlich beschränkt. Auch hielten sich die im RStGB als Folge dieser Sanktion genannten möglichen Maßnahmen sehr in Grenzen.⁷

Trotz zahlreicher kritischer Stimmen, die die Polizeiaufsicht jahrzehntelang begleiteten, hielt sich diese Sanktion erstaunlich lange. Ein Meilenstein auf dem Weg ihrer Ersetzung durch die Führungsaufsicht bildete der E 1962, der die spätere Reform des Sanktionenrechts vorbereitete. In ihm liest man zur Notwendigkeit einer Führungsaufsicht, die im Entwurf noch unter dem Titel Sicherungsaufsicht firmierte, folgendes:

»Unter den im Entwurf vorgesehenen Maßregeln ohne Freiheitsentziehung ist die Sicherungsaufsicht von besonderer Bedeutung. Mit der Polizeiaufsicht des geltenden Rechts hat sie nur einen ganz losen Zusammenhang. [...] Ihr liegt einmal der Gedanke zugrunde, daß nicht nur der Verurteilte, bei dem die Aussetzung der Strafe oder eines Strafrestes möglich ist, der Leitung und Aufsicht in der Freiheit bedürfen kann, sondern in zahlreichen Fällen und in erhöhtem Maße gerade der Täter, der eine Freiheitsstrafe voraussichtlich voll verbüßen muß. Zum anderen kann die Vollstreckung einer freiheitsentziehenden Maßregel wie der Sicherungsverwahrung oder der vorbeugenden Verwahrung in gewissen Fällen dann vermieden werden, wenn man den Verurteilten in Freiheit unter eine straffe Aufsicht stellt.«⁸

⁷ Zu polizeirechtlichen Ergänzungen vgl. *Baur* 2015 (Fn. 6), S. 288ff.

⁸ BT-Drs. IV/650, S. 100

Dadurch war eine wesentliche Stoßrichtung der neuen Führungsaufsicht bereits vorgezeichnet: Ihre Ausweitung insbesondere auf die große Gruppe der sogenannten Vollverbüßer sowie auf die aus einer stationären Maßregel entlassenen Personen.

Die novellierten Vorschriften über die Führungsaufsicht traten mit dem Zweiten Gesetz zur Reform des Strafrechts zum 1. Januar 1975 in Kraft.⁹ In Erweiterung des E 1962 wurde durch die neuen Bestimmungen die ursprünglich vorgesehene Bezeichnung als Sicherungs- in Führungsaufsicht geändert und die obligatorische Bestellung eines Bewährungshelfers vorgesehen. Die bis dahin immerhin mehr als 100 Jahre geltende Polizeiaufsicht wurde zugleich abgeschafft.¹⁰

2. Die Aufgabe der Führungsaufsicht

Die Aufgabe der Führungsaufsicht ist präventiver Art. Mit ihr wird bezweckt, gefährliche oder gefährdete, in der Regel aus dem Straf- oder Maßregelvollzug entlassene Personen bei der Gestaltung ihres Lebens in der Freiheit über gewisse kritische Zeiträume hinweg zu unterstützen, sie zu betreuen sowie zu überwachen, um sie von künftigen Straftaten abzuhalten.¹¹ Die Führungsaufsicht hat also eine Doppelfunktion. Mit ihr sollen sowohl eine Resozialisierungshilfe gewährt als auch Sicherungsaufgaben zum Schutz der Allgemeinheit wahrgenommen werden. Wie das Verhältnis zwischen diesen beiden Funktionen ausgestaltet ist, wird in der Kommentar- und Lehrbuchliteratur unterschiedlich beurteilt. Nach einer Minderheitsmeinung kommt weder dem Sicherungs- noch dem Besserungszweck ein Vorrang zu.¹² Teilweise findet sich darüber hinaus in neuerer Zeit eine sehr starke Betonung des Sicherungszwecks, wenn die Führungsaufsicht nicht

9 Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) vom 4. Juli 1969 (BGBl. I 717), nach Maßgabe des Gesetzes über das Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 30. Juli 1973 (BGBl. I 909) in Kraft getreten am 1. Januar 1975.

10 *Raabe* 1973 (Fn. 6), S. 22

11 Vgl. auch BVerfGE 55, 28, wo das Gericht einen Grundrechtsverstoß durch eine einem »Vollverbüßer« auferlegte Führungsaufsicht verneinte.

12 So dezidiert *B.-D. Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl., 2015, S. 292, mit dem berechtigten Hinweis, dass Sicherungs- und Besserungszweck »eng miteinander verzahnt« seien; vgl. auch *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, Vor § 68 Rn. 2, der die »Lebenshilfe vor allem für den Übergang von der Freiheitsentziehung in die Freiheit« und die Aufgabe der Führung und Überwachung akzentuiert.

nur als eine Lebenshilfe für den gefährdeten Täter zur Vermeidung einer Rückfälligkeit bezeichnet wird, sondern in Bezug auf »den gefährlichen Täter« hervorgehoben wird, dass die Maßregel »durch strenge Überwachung ›ambulant verwahren‹ (sc. wolle), um die Allgemeinheit vor von ihm sonst erwarteten Straftaten zu schützen.«¹³ Dagegen sieht die herrschende Meinung nach »der Entstehungsgeschichte, der Konstruktion sowie der aktuellen Gesetzessystematik« unverändert einen grundsätzlichen Vorrang von Hilfe und Betreuung.¹⁴ Tatsächlich spricht insbesondere die Entstehungsgeschichte, namentlich der Erste Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB) – Drucksachen 7/550, 7/1232 – aus dem Jahr 1973, für die letztgenannte Auffassung. Danach wollte der besagte Sonderausschuss mit der später in Kraft getretenen Neufassung des § 68a StGB einem Anliegen des Bundesrates nachkommen, die in dieser Vorschrift festgelegten Aufgaben der Aufsichtsstelle und des Bewährungshelfers klarer voneinander abzugrenzen. Insoweit sollte sich aus § 68a Abs. 2 StGB ergeben, dass die Aufgaben der Hilfe und der Betreuung sowohl für die Bewährungshilfe als auch für die Aufsichtsstelle Vorrang hätten. Zudem sei durch § 68a Abs. 4 StGB klargestellt, dass die Aufsichtsstelle in Fragen der Hilfe und Betreuung nichts ohne oder gegen den Willen des Bewährungshelfers unternehmen könne. Somit habe die Aufsichtsstelle nur in den Fragen, welche die Überwachung berühren, nach § 68a Abs. 3 StGB »ein gewisses Übergewicht«.¹⁵ Demgegenüber stellt freilich der Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Führungsaufsicht aus dem Jahr 2006 in seinem Allgemeinen Teil die Überwachung und Kontrolle der Betreuung und Hilfe voran, ohne zu thematisieren, ob damit

13 SK-StGB/*Sinn*, § 68 Rn. 2; vgl. auch Matt/Renzikowski/*Eschelbach*, StGB, 1. Aufl. 2013, § 68 Rn. 1 mit Kritik in Rn. 2 am »ambulanten Korrelat zur Sicherungsverwahrung«.

14 So NK-StGB/*Ostendorf*, vor §§ 68 bis 68g Rn. 10; die »Tendenz einer gewissen Vorrangstellung der helfenden Betreuung« konstatiert auch LK-StGB/*H. Schneider*, vor § 68 Rn. 3; vgl. auch *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn. 384, nach dem der »Resozialisierungszweck zumindest gleichberechtigt neben dem Sicherungszweck« stehe.

15 BT-Drs. 7/1261, S. 8

ein Paradigmenwechsel beabsichtigt sei.¹⁶ So hängt es angesichts der Heterogenität der Klientel der Führungsaufsicht (dazu sogleich) von der jeweiligen Fallgestaltung und den Eintrittsgründen ab, wie stark im Einzelfall bessernde und wie stark sichernde Komponenten vorhanden sein müssen.¹⁷ Dabei wäre es verkehrt, beide Funktionen nur als gegenläufig zu begreifen. Insoweit zeigt die Praxis, dass Hilfe und Kontrolle vielfältig miteinander verzahnt sind,¹⁸ sodass derzeit von einer Gleichberechtigung des Besserungs- und des Sicherungszwecks auszugehen ist.

3. Eintrittsgründe der Führungsaufsicht

Zentral für eine Kategorisierung der verschiedenen Formen der Führungsaufsicht ist zunächst die Unterscheidung, dass diese Maßregel zum einen (selten) nach § 68 Abs. 1 StGB kraft richterlicher Anordnung, zum anderen (viel häufiger) nach § 68 Abs. 2 StGB kraft Gesetzes eintritt.

a. Führungsaufsicht kraft richterlicher Anordnung

Eine richterliche Anordnung der Führungsaufsicht kommt nach § 68 Abs. 1 StGB in Betracht, wenn jemand wegen einer Straftat, bei der das Gesetz Führungsaufsicht besonders vorsieht, zeitige Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verwirkt und die Gefahr besteht, dass er weitere Straftaten begehen wird. Der Katalog der Straftaten, deren Sanktion richterliche Führungsaufsicht nach sich ziehen kann, folgt weder einer durchgehenden Systematik der Deliktsschwere noch der Rückfallgefahr.¹⁹ So sind über § 181b StGB zwar die Sexualdelikte fast durchgehend Anlasstaten einer richterlichen Führungsaufsicht,

16 Vgl. BT-Drs. 16/1993, S. 11: »Sie (sc. die Führungsaufsicht) soll die Täterin oder den Täter durch engmaschige Überwachung und Kontrolle an der Begehung weiterer Taten hindern und durch Betreuung und Hilfe bei der Bewältigung psychosozialer Schwierigkeiten in die Lage versetzen, außerhalb geschlossener Einrichtungen ein Leben ohne Straftaten zu führen.«

17 MK-StGB/*Groß*, vor §§ 68 ff. Rn. 1

18 Zutreffend *B.-D. Meier* 2015 (Fn. 12), S. 292. Aus einem benachbarten Bereich mag als Beispiel angeführt werden, dass die vor einigen Jahren für die Überwachung entlassener Sicherungsverwahrter abgestellten Polizeibeamten in nicht wenigen Fällen (auch) zu Beratern der ehemaligen Maßregelinsassen in allgemeinen Lebensfragen mutierten.

19 So zu Recht auch LK-StGB/*H. Schneider*, § 68 Rn. 3

dagegen weder Tötungs- noch Körperverletzungsdelikte. Bei den Eigentums- und Vermögensstraftaten droht ebenfalls in der Regel Führungsaufsicht (vgl. §§ 245, 262, 263 Abs. 6, 263a Abs. 2 StGB), dagegen nicht bei der Untreue oder den Urkundsdelikten.

Zentrales materielles Kriterium für die Anordnung einer Führungsaufsicht nach § 68 Abs. 1 StGB ist die Gefahr weiterer Straftaten. Die zu befürchtenden Delikte brauchen ausweislich des Gesetzeswortlautes nicht unbedingt erheblich zu sein.²⁰ Ist nur mit Bagatelldelikten zu rechnen, so ist die Anordnung der Führungsaufsicht jedoch in der Regel unverhältnismäßig und damit unzulässig (vgl. § 62 StGB). Einschränkend wird darüber hinaus zum Teil gefordert, dass eine Gefahr solcher Straftaten erforderlich sei, die Führungsaufsicht nach sich ziehen können,²¹ dass die Straftaten in einem symptomatischen Zusammenhang mit der Anlasstat stehen müssen²² oder dass es sich um Straftaten derselben Deliktgruppe handeln müsse.²³ Die Anordnung der Führungsaufsicht, die im Urteil des erkennenden Gerichts zu erfolgen hat, ist nach § 68 Abs. 1 StGB stets fakultativ.

b. Führungsaufsicht kraft Gesetzes

Die Eintrittsgründe der Führungsaufsicht kraft Gesetzes (vgl. § 68 Abs. 2 StGB) sind unübersichtlich. Sinnvoll erscheint eine Kategorisierung nach drei Fallgruppen: Führungsaufsicht nach Vollverbüßung, Führungsaufsicht nach Aussetzung des Maßregelvollzugs zur Bewährung und Führungsaufsicht nach Erledigung einer stationären Maßregel.²⁴

20 Fischer, StGB, § 68 Rn. 5; L-Heger, StGB, § 68 Rn. 4; HK-StGB/Pflichter/Braasch, § 68 Rn. 2; LK-StGB/H. Schneider, § 68 Rn. 10; and. Streng 2012 (Fn. 14), Rn. 388

21 Matt/Renzikowski/Eschelbach, StGB, § 68 Rn. 5 (zuzüglich Symptomtizität); MK-StGB/Groß, § 68 Rn. 6; BeckOK-StGB/Heuchemer, § 68 Rn. 5

22 SSW-StGB/Jehle, § 68 Rn. 6; B.-D. Meier 2015 (Fn. 12), S. 294; vgl. auch SK-StGB/Sinn, § 68 Rn. 8, der eine »bestimmte kriminelle Kontinuität« verlangt.

23 NK-StGB/Ostendorf, § 68 Rn. 6.

24 So auch NK-StGB/Ostendorf, § 68 Rn. 1; wesentlich differenzierter dagegen LK-StGB/H. Schneider, Vor § 68 Rn. 9. In der Literatur wird im Übrigen im Anschluss an den Gesetzgeber (BT-Drs. 16/1993, S. 11) häufig (nur) zwischen Führungsaufsicht nach Strafverbüßung und im Zusammenhang mit freiheitsentziehenden Maßregeln unterschieden (vgl. etwa Matt/Renzikowski/Eschelbach, StGB, § 68 Rn. 9; B.-D. Meier 2015, S. 295 f.; Streng 2012, Rn. 385 f.).

aa. *Führungsaufsicht nach Vollverbüßung einer Freiheitsstrafe*

Die praktisch bedeutsamste Fallgruppe der Führungsaufsicht ist selbige nach Vollverbüßung einer Freiheitsstrafe. Erfasst werden nach § 68f Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB Personen, die eine (Gesamt-)Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen vorsätzlicher Straftaten vollständig verbüßt haben, während bei Verurteilung wegen in § 181b StGB genannter (vorsätzlicher) Straftaten bereits die vollständige Verbüßung einer (Gesamt-) Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ausreicht (§ 68f Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB). Die Ausweitung der Führungsaufsicht im Fall von Sexualsträtern nimmt Teil an der umfassenden strafrechtlichen Sonderbehandlung dieser Tätergruppe²⁵ und wurde im Jahr 1998 vorgenommen.²⁶ Seit dem Jahr 2007 sieht das Gesetz zudem vor, dass diese Maßregel auch dann eintritt, wenn nur eine Gesamtfreiheitsstrafe die entsprechende Höhe erreicht.²⁷ Die Führungsaufsicht bei Vollverbüßern beruht auf einem generellen Bedürfnis, länger einsitzende Personen bei der Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu unterstützen und zu überwachen.²⁸

Sind von solchen Vollverbüßern entgegen der gesetzlichen Vermutung des § 68f Abs. 1 StGB keine Straftaten mehr zu befürchten, hat das Gericht nach § 68f Abs. 2 StGB das Entfallen der Führungsaufsicht anzuordnen. Für diese Prognose ist, wie im Fall des wortgleichen § 68e Abs. 2 S. 1 StGB, eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür zu verlangen, dass die verurteilte Person nicht mehr straffällig wird.²⁹ Aufgrund dieser hohen Anforderungen sowie wegen des Ausnahmeharakters der Vorschrift wirken sich Zweifel daran, ob künftig ein straffreies Leben zu erwarten ist, zulasten der verurteilten Person

25 Vgl. dazu ausführlich *Steiger*, Gleiches Recht für alle - auch für Sexualsträfer? Sonderregelungen für Sexualsträfer im Strafrecht und ihre kriminologische Berechtigung, 2016.

26 Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998, BGBl. I 160

27 Zur Begründung vgl. BT-Drs. 16/1993, S. 22f.

28 Führungsaufsicht als Bewährungshilfeersatz; ähnlich SK-StGB/*Sinn*, § 68 Rn. 3, § 68f Rn. 1; vgl. OLG Dresden NJW 2009, 3315, 3316; OLG Hamm NStZ 2011, 40, 41; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 260; OLG Jena NStZ-RR 2010, 189, 190; zur Doppelfunktion der Führungsaufsicht s.o.

29 Vgl. KG NStZ 2006, 580, 582; OLG Köln NStZ 2011, 162, 163: höhere als die zur Reststrafenaussetzung nach § 57 Abs. 1 StGB genügende Wahrscheinlichkeit künftiger Straffreiheit erforderlich.

aus.³⁰ Eine Anordnung nach § 68f Abs. 2 StGB wird am ehesten bei denjenigen Personen infrage kommen, die trotz günstiger Legalprognose nicht in eine Strafrestauesetzung eingewilligt haben³¹ oder bei denen gegen Ende des Strafvollzuges gravierende, für eine Strafrestauesetzung nicht mehr berücksichtigte Änderungen eingetreten sind.³² Die veröffentlichte Praxis verfährt hier allerdings äußerst zurückhaltend.³³

Als Drohkulisse zur Einhaltung der für die Dauer der Führungsaufsicht angeordneten Weisungen nach § 68b Abs. 1 StGB fungiert hier (lediglich) eine potentielle Strafbarkeit nach § 145a StGB.

bb. *Führungsaufsicht nach Aussetzung des Maßregelvollzuges zur Bewährung*

Kraft Gesetzes (vgl. § 68 Abs. 2 StGB) tritt Führungsaufsicht auch dann ein, wenn die Vollstreckung einer freiheitsentziehenden Maßregel zur Bewährung ausgesetzt wird, sei es, dass die Aussetzung schon mit der Anordnung einer Maßregel nach §§ 63, 64 StGB durch das erkennende Gericht erfolgt (§ 67b Abs. 2 StGB), sei es, dass eine stationäre Maßregel nach Vorwegvollzug einer Freiheitsstrafe (§ 67c Abs. 1 StGB), nach einer anderweitigen Verzögerung des Beginns des Maßregelvollzuges (§ 67c Abs. 2 S. 4 StGB) oder im Laufe des Maßregelvollzuges zur Bewährung ausgesetzt wird (§ 67d Abs. 2 S. 3 StGB).

Strukturell geht hier dem Eintritt der Führungsaufsicht in der Regel eine positive Prognose eines Strafvollstreckungsgerichts voraus. Ein Fehlverhalten der entlassenen Person kann in diesem Fall durch den Widerruf der Aussetzung der Maßregel nach § 67g StGB sanktioniert werden. Bei einem Verstoß speziell gegen flankierend nach § 68b Abs. 1 StGB angeordnete Weisungen tritt die Sanktionsdrohung des § 145a StGB hinzu. Trotz dieser Doppelung wird das Verhältnis

30 Vgl. OLG Düsseldorf NStZ-RR 2000, 347, 348; OLG Hamm NStZ-RR 2013, 31; KG NStZ 2006, 580, 582; OLG Köln NStZ 2011, 162, 163; OLG Köln NStZ-RR 2013, 58; aus der Kommentarliteratur vgl. nur Schönke/Schröder-*Stree/Kinzig*, StGB, § 68f Rn. 11 m.w.N.; and. *Stree*, Probleme der Führungsaufsicht bei Vollverbüßern, in: Fezer/Schlüchter/Rößner/Arzt/Weber (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann, S. 281ff., 1992, S. 295.

31 Dazu ausführlich NK-StGB/*Ostendorf*, § 68f Rn. 17

32 Vgl. *Fischer*, StGB, § 68f Rn. 9; NK-StGB/*Ostendorf*, § 68f Rn. 11; LK-StGB/*H. Schneider*, § 68f Rn. 20

33 Vgl. OLG Düsseldorf NStZ-RR 2000, 347, 348 mit Rückverweisung; OLG Hamm NStZ-RR 2013, 31; OLG Köln NStZ-RR 2013, 58, 59

zwischen diesen beiden Reaktionsmöglichkeiten nur wenig thematisiert.³⁴ Mehrheitlich wird eine Art Doppelbestrafung qua § 145a StGB und ein Maßregelwiderruf für zulässig gehalten, wobei tendenziell ein Vorrang der Widerrufsvorschrift präferiert wird.³⁵ Jedoch dürfte eine zweifache Sanktion in der Regel unverhältnismäßig sein.³⁶ Dass eine solch harte Ahndung in Ausnahmefällen sogar »sinnvoll« sein könnte,³⁷ ist nicht ersichtlich. Zutreffend wird jedoch ebenfalls darauf hingewiesen, dass ein Widerruf der Maßregelaussetzung nicht immer die härtere Reaktion sein muss,³⁸ sodass in jedem Fall eine nach dem Subsidiaritätsprinzip abgestimmte Sanktion erfolgen sollte.

cc. Führungsaufsicht nach einer Erledigung von stationären Maßregeln

Für Einzelfälle der Erledigung aller drei stationärer Maßregeln sieht das Strafgesetzbuch zudem den Eintritt einer Führungsaufsicht kraft Gesetzes vor. So schließt sich eine Führungsaufsicht an die Entlassung aus der Sicherungsverwahrung an, wenn die Maßregel nach § 67d Abs. 3 StGB für erledigt erklärt worden ist. Eine solche Erledigungserklärung hat nach § 67d Abs. 3 S. 1 StGB zu erfolgen, wenn die Sicherungsverwahrung zehn Jahre vollzogen worden ist und nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Eine Fortdauer über zehn Jahre hinaus ist hiernach nur im Falle einer ausdrücklich negativen Prognose zulässig. Demgegenüber weisen die danach Entlassenen ebenfalls regelmäßig eine (abgeschwächte) negative Prognose auf, andernfalls hätte die Sicherungsverwahrung zuvor nach § 67d Abs. 2 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden müssen.

Gleich zwei Erledigungsvorschriften sind für die Maßregel der Unterbringung in der Entziehungsanstalt nach § 64 StGB vorgesehen. So enthält § 67d Abs. 1 S. 1 StGB für die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt eine (nach Abs. 1 S. 3 verlängerbare) Höchstfrist von

34 Soweit ersichtlich keine Ausführungen etwa bei *Fischer*, StGB, § 145a; SSW-StGB/*Jeßberger*, § 145a.

35 So *Matt/Renzikowski/Dietmeier*, StGB, § 145a Rn. 10; NK-StGB/*Kretschmer*, § 145a Rn. 26; SK-StGB/*Wolters*, § 145a Rn. 19a.

36 *Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben*, StGB, § 145a Rn. 12

37 So MK-StGB/*Groß*, § 145a Rn. 20

38 LK-StGB/*Roggenbruck*, § 145a Rn. 38

zwei Jahren. Nach § 67d Abs. 4 S. 1 StGB ist der Untergebrachte spätestens mit dem Ablauf der Höchstfrist aus dem Maßregelvollzug nach § 64 StGB zu entlassen. Mit der Entlassung des Untergebrachten ist die Maßregel nach § 67d Abs. 4 S. 2 StGB erledigt. Der ebenfalls im Jahr 2007 eingefügte § 67d Abs. 4 S. 3 StGB stellt mittels der Anordnung der Führungsaufsicht sicher, dass die zuvor untergebrachte Person auch künftig betreut und überwacht wird. Begründet wurde die Notwendigkeit damit, dass es in den Fällen des § 67d Abs. 4 StGB risikoreich sei, die untergebrachte Person ohne weitere Betreuung in die Freiheit zu entlassen. Nach einer Aufenthaltsdauer von mindestens zwei Jahren im Maßregelvollzug bedürfe die betreffende Person nach ihrer Entlassung in der Regel einer besonderen Hilfe zu ihrer Wiedereingliederung. Zudem handele es sich gerade bei den nach § 67d Abs. 4 StGB Entlassenen um eine besonders schwierige Gruppe von Personen.³⁹

Stellt sich im Verlauf der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt heraus, dass für den Untergebrachten keine hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg mehr besteht, mithin die Voraussetzungen des § 64 S. 2 StGB nicht mehr vorliegen, so hat das Gericht die Unterbringung nach § 67d Abs. 5 S. 1 StGB ebenfalls für erledigt zu erklären. Mit der Entlassung aus dem Vollzug der Unterbringung tritt nach § 67d Abs. 5 S. 2 StGB auch hier Führungsaufsicht ein.

Schließlich kennt das Gesetz auch eine Erledigungserklärung mit nachfolgendem gesetzlichen Eintritt der Führungsaufsicht für die Maßregel nach § 63 StGB. Stellt das Gericht nach Beginn der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus fest, dass die Maßregelvoraussetzungen des § 63 StGB nicht mehr vorliegen, der Untergebrachte zum Beispiel nicht mehr an einem Defekt im Sinne von § 20 StGB leidet, oder die weitere Vollstreckung der Maßregel unverhältnismäßig wäre, so erklärt es die Maßregel nach § 67d Abs. 6 S. 1 StGB für erledigt. § 67d Abs. 6 StGB wurde im Jahr 2004 angefügt und kodifiziert Fälle der Erledigungserklärung, die zuvor durch die Rechtsprechung auf eine Analogie zu § 67c Abs. 2 S. 5 StGB gestützt wurden.⁴⁰

Alle diese Fälle der Erledigung haben nicht nur eine regelmäßig negative Prognose gemeinsam, sondern auch den Umstand, dass auf eine

39 BT-Drs. 16/1993, S. 16; im Einzelnen vgl. Schönke/Schröder-*Stree/Kinzig*, StGB, § 67d Rn. 13
40 BT-Drs. 15/2887, S. 13 f.; vgl. BGHSt 42, 306, 310

Nichteinhaltung von Weisungen allein mit der Sanktion nach § 145a StGB reagiert werden kann.

4. An der Führungsaufsicht beteiligte Organe: vielfältiger als das Gesetz verrät

An der Führungsaufsicht beteiligte Organe sind nach der Konzeption des Gesetzes die Aufsichtsstelle, die Bewährungshilfe, das Gericht sowie seit der Reform des Jahres 2007 in bestimmten Fällen die forensische Ambulanz.⁴¹

Während der Führungsaufsicht untersteht die verurteilte Person nach § 68a Abs. 1 Hbs. 1 StGB einer Aufsichtsstelle (alternative Bezeichnung: Führungsaufsichtsstelle). Die Aufsichtsstellen gehören nach Art. 295 Abs. 1 EGStGB zum Geschäftsbereich der Landesjustizverwaltungen, sind also Behörden der Justizverwaltung.⁴² Die Struktur ist in den jeweiligen Bundesländern zum Teil unterschiedlich. Nach einer bundesweiten Untersuchung des Instituts für Kriminologie in Tübingen existiert in der Regel eine Führungsaufsichtsstelle für einen Landgerichtsbezirk, wobei mehrheitlich eine Anbindung bei einem Landgericht erfolgt.⁴³ Nach § 68a Abs. 3 StGB überwacht die Aufsichtsstelle im Einvernehmen mit dem Gericht und mit Unterstützung der Bewährungshilfe sowie gegebenenfalls der forensischen Ambulanz (§ 68a Abs. 7 S. 2 i.V.m. Abs. 3 StGB) das Verhalten der verurteilten Person und die Erfüllung der Weisungen.⁴⁴ Zweck der Überwachung des Verhaltens der verurteilten Person ist es, gefährliche Entwicklungen rechtzeitig festzustellen und erforderlichenfalls für Abhilfe zu sorgen, namentlich dem Gericht Grundlagen für notwendige Änderungen seiner Anordnungen oder für eine erforderliche Krisenintervention (§ 67h StGB) zu liefern. Bei Verstößen gegen Weisungen steht der Aufsichtsstelle das

41 Vgl. auch die Übersicht bei *B.-D. Meier* 2015 (Fn. 12), S. 296ff.

42 Zur Organisation vgl. *Sch/Sch-Stree/Kinzig*, § 68a Rn. 3

43 Dazu umfassend *Baur* 2015 (Fn. 6), S. 117ff.; *Baur/Kinzig* (2015a), Rechtspolitische Perspektiven der Führungsaufsicht, in: *Baur/Kinzig*, Die reformierte Führungsaufsicht, 2015, IX ff., XVI ff. Zum Übergang auf eine zentrale Organisationsstruktur vgl. *Rohrbach* 2014 (Fn. 6), S. 241 ff. für Mecklenburg-Vorpommern.

44 Zur Aufgabe der Aufsichtsstelle vgl. auch *Fischer*, StGB, § 68a Rn. 6; *MK-StGB/Groß*, § 68a Rn. 3 ff.; *SSW-StGB/Jehle*, § 68a Rn. 2, 4; *B.-D. Meier* 2015, 297 f.; *NK-StGB/Ostendorf*, § 68a Rn. 3, 15 ff.; *LK-StGB/H. Schneider*, § 68a Rn. 7 ff.; *SK-StGB/Sinn*, § 68a Rn. 1, 4; *Streng* 2012, Rn. 390

Strafantragsrecht nach § 145a S. 2 StGB zu. Sie hat jedoch vor Stellung des Antrags nach § 68a Abs. 6 Hbs. 1 StGB die Bewährungshilfe und gegebenenfalls die zuständigen Bediensteten der forensischen Ambulanz zu hören (§ 68a Abs. 7 S. 2 i.V.m. Abs. 6 StGB).⁴⁵ Da die Strafantragstellung in den Aufgabenbereich der Überwachung fällt, behält die Aufsichtsstelle ihre Entscheidungsbefugnis über den Antrag auch dann, wenn kein Einvernehmen mit der Bewährungshilfe oder den Bediensteten der forensischen Ambulanz erzielt wird (§ 68a Abs. 6 Hbs. 2 StGB).

Neben der Überwachungstätigkeit obliegt der Aufsichtsstelle nach § 68a Abs. 2 StGB die Aufgabe, im Einvernehmen mit der Bewährungshilfe und gegebenenfalls der forensischen Ambulanz der verurteilten Person helfend und betreuend zur Seite zu stehen. In diesem Aufgabenbereich kommt der Aufsichtsstelle im Gegensatz zur Überwachung (vgl. § 68a Abs. 3 StGB) keine vorrangige Stellung zu. Wird in Fragen der Hilfe und der Betreuung kein Einvernehmen zwischen der Aufsichtsstelle und der Bewährungshilfe hergestellt, so entscheidet nach § 68a Abs. 4 StGB das Gericht; anderes gilt für die forensische Ambulanz (vgl. § 68a Abs. 7 S. 2 StGB).

Der verurteilten Person wird ferner nach § 68a Abs. 1 Hbs. 2 StGB für die Dauer der Führungsaufsicht vom Gericht eine Bewährungshelferin oder ein Bewährungshelfer bestellt. Die Bewährungshilfe hat nach § 68a Abs. 2 StGB in erster Linie der verurteilten Person helfend und betreuend zur Seite zu stehen. Sie hat in diesem Rahmen mit der Aufsichtsstelle zusammenzuarbeiten, wobei ihr vor allem der persönliche, betreuende Kontakt mit der verurteilten Person zufällt.⁴⁶

Die Bewährungshilfe hat daneben nach § 68a Abs. 3 StGB die Aufsichtsstelle bei ihrer Überwachungstätigkeit zu unterstützen. In diesem Rahmen hat die Bewährungshilfe ähnlich wie im Fall der Strafaussetzung Berichtspflichten. So ist sie z.B. verpflichtet, einen Verstoß gegen Weisungen, der den Zweck der Führungsaufsicht gefährdet, der Aufsichtsstelle mitzuteilen, sofern sie nicht selbst für

⁴⁵ Nach einer neuen Entscheidung des Kammergerichts (StV 2014, 144) ist die Anhörung der Bewährungshilfe Wirksamkeitsvoraussetzung des Strafantrags der Aufsichtsstelle mit der Konsequenz, dass bei einer fehlenden Anhörung das Strafverfahren nach § 145a StGB einzustellen ist.

⁴⁶ Dies betonend NK-StGB/*Ostendorf*, § 68a Rn. 9; vgl. auch MK-StGB/*Groß*, § 68a Rn. 23; *B.-D. Meier* 2015, 298; LK-StGB/*H. Schneider*, § 68a Rn. 18

Abhilfe sorgen kann.⁴⁷

Im Zuge der Reform des Jahres 2007 hat die forensische Ambulanz (vgl. auch § 68b Abs. 2 S. 3 StGB) als gegebenenfalls weiteres an der Führungsaufsicht beteiligtes Organ Eingang in § 68a Abs. 7, 8 StGB gefunden. Forensische Ambulanzen sollen in der Regel im Anschluss an die Behandlung im Maßregel- oder Strafvollzug eine ambulante psychiatrische, sozial- oder psychotherapeutische Betreuung und Behandlung gewährleisten. Die forensische Ambulanz wird in § 68a Abs. 7 StGB im Rahmen einer Therapieweisung (vgl. § 68b Abs. 2 S. 2, 3 StGB) weitgehend der Bewährungshilfe gleichgestellt.⁴⁸ So hat die forensische Ambulanz in diesem Fall nicht nur helfend und betreuend mitzuwirken, sondern auch die Aufsichtsstelle in deren Kontroll- und Überwachungstätigkeit zu unterstützen (§ 68a Abs. 7 S. 2 i.V.m. Abs. 3 StGB).⁴⁹ In ihrem therapeutischen Vorgehen sind die Bediensteten der forensischen Ambulanz jedoch autonom und nicht Weisungen der Aufsichtsstelle oder des Gerichts unterworfen;⁵⁰ § 68a Abs. 4 und 5 StGB finden auf sie keine Anwendung (vgl. § 68a Abs. 7 S. 2 StGB).

Das Gericht hat bei der Durchführung der Führungsaufsicht eine übergeordnete Stellung.⁵¹ Es hat nach § 68a Abs. 1 Hbs. 2 StGB die Bewährungshelferin oder den Bewährungshelfer zu bestellen und entscheidet nach § 68a Abs. 4 StGB bei Meinungsverschiedenheiten, die zwischen diesen und der Aufsichtsstelle in Fragen bestehen, welche die Hilfe für die verurteilte Person und deren Betreuung berühren. Ferner kann es gem. § 68a Abs. 5 StGB in den gesamten Tätigkeitsbereich beider Organe mit Anweisungen eingreifen. Im Verhältnis zur forensischen Ambulanz gelten § 68a Abs. 4 und 5 StGB nicht

47 Vgl. *Fischer*, StGB, § 68a Rn. 7; LK-StGB/*H. Schneider*, § 68a Rn. 21

48 Vgl. BT-Drs. 16/1993, S. 18; LK-StGB/*H. Schneider*, § 68a Rn. 23; *U. Schneider* NStZ 2007, 441, 445; kritisch *Pollähne*, Effektivere Sicherheit der Bevölkerung und schärfere Kontrolle der Lebensführung: Zur Reform des Maßregelrechts und der Führungsaufsicht, *KritV* 2007, 386ff., S. 417

49 MK-StGB/*Groß*, § 68a Rn. 8; and. SK-StGB/*Sinn*, § 68a Rn. 7, der nur von einer Hilfs- und Betreuungsfunktion der forensischen Ambulanz auszugehen scheint, dabei aber § 68a Abs. 3, 8 StGB übersieht.

50 BT-Drs. 16/1993, S. 18; *Edinger*, Reform der Führungsaufsicht, in: DRiZ 2006, 346ff., S. 346; *Fischer*, StGB, § 68a Rn. 9; *B.-D. Meier* 2015 (Fn. 12), S. 299 f.; *U. Schneider*, Die Reform der Führungsaufsicht, in: NStZ 2007, 441ff., S. 445

51 Vgl. MK-StGB/*Groß*, § 68a Rn. 20 f.; *B.-D. Meier* 2015 (Fn. 12), S. 298f.

(vgl. § 68a Abs. 7 S. 2 StGB). Das Gericht kann sich innerhalb seiner Aufgaben auch über die verurteilte Person berichten lassen.⁵² Soweit es erforderlich ist, kann es ihr für die Dauer der Führungsaufsicht oder für eine kürzere Zeit nach § 68b StGB Weisungen erteilen. Es kann des Weiteren u.a. die Höchstdauer für die Führungsaufsicht abkürzen (§ 68c Abs. 1 S. 2 StGB) und die Führungsaufsicht aufheben (§ 68e Abs. 2 StGB). Außerdem hat es die Möglichkeit nachträglicher Entscheidungen (§ 68d StGB).

Zudem existiert eine Reihe weiterer Institutionen, die in die Führungsaufsicht einbezogen sind. Dazu gehören die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde, die Einrichtungen des stationären Straf- und Maßregelvollzugs, aus denen die der Führungsaufsicht unterstellten Personen entlassen werden, die mit einer etwaigen EAÜ nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB befasste Gemeinsame Überwachungsstelle der Länder (GÜL), die allgemeine Strafgerichtsbarkeit, die gegebenenfalls einen Verstoß gegen eine strafbewehrte Weisung nach § 68b Abs. 1 StGB zu ahnden hat, sowie unter Umständen externe Behandlungsakteure wie die Allgemeinpsychiatrie, niedergelassene Psychotherapeut(inn)en und Psychiater(innen).⁵³

Nicht zu unterschätzen ist der in den letzten Jahren deutlich gestiegene Beitrag der Polizei zur Führungsaufsicht.⁵⁴ Dazu gehört zum einen, dass die Polizei über die in § 463a StPO vorgesehenen, in den Jahren 2007 und 2011 deutlich erweiterten Kompetenzen der Aufsichtsstelle in deren Überwachungstätigkeit eingebunden ist. Zum anderen hat auch der einleitende Fall des Christian L. gezeigt, dass parallel zur Führungsaufsicht (in allen Bundesländern) polizeiliche Programme entwickelt wurden, die die adäquate Überwachung sogenannter Risikostraf­täter nach ihrer Haftentlassung sicherstellen sollen.⁵⁵

52 Vgl. *Fischer*, StGB, § 68a Rn. 5; einschränkend *Mainz*, Gericht und Aufsichtsstelle als beteiligte Organe in § 68a StGB, in: NSTZ 1987, S. 541ff.; NK-StGB/*Ostendorf*, § 68a Rn. 19; LK-StGB/*H. Schneider*, § 68a Rn. 22; SK-StGB/*Sinn*, § 68a Rn. 4

53 Vgl. *Baur* 2015 (Fn. 6), S. 117ff.

54 Vgl. auch die Übersicht bei *B.-D. Meier* 2015 (Fn. 12), S. 300f.

55 Die in den Ländern insoweit bestehenden Programme wurden kürzlich von *Rohrbach* 2014 (Fn. 6), S. 152ff. und von *Rudrich* 2014 (Fn. 6), S. 221ff. untersucht. *Pollähne*, Verpolizeichung von Bewährungshilfe und Führungsaufsicht, in: P.-A. Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl, 2015, 425ff., S. 430ff. konstatiert insgesamt eine Verpolizeichung der Führungsaufsicht; zurückhaltender dagegen die Darstellung bei *B.-D. Meier* 2015 (Fn. 12), S. 300f.

5. Das System der Weisungen

Um die Führungsaufsicht möglichst wirksam auszugestalten, räumt § 68b StGB dem Gericht die Befugnis ein, der verurteilten Person für die Dauer der Führungsaufsicht oder für eine kürzere Zeit Weisungen zu erteilen.⁵⁶ Deren Aufgabe ist es, die verurteilte Person von weiteren rechtswidrigen Taten abzuhalten.⁵⁷ Entsprechend der mit der Führungsaufsicht verbundenen Zielsetzungen können die Weisungen dazu dienen, der verurteilten Person bei ihren Bemühungen um die Wiedereingliederung in die Gemeinschaft Hilfe zu leisten oder der Allgemeinheit Schutz zu gewähren.⁵⁸ Sie können aber auch allein bezwecken, der Aufsichtsstelle notwendige Überwachungsmöglichkeiten zu verschaffen⁵⁹; in diesem Rahmen ergeben sich jedoch aus den genannten primären Zielen der Führungsaufsicht immanente Beschränkungen.⁶⁰ Weisungen müssen darüber hinaus grundsätzlich einen inneren Bezug zur jeweils zugrundeliegenden Straftat haben.⁶¹ Sämtliche Weisungen nach § 68b StGB sind, entsprechend den Zwecken der Führungsaufsicht, präzise auf die verurteilte Person und deren Taten abzustimmen, da nur so eine sinnvolle Resozialisierungshilfe und Überwachung der verurteilten Person möglich ist.⁶² Das Gericht muss zu erkennen geben, dass es eine individuelle Abstimmung der erteilten Weisungen auf die verurteilte Person vorgenommen hat und diese in ausreichendem Umfang begründen⁶³; die Erteilung schematisierter Weisungen ist vor diesem Hintergrund prinzipiell unzulässig.⁶⁴

56 Zur rechtshistorischen Entwicklung der Weisungen *Baur* 2015 (Fn. 6), 288 ff.; zur Anwendungspraxis *Baur/Kinzig* 2015a (Fn. 43), S. XX ff.; *Baur* 2015 (Fn. 6), S. 374ff.

57 Zum Regelungszweck vgl. auch *Matt/Renzikowski/Eschelbach*, StGB, § 68b Rn. 1; *Fischer*, StGB, § 68b Rn. 2; *MK-StGB/Groß*, § 68b Rn. 2; *BeckOK-StGB/Heuchemer*, § 68b Rn. 2; *NK-StGB/Ostendorf*, § 68b Rn. 1; *SK-StGB/Sinn*, § 68b Rn. 1

58 Zur Systematik *Baur* 2015 (Fn. 6), S. 328ff.

59 Vgl. *L-Heger*, StGB, § 68b Rn. 1

60 Vgl. *LK-StGB/H. Schneider*, § 68b Rn. 1

61 OLG Dresden NStZ 2010, 153

62 OLG Dresden NStZ 2008, 572; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 260; OLG Jena 1 Ws 66/06 v. 2.3.2006

63 OLG Hamm 5 Ws 119/17 v. 23.3.2017; OLG Jena 1 Ws 416/09 v. 14.12.2009

64 OLG Dresden 2 Ws 458/09 v. 30.9.2009; OLG Jena 1 Ws 66/06 v. 2.3.2006

§ 68b StGB sieht zwei Gruppen von Weisungen vor. § 68b Abs. 1 StGB enthält einen Katalog bestimmter Weisungen, deren Befolgung durch eine Strafvorschrift (§ 145a StGB) abgesichert ist. Darin neu aufgenommen wurde im Jahr 2011 in § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB die EAÜ⁶⁵, die im Jahr 2017 erweitert wurde. Außerdem ist das Gericht nach § 68b Abs. 2 S. 1 StGB befugt, andere ihm zweckmäßig erscheinende Weisungen zu erteilen. Letztere sind weder inhaltsmäßig im Gesetz genau festgelegt worden, noch ist für ihre Nichtbefolgung in § 145a StGB Strafe angedroht.

III. REFORMEN DER FÜHRUNGSAUFSICHT SEIT DEM JAHR 2007

Insgesamt ist die Führungsaufsicht in den letzten zehn Jahren durch vier Gesetze in unterschiedlicher Intensität verändert worden.

Ein Teil der Novellierungen durch die große Reform der Führungsaufsicht im Jahr 2007 wurde bereits angesprochen. Zentrale Neuerungen durch das Gesetz zur Reform der Führungsaufsicht bildeten:

- Ausweitungen des strafbewehrten Weisungskatalogs, § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 7, 8, 10, 11 StGB, insbesondere Aufnahme eines Kontakt- und Verkehrsverbots in § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB;
- Erhöhung des Strafrahmens für Weisungsverstöße auf drei Jahre Freiheitsstrafe, § 145a StGB;
- Schaffung der Möglichkeit einer vorübergehenden stationären Unterbringung zur Krisenintervention und Gefahrenabwehr bei Personen, deren Unterbringung nach § 63 oder § 64 StGB zur Bewährung ausgesetzt ist, § 67h StGB.⁶⁶

Durch das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen⁶⁷ wurde im Jahr 2011 insbesondere die EAÜ als neue strafbewehrte Weisung in den Katalog des § 68b Abs. 1 StGB aufgenommen. Begleitend wurde eine Datenverwendungsregelung in § 463a Abs. 4 StPO getroffen.

⁶⁵ Zur Anwendungspraxis vgl. *Bräuchle*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht. Eine Studie zur Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit, 2016; *Bräuchle/Kinzig*, Rechtspolitische Perspektiven der elektronischen Aufenthaltsüberwachung, 2017.

⁶⁶ Die Krisenintervention kann an dieser Stelle nicht näher behandelt werden.

⁶⁷ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP, BT-Drs. 17/3403

Das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Bereich der Sicherungsverwahrung,⁶⁸ das am 1.6.2013 in Kraft trat, brachte im Bereich der Führungsaufsicht nur einige redaktionelle Änderungen mit sich.

Zuletzt wurde in der vergangenen Legislaturperiode das 53. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Ausweitung des Maßregelrechts bei extremistischen Straftätern – beschlossen.⁶⁹ Zentrale Neuerung dieses Gesetzes bildete die Ausweitung der EAÜ (Fußfessel) auf die im Titel des Gesetzes genannte Personengruppe.

IV. (NEUERE) EMPIRISCHE ERKENNTNISSE

Im Folgenden soll zunächst ein Blick auf die Häufigkeit, die Eintrittsgründe und die Ausgestaltung der Führungsaufsicht geworfen werden.

1. Häufigkeit, Eintrittsgründe und Ausgestaltung der Führungsaufsicht

Leider existierte lange Jahre keine bundesweite offizielle Statistik mehr, die Auskunft über Einzelheiten der praktischen Anwendung der Führungsaufsicht in Deutschland geben konnte. Eine entsprechende, in ihrer Aussagekraft allerdings problembehaftete Statistik wurde im Jahr 1990 auf Beschluss der Länder eingestellt.⁷⁰ In den letzten Jahren bis 2014 erfragte nur die Deutsche Bewährungshilfe (DBH) jährlich bei den Landesjustizverwaltungen Zahlen zur Führungsaufsicht. Dabei war jedoch nicht ganz klar, ob aus den Ländern durchweg die Zahl der Unterstellungen unter Führungsaufsicht oder (nur) die Zahl der Führungsaufsichtsfälle, also die

68 Vom 5.12.2012, BGBl. I 2425; Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/9874

69 Vom 11.6.2017, BGBl. I 1612; Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 18/11162

70 Vgl. dazu *Kwaschnik* 2007 (Fn. 6), S. 291; *Rohrbach* 2014 (Fn. 6), S. 10; *Ruderich* 2014 (Fn. 6), S. 212

Zahl der Führungsaufsichtsprobanden, geliefert wurden.⁷¹

Orientiert man sich dennoch an der von der DBH gelieferten Aufstellung, ergibt sich aus Tabelle 1 für den Zeitraum zwischen den Jahren 2008 und 2014 ein Anstieg der Fälle von Führungsaufsicht um 47,9 Prozent von bundesweit 24.818 auf 36.706. Dabei haben bis auf Hamburg alle anderen 15 Bundesländer in diesem Zeitraum Zuwächse zu verzeichnen. Die höchsten Steigerungsraten finden sich mit 90,1 Prozent in Sachsen und mit 88,2 Prozent in Thüringen, gefolgt von Nordrhein-Westfalen mit 79,9 Prozent. Nordrhein-Westfalen weist im Jahr 2014 mit 8.315 auch die bundesweit höchste Zahl von Fällen der Führungsaufsicht auf, allerdings nur knapp gefolgt von Bayern (8.005). Die übrigen Bundesländer liegen deutlich dahinter. Zwischen 2.000 und 3.000 FA-Probanden haben Baden-Württemberg (2.758), Niedersachsen (2.751), Berlin (2.681) und Sachsen (2.251) zu betreuen. Das bundesweite Schlusslicht bildet Bremen mit nur 368 Probanden.

TABELLE 1: DIE ENTWICKLUNG DER FÜHRUNGSAUFSICHT VON 2008 BIS 2014⁷²

Jahr/ Bundesland	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Veränderung
Baden-Würt.	1.665	2.060	2.358	2.499	2.612	2.708	2.758	+ 65,6%
Bayern	6.496	6.732	7.100	7.362	7.623	7.847	8.005	+ 23,2%
Berlin	2.164	2.306	2.289	2.360	2.561	3.202	2.681	+ 23,9%
Brandenb.	513	545	596	611	630	642	679	+ 32,4%
Bremen	245	276	294	310	337	347	368	+ 50,2%
Hamburg	769	807	790	815	829	737	663	- 13,8%
Hessen	1.177	1.271	1.367	1.592	1.772	1.884	1.987	+ 68,8%
Mecklenburg- Vorpommern	520	600	672	758	818	852	866	+ 66,5%

⁷¹ Zu dieser Problematik vgl. *Morgenstern/Hecht*, Rechtstatsachen zur Führungsaufsicht im kriminalpolitischen Kontext, in: *BewHi* 2011, 177ff., S. 179; *Rohrbach* 2014 (Fn. 6), S. 11. *Ruderich* 2014 (Fn. 6), S. 221ff. hat für ihre Dissertation ebenfalls Zahlen der Landesjustizverwaltungen bis zum Jahr 2010 in Erfahrung gebracht. Überwiegend nennt sie mit der Erhebung der DBH identische, teilweise aber auch (leicht) davon abweichende Ergebnisse. Insgesamt dürfte das Problem der Mehrfachunterstellungen aber quantitativ nicht gravierend sein, zumal die Reform des Jahres 2007 diesem Phänomen entgegengewirkt hat (vgl. auch *Morgenstern/Hecht* 2011, S. 186). Im Folgenden wird daher generell von der Zahl der Führungsaufsichtsfälle gesprochen.

⁷² Quelle: <http://www.dbh-online.de/fa/FA-Zahlen-Bundeslaender-2014.pdf> vom 10.2.2015

Niedersachsen	1.656	2.001	2.233	2.462	2.588	2.731	2.751	+ 66,1%
Nordrhein-Westfalen	4.622	5.132	5.905	6.427	6.830	7.097	8.315	+ 79,9%
Rheinland-Pfalz	1.271	1.318	1.474	1.635	1.731	1.781	1.784	+ 40,4%
Saarland	369	378	438	469	477	506	502	+ 36,0%
Sachsen	1.184	1.315	1.454	1.580	1.649	1.756	2.251	+ 90,1%
Sachsen-Anhalt	1.045	1.134	1.162	1.188	1.249	1.254	1.290	+ 23,4%
Schleswig-Holst.	572	576	637	656	706	739	771	+ 34,8%
Thüringen	550	642	726	764	969	1.030	1.035	+ 88,2%
Gesamt	24.818	27.093	29.495	31.488	33.381	35.113	36.706	+ 47,9%

Über die Gründe des genannten Anstiegs kann nur (begründet) spekuliert werden. Nachdem sich die Mehrheit der Führungsaufsichtsprobanden aus der Gruppe der Vollverbüßer (s.o.) speist, dürfte ein Grund der Zunahme in der bereits beschriebenen Ausweitung der Maßregel nach § 68f Abs. 1 StGB liegen.⁷³ Möglicherweise tritt dazu eine restriktivere Handhabung der Strafrestaussetzung nach § 57 StGB. Zudem hat sich seit dem Jahr 1998 die Zahl der nach §§ 63, 64 StGB an einem Stichtag (31.3.) Untergebrachten mehr als verdoppelt (1998: 5.068; 2013: 10.471).⁷⁴ Auch kann vermutet werden, dass die Gerichte die bis zu fünf Jahre mögliche Dauer der Führungsaufsicht nach § 68c Abs. 1 StGB nunmehr verstärkt ausschöpfen oder gar vermehrt Entfristungen vornehmen.

Seit dem Jahr 2015 erhebt das Bundesamt für Justiz (BfJ) und nicht mehr die DBH verschiedene Basisdaten zur Führungsaufsicht. Für das Jahr 2015 wurde die Zahl der Probanden der Führungsaufsicht

⁷³ Nach einer Umfrage von *Morgenstern/Hecht* 2011 (Fn. 71), S. 190ff. lag der entsprechende Anteil der Vollverbüßer an der gesamten Klientel der Führungsaufsicht in den Jahren 2007/2008 in einzelnen Bundesländern zwischen 50 Prozent und 75 Prozent; vgl. auch *Rohrbach* 2014 (Fn. 6), S. 201ff. für Mecklenburg-Vorpommern sowie *Baur* 2015 (Fn. 6), S. 54ff.

⁷⁴ Strafvollzugsstatistik. Im psychiatrischen Krankenhaus und in der Entziehungsanstalt aufgrund strafrichterlicher Anordnung Untergebrachte (Maßregelvollzug) 2012/2013, S. 8 (Daten für die alten Bundesländer); vgl. auch *Morgenstern/Hecht* 2011 (Fn. 71), S. 188; *Rohrbach* 2014 (Fn. 6), S. 13f.

mit 27.564 angegeben.⁷⁵ Daraus kann jedoch kein Rückgang der Führungsaufsicht abgeleitet werden, da die Bundesländer Baden-Württemberg, Niedersachsen und Thüringen in der neuen Statistik bisher nicht vertreten sind und Bayern darin nur teilweise erfasst ist. Die Probanden sind ganz überwiegend (genau zu 95,8 Prozent) männlich und gehören überwiegend der Altersgruppe zwischen 30 und 40 Jahren an (darin 9.544 männliche und 399 weibliche Probanden).

In Tabelle 2 wurde versucht, den Unterschieden in der Regionalverteilung der Probanden der Führungsaufsicht nachzugehen. Dazu wurden die am 31.3.2014 einsitzenden Langzeitstrafgefangenen (mit einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei bis zu einschließlich 15 Jahren), aus denen sich die späteren Vollverbüßer rekrutieren, sowie die Maßregelinsassen nach §§ 63, 64 und 66 StGB nach Bundesländern erfasst. Danach zeichnen sich bei aller Vorsicht in der Bewertung eher vergleichsweise hohe Zahlen der Führungsaufsicht für Sachsen und Sachsen-Anhalt ab, während in Bayern überproportional viele Fälle der Führungsaufsicht nach einer Entlassung aus der Maßregel des § 64 StGB zustande kommen dürften. Dagegen relativiert sich angesichts der (hohen) Zahl der Langzeitstrafgefangenen und der Maßregelinsassen die große Zahl der Führungsaufsichtsfälle in Nordrhein-Westfalen. In Baden-Württemberg, Hamburg und Hessen scheint die Führungsaufsicht quantitativ eine vergleichsweise geringe Relevanz zu besitzen, ohne dass sich dieser Umstand ohne weiteres erklären lässt.

⁷⁵ https://www.dbh-online.de/sites/default/files/doku/vortraege/fa-statistik-stand_nov.17.pdf, abgerufen am 22.2.2018

TABELLE 2: LANGZEITSTRAFGEFANGENE, MASSREGELINSASSEN NACH §§ 63-66 StGB SOWIE FA-PROBANDEN⁷⁶

Sanktion/ Bundesland	Langzeitstrafgef. (2 J. < FS ≤ 15 J.)	Nach § 63 StGB Untergebrachte	Nach § 64 StGB Untergebrachte	Sicherungsverwahrte (§ 66 StGB)	Fälle der Führungsaufsicht im Jahr 2014
Bad.- Württemb.	1.622 (10,4%)	581 (8,5%)	420 (10,8%)	64 (12,6%)	2.758 (7,5%)
Bayern	2.461 (15,8%)	1.200 (17,7%)	1.291 (33,1%)	54 (10,6%)	8.005 (21,8%)
Berlin	1.099 (7,1%)	510 (7,5%)	106 (2,7%)	41 (8,1%)	2.681 (7,3%)
Brandenb.	343 (2,2%)	--	--	8 (1,6%)	679 (1,8%)
Bremen	125 (0,8%)	76 (1,1%)	37 (0,9%)	0 (0,0%)	368 (1,0%)
Hamburg	438 (2,8%)	232 (3,4%)	47 (1,2%)	31 (6,1%)	663 (1,8%)
Hessen	1.281 (8,2%)	480 (7,1%)	246 (6,3%)	50 (9,8%)	1.987 (5,4%)
Meckl.-Vorp.	264 (1,7%)	144 (2,1%)	76 (2,0%)	13 (2,6%)	866 (2,4%)
Nds.	1.027 (6,6%)	797 (11,7%)	466 (12,0%)	44 (8,7%)	2.751 (7,5%)
Nordr.-Westf.	4.041 (26,0%)	2.097 (30,9%)	845 (21,7%)	113 (22,2%)	8.315 (22,7%)
Rheinland- Pfalz	734 (4,7%)	337 (5,0%)	207 (5,3%)	46 (9,1%)	1.784 (4,9%)
Saarland	224 (1,4%)	102 (1,5%)	60 (1,5%)	1 (0,2%)	502 (1,4%)
Sachsen	750 (4,8%)	--	--	23 (4,5%)	2.251 (6,1%)
Sachsen- Anhalt	363 (2,3%)	--	--	11 (2,2%)	1.290 (3,5%)
Schleswig- Holst.	332 (2,1%)	240 (3,5%)	94 (2,4%)	2 (0,4%)	771 (2,1%)
Thüringen	433 (2,8%)	--	--	7 (1,4%)	1.035 (2,8%)
Gesamt	15.537 (100%)	6.796 (100%)	3.895 (100%)	508 (100%)	36.706 (100%)
	(1)				

76 Quelle für die Langzeitstrafgefangenen und die Sicherungsverwahrten: Statistik Rechtspflege Strafvollzug - Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen zum Stichtag 31.3.2014 - Tabelle 1.2, S. 11; für die nach §§ 63, 64 StGB Untergebrachten: Strafvollzugsstatistik. Im psychiatrischen Krankenhaus und in der Entziehungsanstalt aufgrund strafrichterlicher Anordnung Untergebrachte (Maßregelvollzug) 2012/2013, S. 8 (Daten für die alten Bundesländer sowie nachrichtlich für Mecklenburg-Vorpommern).

Auf der Basis der Daten des BfJ für das Jahr 2015 lässt sich eine Übersicht über die Unterstellungsgründe der Führungsaufsicht nach Bundesländern herstellen (Tabelle 3). Daraus ist die enorme Zahl der sogenannten Vollverbüßer nach § 68f StGB zu erkennen (15.846), die mehr als 60 Prozent der Probanden der Führungsaufsicht stellen. Im Bereich der Führungsaufsicht nach dem Vollzug von Maßregeln dominiert die Aussetzung einer stationären Maßregel zur Bewährung nach § 67d Abs. 2 S. 2 StGB (3.596) vor der Erledigung der Maßregel des § 64 StGB nach § 67d Abs. 5 S. 2 StGB (2.272), die darauf zurückzuführen ist, dass die Voraussetzungen des § 64 S. 2 StGB nicht mehr vorliegen. In immerhin 1.346 Fällen basiert die Führungsaufsicht darauf, dass eine Maßregel nach §§ 63, 64 StGB sogleich mit der Anordnung ausgesetzt wurde, während bei 898 Probanden die Höchstfrist der Unterbringung des § 64 StGB von zwei Jahren abgelaufen war. Nur bei 657 Probanden beruht die Führungsaufsicht auf einer Anordnung des erkennenden Gerichts nach § 68 Abs. 1 StGB. In regionaler Hinsicht ist die große Zahl der Probanden zu beachten, die in Bayern nach Aussetzung oder Erledigung einer stationären Maßregel unter Führungsaufsicht stehen.

TABELLE 3: UNTERSTELLUNGSGRÜNDE UNTER DIE FÜHRUNGSAUFSICHT NACH BUNDESLÄNDERN⁷⁷

Unterstellungsgrund/ Bundesland	Bayern (nur teilw.)	Berlin	Bbg	HB	HH	Hes.	NRW	SL	SN	ST	SLH	Thü	Ges.
§ 68f: Vollverbüßer	2.806	2.164	397	214	436	1.155	5.502	351	1.196	1.001	365	259	15.846
§ 67d II 2: Auss. der Maßregel zur Bew.	1.393	341	51	64	113	362	776	73	236	-	143	44	3.596
§ 67d V 2: Erledig. nach § 64	784	158	25	58	35	149	705	50	140	-	140	28	2.272
§ 67b II: Auss. der §§ 63, 64 mit Anordnung	467	115	19	20	36	125	346	53	49	53	49	14	1.346

⁷⁷ Quelle: https://www.dbh-online.de/sites/default/files/doku/vortraege/fa-statistik-stand_nov.17.pdf, abgerufen am 22.2.2018 (teilweise eigene Berechnungen)

§ 67d IV: Ablauf der Höchstfr. § 64	--	18	8	--	21	48	303	17	20	441	19	3	898
Keine Angabe	--	48	248	7	--	34	467	14	3	--	17	--	838
§ 68 I: gerichtliche FA	60	6	2	11	--	73	68	3	172	238	13	11	657
Sonstige	179	33	15	6	12	50	203	9	30	0	24	2	563
Gesamt	5.689	2.883	765	380	653	1.996	8.370	570	1.846	1.733	770	361	26.016

Die Statistik des BfJ liefert nunmehr auch Angaben über den Gebrauch der Weisungen. Klar an der Spitze (7.617) steht die Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 7 StGB, nämlich sich zu bestimmten Zeiten bei der Aufsichtsstelle, einer bestimmten Dienststelle oder der Bewährungshelferin oder dem Bewährungshelfer zu melden. Es folgt (5.721) die Weisung des § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 8 StGB, jeden Wechsel der Wohnung oder des Arbeitsplatzes unverzüglich der Aufsichtsstelle zu melden, vor der Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 10 StGB (3.438), keine alkoholischen Getränke oder andere berauschende Mittel zu sich zu nehmen, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen Gründe für die Annahme bestehen, dass der Konsum solcher Mittel zur Begehung weiterer Straftaten beitragen wird, und sich Alkohol- oder Suchtmittelkontrollen zu unterziehen, die nicht mit einem körperlichen Eingriff verbunden sind. Die Weisung des § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 9 StGB, sich im Fall der Erwerbslosigkeit bei der zuständigen Agentur für Arbeit oder einer anderen zur Arbeitsvermittlung zugelassenen Stelle zu melden, steht an vierter Stelle der Weisungen (3.122), vor der Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB, den Wohn- oder Aufenthaltsort oder einen bestimmten Bereich nicht ohne Erlaubnis der Aufsichtsstelle zu verlassen (3.063). Im Bereich der Weisungen nach § 68b Abs. 2 StGB sind quantitativ vor allem die Anordnung einer Suchtmittelkontrolle mit einem körperlichen Eingriff (1.276) sowie eine Therapieweisung bei einer forensischen Ambulanz bedeutsam (1.264).

2. Zur Anwendung der Strafvorschrift nach § 145a StGB

Zwischen den Jahren 2009 und 2014 haben sowohl die Zahl der Tatverdächtigen nach § 145a StGB als auch die Zahl der Fälle des § 145a StGB ausweislich der Polizeilichen Kriminalstatistik in bemerkenswerter Weise zugelegt. So ist im genannten Zeitraum die Zahl der einer Straftat nach § 145a StGB Tatverdächtigen von 570 (2009) auf 1.547 (2014) fast um das Dreifache angestiegen, die Zahl der Fälle des § 145a StGB gar um mehr als das Dreifache (von 695 auf 2.304). In den letzten beiden Jahren 2015 und 2016 hat sich dieser Trend des starken Anstiegs jedoch nicht mehr fortgesetzt.⁷⁸

Dies spricht für eine konsequentere Überwachung und Verfolgung etwaiger Weisungsverstöße. Der noch in einem aktuellen Kommentar zu lesende Befund, dass § 145a StGB in der Praxis »kaum von Bedeutung« sei,⁷⁹ gehört jedenfalls der Vergangenheit an.

In einem moderateren Maß hat nach der Strafverfolgungsstatistik auch die Zahl der Personen zugenommen, die wegen einer Straftat nach § 145a StGB verurteilt wurden (Tabelle 4). Wurden im Jahr 2011 361 Personen wegen eines solchen Delikts sanktioniert, waren es nach einem stetigen Anstieg im Jahr 2015 640 Verurteilte, bevor zuletzt (2016) ein leichter Rückgang einsetzte (547 Verurteilte). Die Zahl der Einstellungen war mit zuletzt 167 (22,6 Prozent der Abgeurteilten) unter Berücksichtigung des Strafrahmens von bis zu drei Jahren oder zu Geldstrafe nicht besonders hoch.⁸⁰ Dabei griffen die Gerichte zuletzt in etwas mehr als der Hälfte der Fälle und damit in einem erheblichen Maß bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe.⁸¹

78 Quelle: Polizeiliche Kriminalstatistik 2009-2016, jeweils Tabelle 1

79 So *Fischer*, StGB, § 145a Rn. 3

80 Im Vergleich dazu wurde etwa im Jahr 2016 bei der vom Strafrahmen her identischen Verletzung der Unterhaltspflicht (§ 170 Abs. 1 StGB) bei 1.217 von 2.465 nach allgemeinem Strafrecht Abgeurteilten (49,4 Prozent) das Verfahren eingestellt.

81 Wiederum bei § 170 Abs. 1 StGB war sogar in 725 von 1.196 (60,6 Prozent) Verurteilungen das Resultat eine Freiheitsstrafe.

TABELLE 4: VERFAHRENSAUSGANG BEI NACH § 145A STGB SANKTIONIERTEN⁸²

JAHR	ABGEURTEILTE	VERFAHRENSAUSGANG, darunter			SANKTION	
		Verurteilte	Einstellungen	Freisprüche	Freiheitsstrafe	Geldstrafe
2011	479	361	101	13	241 (66,8%)	120 (33,2%)
2012	537	435	83	11	276 (63,4%)	159 (36,6%)
2013	650	499	125	19	323 (64,7%)	176 (35,3%)
2014	743	562	167	14	319 (57,3%)	238 (42,7%)
2015	814	640	159	15	367 (57,8%)	268 (42,2%)
2016	738	547	167	25	297 (54,8%)	245 (45,2%)

Ausweislich von Tabelle 5 wird in rund der Hälfte der Fälle eine verhängte Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt. Ganz überwiegend liegen die angeordneten Freiheitsstrafen im Bereich von einem Monat bis einschließlich sechs Monaten Dauer. Freiheitsstrafen von über einem Jahr Dauer werden nur ausnahmsweise angeordnet. Jedoch wird in Einzelfällen das im Jahr 2007 von zwei auf drei Jahren erhöhte Strafmaß des § 145a StGB durch die Gerichte ausgeschöpft: Zuletzt im Jahr 2016 passierte das insgesamt fünfmal.⁸³

TABELLE 5: FÜR § 145A STGB VERHÄNGTE FREIHEITSSTRAFEN⁸⁴

Jahr	HÖHE DER SANKTION							
	FS	davon zur Bewährung	FS ≤ 6 Mon.	davon zur Bewährung	6 Mon. < FS ≤ 1 J.	davon zur Bewährung	FS > 1 Jahr	davon zur Bewährung
2011	241	110 (45,6%)	171	85 (49,7%)	57	23 (40,4%)	13	2 (15,4%)
2012	276	140 (50,7%)	189	105 (55,6%)	71	32 (45,1%)	16	3 (18,8%)
2013	323	165 (51,1%)	223	119 (53,4%)	78	45 (57,7%)	22	1 (4,5%)
2014	319	157 (49,2%)	228	124 (54,4%)	71	30 (42,3%)	20	3 (15,0%)
2015	367	177 (48,2%)	257	129 (50,2%)	95	45 (47,4%)	15	3 (20,0%)
2016	297	148 (49,8%)	207	113 (54,6%)	73	32 (43,8%)	16	4 (25,0%)

82 Statistik Strafverfolgung 2011-2016, jeweils Tabellen 2.1., 2.2. und 2.3

83 Eigenartigerweise vermeldet die Statistik des Jahres 2016 sogar eine Freiheitsstrafe zwischen mehr als drei bis fünf Jahren Dauer.

84 Statistik Strafverfolgung 2011-2016, jeweils Tabelle 3.1

Wird eine Geldstrafe angeordnet, liegt selbige mehrheitlich im Bereich von 31 bis 90 Tagessätzen (2014 in 169 von 238 Fällen; 2015 in 178 von 268 Fällen sowie 2016 in 157 von 245 Fällen). Die häufig angeordnete Tagessatzhöhe von fünf bis zu zehn Euro⁸⁵ deutet auf die prekären finanziellen Verhältnisse der Klientel der Führungsaufsicht hin.

3. Zur Rückfälligkeit nach Führungsaufsicht

Die sogenannte Rückfallstatistik⁸⁶ verrät auch einige Basisdaten über die Rückfälligkeit von unter Führungsaufsicht stehenden Personen. Dabei wurden zum einen die Folgeeintragungen von Personen für einen Zeitraum von drei Jahren ausgewertet, die im Jahr 2010 unter Führungsaufsicht gestellt wurden. Vergleichsweise schlecht schneidet danach die Gruppe der Vollverbüßer ab. Danach wiesen 56,5 Prozent der im Jahr 2010 aus dem Strafvollzug entlassenen Vollverbüßer mit Führungsaufsicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren eine Folgeentscheidung auf. Bei 37,4 Prozent dieses Personenkreises wurde erneut eine Freiheitsstrafe angeordnet, davon bei 8,8 Prozent in nicht mehr bewährungsfähiger Höhe von mehr als zwei Jahren.

Werden Probanden in Zusammenhang mit der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB unter Führungsaufsicht gestellt, was in der Regel bei der Entlassung aus einer solchen Maßregel geschieht, sind die Rückfallraten ebenfalls vergleichsweise hoch. Ähnlich hoch wie bei den Vollverbüßern ist mit 48,0 Prozent die Rückfallrate von Führungsaufsichtsprobanden, wenn eine Freiheits- oder Jugendstrafe parallel zu einer Unterbringung nach § 64 StGB angeordnet wurde. Auch wenn die Führungsaufsichtsprobanden aus einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ohne eine Begleitstrafe entlassen wurden, ist ihre Rückfälligkeit noch recht ausgeprägt (34,3 Prozent).

In deutlich geringerem Maß rückfällig werden unter Führungsaufsicht stehende Personen nach allen anderen in der Rückfallstatistik ausgewerteten Konstellationen, also insbesondere wenn sie im

85 Statistik Strafverfolgung 2014-2016, jeweils Tabelle 3.3

86 *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013, 2016

Zusammenhang mit der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder der Sicherungsverwahrung unter Führungsaufsicht gestellt wurden.⁸⁷

Des Weiteren wurden in der Rückfallstatistik dieselben Auswertungen für einen Rückfallzeitraum von neun Jahren, beginnend mit dem Führungsaufsichtsjahrgang 2004 vorgenommen.⁸⁸ In diesem Neun-Jahres-Zeitraum erhöht sich die Zahl der Folgeentscheidungen in der Vollverbüßergruppe auf annähernd 70 Prozent. Mit gut 68 Prozent Folgeentscheidungen annähernd gleich schlecht schneiden Personen ab, die wegen einer Unterbringung nach § 64 StGB zusammen mit einer Begleitstrafe unter Führungsaufsicht gestellt wurden, während eine Führungsaufsicht bei einer isolierten Unterbringung dieser Art nur in 52 Prozent Folgeentscheidungen nach sich zieht.

Deutlich besser schneiden wiederum die Personen ab, die im Zusammenhang mit der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder der Sicherungsverwahrung unter Führungsaufsicht gestellt wurden.

4. Zur Zufriedenheit mit der Führungsaufsicht

Im Rahmen der bereits genannten, vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in Auftrag gegebenen Untersuchung wurden die Führungsaufsicht einer umfassenden Evaluation unterzogen und die Ergebnisse im Jahr 2015 publiziert.

Teil der Untersuchung war auch eine Befragung der mit der Führungsaufsicht befassten Personen. In diesem Rahmen wurde den Leiter(inne)n der Führungsaufsichtsstellen, Bewährungshelfer(inne)n und Richter(inne)n der Strafvollstreckungskammern auch die Aussage »Die Führungsaufsicht sollte (ersatzlos) abgeschafft werden« zur Bewertung vorgelegt.

Dass diese Aussage »eher nicht« oder »gar nicht« zuträfe, meinten 75,8 Prozent der Leiter(innen) der Führungsaufsichtsstelle, 73,3 Prozent der in der Bewährungshilfe sowie immerhin noch 68,0 Prozent der

⁸⁷ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz 2016 (Fn. 86), S. 78ff. und Übersichtstabelle B 4.6.3.1

⁸⁸ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz 2016 (Fn. 86), S. 218ff. und Abbildung C 4.3.1

an einer Strafvollstreckungskammer arbeitenden Personen.⁸⁹

Deswegen, aber auch aufgrund einer ganzen Reihe weiterer empirischer Analysen kam die Untersuchung zu folgendem abschließenden Ergebnis:

»Insgesamt betrachtet, kann der Führungsaufsicht derzeit ein gutes Zeugnis ausgestellt werden. [...] Dazu haben auch die Führungsaufsichtsrechtlichen Reformen der Jahre 2007 und 2011 beigetragen. Diese positive Feststellung darf selbstverständlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch bei diesem Rechtsinstitut in verschiedenen [...] Bereichen Optimierungspotential besteht. Wie effektiv die Führungsaufsicht auch zukünftig in der Praxis sein kann, wird zentral von der Bereitschaft der politischen Entscheidungsträger abhängen, in ihre Umsetzung zu investieren. Dabei sollte in Rechnung gestellt werden, dass eine gut funktionierende Führungsaufsicht zum einen zu einer Entlastung des Straf- und des Maßregelvollzugs beitragen und sich dadurch auch ökonomisch rentieren kann. Zum anderen ist zu bedenken, dass die Führungsaufsicht unter rechtsstaatlichen Gründen als höchst profitabel anzusehen ist, wenn mit ihr Menschen der Weg aus dem Straf- und Maßregelvollzug in ein strafatenfreies Leben bereitet werden kann.«⁹⁰

V. NORMATIVE PROBLEME

Das für die Strafverteidigung relevanteste Problemfeld im Bereich der Führungsaufsicht dürfte die Anordnung von Weisungen nach § 68b StGB sein. Daher soll an dieser Stelle noch ein kurzer Blick auf die mit den Weisungen verbundene neuere rechtliche Diskussion geworfen werden.

Allgemein ist vor allem bei den nach § 68b Abs. 1 StGB strafbewehrten Weisungen auf die Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes zu achten: Mit der Weisung muss unmittelbar verdeutlicht werden, welches Tun oder Unterlassen von dem Probanden der Führungsaufsicht erwartet wird. Akzeptiert wurde vom Bundesgerichtshof die Weisung, keinen Kontakt zu Kindern und Jugendlichen unter 16 Jahren

⁸⁹ Vgl. *Baur* 2015 (Fn. 6), S. 60

⁹⁰ *Baur/Kinzig* 2015a (Fn. 43), S. XXXIV

aufzunehmen (Nr. 3) sowie das Verbot, sich an Orten, aufzuhalten, an denen sich üblicherweise Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren befinden (Nr. 2).⁹¹ Zudem muss das Gericht unmissverständlich klarstellen, dass es sich um eine strafbewehrte Weisung (nach Abs. 1 und nicht nach Abs. 2) handelt. Auch muss der Beschluss über die Führungsaufsicht bei einer Verurteilung nach § 145a StGB im Urteil wiedergegeben werden.⁹²

Im Bereich der Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB (Nichtverlassen eines bestimmten Bereichs ohne Erlaubnis der Aufsichtsstelle) ist vor allem auf deren Zumutbarkeit und Begründung zu achten. Streitig ist dabei, ob von Nr. 1 die Begrenzung auf eine bestimmte Unterkunft und damit deren mittelbare Zuweisung gedeckt ist; zumutbar im Sinne des § 68b Abs. 3 StGB ist eine Weisung in der Regel nur, wenn sie die Möglichkeit vorsieht, die Gebotszone für kürzere Zeitintervalle auch ohne Erlaubnis der Aufsichtsstelle zu verlassen.⁹³

Beim Aufenthaltsverbot an bestimmten Orten nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB wurde als zu unbestimmt die Verpflichtung des Probanden der Führungsaufsicht angesehen, »sich nicht an (nicht bezeichneten) Orten aufzuhalten, die erfahrungsgemäß Menschen zum Treffpunkt dienen, die illegale Betäubungsmittel konsumieren oder mit illegalen Betäubungsmitteln handeln.«⁹⁴

Bei einer Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB (Kontaktaufnahme-, Verkehrs-, Beschäftigungs-, Ausbildungs- und Beherbergungsverbot) ist durch ein bloßes Kontaktaufnahmeverbot ein Umgang mit Erwachsenen, die Kinder haben, oder des über diese vermittelten Verkehrs mit ihren Kindern, nicht untersagt. Vom Kontaktaufnahmeverbot ist das Verkehrsverbot zu unterscheiden.⁹⁵ Ein unzulässiges, weil ein zu unbestimmtes bloßes »Milieuverbot« ist die Weisung, keinen Kontakt zu Personen aufzunehmen, die einem

91 BGHSt 58, 136

92 BGH NStZ-RR 2016, 200

93 Vgl. Schönke/Schröder-*Stree/Kinzig*, StGB, § 68b Rn. 5

94 Vgl. OLG Dresden NStZ-RR 2008, 326, 327; StV 2010, 642; and. OLG Braunschweig 1 Ws 97/16 v. 12.5.2016 für »drogenszenetypische Orte«.

95 BGHSt 58, 136, 139

bestimmten Motorradclub zuzuordnen sind oder die eine Verbundenheit zu verbotenen Motorradclubs bekunden.⁹⁶ Dass es sich bei der verletzten Person um die alleinerziehende Mutter des gemeinsamen Kindes handelt, steht nach der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung einem Kontaktverbot nicht entgegen.⁹⁷

Eine Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB, das Verbot bestimmter Tätigkeiten, darf nach h.M. nicht einem Berufsverbot im Sinne des § 70 StGB gleichkommen.⁹⁸

Ein Besitzverbot von Alkohol kann nicht auf eine Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StGB (Verbot des Umgangs mit bestimmten Gegenständen) gestützt werden.⁹⁹

Bei der Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 6 StGB, dem Verbot des Umgangs mit (Kraft)Fahrzeugen, ist wegen der Konkurrenz zu §§ 69, 69a StGB umstritten, ob ein allgemeines Verbot, Kraftfahrzeuge zu führen im Wege der Führungsaufsicht angeordnet werden kann.¹⁰⁰

Bei der Meldepflicht bei einer bestimmten Stelle nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 7 StGB ist klar zu regeln, in welchem zeitlichen Abstand und wo genau sich die verurteilte Person zu melden hat.¹⁰¹

Bei der Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 8 StGB (Meldepflicht eines Wohnungs- oder Arbeitsplatzwechsels) ist die Weisung unzulässig, sich um einen Arbeitsplatz zu bemühen oder den Arbeitsplatz oder die Wohnung nur nach Rücksprache oder gar Zustimmung zu wechseln.¹⁰²

Die Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 9 StGB (Meldepflicht bei der Agentur für Arbeit etc.) darf nur eine Meldepflicht zum Inhalt

96 OLG Düsseldorf III-1 Ws 97-100/16 v. 25.4.2016

97 OLG Bamberg NJW 2011, 2151; OLG Rostock NSTZ-RR 2014, 245

98 Vgl. Schönte/Schröder-*Stree/Kinzig*, StGB, § 68b Rn. 8

99 OLG München OLGSt StGB § 68b Nr. 12

100 Bejahend: OLG Frankfurt NSTZ-RR 2011, 59; KG OLGSt § 68b Nr. 24

101 OLG Hamm III-2 Ws 190–191/12 v. 21.6.2012: zulässig, Weisung, sich mindestens einmal alle zwei Wochen zu den Sprechzeiten des Bewährungshelfers in dessen Dienststelle persönlich zu melden, OLG Naumburg NSTZ-RR 2010, 324: unzulässig Weisung, »sich zu bestimmten Zeiten bei der Aufsichtsstelle, einer bestimmten Dienststelle oder der Bewährungshilfe zu melden«.

102 OLG Dresden Rpfleger 2016, 53; OLG Hamm NSTZ-RR 2011, 141; OLG Köln NSTZ-RR 2015, 276

haben, nicht auch eine Pflicht, sich ernsthaft um eine Arbeitsstelle zu bemühen.¹⁰³

Bei der Weisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 10 StGB (Alkohol- oder Suchtmittelverbote sowie Alkohol- oder Suchtmittelkontrollen) ist nach h.M. eine Weisung gegenüber langjährig suchtkranken, bislang nicht erfolgreich behandelten Verurteilten wegen der Strafbewehrung generell ausgeschlossen.¹⁰⁴ Festgelegt werden müssen die Art der Kontrollen, ihre zulässige Höchstzahl innerhalb eines bestimmten Zeitraums und damit ihre Frequenz, die durchführende Stelle und damit der Ort der Kontrollen sowie die Kostentragungspflicht.¹⁰⁵ Bei den Kosten dürfte in der Regel aus Verhältnismäßigkeits- und Zumutbarkeitserwägungen (vgl. § 68b Abs. 3 StGB) eine Übernahme durch die Staatskasse angezeigt sein. Ein positiver Nachweis aus den (erzwungenen) Suchtmittelkontrollen kann wegen des Grundsatzes »nemo tenetur se ipsum accusare« weder in einem Strafverfahren wegen eines Verstoßes nach § 145a StGB noch nach dem BtMG Berücksichtigung finden.¹⁰⁶

Bei einer Vorstellungsweisung nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 11 StGB muss gerichtlich festgelegt werden, bei welcher Person oder Einrichtung die Vorstellung erfolgen soll, wie häufig sie zu erfolgen hat, wie lange die Weisung gelten soll, wie deren Erfüllung nachzuweisen ist und wer die Kosten trägt.¹⁰⁷ Aus Gründen der Bestimmtheit und der Abgrenzung von einer Therapieweisung nach § 68b Abs. 2 StGB ist die gesetzliche Grundlage der Weisung klar zu nennen.¹⁰⁸ Sinnvoll kann es sein, die Vorstellungsweisung mit einer (nicht strafbewehrten) Therapieweisung nach § 68b Abs. 2 S. 2 StGB zu kombinieren, um eine vorhandene Therapiebereitschaft nachhaltig abzusichern.¹⁰⁹

103 OLG München 3 Ws 581/14 v. 29.7.2014

104 OLG Celle NStZ-RR 2010, 91; OLG Dresden NJW 2009, 3315, 3316; OLG Saarbrücken StV 2016, 666; vgl. auch BVerfG NJW 2016, 2170, 2172

105 OLG Frankfurt NStZ-RR 2009, 27, 28; KG StV 2015, 507, 508; OLG Koblenz NStZ-RR 2012, 61; OLG Köln StV 2015, 508; OLG München NJW 2010, 3527; OLG Rostock NStZ-RR 2011, 220

106 OLG München NStZ-RR 2012, 324, 325

107 Vgl. OLG Dresden NStZ-RR 2008, 27, 28; KG NStZ-RR 2008, 278; OLG München NStZ 2010, 218, 219; OLG Rostock NStZ-RR 2012, 368

108 Vgl. OLG Naumburg NStZ-RR 2010, 324

109 Zur EAÜ nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB vgl. das Referat von *Ulrich* auf dieser Tagung.

VI. FAZIT

Versuch einer Zusammenfassung in zehn Thesen:

1. Bei der Führungsaufsicht handelt es sich um eine ambulante Maßregel der Besserung und Sicherung. Mit den stationären Sanktionen steht sie dadurch in einem engen Zusammenhang, dass sie ihre Wirkung regelmäßig erst nach dem vollständigen Vollzug einer Freiheitsstrafe oder dem einer Unterbringungsmaßregel entfaltet.

2. In der Führungsaufsicht befindet sich eine sehr unterschiedliche Klientel. Die zahlenmäßig bei weitem größte Gruppe ist die der sogenannten Vollverbüßer.

3. Die Führungsaufsicht hat in den letzten Jahren quantitativ an Bedeutung gewonnen. Dies ist auch auf den Anstieg der Anordnung stationärer Maßregeln nach §§ 63, 64 StGB zurückzuführen.

4. Durch die letzten Reformen der Führungsaufsicht ist der Sicherungs- zulasten des Hilfezwecks gestärkt worden.

5. Die vielfältigen im Rahmen der Führungsaufsicht tätigen Akteure sind in einer sinnvollen Weise miteinander zu vernetzen.

6. Im Bereich der Weisungen sind streng solche mit und ohne Strafbewehrung nach § 145a StGB zu unterscheiden.

7. Insbesondere bei der Erteilung strafbewehrter Weisungen ist genau auf eine hinreichende Bestimmtheit und Zumutbarkeit zu achten. Weisungen dürfen nicht die Resozialisierung behindern.

8. Die Rückfälligkeit unter Führungsaufsicht stehender Personen unterscheidet sich nach den Eintrittsgründen deutlich. Die höchste Rückfallrate weist die Gruppe der sogenannten Vollverbüßer auf.

9. In der Studie »Die reformierte Führungsaufsicht« haben wir dieser Sanktion insgesamt »derzeit ein gutes Zeugnis ausgestellt.«

10. Für ein gutes Funktionieren der Führungsaufsicht müssen aber die Rahmenbedingungen stimmen. Hierbei ist insbesondere auf eine ausreichende Personalausstattung der Bewährungshilfe zu achten.

Dr. Anne Ulrich¹

DIE »ELEKTRONISCHE FUSSFESSEL« IM RAHMEN DER FÜHRUNGSAUFSICHT

PRAKTISCHE UMSETZUNG, VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG UND REFORMVORSCHLÄGE

Das folgende Referat beschäftigt sich mit der sogenannten elektronischen Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) im Rahmen der Führungsaufsicht, die umgangssprachlich meist als »elektronische Fußfessel« bezeichnet wird. Die hier vorgestellten Erkenntnisse beruhen in weiten Teilen auf der im Auftrag des Bundesjustizministeriums am Institut für Kriminologie der Universität Tübingen unter Leitung von Prof. Dr. Jörg Kinzig durchgeführten Studie zur elektronischen Aufenthaltsüberwachung².

I. RAHMENBEDINGUNGEN DER ELEKTRONISCHEN AUFENTHALTSÜBERWACHUNG (EAÜ)

1. Anwendungsbereiche elektronischer Aufenthaltsüberwachung

Mittlerweile existieren in Deutschland so viele Formen elektronischer Überwachung, dass es sinnvoll erscheint, zunächst den Gegenstand dieses Referats von weiteren Anwendungsbereichen abzugrenzen.

Der älteste Anwendungsbereich ist das sogenannte »hessische Modellprojekt«. Es unterscheidet sich von allen anderen Anwendungsbereichen dadurch, dass nur die An- und Abwesenheit in der Wohnung kontrolliert wird, also eine Art elektronisch überwachter

¹ Den Vortrag hielt die Referentin unter ihrem Geburtsnamen *Bräuchle*.

² Vgl. *Bräuchle*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung gefährlicher Straftäter im Rahmen der Führungsaufsicht. Eine Studie zur Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit. *TüKrim* Band 37, 2016 - online verfügbar unter <https://publikationen.uni-tuebingen.de/xmlui/handle/10900/73947> sowie *Bräuchle/Kinzig*, Rechtspolitische Perspektiven der elektronischen Aufenthaltsüberwachung. *TüKrim* Band 38, 2017 - online verfügbar unter <https://publikationen.uni-tuebingen.de/xmlui/handle/10900/74526>.

Hausarrest durchgeführt wird. Eingesetzt wird diese sogenannte »kleine Fußfessel« als Weisung im Rahmen der Strafaussetzung oder Strafrestaussetzung zur Bewährung, sowie in einigen Fällen auch als Auflage zur Aussetzung eines Haftbefehls. Letzterer Anwendungsbereich erlangte einige Berühmtheit als ein mutmaßlicher Salafist trotz Fußfessel nach Syrien ausreiste.³ Hessen verwendet die »kleine Fußfessel« ohne eigene Rechtsgrundlage, sondern nutzt lediglich die nicht abschließende Aufzählung von Weisungen bzw. Auflagen (vgl. § 56c StGB, ggf. i.V.m. § 57 Abs. 3 StGB, § 116 StPO).

Auch in Baden-Württemberg existierte von 2009 bis 2012 ein Modellprojekt. Dort wurden im Rahmen des Strafvollzugs – zur Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen und zur Entlassungsvorbereitung – GPS-Fußfesseln eingesetzt. Die Anwendung wurde gesetzlich durch das EAStVollzG geregelt. Mangels praktikabler Einsatzbereiche – wohl aber auch aufgrund des Wechsels der Landesregierung – wurde das Projekt eingestellt.⁴

Zwei ganz neue Anwendungsbereiche existieren seit dem Sommer 2017: Seit Ende Juli 2017 kann gem. § 56a AufenthG die elektronische Fußfessel ausreisepflichtigen Ausländern zur Überwachung einer »räumlichen Beschränkung des Aufenthalts« oder eines Kontaktverbots durch richterliche Anordnung auferlegt werden. Nach Ablauf der Höchstdauer von drei Monaten ist eine Verlängerung möglich (vgl. § 56a Abs. 2 AufenthG).

Mit Wirkung zum 09.06.2017 wurde § 20z BKAG zur Überwachung sogenannter Gefährder eingeführt. Seit der Umstrukturierung des BKA-Gesetzes mit Wirkung zum 25.05.2018 findet sich die Regelung in § 56 BKAG. Eine Person kann hiernach zum Tragen der Fußfessel verpflichtet werden um sie von der Begehung einer qualifizierten Tat nach § 129a StGB, abzuhalten. Die Maßnahme unterliegt dem Richtervorbehalt, allerdings hat das BKA bei Gefahr in Verzug eine Anordnungscompetenz (vgl. § 56 Abs. 5 BKAG).

³ Vgl. <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/salafist-reist-trotz-elektronischer-fussfessel-nach-syrien-13207421.html>, abgerufen am 17.05.2018.

⁴ *Wößner/Schwedler*: Aufstieg und Fall der elektronischen Fußfessel in Baden-Württemberg: Analysen zum Modellversuch der elektronischen Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe. NK 2013, S. 76. Vgl. a. dies. Elektronische Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe in Baden-Württemberg – Ergebnisse der wissenschaftlichen Begleitforschung. BewHi 2013, 130-145.

Ebenfalls präventiv ausgerichtet sind die zunehmend existierenden landesgesetzlichen Regelungen in den Polizeigesetzen. Bayern war das erste Bundesland das mit Art. 32a PAG (jetzt § 34 PAG) die elektronische Aufenthaltsüberwachung zur Gefahrenabwehr eingeführt hat und hierbei auch die Erstellung eines Bewegungsprofils zulässt. Bei Gefahr im Verzug darf die Maßnahme statt durch ein Gericht auch durch die Polizei angeordnet werden. Baden-Württemberg hat mit § 27c PolG eine ähnliche Regelung eingeführt, die sich allerdings nur gegen drohende terroristische Straftaten richtet. Auch andere Bundesländer wollen entsprechende Gesetze erlassen.⁵

Schließlich wird seit 2011 – und ebenfalls reformiert im Juli dieses Jahres – die elektronische Aufenthaltsüberwachung (EAÜ) im Rahmen der Führungsaufsicht eingesetzt. Dieses Referat wird sich ausschließlich diesem Anwendungsbereich widmen.

2. Der Inhalt der EAÜ-Weisung

Gem. § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB kann das Gericht »die verurteilte Person für die Dauer der Führungsaufsicht oder für eine kürzere Zeit anweisen, [...] die für eine elektronische Überwachung ihres Aufenthaltsortes erforderlichen technischen Mittel ständig in betriebsbereitem Zustand bei sich zu führen und deren Funktionsfähigkeit nicht zu beeinträchtigen.« Als Weisung nach § 68b Abs. 1 StGB ist diese Verhaltenspflicht gem. § 145a StGB strafbewehrt.

Die Maximaldauer der Weisung richtet sich nach der Dauer der Führungsaufsicht und kann somit grundsätzlich bis zu fünf Jahre (vgl. § 68c Abs. 1 StGB) betragen. Bei (anfänglicher oder nachträglicher) Entfristung der Führungsaufsicht gem. § 68 Abs. 2 und 3 StGB kann die Weisung aber auch länger andauern. Als einzige der Weisungen nach § 68b Abs. 1 StGB unterliegt die EAÜ jedoch einer zweijährigen Überprüfungsfrist gem. § 68d Abs. 2 StGB.

⁵ Vgl. für Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen <https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/Neues-Gesetz-gibt-Polizei-deutlich-mehr-Rechte,polizeigesetz110.html> abgerufen am 26.07.2018, <https://www.welt.de/regionales/nrw/article177075494/Neues-Polizeigesetz-in-NRW-stoesst-auf-breite-Kritik.html> abgerufen am 26.07.2018.

3. Die Adressaten der EAÜ-Weisung

Im Gegensatz zu den anderen Weisungen ist die EAÜ an enge Voraussetzungen geknüpft:

- Der Verurteilte muss mindestens drei Jahre Freiheitsstrafe voll verbüßt oder eine Maßregel (§§ 63, 64 StGB) muss sich erledigt haben. Seit Juli 2017 genügt bei bestimmten Staatsschutzdelikten auch die Vollverbüßung einer zweijährigen Freiheitsstrafe (vgl. § 68b Abs. 1 S. 5 StGB). Diese Reform wurde mit Blick auf islamistische Terroristen erlassen. Der Gesetzgeber wollte damit sowohl die Ausreise zu Terrorcamps, als auch Selbstmordattentate wie jenes auf den Weihnachtsmarkt in Berlin verhindern.⁶
- Bei dem Anlassdelikt muss es sich um eine Katalogstraftat nach § 66 Abs. 3 S. 1 StGB handeln. Erfasst werden damit zwar insbesondere Gewalt- und Sexualdelikte, jedoch auch beispielsweise bestimmte Straftaten im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität.
- Kumulativ zu diesen Anforderungen muss die Gefahr bestehen, dass der Verurteilte weitere solche Katalogstraftaten begeht und die EAÜ muss geeignet erscheinen, ihn durch die Datenverwendung von der Begehung abzuhalten.

4. Der Ablauf der Überwachung

Bundesweit wird eine Fußfessel mit GPS-Technik verwendet, die dadurch sehr genau ortet, aber auch relativ groß und schwer ist. Die praktische Überwachung wird durch eine gemeinsame Überwachungsstelle in Hessen durchgeführt. Dort darf keine ständige Live-Überwachung stattfinden, die Daten dürfen vielmehr ausschließlich im Alarmfall ausgewertet werden, nämlich bei Weisungsverstößen und dem Verdacht einer Katalogstraftat, sowie in eingeschränkten Fällen auch zur Gefahrenabwehr (vgl. § 463a Abs. 4 StPO). Es können sogenannte Ge- oder Verbotszonen eingerichtet werden um begleitende Aufenthaltsweisungen zu überwachen, oder die EAÜ dient rein spezialpräventiven Zwecken, soll also den Träger aufgrund des

⁶ BT-Drs. 18/11162 S. 5ff.

Entdeckungsrisikos davon abhalten, erneut Straftaten zu begehen. Das entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, der einerseits die Überwachung von Weisungen nach § 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 ermöglichen wollte, gleichzeitig aber auch davon ausging, dass alleine durch die erhöhte Entdeckungswahrscheinlich (Möglichkeit der Datenauswertung) ein abschreckender Effekt besteht.⁷ Ein solcher ist empirisch allerdings nicht gesichert.⁸

II. DIE EVALUATION DER EAÜ – METHODIK UND ERGEBNISSE

Die Studie entstand im Rahmen eines bundesweiten Forschungsprojekts, finanziert und in Auftrag gegeben vom BMJV und BfJ. Ziel war eine umfassende Evaluation der neuen Weisung, um gegebenenfalls möglichen Verbesserungsbedarf aufzeigen zu können.

Wir wählten einen breiten methodischen Zugang: Neben der rechtsdogmatischen Analyse führten wir Interviews mit Experten sowie einigen Personen, die die Fußfessel tragen. Daneben führten wir eine umfassende Aktenanalyse durch, befragten verschiedene Akteure mit Fragebogen und werteten statistische Daten aus.

Bei der Aktenanalyse wurden Personen berücksichtigt, denen bis August 2013 die EAÜ-Weisung erteilt wurden. Berücksichtigt sind hier also eher die »frühen« Fälle der EAÜ, möglicherweise hat sich seither die Erteilungspraxis auch geändert. Einige der Daten erhebt jedoch mittlerweile auch die Überwachungsstelle, so dass wir hier wissen, ob sich hier mittlerweile ein anderer Trend abzeichnet als zum Zeitpunkt unserer Analyse.

1. Die quantitative Dimension der EAÜ

Mit derzeit (Januar 2018) 96 überwachten Personen⁹ ist die quantitative Dimension der EAÜ relativ gering. Dennoch zeigen die Daten einen kleinen Anstieg im Jahr 2017, da sich die Fallzahlen zuvor konstant zwischen 75 und 80 Personen bewegten.

⁷ BT-Drs. 17/3403, S. 17

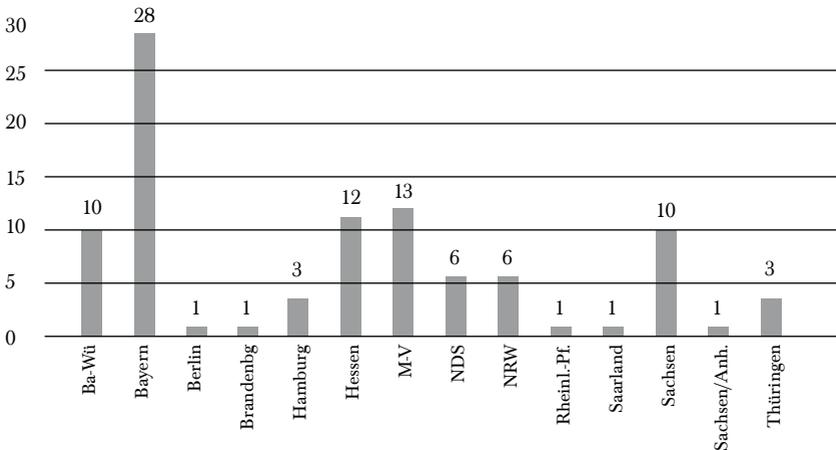
⁸ Vgl. *Bräuchle* a.a.O. S. 29f.

⁹ Auskunft der Gemeinsamen Überwachungsstelle der Länder

Möglicherweise wurden durch die Diskussionen um die Ausweitung des Instrument mehr ins Bewusstsein der Richterinnen und Richter an den Strafvollstreckungskammern gerufen und es kam deshalb zu einer vermehrten Anwendung.

Zwischen den Bundesländern bestehen weiterhin große Unterschiede, die sich in ähnlicher Form schon früher fanden.¹⁰ Wie in Abbildung 1 deutlich wird, lebt ein erheblicher Anteil an Fußfesselträgern in Bayern. Zugleich ist aber gemessen an der Bevölkerungszahl Mecklenburg-Vorpommern absoluter Vorreiter in Sachen EAÜ.¹¹

ABBILDUNG 1: IM JANUAR 2018 ÜBERWACHTE PERSONEN NACH BUNDESLÄNDERN
(QUELLE: GEMEINSAME ÜBERWACHUNGSSTELLE DER LÄNDER)



2. Die Betroffenen der EAÜ

Zum Zeitpunkt der Aktenanalyse war ausschließlich Männern die EAÜ-Weisung erteilt worden. Diese waren meist vor der Anlasstat schon (erheblich) strafrechtlich vorbelastet: 62 Prozent hatten zuvor bereits eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung zu verbüßen.

¹⁰ Vgl. Bräuchle 2016 (Fn. 2), S. 87ff., Bräuchle/Kinzig 2017 (Fn. 2), S. 5ff.

¹¹ 13 Überwachte bei nur 1,6 Mio Einwohnern. Vgl. zur Darstellung der Fälle in Bezug auf die Einwohnerzahlen Bräuchle 2016 (Fn. 2), S. 90, Bräuchle/Kinzig 2017 (Fn. 2), S. 6

Einige Probanden waren sehr lange in Haft oder Sicherungsverwahrung: 41 Prozent hatten direkt vor Erteilung der Weisung zehn Jahre oder länger in Unfreiheit verbracht. Obgleich die EAÜ als Reaktion auf die Rechtsprechung des EGMR zur Sicherungsverwahrung eingeführt wurde, war die Mehrheit der Probanden Vollverbrecher, nur 28 Prozent waren sogenannte EGMR-Parallelfälle.

Nach den Akten waren alle Verurteilten Täter von Sexual- und/oder Gewaltdelikten, bei etwa 27 Prozent handelte es sich um reine Gewaltstraftäter. Auch nach den aktuellen Daten (Januar 2018) der Gemeinsamen Überwachungsstelle der Länder sind Täter anderer Delikte, wie etwa Betäubungsmittelkriminalität, nicht vertreten und Gewaltstraftäter machen gut ein Viertel der Probanden aus.¹²

Bei 82 Prozent der in der Aktenanalyse erfassten Personen wurde in der Vergangenheit eine psychiatrische Diagnose gestellt, wobei Persönlichkeitsstörungen am Häufigsten waren.

3. Die konkrete Erteilungspraxis

Ein psychiatrisches Gutachten wurde laut Aktenanalyse nur in ganz wenigen Fällen (sieben Prozent) vor Erteilung der Weisung eingeholt. Allerdings waren in den Akten oft ältere Gutachten (z.B. zur Frage der Strafrestauesetzung, der Fortdauer der Sicherungsverwahrung oder einer Unterbringung nach dem ThUG) enthalten, auf die seitens der Strafvollstreckungskammern auch Bezug genommen wurden.

Problematisch war, dass die Gerichte die Feststellung der Gefährlichkeit im FA-Beschluss in 14 Prozent der Akten völlig ungenügend begründeten. Hier fand sich dann lediglich eine floskelhafte Widergabe des Gesetzestexts, etwa »es besteht die Gefahr, dass der Verurteilte weitere Straftaten dieser Art begehen wird«.

Die EAÜ diente in fast dreiviertel der Fälle (72 Prozent) der Überwachung von Ge- und/oder Verbotszonen. Die rein spezialpräventive EAÜ, die lediglich durch eine erhöhte Entdeckungswahrscheinlichkeit von der Begehung neuer Straftaten abschrecken soll, wurde von

¹² Auskunft der Gemeinsamen Überwachungsstelle der Länder. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass sich die Definitionen von Gewalt- und Sexualstraftätern unterscheiden können.

den beteiligten Akteuren der Führungsaufsicht auch in den Experteninterviews hingegen eher kritisch gesehen. Für die Verurteilten belastend und aus Verhältnismäßigkeitsgründen problematisch war die zu beobachtende oft schematische Erteilung von (oft engen) Gebotszonen. So wurden Stadtgebiete zu Gebotszonen erklärt, die nicht verlassen werden durften, ohne dass ein besonderer Grund – etwa eine Gefährdung außerhalb dieses Gebiets – zu erkennen gewesen wäre.

Ebenfalls bedenklich mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsgebot war die Vielfalt an Weisungen, die zusätzlich zur EAÜ erteilt wurden. Für die Betroffenen bestand damit eine Vielzahl an Versagensmöglichkeiten und die Schwierigkeit, alle Verhaltensgebote und -verbote überhaupt nur zu überblicken.¹³

4. Die Beteiligung eines Verteidigers

Bei Einführung der EAÜ hat sich der Gesetzgeber mit der Frage der notwendigen Verteidigung nicht beschäftigt und keinen eigenen Fall in § 140 Abs. 1 StPO geschaffen.

Tatsächlich können aber im Einzelfall die Voraussetzungen des § 140 II StPO gegeben sein. Die Schwierigkeit der Sachlage kann insbesondere aus der notwendigen Gefährlichkeitsprognose und damit einhergehend dem Heranziehen psychiatrischer Gutachten oder polizeilicher Risikoeinstufungen resultieren. Die erkennbare Unfähigkeit sich selbst zu verteidigen kommt insbesondere bei ehemaligen Sicherungsverwahrten, die unter Prisonisierungseffekten leiden, in Betracht. Dieser Personenkreis verfügt aber in der Regel schon über einen Verteidiger, da die Bestellung im Vollstreckungsverfahren der Sicherungsverwahrung für das gesamte Vollstreckungsverfahren fort-dauert (§ 463 Abs. 8 S. 2 StPO).

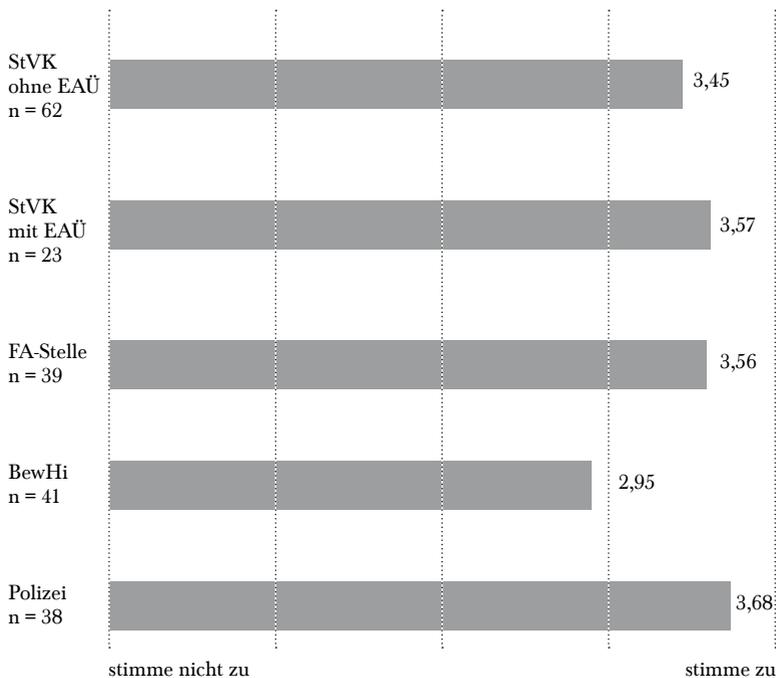
5. Die Bewertung der EAÜ durch die beteiligten Akteure

In der Fragebogenerhebung wie auch in den Experteninterviews beurteilten die Akteure in der Justiz und der Polizei die EAÜ-Weisung verhalten positiv. Abbildung 2 verdeutlicht die Bewertung der Weisung durch die mittels Fragebogen Befragten. Der These »die

¹³ Vgl. im Detail *Bräuchle* 2016 (Fn. 2), S. 127ff.

EAÜ-Weisung ist alles in allem sinnvoll« stimmte ein Großteil der Akteure eher zu, wobei gleichwohl keine vollständige Zustimmung erreicht wurde. Am kritischsten äußerte sich – wie auch in den Expertendiskussionen – die Bewährungshilfe.¹⁴ Weitgehend positiv beurteilte hingegen die Polizei die Weisung.

ABBILDUNG 2: ZUSTIMMUNG ZU DER THESE »DIE WEISUNG IST ALLES IN ALLEM SINNVOLL« (FRAGEBOGENERHEBUNG)

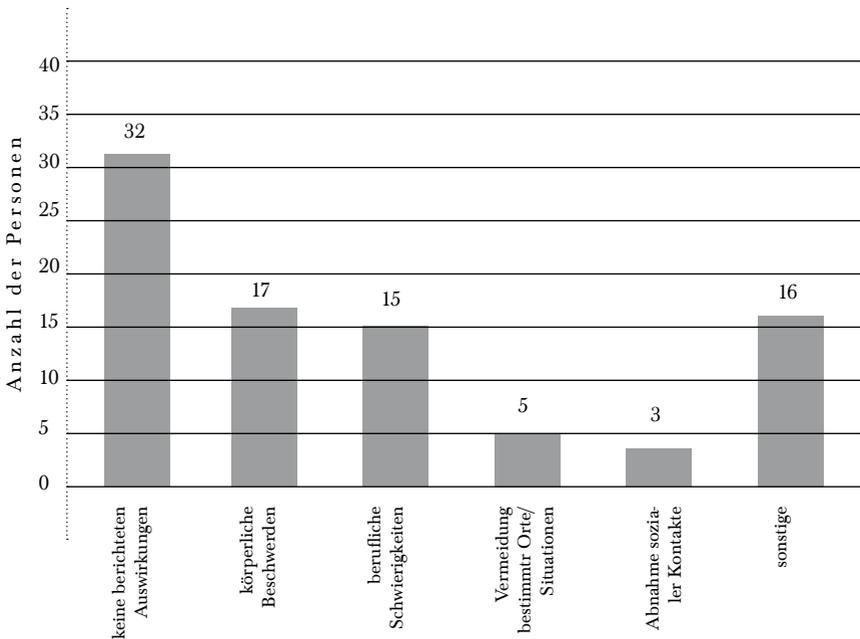


14 Vgl. zu möglichen Gründen hierfür *Bräuchle* 2016 (Fn. 2), S. 156f.

6. Auswirkungen auf die Probanden

Eine Bewertung der EAÜ muss auch die Auswirkungen auf die Überwachten im Blick behalten.

ABBILDUNG 3: IN DER AKTENANALYSE FESTSTELLBARE AUSWIRKUNGEN AUF DIE PROBANDEN DURCH DIE ÜBERWACHUNG



Feststellbar waren (negative) Auswirkungen in der Hälfte der Akten, wobei möglicherweise nicht in allen Fällen negative Auswirkungen auch tatsächlich in der Akte dokumentiert wurden. 17 (von 64) Personen erlitten körperliche Beschwerden, insbesondere Hautreizungen oder Druckstellen am Knöchel durch das ständige Tragen des Geräts. Berufliche Schwierigkeiten resultierten einerseits aus den Ladezeiten des Geräts und dem damit verbundenen Erfordernis, zu bestimmten Zeiten zu Hause zu sein, was Schichtarbeit oder Überstunden erschwerte. Andererseits sorgten die – nicht direkt durch die

EAÜ bedingen – engen Gebotszonen zu Problemen bei Verurteilten, die beruflich mobil sein mussten, etwa weil sie auf Montage fuhren. Zur Vermeidung bestimmter Orte oder zur Abnahme sozialer Kontakte kam es insbesondere, weil die Probanden eine Stigmatisierung befürchteten, wenn Mitmenschen die Fußfessel bemerken.

Diese teils recht gravierenden Auswirkungen sind nicht nur unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten relevant, sondern können auch die Resozialisierung behindern, etwa wenn ein Beruf nicht ausgeübt werden kann oder soziale Kontakt vermieden werden.

III. VERFASSUNGSRECHTLICHE BEWERTUNG DER EAÜ

Gerade von Anwaltsseite wird teilweise die Verfassungsmäßigkeit der EAÜ angezweifelt. Beim Bundesverfassungsgericht sind bislang mindestens vier Verfahren anhängig, wobei die erste Verfassungsbeschwerde schon 2012 eingereicht und immer noch nicht entschieden wurde.

Zweifelslos ist die Überwachung mittels Fußfessel grundrechtsrelevant: Sie greift insbesondere in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, daneben können mittelbare Eingriffe beispielsweise in das Recht auf körperliche Unversehrtheit (vgl. oben) oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht bestehen.

Zugleich ist aber der Anwendungsbereich der EAÜ stark eingeschränkt, um die Verhältnismäßigkeit zu wahren. § 463a Abs. 4 StPO regelt die Erhebung und Verwendung der Daten detailliert und restriktiv. So dürfen diese lediglich für zwei Monate gespeichert werden, während das Bundesverfassungsgericht bei der Vorratsdatenspeicherung selbst eine Speicherdauer von sechs Monaten nicht bemängelt hat.¹⁵

Bislang hat das Bundesverfassungsgericht zwar noch nicht in der Hauptsache entschieden, jedoch vier Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt.¹⁶ Bei der hierbei durchzuführenden negativen Folgenabwägung ging das Gericht jeweils davon aus, dass die Folgen für den Betroffenen bei Nichterteilung der Anordnung gegenüber den Folgen der Allgemeinheit bei Erteilung der Anordnung

¹⁵ Vgl. BVerfG Urteil vom 02.03.2010, Az. 1 BvR 256/08, juris, dort RN 205
¹⁶ Az. 2 BvR 480/14, 2 BvR 636/122, 2 BvR 2095/14, 2 BvR 2640/17

nicht überwiegen. Zum einen sah das Gericht die vorgebrachten Einschränkungen¹⁷ als nicht so gravierend an, zum anderen ging es – wie der Gesetzgeber – davon aus, dass der EAÜ durch die Erhöhung der Entdeckungswahrscheinlichkeit eine spezialpräventive Wirkung zukomme. Die Wegnahme der Fußfessel würde demnach eine Gefährdung für die Gesellschaft durch erhebliche Straftaten bedeuten:

»Würde dem Beschwerdeführer die »elektronische Fußfessel« ersatzlos abgenommen, würde demgemäß wegen der damit verbundenen Minderung des Entdeckungsrisikos die Gefahr der Begehung erneuter schwerer Sexualstraftaten deutlich erhöht.

Dem stehen für den Fall, dass die begehrte einstweilige Anordnung nicht erlassen und die Verfassungsbeschwerde sich als begründet erweisen würde, keine vergleichbar schwerwiegenden Nachteile gegenüber.«¹⁸

Dass das Bundesverfassungsgericht angesichts dieser Wertung die EAÜ für verfassungswidrig erklären wird, muss als sehr unwahrscheinlich bezeichnet werden.

IV. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Aus den Ergebnissen der empirischen Forschung, aber auch aus einer Analyse der Rechtsprechung lassen sich folgende Schlussfolgerungen ziehen:

1. Ansatzpunkte für die Verteidigung

Der Angriff der EAÜ-Weisung als ungesetzlich oder verfassungswidrig wird, wie dargestellt, nicht tragen. Auch allgemeine Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit – wenn nicht besondere Umstände vorliegen – dürften wohl nicht zum Erfolg führen.

Überprüft werden sollte zunächst immer, ob die formellen Voraussetzungen der EAÜ tatsächlich gegeben sind. Dabei ist beispielsweise

17 Insbesondere situationsbedingte Entdeckung, Einschränkungen bei der Anbahnung sozialer Kontakte, die Unmöglichkeit des Fußballspiels, das Aufwachen beim Schlafen wegen eines Druckgefühls, die Einschränkung der Lebensführung durch den mehrstündigen Ladevorgang, die Übermittlung von Daten über den Aufenthaltsort und das Zutrittsrecht zur Wohnung im Rahmen von Überprüfungen.

18 BverfG Beschluss vom 02.09.2014, Az. 2 BvR 2640/17

zu beachten, dass bei Vollverbüßung einer Gesamtfreiheitsstrafe nur die Anteile der Katalogstraftaten in die Mindestdauer von drei (bzw. zwei) Jahren einberechnet werden dürfen.¹⁹ Außerdem ist darauf zu achten dass die EAÜ-Weisung nur bei Eintritt der Führungsaufsicht wegen Maßregelerledigung oder Vollverbüßung, nicht aber bei Maßregelaussetzung erteilt werden darf (vgl. § 68b Abs. 1 S. 3 Nr. 1 StGB).

Wie in der Aktenanalyse festgestellt und oben ausgeführt ist die Begründung der Gefährlichkeit in den Führungsaufsichtsbeschlüssen oft unzureichend. Eine Durchsicht aller OLG-Beschlüsse zeigt zudem, dass die (wenigen) Fälle, in denen das OLG die Weisungserteilung beanstandet hat, auf einer fehlerhaften oder unzureichenden Begründung der Gefährlichkeit beruhte.²⁰ Bei Aufrechterhaltung der Weisung über längere Zeit steigt – ähnlich wie bei den stationären Maßregeln – mit zunehmender Zeit die Eingriffsintensität und damit auch die Anforderungen der Begründungstiefe.²¹ Hier könnte sich also ein Ansatz für die Verteidigung finden, allerdings vermag die Strafvollstreckungskammer nach Zurückverweisung die schwache Begründung der Gefährlichkeit zu korrigieren.

2. Reformvorschläge

Der Bericht zur Evaluation der EAÜ schloss mit der Empfehlung, auf eine Ausweitung der EAÜ zu verzichten.²² Gleichwohl erfolgte eine Herabsetzung der Mindestdauer der vollstreckten Freiheitsstrafe von drei Jahren auf zwei Jahre mit Blick auf sogenannte Gefährder. Auch die weiteren Vorschläge wurden bislang nicht umgesetzt: So wäre es wünschenswert, den Fall einer (beantragten) EAÜ-Weisung als Fall der notwendigen Verteidigung zu normieren. Ebenfalls sollte

¹⁹ OLG Frankfurt Beschluss vom 01.11.2012, Az. 3 Ws 861/12, juris, dort RN 18

²⁰ Von insgesamt 13 über Juris verfügbaren obergerichtlichen Entscheidungen wurde nur in zwei Fällen die Weisungserteilungen grundsätzlich beanstandet und die Sache zurückverwiesen: OLG Nürnberg Beschluss vom 08.05.2014, 2 Ws 37 - 38/14 und KG Beschluss vom 23.01.2014, 2 Ws 592/13. In einem weiteren Fall wurde (lediglich) bzgl. der Dauer der EAÜ-Weisung zurückverwiesen, da deren Bestimmung die Strafvollstreckungskammer der forensischen Ambulanz überlassen hatte (OLG Rostock Beschluss vom 28.03.2011, I Ws 62/11).

²¹ So hinsichtlich freiheitsentziehender Maßregeln auch das BVerfG Beschluss vom 26.03.2009, Az. 2 BvR 2543/08, juris, dort RN 41.

²² Bräuchle 2016 (Fn. 2), S. 163, Bräuchle/Kinzig 2017 (Fn. 2), S. 21

die Einholung eines Sachverständigengutachtens – vergleichbar mit § 246a Abs. 2 StPO – zur gesetzlichen Regel gemacht werden. Sinnvoll wäre eine Herabsetzung der Überprüfungsfrist des § 68d Abs. 2 StGB von zwei Jahren auf ein Jahr, da sich schon innerhalb eines Jahres nach der Entlassung erhebliche Veränderungen im Leben des Verurteilten ergeben können, die eine neue Gefährlichkeitsprognose erfordern.

3. Ausblick

Blickt man auf die recht konstante Entwicklung der EAÜ-Zahlen, so ist ein plötzlicher starker Anstieg derzeit nicht zu erwarten. Sowohl der immer noch recht enge Anwendungsbereich, vor allem aber der erhebliche Aufwand, der für die Stellen der Justiz (Strafvollstreckungskammern, Führungsaufsichtsstelle und Bewährungshilfe) mit der Weisung einhergeht, schützen gewissermaßen vor einer massenhaften Anwendung des Instruments.

Gleichzeitig spielt die elektronische Fußfessel jedoch als politisches Instrument eine große Rolle und hat Symbolcharakter. Weitere Auswendungen – gerade im Bereich der Gefahrenabwehr und des Schutzes vor »Gefährdern« – sind deshalb durchaus denkbar.

Bevor neue Anwendungsfälle erprobt werden oder die Hürden für die bisherige Erteilung der Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht gesenkt werden wäre freilich eine Rückfalluntersuchung angezeigt, die Rückschlüsse auf die Validität der Abschreckungsthese zulässt.

PD Dr. Christine Morgenstern

RISIKO - PRÄVENTION - PROGNOSE: IM ZWEIFEL KONTROLLE. DAS BEISPIEL DER FÜHRUNGSAUFSICHT

I. ÜBERBLICK

Ich gehe davon aus,¹ dass im gegenwärtigen deutschen Sanktionsrecht bzw. der Sanktionspraxis die Führungsaufsicht den Präventions- und Kontrollbedarf der modernen Gesellschaft zu Lasten der Freiheitsrechte der Betroffenen besonders stark ausdrückt. Mit anderen Worten: Die Führungsaufsicht hat sich zu ihren Nachteil entwickelt und konnte angesichts der geltenden Präventionskultur auch kaum anders. Insofern begrüße ich die Entscheidung der Veranstalter*innen, diesem Thema eine AG zu widmen. Der Beitrag holt zur Untermauerung dieser These etwas weiter aus und versucht, die Führungsaufsicht im präventiven Zeitgeist verorten. Meinen Auftrag habe ich so verstanden, dass insbesondere die gesellschaftlichen und politischen Entstehungsbedingungen sowie ihre Probleme – vor allem für die Rechte der Einzelnen – in den Blick zu nehmen sind. Warum wird so oft das Heil in der Kontrolle von unklaren Risiken gesucht, wie bestimmen wir die zu kontrollierende Klientel, d.h. wer sind »die Gefährlichen« und wie gehen wir mit ihnen (und den *potenziell* Gefährlichen) um?

¹ Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

II. ZEITGEIST UND PRÄVENTION

1. Risikogesellschaften in der soziologischen Literatur

Wir leben in einer Risikogesellschaft. Das wissen wir spätestens seit den 1980er Jahren, als *Ulrich Beck* den Begriff für die moderne oder postmoderne industrielle Gesellschaft prägte. Ihm ging es um neue Verteilungsprobleme: Nicht mehr Güter oder Reichtum, sondern die Produktion, Definition und Verteilung wissenschaftlich-technisch, aber auch gesellschaftlich produzierter Risiken als »sozialer Gefährdungslagen«² war relevant geworden. Die entsprechende Neuordnung der Gesellschaft erfolgt daher durch Risikoverteilung, die durch eine mediale Thematisierung strukturiert wird. Entscheidend auch für unser Thema ist, dass Risiken nach *Beck* immer auch Ergebnis eines gesellschaftlichen Konstruktionsprozesses sind. Als bedrohlich wahrgenommen werden nicht die abstrakten Risiken selber, sondern ihre konkrete Thematisierung durch die Massenmedien. Dies führt dazu, dass »Wirklichkeit [...] nach einem Schematismus von Sicherheit und Gefahr kognitiv strukturiert und wahrgenommen wird«.³

Tatsächlich ist es verwirrend, wie bestimmte Risiken als dominant dargestellt werden und wurden und sich als das dominierende Gegenwartsrisiko abgewechselt haben: Aufgewachsen im Schwarzwald war ich als Jugendliche überzeugt, die größte Bedrohung überhaupt sei das Waldsterben, nur um bald zu erfahren, dass es doch Heroin sei, oder Aids. Atomkraft, immerhin, war und blieb gefährlich. Worauf ich hinauswill: Jede Zeit hat ihre Lieblingsrisiken, sie wechseln sich, beeinflusst von der veröffentlichten Meinung bzw. der medialen Bearbeitung, ab. Dabei ist das »Lieblingsrisiko« natürlich nicht die tatsächlich stärkste oder wichtigste Bedrohung (wer wollte das auch in eine Rangfolge bringen) – jedenfalls müsste dann aber wohl bei den größten Sorgen oder Gefahren der Klimawandel weit vorne stehen, die zunehmende soziale Spaltung oder für das Alltagsleben der Einzelnen die Teilnahme am Straßenverkehr.

² *Beck, U.*, Risikogesellschaft. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986, S. 25

³ Ebd., S. 43

Für den Bereich, in dem wir alle arbeiten, ist bedauerlich, dass jedoch Kriminalität auch immer einmal wieder zu diesen Lieblingsrisiken gehören, das gilt für Deutschland ebenso wie für andere westliche Staaten. In der kriminalsoziologischen Aufarbeitung dieser Frage werden daher noch weitere »Gesellschaften« beschworen, die diese Risikobetrachtung ergänzen.

Schon rund zehn Jahre vor *Beck* hatte *Michel Foucault*,⁴ unter anderem veranlasst durch die Situation von französischen Gefängnissen und Gefangenen, die »Disziplinargesellschaft« beschrieben. Danach erzeugt gerade das Risiko Kriminalität – und ggf. auch das »gefühlte Risiko« Kriminalität – beim Staat ein Bedürfnis, zu kontrollieren und zu disziplinieren; er legitimiert sich dadurch. *Foucault* geht es dabei vor allem darum zu zeigen, wie bestimmten Gruppen durch gegenwärtige, aber nicht individualisierte Überwachungstechniken stets das Gefühl gegeben wird, beobachtet, überwacht und letztlich ausgegrenzt zu sein, dagegen aber machtlos zu sein. Den Betroffenen fehlt die Kontrolle über Informationen, letztlich – so die pessimistische Schlussfolgerung – diszipliniert sich die Gesellschaft, oder jedenfalls bestimmte Teile, dadurch selbst. Es geht um eine »Etablierung einer neuen ›Ökonomie‹ der Strafgewalt und die Gewährleistung einer besseren Verteilung der Gewalt«;⁵ die bessere Verteilung der Gewalt ist aber nicht im Sinne einer Gewaltenteilung oder Partizipation des Einzelnen zu verstehen, sondern im Sinne einer Effizienzsteigerung.

Ausgearbeitet hat die die Konsequenzen für beide Ansätze in Bezug auf die Kriminalität und Kriminalpolitik konkreter *David Garland*⁶ in seinem Buch »Culture of control«, das 2001 erschienen ist und als eines der einflussreichsten Werke der modernen Kriminalsoziologie gelten kann. *Garland* beschreibt verschiedene »Anpassungsformen« des Staates auf die Phänomene der *Beck*'schen Risikogesellschaft; zu nennen sind Rationalisierung und Kommerzialisierung der Justiz und die Verkennung einer ubiquitären – also gesellschaftlich weit verbreiteten, »normalen« – Devianz, die in alter Zeit durchaus

4 *Foucault, M.*, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses. Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1977 (französisch: *Surveiller et punir – la naissance de la prison. Paris 1975*).

5 *Foucault 1977* (Fn. 4), S. 102f.

6 *Garland, D.*, The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society. Chicago: University of Chicago Press 2001

als Gemeingut gelten konnte. Er beschreibt anhand vieler Beispiele aus den Vereinigten Staaten und Großbritannien die Abkehr vom Resozialisierungsparadigma mit der Folge, dass der Verbrecher als »Böser« oder bestenfalls »Kranker« – jedenfalls als »anderer« betrachtet wird. Es findet eine Konzentration auf Konsequenzen (anstatt auf die Ursachen) des Verbrechens statt sowie die Neuverteilung der Verantwortung (»Responsibilisierung«), die unabhängig von den sozialen Entstehungsbedingungen von Kriminalität zunehmend bei den Straffälligen angesiedelt wird. Die Opferorientierung, die seit den 1980er Jahren Platz greift, wird für eine populistische, punitive staatliche Politik instrumentalisiert; hinzu kommt die Betonung von (angenommener) Kriminalitätsfurcht und (angenommenen) allgemeinen Strafbedürfnissen. Dabei wird die (angenommene) öffentliche Meinung als wesentlich wichtiger eingeschätzt als das Expertenwissen oder Forschungsergebnisse. Proaktiver Prävention wird deutlich mehr Aufmerksamkeit geschenkt als Erkenntnissen zu Strafverfolgung und Strafe; damit einher geht auch eine neue Infrastruktur der Verbrechensvermeidung. Dies demonstrierte politischen Handlungswillen und schafft gleichzeitig auch Märkte für technische und digitalisierte Sicherheitsangebote (Stichworte sollen hier nur die Ausrüstung zur elektronischen Überwachung sowie die Algorithmisierung der Polizeiarbeit sein, die mit den eingekauften Programmen für das »predictive policing« die Softwareanbieter glücklich macht). Die Ökonomisierung im Rahmen von betriebswirtschaftlichen Steuerungsmodellen und Kosten-Nutzen-Abschätzungen vermitteln den Eindruck einer Effizienzorientierung. Dabei ist grundsätzlich nichts gegen die Forderung nach einer rationalen Kriminalpolitik einzuwenden, deren Maßnahmen und Programme »evidence based« sind, sofern die Evidenzorientierung denn ernst genommen wird. Oft geht es aber eher um Schlagworte – als Beispiel mag der Ausdruck »payment by results« dienen.⁷ Ohne sinnvoll darlegen zu können, welches denn die Ergebnisse sein sollten und wie sie nach rechtsstaatlichen und eben evidenzbasierten Maßgaben zu erzielen wären, wurde die Bewährungshilfe in England und Wales diesem

⁷ »Introducing 'Payment by Results' in Offender Rehabilitation and other reforms«, House of Commons 2013, Bezug nehmend auf »The Ministry of Justice's strategy document Transforming Rehabilitation: A Strategy for Reform.« <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06665>, abgerufen am 30.5.2018.

Regime unterworfen und in diesem Zuge nahezu komplett privatisiert und kommerzialisiert – größter Anbieter ist ein französisches Dienstleistungsunternehmen, das bei der Ausschreibung die meisten Bewährungshilfebezirke gewonnen hat.⁸

Die Rolle des kriminalitätsbekämpfenden Staates nimmt schließlich, an *Garland* anschließend, *Jonathan Simon* (2007)⁹ mit seinem Konzept des »governing through crime« in den Blick; er beschreibt verschiedene Merkmale moderner Regierungsführung im Zusammenhang mit den Reaktionen auf Kriminalität. Danach sind ökonomische Interessen bzw. Akteure prägend für die gesamte Politik. Gearbeitet wird mit einer Dichotomisierung, d.h. es geht um die Betonung des Status sowie der Rechte und Freiheiten eines »guten Bürgers« im Gegensatz zu »anderen« / »Fremden« etc. Daraus resultiert die Schmälerung der Rechte von letzteren, die als Außenseiter dargestellt werden und zu denen Straffällige gehören. Der faktische Ausschluss oder sogar die ausdrückliche Aberkennung des bürgerlichen Status (»disenfranchisement«) ist ein wichtiges beschriebenes Symptom, z.B. in Bezug auf den langfristigen Entzug des Wahlrechts oder die mitunter lebenslange Stigmatisierung durch Strafregistereintragungen, die öffentlich zugänglich sind. Auch *Simon* betont eine Opfer-Rhetorik und die Nutzung von bestehender oder unterstellter Kriminalitätsfurcht, zugespitzt ausgedrückt sind potenzielle Opfer »Legitimationssträger« punitiver Politik. Er beschreibt außerdem bestimmte »flagship issues«, an denen die Diskussion ausgerichtet wird, z.B. die Todesstrafe oder – in jüngerer Zeit – Terrorismus.

Die Ergebnisse dieser beiden zuletzt genannten Studien lassen sich nach Meinung mancher – auch meiner – nicht ohne weiteres von den USA auf (Kontinental-)Europa übertragen. Insbesondere wird hier gesellschaftlich der Menschenrechtsdiskurs auch in Bezug auf Straffällige wirksamer geführt und der tatsächliche Menschenrechtsschutz ist viel kraftvoller – sowohl in der Verfassung als auch in der EMRK; die Praxis der Rechtspflege ist davon auch deutlich

8 *Robinson, G., Burke, L. und Millings, M.*, Probation, Privatisation and Legitimacy. THE HOWARD JOURNAL OF CRIME AND JUSTICE, 137-157, 2017

9 *Simon, J.*, Governing through crime. Oxford/New York: Oxford University Press 2007

geprägt. Als Beispiele sind etwa zu nennen die Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen zur Resozialisierung z.B. im Lebach-Urteil, zur lebenslangen Freiheitsstrafe, zum Jugendstrafvollzug und – jedenfalls eingeschränkt – zur Sicherungsverwahrung. Hinzu kommen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und neuerdings sogar des EuGH zu Art. 3 EMRK mit Blick auf unwürdige Haftbedingungen sowie die Arbeit des Anti-Folter-Komitees mit seinen weitreichenden Besuchsrechten. Diese und andere werden daher mit Blick auf punitive kriminalpolitische Tendenzen als protektive Faktoren ausgemacht.¹⁰ Viele der zuvor genannten Befunde gelten jedoch durchaus auch für Deutschland; eine entsprechende Bestandsaufnahme haben z.B. *Tobias Singelstein* und *Peer Stolle* 2006¹¹ vorgelegt, in der sie die Zielvorstellung der Risikogesellschaft, die Sicherheit, als dominierendes Thema der modernen »Sicherheits-Gesellschaft« ausmachen und entsprechende Sicherheitsherstellungstechniken beschreiben.

2. »Freiheit braucht Sicherheit« – und Kriminalprävention

Nach diesem Spaziergang durch die kriminalsoziologische Literatur möchte ich gerne noch einen Moment bei der Risikowahrnehmung und dem Bedürfnis nach Sicherheit sowie dem proaktiven Handeln zur Vermeidung von Risiken, d.h. dem Wunsch nach Prävention bleiben. Was muss denn geschützt werden? Das sind zum einen die Rechtsgüter der Einzelnen, wir verteidigen aber auch das große Ganze, unsere »freiheitliche Grundordnung«, unsere Freiheit. Bemüht man eine Suchmaschine für das Internet und gibt als Suchphrase »Freiheit braucht Sicherheit« ein, findet man als erstes eine Fundstelle aus der Zeitschrift der CSU im bayerischen Landtag, die übrigens »Herzkammer« heißt.¹² Wenig verwunderlich geht es u.a. um das neue Bayerische Polizeigesetz, der Beitrag bezeichnet außerdem

10 Mit ausführlichen Befunden z.B. *Snacken, S.*, Resisting punitiveness in Europe? *THEORETICAL CRIMINOLOGY* 14, 2010, S. 273-292; *Dünkel, F.*, Lappi-Seppälä, T., *Morgenstern, C.*, van Zyl Smit, D., Gefangenenraten und Kriminalpolitik in Europa: Zusammenfassung und Schlussfolgerungen. In: *Dünkel, F.*, Lappi-Seppälä, T., *Morgenstern, C.*, van Zyl Smit, D. (Hrsg.): *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*. Mönchengladbach: Forum, 2010, S. 1023-1117

11 *Singelstein, T.*, *Stolle, P.*, *Die Sicherheitsgesellschaft*, 2010.

12 www.herzkammer.bayern, »Banzer Resolution« 2016, abgerufen am 30.5.2018

den Slogan »Freiheit braucht Sicherheit« (oder nur die Sicherheit?) als »Markenkern der CSU«. Es ist aber bei Weitem nicht nur die CSU, auch die folgenden Suchergebnisse verknüpfen, immer unter demselben Slogan (oder auch mal »Freiheit in Sicherheit«) beides zu einer Einheit. Freiheit braucht also Sicherheit und sie braucht offenbar Prävention als herrschendes Konzept. Verkannt wird dabei aber allzu oft das Dilemma, das entsteht, wenn den Einzelnen die Umsetzung ihrer Freiheitsinteressen auch und gerade gegenüber dem Staat garantiert werden soll, sie zugleich vor allen möglichen »lebensweltlichen Verunsicherungen« geschützt werden sollen und wollen und der Staat von ihnen dafür Anerkennung und Handlungsspielraum verlangt. Zusammenfassen lässt es als »Paradoxon der Prävention«:

»Das Paradox besteht darin, dass Freiheitsinteressen und Rechtsstatus gerade dadurch stabilisiert werden sollen, dass das immer mögliche Gefahren- und Verunsicherungsszenario im Bewusstsein gehalten, gleichzeitig aber dessen Beherrschbarkeit in Aussicht gestellt wird.«¹³

Gerade mit Blick auf die Kriminalität wird damit der Glaube an die Machbarkeit von Prävention genährt, hierzu braucht der Staat entsprechende Kompetenzen und letztlich Erweiterungen seiner Macht, die vor allem die *Foucaults*chen Befürchtungen spiegeln und an denen die Rechtsunterworfenen nicht unschuldig sind. Gleichzeitig bringt sich jedoch auch der Staat in Zugzwang, denn das Risiko der Enttäuschung und ein entsprechender Vertrauensverlust sind hoch, wenn Kriminalität dann eben doch nicht immer verhindert werden kann.

Wir sehen jedenfalls Prävention in den verschiedensten Bereichen, beschrieben z.B. vom DEUTSCHEN FORUM KRIMINALPRÄVENTION, einer vom Bund und einigen Ländern getragenen Stiftung: »Der Kriminalität wirksam zuvorzukommen, Risiken in diesem Sinne gar nicht erst entstehen zu lassen, ist ein gesamtgesellschaftliches Anliegen und bezieht Staat, Wirtschaft und jeden Einzelnen mit ein.«¹⁴

13 *Zabel*, B., Das Paradox der Prävention. In: Puschke, J., Singelstein, T. (Hrsg.): Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft. Heidelberg: Springer, 2018, S. 55

14 <https://www.kriminalpraevention.de/>, Zitat auf der Startseite (abgerufen am 30.5.2018)

Prävention ist überall und jederzeit, Felder der Prävention sind hier – bei weitem nicht abschließend! – aufgezählt:

- Frühkindliche Prävention dissozialen Verhaltens
- Drogenberatung
- Stadtteilplanung
- Kommunalprävention
- Untersuchungshaft bei »Wiederholungsgefahr«
- Aussetzungsmechanismen bei Freiheitsstrafen
- Maßregeln des StGB, z. B. die Führungsaufsicht
- Polizeiliche Prävention/Gefahrenabwehr, z. B. die Überwachungskonzepte für Sexual- und Gewalttäter (KURS etc.)
- Strafregisterrecht.

Sie werden unterschiedlich differenziert, z.B. wird nach primärer, sekundärer und tertiärer Prävention unterschieden, wobei die bereits im Kindergarten ansetzende Prävention dissozialen Verhaltens als einer kriminalitätsfördernden Eigenschaft¹⁵ zur ersten Variante zu zählen ist, die Führungsaufsicht, die nach Strafverbüßung einsetzt, zur letzten.

Die Berechtigung der Annahme, es gäbe in der Bevölkerung starke Präventionsbedürfnisse, ohne dass deren freiheitseinschränkendes Potenzial erkannt wird, ergibt sich z.B. aus einer relativ aktuellen Bevölkerungsumfrage, die im Auftrag der FRANKFURTER ALLGEMEINEN ZEITUNG vom Meinungsforschungsinstitut Allensbach im Februar 2016 durchgeführt wurde.¹⁶ Hier wurden rund 1 500 Personen ab 16 Jahren aus der »deutschen Wohnbevölkerung« in face-to-face Interviews eine Reihe von Fragen gestellt. Anlass waren die vermuteten erhöhten Bedrohungsgefühle durch die zunehmende Anzahl von Geflüchteten. Die Fragen ließen oftmals wenig differenzierte Antwortmöglichkeiten zu

15 Z.B. ist das sog. EFFEKT-Programm, <http://www.oeffekt-training.de/> (abgerufen am 30.5.2018) einzuordnen. Es geht dabei ganz grundsätzlich um Unterstützung der Erziehungsaufgaben von Familien, kritisch zu auch möglichen Stigmatisierungseffekten solcher Prävention dennoch Krüger 2010.

16 »Diffuse Ängste. Eine Dokumentation des Beitrags von Renate Köcher in der FRANKFURTER ALLGEMEINEN ZEITUNG v. 17.2.2016«, https://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_reports-docs/FAZ_Februar016.pdf (abgerufen am 30.5.2018).

und waren auch recht suggestiv; auch der verwendete Begriff der Verbrechensbekämpfung ist alles andere als neutral. Es lassen sich zunächst durchaus bestimmte Traditionen und Kulturen, die herkömmlich den freiheitlichen Rechtsstaat und dem Gewaltmonopol zugeordnet werden, wiederfinden. Auf die Frage: »Ich lese Ihnen jetzt verschiedene Maßnahmen zur Verbrechensbekämpfung vor, und Sie sagen mir bitte jeweils, ob Sie dafür oder dagegen sind.« befürworteten nur 17 Prozent der Befragten die Wiedereinführung der Todesstrafe für schwere Verbrechen; und nur neun Prozent würden den privaten Waffenbesitz erleichtern. Die höchste Zustimmungsrate von 92 Prozent bekamen die Maßnahmen »mehr Polizisten einstellen« und »bessere Ausrüstung der Polizei« (90 Prozent). Ebenfalls sehr beliebt waren ausländerrechtliche Maßnahmen, »dass von jedem, der nach Deutschland einreist, Fingerabdrücke genommen werden« – offenbar gingen die Befragten davon aus, dass das nicht auch sie nach einem Urlaub treffen würde –, leichtere Abschiebungen sowie die Videoüberwachung öffentlicher Plätze und »mehr Rechte und Möglichkeiten für die Polizei«. »Dass man Terrorverdächtige ohne Nachweise einer konkreten Straftat in Sicherheitsverwahrung nehmen kann« wollen immerhin fast zwei Drittel (64 Prozent) der Befragten; auch hier wird sicherlich unterstellt, dass der Staat schon genau wissen wird, wer die Terrorverdächtigen sind. Auf die Frage: »Manche Menschen haben ja Angst, es könnte Ihnen etwas passieren, sie könnten Opfer eines Verbrechens werden. Wie sehr fühlen Sie sich durch Verbrechen bedroht?« antworteten über die Hälfte, das sei bei Ihnen »sehr« oder »etwas« der Fall. Auch hier ist die Frage arg pauschal, bemerkenswert ist sicherlich auch die Verknüpfung von »es könnte Ihnen etwas passieren« mit »Verbrechensopferwerdung« – Kriminalität wird hier ganz klar als Alltagsrisiko suggeriert. Hier kann das Institut Allensbach auch Längsschnittvergleiche bieten; erkennbar ist, dass seit 2006, wo das Bedrohungsgefühl durch Kriminalität von nur rund einem Drittel und 2011, wo es sogar nur von einem guten Viertel der Befragten angegeben wurde, tatsächlich wachsende Werte sichtbar werden.

Inwieweit hieraus aber Handlungsanweisungen an die Politik konstruiert werden können, wie dies oft geschieht, ist mehr als fraglich, denn »Bedrohungsgefühle« durch Kriminalität haben immer mal wieder Konjunktur und sind vollkommen unabhängig von der

tatsächlichen Kriminalitätsentwicklung.¹⁷ Auf die mangelnde Tragfähigkeit der Ergebnisse weist auch hin, dass im aktuellen »Eurobarometer«, das als Meinungsumfrage auch zum Thema der Öffentlichen Sicherheit im Auftrag der Europäischen Union erstellt wird, jedenfalls für die EU Kriminalität als minderrangiges Thema betrachtet wird: Auf die Frage »Was sind Ihrer Meinung nach die beiden wichtigsten Probleme, denen die EU gegenübersteht« und der Möglichkeit aus 13 Bereichen auszuwählen, ergeben sich als drängendste Probleme die »Einwanderung« und »Terrorismus«, nur zehn Prozent nennen »Kriminalität« (hier rangiert tatsächlich der Klimawandel mit zwölf Prozent davor!). Die Einzelauswertung für Deutschland ergibt ein ähnliches Bild, hier nennen 24 Prozent den Klimawandel und nur acht Prozent die Kriminalität. Möglicherweise suchen sie die Lösung der Probleme nicht auf EU-Ebene, möglicherweise ist durch die Auswahlmöglichkeiten aber schlicht auch bewusst geworden, welche drängenden Fragen es noch gibt.¹⁸

3. Rechtstatsächliche Befunde zur deutschen Strafrechtspflege

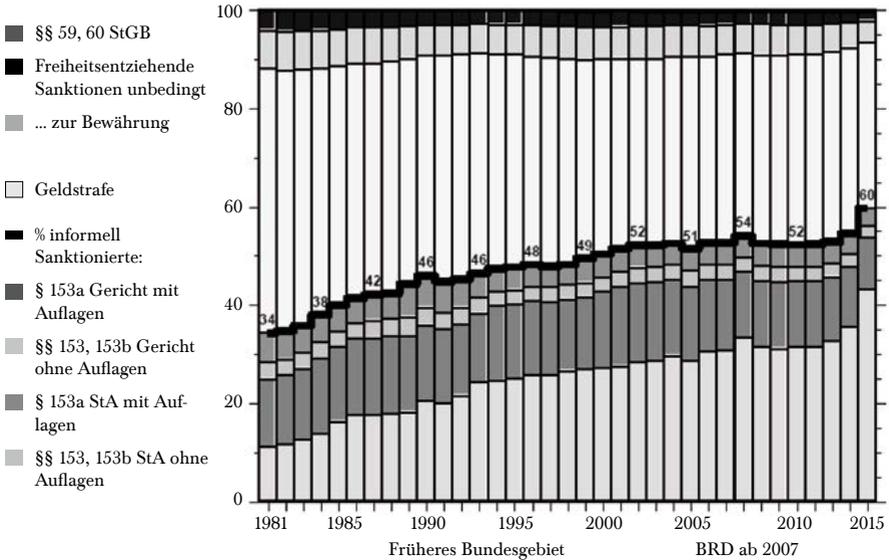
Nach so viel Soziologie nun noch einige rechtstatsächliche Befunde zur deutschen Sanktionspraxis unter Zuhilfenahme des KONSTANZER INVENTARS SANKTIONSFORSCHUNG (KIS), aus offiziellen Statistiken zusammengestellt und aufbereitet von *Wolfgang Heinz* und *Gerhard Spiels*¹⁹, und aus der eigenen Forschung.

¹⁷ Vgl. auch *Dünkel/Morgenstern* 2010 (Fn. 11)

¹⁸ Standard Eurobarometer EB 88, »Die öffentliche Meinung in der Europäischen Union«, 2017; <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm> (abgerufen am 30.5.2018)

¹⁹ <https://cms.uni-konstanz.de/fileadmin/archive/jura-ki/kis/> (abgerufen am 30.5.2018)

ABBILDUNG 1: ENTWICKLUNG DER INFORMELLEN UND FORMELLEN SANKTIONIERUNGSPRAXIS IM ALLGEMEINEN STRAFRECHT. RELATIVE ZAHLEN. FRÜHERES BUNDESGBIET MIT WEST-BERLIN, SEIT 1995 MIT GESAMTBERLIN, SEIT 2007 DEUTSCHLAND (KIS)



Datenquellen: Staatsanwaltschaftsstatistik, Strafverfolgungsstatistik

Nach einer tendenziell liberalen Entwicklung sieht es aus, wenn wir uns ansehen, dass in Deutschland ein erheblicher Teil aller Strafverfahren ohne Verurteilung eingestellt wird, bei weitem die meisten Verurteilten mit einer Geldstrafe belegt werden und dass die Anzahl der verhängten und vor allem der tatsächlich vollstreckten Freiheitsstrafen seit der Jahrtausendwende noch abgenommen hat.

ABBILDUNG 2: GEFANGENE UND KRIMINALITÄTSENTWICKLUNG, ZU- UND ABNAHMEN IN PROZENT, AUSGANGSJAHR 1992 (= 100 %)

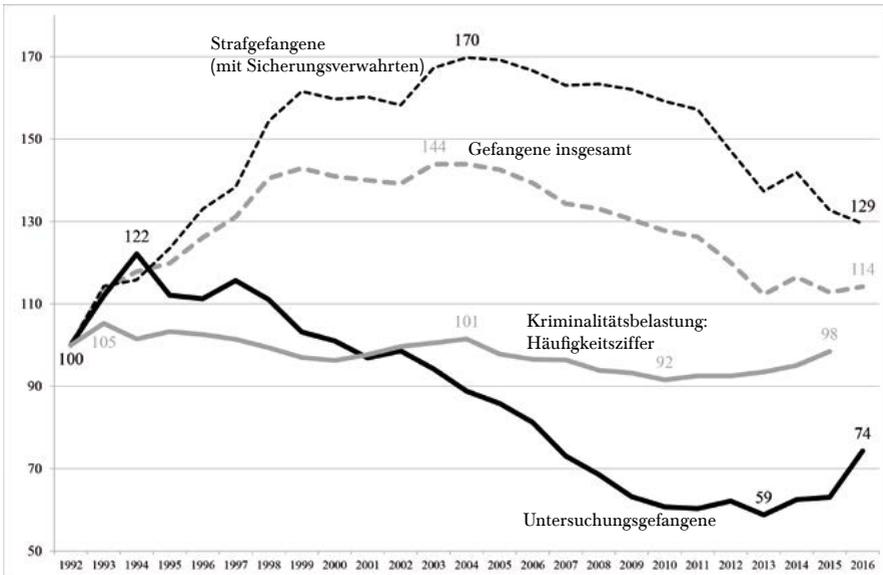
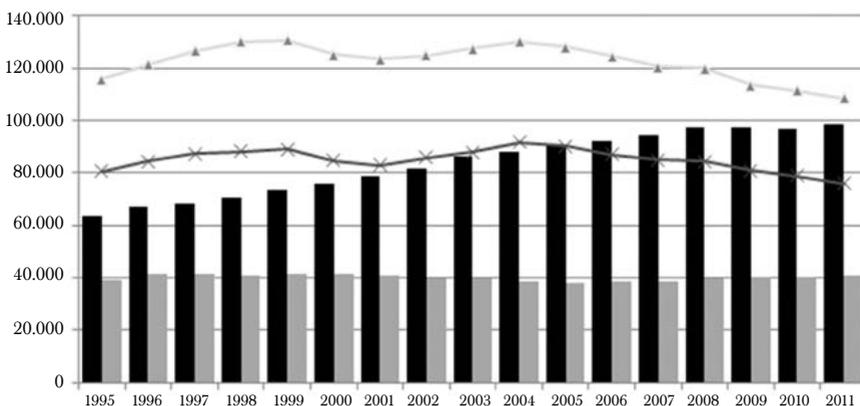


Abbildung 2 zeigt indiziert für 1992 die Entwicklung der Zahl der Strafgefängenen. Seit etwa der Jahrtausendwende ist sie stetig gesunken; seit 1994 ist das schon bei den Untersuchungshaftgefängenen so – wie sich das angesichts der dort seit 2013 steigenden Zahlen längerfristig entwickelt, wird man sehen. Jedenfalls zeigt auch diese Grafik keine besonderen punitiven Tendenzen. Sichtbar wird außerdem, dass die Kriminalitätsentwicklung – unter Verwendung der Gesamtdaten zu den registrierten Tatverdächtigen nach der Polizeilichen Kriminalstatistik – mit der Entwicklung der beiden anderen Indizes nichts zu tun hat.

Es gibt aber durchaus auch anhand der statistischen Auswertungen Anzeichen für »mehr Kontrolle«: Erwähnt wurde schon, dass die Anzahl der verhängten Freiheitsstrafen insgesamt (in Abbildung 3 obere, hellgraue Linie) und die zu Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafen (untere, dunkelgraue Linie) insgesamt von der Geldstrafe zurückgedrängt wurden; bekannt ist außerdem, dass deutsche Richter*innen umfangreich von ihren Möglichkeiten, Freiheitsstrafen zur Bewährung

auszusetzen, Gebrauch machen. Bei isolierter Betrachtung ergibt sich, dass die Aussetzungen seit Mitte der 1990er Jahre erst zu und dann leicht abgenommen haben. Fügt man die Daten der leider nur bis 2011 erhobenen Daten aus der Bewährungshilfestatistik hinzu, fällt mit Blick auf die Bewährungsunterstellungen – also Anordnungen nach § 56d StGB – hingegen eine erhebliche Zunahme bei den anfänglich zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe auf. Die Unterstellung unter einen Bewährungshelfer verspricht Unterstützung – und Kontrolle; hier haben wir aus meiner Sicht daher schon bei den *Strafen* einen Beleg für eine zunehmende Bereitschaft der Rechtspraxis, *präventiv* zu agieren. Dass eine häufigere Begleitung durch die Bewährungshilfe sachgerecht sein kann, möchte ich damit ausdrücklich nicht bestreiten.

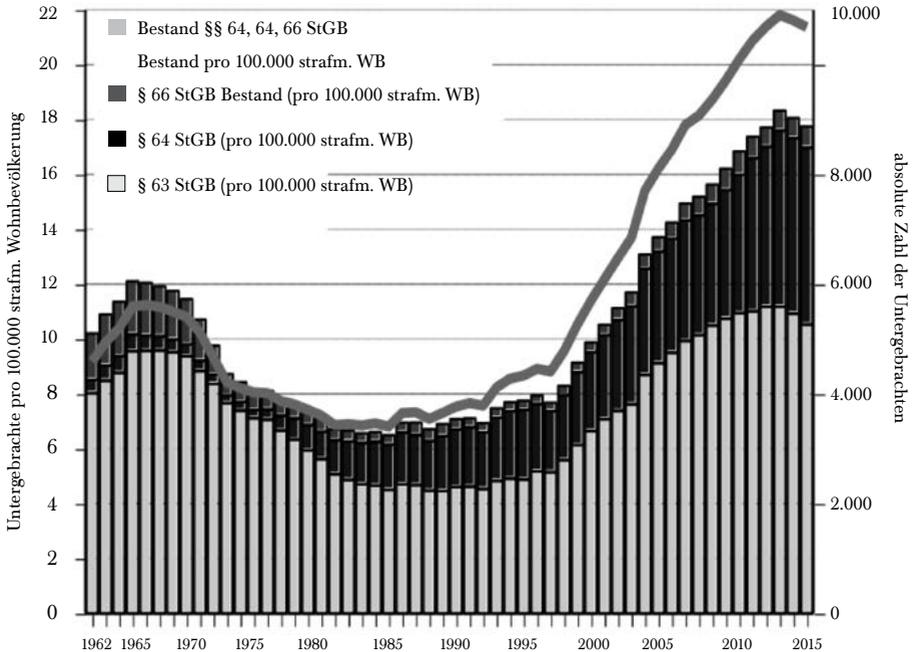
ABBILDUNG 3: AUSSETZUNGEN ZUR BEWÄHRUNG UND UNTERSTELLUNGEN UNTER EINE(N) BEWÄHRUNGSHelfER*IN



LEGENDE: Die hellgraue Linie zeigt alle Verurteilungen zu Freiheitsstrafe (FS), die dunkelgraue Linie die zur Bewährung ausgesetzten FS. Die schwarze Säule zeigt die Bewährungsunterstellungen mit anfänglich ausgesetzter FS und die graue Säule die Bewährungsunterstellungen bei ausgesetztem Strafrest.

Unübersehbar wird dies, wenn wir uns die Praxis der Maßregelanordnung vornehmen (Abbildung 4).

ABBILDUNG 4: IM PSYCHIATRISCHEN KRANKENHAUS, IN EINER ENTZIEHUNGSANSTALT SOWIE IN DER SICHERUNGSVERWAHRUNG AUFGRUND STRAFRICHTERLICHES ANORDNUNG UNTERGEBRACHTEN (KIS)



Stichtagszählungen, Bestandszahlen jeweils 31.3. eines jeden Jahres. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland

Die stationären Maßregeln haben, wie Abbildung 4 zeigt, ganz erheblich an Bedeutung gewonnen – wobei hier vor allem die langen Verweildauern für die Zunahme der Stichtagsbelegung verantwortlich sein dürfte: Betrachtet man zur besseren Vergleichbarkeit die Maßzahl der Untergebrachten auf 100.000 der Bevölkerung, ergibt sich eine Zunahme von knapp acht im Jahr 1992 auf etwa 18 im Jahr 2013, bei einer leichten Abnahme seitdem. Bekanntlich ist es hier die

Gefahr, die von psychisch Erkrankten oder Suchtmittelabhängigen bei entsprechender Diagnose ausgehen kann, die die – im Falle des § 63 und des § 66 StGB unbefristete – Unterbringung rechtfertigt.

Ausweislich der seit durch den DBH e.V. (Fachverband für Soziale Arbeit, Strafrecht und Kriminalpolitik)²⁰ erhobenen Bestandszahlen – eine offizielle Statistik wird demnächst erst beim Bundesjustizamt geführt werden – ist dies jedoch ganz besonders bei der nicht-stationären Führungsaufsicht der Fall. Danach gab es Ende 2015 bundesweit rum 37.000 Fälle, 2008 waren es weniger als 25.000 gewesen. Zuvor gab es nur Längsschnittbetrachtungen aus einzelnen Bundesländern; hier zeigen sich etwa seit der Jahrtausendwende rasante Zuwächse. Ein Boom der Führungsaufsicht, die ebenfalls das Bedürfnis nach Kontrolle von gefährlichen Menschen, die ja überwiegend ihre Strafe bereits voll verbüßt haben, widerspiegelt, kann daher mit Fug und Recht angenommen werden. Auch hier gibt es seit der Reform der Führungsaufsicht im Jahr 2007 ja im Übrigen die Möglichkeit, in bestimmten Fällen eine unbefristete Verlängerung der Führungsaufsicht anzuordnen.

Dieses Bedürfnis nach mehr und auch nach unbefristeter Kontrolle eines Straffälligen ist im Übrigen keine isoliert deutsche Erscheinung, dies soll hier nur kurz im Europäischen Kontext dokumentiert werden. Seit vielen Jahren bemühen sich Fachgremien des Europarats, die Menschenrechte der EMRK mit Blick auf Gefangenrechte und auch auf diejenigen, die von ambulanten Sanktionen der Strafrechtspflege betroffen sind, zu konkretisieren und ihnen Geltung zu verhelfen. Hierzu gibt es, mit Ausnahme der Anti-Folter-Konvention keine verbindlichen völkerrechtlichen Abkommen, jedoch eine Reihe von Empfehlungen. Mit Blick auf die ambulante Überwachung von Straffälligen sind hier interessant die Europäischen Standards für gemeindebezogene Sanktionen und Maßnahmen (Community Sanctions and Measures) des Europarats. In ihrer ursprünglichen Version von 1992 findet sich ein Verbot unbefristeter Maßnahmen; ein Verbot selbständiger Strafbarkeit von Weisungs- und Auflagenverstößen und

20 www.dbh-online.de, vgl. hierzu die Beiträge von Kinzig und Bräuchle in diesem Band, zur Entwicklung seit der Jahrtausendwende *Morgenstern, C., Hecht, A.*, Rechtstatsachen zur Führungsaufsicht im kriminalpolitischen Kontext. BEWÄHRUNGSHILFE 58, 2011, S. 177-195

ausdrückliche Skepsis gegenüber elektronisch überwachtem Hausarrest. Bei der ersten Überarbeitung von 2000 wurden, nachdem es in einigen Mitgliedstaaten solche Sanktionen (darunter England/Wales und Norwegen damals noch nicht Deutschland) existieren, unbefristete Maßnahmen für ausnahmsweise zulässig erklärt. Außerdem findet sich eine ausdrückliche Befürwortung von elektronisch überwachtem Hausarrest als Alternative zur Freiheitsstrafe. In der gänzlich überarbeiteten Neufassung²¹ wird ein Verbot unbefristeter Maßnahmen nicht mehr angesprochen; das Verbot selbständiger Strafbarkeit von Weisungsverstößen fehlt ebenfalls. Ein grundsätzliches Problem vieler nicht-freiheitsentziehender Sanktionen offenbart sich schon in dieser Benennung (weswegen auch ich lieber von ambulanten Sanktionen zu sprechen) – sie bedeuten, dass die Betroffenen nicht hinter Gitter müssen, obwohl sie eine Straftat begangen haben, damit gelten sie automatisch als »leichter« und die Betroffenen als weniger belastet, ergo: weniger schutzbedürftig, was ihre rechtliche Situation betrifft. Gerade für die Führungsaufsicht, die ja auch an die Stelle von Sicherungsverwahrung treten kann, gilt dieses Problem, obwohl insgesamt ja eine wesentlich breitere Klientel erfasst ist.

II. DIE GEFÄHRLICHEN

Nun ist der Kontext bestimmt, in dem wir uns mit der Führungsaufsicht bewegen. Wem aber gilt die Sorge? Es geht um die »Gefährlichen«, gemeint ist: diejenigen, die rückfällig werden könnten. Während der Begriff des (Rückfall-)Risikos dabei tendenziell ein abstrakter ist und statistisch umschrieben werden kann, muss konkret und individuell bestimmt werden, wer »für die Allgemeinheit gefährlich ist (z.B. in 66 I StGB) bzw. ob »die Gefahr besteht, dass er weitere Straftaten begeht« (§ 68 I als Voraussetzung für die Führungsaufsicht). Die Grenzen sind allerdings unscharf, im Englischen wird z.B. gerade von individuellen Risiko gesprochen (»being a risk« and »being at risk«) und auch im Deutschen wird oft von Gefährlichkeit gesprochen, wenn es um Gruppen geht, denen sie eben stereotyp zugesprochen wird.

²¹ Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the European Rules on community sanctions and measures (Adopted by the Committee of Ministers on 22 March 2017 at the 1282nd meeting of the Ministers' Deputies); www.coe.int/en/web/prison/promoting-more-humane-and-socially-effective-penal-sanctions (abgerufen am 30.5.2017)

Als solche *dangerous classes* wurden in spätem 19. Jahrhundert in Nordamerika, namentlich in New York, diejenigen bezeichnet, die in prekären Bedingungen, oftmals ohne Wohnung, lebten und – teilweise auch schon als Kinder – mehr oder weniger (oft weniger) schwere Straftaten begingen, vor denen die guten Bürger sich fürchteten.²² Die kontinentaleuropäische bzw. die deutsche Entsprechung war in etwa das Lumpenproletariat. Diese Angst vor gefährlichen Armen (und der Bedarf an entsprechender Polizeiaufsicht) zieht sich durch die Zeit – als Ende der 1940er Jahre die Europäische Menschenrechtskonvention entworfen und 1950 verabschiedet wurde, hatte keiner ein Problem damit, dass man präventiv auch Landstreicher einsperren darf. Nach Art. 5 I (e) EMR gehört zu den rechtmäßigen Freiheitsentziehungen auch diejenige »mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern«.

In der Kriminalsoziologie wurde und wird der Begriff immer wieder angewandt, wenn es um die Stigmatisierung bestimmter Gruppen ging, die als besonders kriminalitätsbelastet galten – im »war on drugs« des Reagan'schen Amerika waren es schwarze Crackdealer, im Berlin oder Köln der Jetztzeit sind es »Nafris«²³ oder diejenigen, die sich als farbige junge Männer in Berlin am Kottbusser Tor oder Görtzler Park aufhalten.

Eine relativ neue Erscheinung in dieser Klasse sind die schlicht *Gefährder* genannten Personen, gemeint sind inzwischen vor allem diejenigen, denen man Straftaten aus dem terroristischen Spektrum zutraut: »Als Gefährder werden im Zusammenhang mit der öffentlichen Sicherheit und Gefahrenabwehr Personen bezeichnet, bei denen kein konkreter Hinweis vorliegt, dass sie eine Straftat planen, aber bei denen ›bestimmte Tatsachen‹ die Annahme der Polizeibehörden rechtfertigen, dass sie Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere

22 *Shelden, R. G., Vasiliev, P. V., A History of Criminal Justice in America, 3. Aufl., Long Grove: Waveland, 2018, S. 296ff.*

23 »Nordafrikanische Täter« oder »Nordafrikanische Intensivtäter«, zunächst verwendet im Polizeijargon (vgl. z.B. Landtag Nordrhein-Westfalen vom Januar 2016, Drs. 16/10798, S. 3ff.); später von den Medien aufgegriffen und als Schlagwort für eine bestimmte Gruppe, die sowohl mit Blick auf Drogendelikte als auch auf andere »gruppentypische« Delikte von der Polizei in den Blick genommen wird, unter dem Aspekt der Stigmatisierung (auch kritisch diskutiert).

solche im Sinne des § 100a der Strafprozessordnung (StPO), begehen« werden. Diese 2004 von der ARBEITSGEMEINSCHAFT DER LEITER DER LANDESKRIMINALÄMTER UND DES BUNDESKRIMINALAMTS festgelegte Begriffsbestimmung ist nicht gesetzlich verankert. Auch hier spielen Gruppenmerkmale eine wichtige Rolle, namentlich »islamistische Ideologie« oder »Salafismus«. ²⁴

Andere Definitionsansätze stammen aus zwei europäischen Initiativen, die sich der Behandlung (im weitesten Sinne) von gefährlichen Straftätern widmen: In einer Empfehlung des Europarats zu »dangerous offenders« von 2014 wird wie folgt definiert: »Ein gefährlicher Straftäter ist eine Person, die wegen einer sehr schweren Sexualstraftat oder einer sehr schweren Gewalttat verurteilt worden ist und bei der eine hohe Gefahr besteht, dass sie mit sehr schweren Sexualstraftaten oder sehr schweren Gewalttaten gegen Personen rückfällig wird.« ²⁵ Ein Europäisches Forschungsprojekt, das 2012 - 2014 vergleichend durchgeführt wurde und gute Praxisbeispiele im Umgang mit und vor allem bei der Wiedereingliederung von gefährlichen Straftätern suchen sollte, arbeitete mit dieser Definition: »Ein Hoch-Risiko-Täter ist jemand, der mit hoher Wahrscheinlichkeit Straftaten begeht, die sehr schweren persönlichen, physischen oder psychischen Schaden anrichten kann.« ²⁶ Interessant dabei ist, dass nur das hier zuerst genannte Konzept auf die Vorverurteilung abstellt, die ja immerhin einen Ansatz gibt.

All dies gibt nur vage Ansätze für die Frage nach der Gefährlichkeit – wie gesagt: Oftmals ist der Ausgangspunkt ein Gruppenmerkmal. Wer sind nun die Gefährlichen im Bereich der Führungsaufsicht? Auch hier werden durch das Gesetz zunächst bestimmte Merkmalsträger als potenziell gefährlich eingestuft; sie haben zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Führungsaufsicht eine Gefährlichkeitsvermutung gegen sich. Zuerst im Gesetz genannt ist der Fall § 68 I StGB; der eine ganze Reihe von Straftaten potenziell erfasst, »wenn die Gefahr besteht, daß er [der Verurteilte] weitere Straftaten

24 Erklärung auf eine Kleine Anfrage u.a. der LINKEN vom März 2017, BT-Drs. 18/11369, S. 2

25 Recommendation CM/Rec(2014)3 of the Committee of Ministers to member States concerning dangerous offenders; *meine* Übersetzung.

26 Justice Cooperation Network, <https://jcn.pixel-online.org/> (abgerufen am 3.7.2018)

begehen wird.« An dieser Stelle hat der Gesetzgeber daher breite Möglichkeiten der Anwendung gegeben; die Führungsaufsicht qua richterlicher Anordnung, die gerade auch eine Reihe von Vermögensdelikten berücksichtigt, wird jedoch so gut wie nicht genutzt. Die anderen erfassten – also nochmals: potenziell gefährlichen – Gruppen, sind Vollverbüßer längerer Freiheitsstrafen, Maßregelpatienten nach §§ 63, 64 StGB bei Aussetzung der Maßregel und Sicherungsverwahrung bei Aussetzung der Maßregel. Die zweite und dritte Gruppe setzt sich damit aus denjenigen zusammen, denen bereits einmal – bei Anordnung der stationären Maßregel – Gefährlichkeit attestiert wurde.

Eine Besonderheit und auch besonders problematisch ist die prinzipielle Gefährlichkeitsvermutung für die Gruppe der Vollverbüßer gem. § 68f StGB. Was die Plausibilität der Gefährlichkeitsvermutung angeht, wird in der Regel und oft ohne Bedenken davon ausgegangen, dass sie dadurch belegt sei, dass eine vorzeitige Entlassung aus der Haft nicht möglich war, weil der betroffenen Person keine günstige Legalprognose gestellt werden konnte.²⁷ Diese einfache Rechnung ist aber falsch, denn eine Vollverbüßung kann auch selbst gewählt sein, wenn eine Person keine Bewährungszeit haben möchte, oder dadurch bedingt, dass wegen Leugnens der Tat eine günstige Legalprognose nicht gestellt wird, ohne dass deshalb zwingend auch auf eine Gefährlichkeit der betreffenden Person geschlossen werden kann.

Eine pauschale Gefährlichkeitsvermutung für Vollverbüßer ergibt sich ja offenbar aber daraus, dass man aus der Nichtaussetzung ihrer Reststrafe schließt, dass sie wiederum erhebliche – eine staatliche Kontrolle trotz Strafverbüßung rechtfertigende – Straftaten begehen. Hier gibt die genannte Statistik Auskunft: In der Tat gibt es statistisch in Bezug auf die Rückfälligkeit Unterschiede zwischen denjenigen, bei denen die Rest-Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden ist und eben den Vollverbüßern. Letztere werden ausweislich

²⁷ *Rohrbach, M.*, Die Entwicklung der Führungsaufsicht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Mecklenburg-Vorpommern. Mönchengladbach: Forum 2014, S. 6: »ein Entfallen ist unwahrscheinlich.«

der bundesweiten Untersuchung zur Legalbewährung²⁸ etwas häufiger wieder verurteilt: Von denjenigen, die 2010 entlassen und deren Bundeszentralregisterauszüge 2013 erneut geprüft wurden, waren von den bedingt Entlassenen 27 Prozent wieder straffällig geworden, bei den Vollverbüßern 31 Prozent. Blickt man auf die Erheblichkeit und betrachtet nur die Verurteilung zu einer erneuten unbedingten Freiheitsstrafe sind die Werte neun Prozent bei den vorzeitig Entlassenen und 13 Prozent bei den Vollverbüßern. Betrachtet man längere Rückfallzeiträume, erhöhen sich die Werte jeweils etwas. Bei Jugendstrafen gleichen sich die Werte zwischen den beiden Gruppen im Übrigen noch stärker an. Daraus ergibt sich die Frage, inwieweit bei allgemein nicht überdurchschnittlichen Werten für die Gruppe der Vollverbüßer und vor allem den nur geringen Unterschieden zwischen beiden Gruppen die Gefährlichkeitsvermutung, auf der das Gesetz basiert, überhaupt gerechtfertigt ist.

Die Gefährlichkeitsvermutung kann jedenfalls widerlegt und Führungsaufsicht damit vermieden werden: »Ist zu erwarten, dass die verurteilte Person auch ohne die Führungsaufsicht keine Straftaten mehr begehen wird, ordnet das Gericht an, dass die Maßregel entfällt.« Dieser Absatz 2 des § 68f ist daher eminent wichtig und der zentrale Hebel auch für Verteidiger*innen.

III. DAS INSTRUMENTARIUM

1. Die Prognose

Nun muss jenseits der gesetzlichen Vorzeichnungen oder anderen normativen Bestimmungsversuchen an verschiedenen Stellen geklärt werden, welche Person tatsächlich als gefährlich eingestuft wird. Wie gesagt – es geht um die Rückfallgefahr und natürlich hängt der Blick in die Zukunft nun davon ab, was vorhergesagt werden soll: Irgendeine Rückfälligkeit? Oder eine spezielle (schwere Straftaten Sexualstraftaten)? Wie genau soll die Vorhersage sein – möglicherweise

²⁸ Jehle, J. M., Albrecht, H.J., Hohmann-Fricke, S., Tetel, C., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen Eine bundesweite Rückfalluntersuchung 2010 bis 2013 und 2004 bis 2013. Berlin 2016. www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/StudienUntersuchungen-Fachbuecher/Legalbewaehrung_nach_strafrechtlichen_Sanktionen_2010_2013.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (abgerufen am 7.7.2018)

ein Rückfall, wahrscheinlich ein Rückfall, höchstwahrscheinlich ein Rückfall? Von diesen Rückfallkriterien hängt die Prognose ab, um sie soll es nun beim »Instrumentarium« zunächst gehen.

Bei diesen Rückfallkriterien ist zu bedenken, dass bei den mitunter zu prognostizierenden besonders schweren Delikten glücklicherweise ein seltenes Ereignis vorausgesagt werden soll. Je seltener ein Verhalten, desto schwieriger ist aber seine Prognose. Zu beachten bleibt, bei aller Banalität, dass jede Prognose auf einer eingeschränkten Wissensgrundlage aufgestellt wird. Selbst wenn man alles über eine Person wissen sollte, was es zum Zeitpunkt der Prognose zu wissen gibt und was man für relevant hält, so sind doch zukünftige Veränderungen ungewiss; das Veränderungspotenzial z.B. auch bei schweren psychischen Störungen ist lebhaft in der Diskussion und Gegenstand der Forschung.

In Bezug auf die möglichen Vorhersagetechniken lassen sich grob drei Möglichkeiten unterscheiden:²⁹

- entscheidend sind Erfahrung und Gefühl (intuitive Prognose);
- entscheidend ist allein das Wissen über ähnliche Fälle (statistische Prognose);
- man stützt seine Vorhersage auf eingehende individuelle Untersuchungen (klinische Prognose) bzw. auf eine Mischform der beiden letzten Verfahren.

Dabei ist die erste Variante streng genommen keine Methode im Sinne eines wissenschaftlich abgesicherten Verfahrens, sondern allein eine auf Erfahrung basierende Einschätzung. Im Ergebnis kann sie allerdings wissenschaftlichen Methoden nahekommen. Der Entscheidung einer StrafrichterIn über die Rechtfertigung einer Strafaussetzung zur Bewährung liegt in aller Regel eine intuitive Prognose zugrunde – sie trifft häufig zu; die meisten der Betroffenen werden nicht rückfällig. Problematisch ist, dass sich bei dieser Prognosemethode viele sachfremde Erwägungen auswirken können, also z.B. Vorurteile, Alltagstheorien zur Kriminalität, unterschiedliches Einfühlungsvermögen, verzerrte Wahrnehmung, da Richter und Staatsanwälte im

²⁹ Ich bedanke mich bei Prof. Kristin Drenkhahn, Freie Universität Berlin, für Unterstützung des Abschnitts über die Prognosen.

Laufe der Berufspraxis immer wieder mit negativen Verläufen (Rückfällen) konfrontiert werden, selten aber mit positiven Entwicklungen.

Bei der statistischen Prognose werden von den einzuschätzenden Personen (Probanden) bestimmte Merkmale erhoben, bei denen statistische Untersuchungen einen Zusammenhang mit dem Auftreten von kriminellen Verhalten gezeigt haben. Dazu werden Prognosetafeln verwendet, in denen diese Risikofaktoren aufgeführt sind. Grundsätzlich ist es auch möglich, Merkmale zu erfassen, die gegen Kriminalität schützen (protektive Faktoren), was aber in der Regel vernachlässigt wird. Risikofaktoren und protektive Faktoren werden auch als Schlecht- und Gutepunkte bezeichnet, diese Art der statistischen Prognose heißt daher auch Schlechtpunktverfahren. Prognosetafeln sollen ohne viel Aufwand in der Praxis der Strafrechtspflege handhabbar sein. Daher fallen eventuell relevante Faktoren heraus zugunsten von Merkmalen, die leicht in Erfahrung zu bringen sind. Außerdem beschränken sie sich auf äußere Symptome. Ein methodisches Problem ist, dass die Verhältnisse, in denen die Prognosetafel angewendet wird, weitgehend mit denen übereinstimmen muss, unter denen die dem Instrument zugrundeliegende Untersuchung stattgefunden hat. Sie sind also zeit- und ortsgebunden; ihre Anwendung z.B. auf Gefangene in einem geschlossenen Setting kann schwierig sein.

Die klinische Prognose beruht auf einer individuellen Anamnese (Erhebung der Entwicklungs- und Vorgeschichte, der Persönlichkeitsstruktur und des sozialen Umfelds) durch Exploration (umfassend angelegtes Gespräch) und idealerweise zusätzlichen testpsychologischen Untersuchungen, die wiederum oft auf statistischen Erkenntnissen beruhen. Sie wird von Psychiater*innen oder (seltener) von Psycholog*innen vorgenommen und richtet sich nach den Regeln der (ärztlichen) Kunst. Problematisch ist hier, dass die wissenschaftliche Schule der Gutachter*innen eine wesentliche Rolle spielt, d.h. ihre Persönlichkeit, Ausbildung und Erfahrung sowie allgemeiner ihre Qualifikation und Professionalität. Insbesondere müssen sie auf der Höhe der Zeit arbeiten, d.h. aktuelle Erkenntnisse (z.B. zu protektiven Faktoren) einbeziehen und vor allem genaue Daten erheben, was mühsam sein kann. Durch den hohen Anteil an Einschätzung und Gewichtung der Befunde besteht hier die Gefahr, dass Gutachter*innen letztlich den gleichen Fehlern aufsitzen wie jemand, der eine intuitive Prognose stellt.

Man kann Prognoseverfahren in zurzeit vier Generationen ordnen.³⁰ Diese Einordnung spiegelt nicht immer die historische Entwicklung wider, tatsächlich werden auch heute Verfahren aus allen Gruppen verwendet. Es geht hier darum, in welchem Umfang der Stand der Wissenschaft über Rückfallprädiktoren verarbeitet wird. Eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe hat sich 2006 mit Problemen befasst und – ähnlich wie für Schuldfähigkeitsgutachten – Mindestanforderungen formuliert.³¹

Die erste Generation von Prognoseverfahren lässt sich als unstrukturierte klinische Prognose beschreiben. Üblicherweise untersucht dabei ein Psychiater/Psychologe den Probanden mittels eines unstrukturierten Interviews und wertet – auch unstrukturiert – die Akten aus. Das methodische Vorgehen ist hier nicht nachvollziehbar und damit auch nicht wiederholbar. Eine solche Prognoseerstellung erfüllt nicht die genannten Mindestanforderungen, dürfte aber noch immer häufig anzutreffen sein.

Die zweite Generation ist die statistische Prognose, also das, was mit den Prognosetafeln begann. Mittlerweile hat der Fortschritt in der kriminologischen Forschung und den statistischen Verfahren aber auch hier zu einer Weiterentwicklung geführt, indem mit statistischen Methoden bestimmte Prognosefaktoren berechnet wurden. Die wesentlichen Teile dieser neuen Prognoseinstrumente beziehen sich aber nach wie vor auf statische und historische Risikofaktoren. Letztlich handelt es sich um bloße Wahrscheinlichkeitsaussagen aufgrund einer Addition der Punkte; die Methode ist vergangenheitsorientiert und kann nicht die Wirkung von Interventionen einbeziehen. Auch hier gibt es außerdem eine Reihe von Anwendungsfehlern, die z.B. darauf basieren, dass die Prognoseinstrumente wie Tests durchgeführt werden und weitere, sie notwendigerweise ergänzende Schritte außer Acht gelassen werden.³² Die gleichzeitig verfolgten rein klinischen Prognoseverfahren

30 Andrews, D. A., Bonta, J., Wormith, J. S., The Recent Past and Near Future of Risk and/or Need Assessment, *Crime & Delinquency* 52, 2006, S. 7-27

31 Boetticher, A., Kröber, H.-L., Müller-Isberner, R., Böhm, K., Müller-Metz, R., Wolf, T., Mindestanforderungen für Prognosegutachten. NSrZ 2006, S. 537-544

32 Boetticher, A., Dittmann, V., Nedopil, N., Nowara, S., Wolf, T., Zum richtigen Umgang mit Prognoseinstrumenten durch psychiatrische und psychologische Sachverständige und Gerichte, NSrZ 2009, S. 478 - 483

sind dem Einzelfall angemessener, jedoch zeitaufwändig, teuer und – ähnlich wie die intuitive Prognoseerstellung – kaum zu standardisieren; es bleibt daher bei der Gefahr von Fehlgewichtungen und mitunter fehlender Nachvollziehbarkeit.

Die dritte Generation von Prognoseverfahren untersucht sowohl statische als auch dynamische (also veränderbare) kriminogene Faktoren und bezieht die Risiko-/Bedürfnis-Perspektive ein. Das bedeutet, dass diese Prognoseinstrumente sich auf die statischen und dynamischen kriminogenen Faktoren und das Rückfallrisiko der zu Untersuchenden (also Individuum) konzentrieren. Ein Beispiel ist das Level of Service Inventory (Revised) (LSI-R).³³ Eine deutsche Spezialität bei den Prognoseverfahren ist die Methode der idealtypisch-vergleichenden Einzelfallanalyse (MIVEA), die auch denjenigen (juristischen und sozialarbeiterisch oder sozialpädagogisch ausgebildeten) Praktiker*innen zur Verfügung stehen soll, die keine medizinischen oder psychologischen Fachkenntnisse haben. Sie basiert ebenfalls auf statistischen Erkenntnissen, die aus einer umfangreichen Studie gewonnen wurden, und verwendet als Grundlage idealtypische Verläufe mit bestimmter Prognose. Die solchermaßen ermittelten Risikofaktoren (»Syndrome«) werden aber nicht rein quantitativ, sondern auch qualitativ bewertet, Erkenntnisse aus dem Lebenslängs- und Lebensquerschnitt werden einbezogen und die Beeinflussbarkeit durch einen Bewährungsplan soll einbezogen werden.³⁴ Der Haupteinwand gegen die Methode ist, dass sie letztlich nicht hält, was sie verspricht, insbesondere nur für eine bestimmte Gruppe verwendet werden kann, die auch die damalige Untersuchungsgruppe kennzeichnete und dass Erkenntnisse aus der Lebenslaufforschung mit ihren dynamischen Faktoren die Annahme, es gäbe so etwas wie »Idealtypen« im Kriminalitätsverlauf, weitgehend widerlegt hat.

33 *Andrews, D. A., Bonta, J., The Level of Service Inventory–Revised. Toronto, Ontario, Canada: Multi-Health Systems, 1995*

34 Vgl. zur Begründung der Methode bzw. ihrer Weiterentwicklungen *Bock, Kriminologie, 4. Auflage, München: Beck 2013, 219ff*; zur Kritik vgl. z.B. *Graebisch/Burkhardt, MIVEA – Young Care? Prognoseverfahren für alle Altersgruppen, oder doch nur Kosmetik? ZEITSCHRIFT FÜR JUGENDKRIMINALRECHT UND JUGENDHILFE, 2006, S. 144-146*

Die vierte Generation der Prognoseverfahren schließlich verknüpft die Risiko-/Bedürfnis-Perspektive mit Hinweisen für die weitere Betreuung und Behandlung. Dabei werden statische und dynamische Risikofaktoren untersucht, eine Risikoprogno­se wird abgegeben und es wird festgehalten, wie auf welchen dynamischen Risikofaktor eingewirkt werden kann, um das Rückfallrisiko spürbar zu senken (Bsp.: Level of Service/Case Management Inventory (Kanada) oder OASys – Offender Assessment System (England & Wales)).³⁵ Eine solche Verknüpfung zwischen Risiko und geeigneten Interventionen sowie ihrer Wirkung kann allerdings oft nicht hergestellt werden – das betrifft namentlich diejenigen, bei denen es um sehr viel geht: Personen, denen die Freiheit entzogen ist und denen ein hohes Rückfallrisiko vorhergesagt wird. Verkürzt könnte man sagen, dass ihnen ausgehend von dem Risiko, das sie ins Gefängnis oder in den Maßregelvollzug gebracht hat, allein deshalb eher die Freiheit entzogen bzw. die (vorzeitige) Entlassung verweigert wird, weil es an Untersuchungsmöglichkeiten (bzw. Möglichkeiten, sich in Freiheit zu bewähren) fehlt.

2. Risiken der Risikoabschätzung: Prognosefehler und das Problem der »falsch Positiven«

Insgesamt stellt sich nun aber die Frage, wie gut die neuen Prognosemöglichkeiten genutzt werden und wie gut die Vorhersage in der Praxis klappt. Aus Sicht der Betroffenen, ihrer Rechte und ihrer Freiheit, sind die besonders problematischen Fehlprognosen diejenigen, die sie als »falsch positiv« einordnen. Was bedeutet das?

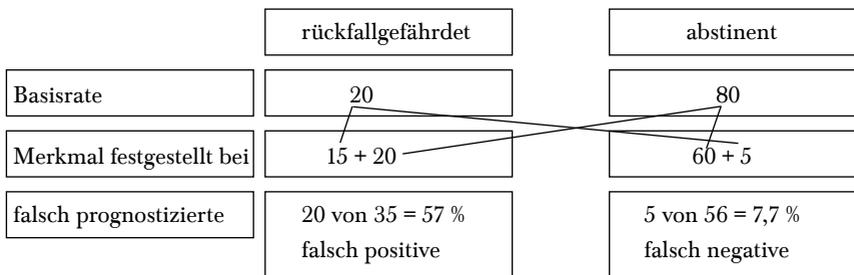
»Positiv« ist in diesem Sinne – ähnlich wie bei Infektionen – jemand, bei dem ein Risikomerkm­al festgestellt wird. Diese Feststellung kann richtig sein – dann realisiert sich das Risiko, der Rückfall tritt ein. Oder sie kann falsch sein, dann tritt das vorhergesagte Ereignis nicht ein; entweder, weil das Risikomerkm­al in Wirklichkeit doch nicht da war, oder weil es von anderen Dingen – z.B. positiven Entwicklungen – überlagert worden ist oder weil aus anderen, von außen wirkenden Gründen der Ereignisseintritt verhindert worden

³⁵ Zu beiden *Robinson, G., Implementing OASys: Lessons from research into LSI-R and ACE. PROBATION JOURNAL 30-40, 2003*

ist. Während aus Sicht der Betroffenen die fälschliche Einordnung als »positiv« (= gefährlich) dramatisch ist, weil sie keine Chance haben, sich in Freiheit zu bewähren oder jedenfalls – im Fall der Führungsaufsicht – freiheitsbeschränkenden Weisungen unterworfen sind, haben die Entscheidenden aber noch mehr Angst vor den Konsequenzen einer Beurteilung als »falsch negativ«, denn dann kommt es zu einer Straftat; wohingegen sich die falsch Positiven nicht nach außen bemerkbar machen.

Für die erste Gruppe besonders nachteilig ist, dass die Fehleinschätzung »falsch positiv« im Bereich der Gefährlichkeit von Sexual- und Gewaltstraftätern deutlich häufiger vorkommt als die falsche Einschätzung als »negativ«. Zur Brisanz der Frage daher ein kleines theoretisches Rechenbeispiel, dargestellt in Abbildung 5. Dazu benötigen wir zuerst zwei weitere Parameter, den der Basisrate und den der »Trefferquote«, d.h. der durchschnittlichen Treffsicherheit der Prognosen. Die »Basisrate« basiert auf statistischen Erkenntnissen zur Rückfälligkeit einer bestimmten Gruppe, d.h. bedarf idealerweise breiter Absicherung durch empirische Forschung bzw. statistische Erhebungen zu bestimmten Ereignissen. Dasselbe gilt für die Trefferquote: Auch sie kann nur bekannt sein, wenn aus der Forschung bekannt ist, wie oft die Prognostizierenden bei der Gruppe bzw. bei ihren Methoden typischerweise daneben liegen.

ABBILDUNG 5:



Ich bilde das Beispiel deshalb neutral und sage: Wir wissen, dass von 100 Menschen, die sich vorgenommen haben, vegetarisch zu leben, 20 Prozent später wieder Fleisch essen. Wer wieder zum Carnivoren

wird, sagen Expert*innen mit einer Sicherheit von 75 Prozent voraus, d.h. nur bei jeder vierten Person liegen sie falsch. Wir haben also eine Basisrate von 20 Prozent in einer gegebenen Gruppe, die das zu untersuchende Merkmal (Fleischrückfall) aufweisen. In einer Gruppe von 100 Personen, die Vegetarier geworden sind, sind also 20 tatsächlich fleischaffin und 80 dauerhaft pflanzlich lebend. Bei einer Trefferquote von 75 Prozent wird also aus jeder Gruppe durch die Prognose bei 75 Prozent das Merkmal richtig festgestellt, bei 25 Prozent ist die Prognose falsch.

Das bedeutet für die Prognosegenauigkeit bei den 100 Probanden: Von den 20 Fleischessern werden so 15 identifiziert, fünf werden als abstinent eingeordnet. Von den 80 Fleischabstinenten werden 60 als abstinent bestimmt und 20 als Fleischfreunde eingeordnet. Addiert man nun die als Fleischfreunde prognostizierten, haben wir am Ende 35 (statt 20) und addiert man die als Dauer-Vegetarier prognostizierten, haben wir 65 (statt 80). Der Anteil der falsch Prognostizierten beträgt in der Gruppe der als fleischgefährlich beurteilten 57 Prozent (falsch positiv) und in der Gruppe der als fleischabstinent Beurteilten 7,7 Prozent (falsch negativ).

Ich habe dieses seltsame Beispiel gewählt, weil wir über die Basisraten und die Trefferquoten leider nicht besonders viel wissen. Ein erster Schritt sind seit einigen Jahren immerhin die Rückfalluntersuchungen,³⁶ von denen schon die Rede war; ansonsten zieht man internationale Forschung und Studien heran, um Basisraten zu errechnen. Das ist problematisch, weil sich die Kontexte nicht immer stark genug ähneln. Anzunehmen ist aber z.B. für Sexualdelikte, dass die Basisrate, also die typische Rückfälligkeit oder »Rückfallrate«, deutlich niedriger als 20 Prozent liegt; der Anteil der falsch Positiven wird dann noch höher. Das gilt vor allem, wenn man einschlägige Rückfälle zählt:³⁷ Bei einer allgemeinen Rückfallrate bei Sexualstraftätern liegt unter unter dem allgemeinen Durchschnitt von 35 Prozent je nach Gruppe der Sexualtäter zwischen 16 und 28 Prozent. Davon sind jedoch nur die wenigsten wieder Sexualdelikte.

36 Korrekt müsste es heißen: Wiederverurteilungsstudie, denn nur die können hier festgestellt werden vgl. *Jehle*, u.a. 2016 (Fn. 28).

37 *Jehle* u.a. 2016 (Fn. 28), S. 117

Betrachtet man die Gruppe derjenigen, die ein sexuelles Gewaltdelikt begangen haben (die Ergebnisse bei sexuellem Missbrauch sind tendenziell ähnlich, die betroffenen Täter sind noch geringer durch einschlägige Rückfälle belastet), werden lediglich vier Prozent der sexuellen Gewaltstraftäter wegen eines anderen Gewaltdelikts und weniger als ein Prozent aufgrund eines anderen Sexualdelikts (sonstige Sexualdelikte, exhibitionistische Delikte oder sexuelle Missbrauchsdelikte) verurteilt. Weniger als ein Prozent (also knapp einer von hundert) der sexuellen Gewaltstraftäter werden mit einer Vergewaltigung oder sexuellen Nötigung einschlägig rückfällig.

Diese Angaben gelten für den dreijährigen Rückfallzeitraum, die Rate erhöht sich etwas, wenn man einen längeren Zeitraum einbezieht. Die meisten, insbesondere die einschlägigen Sexualdelikte werden aber im Dreijahreszeitraum begangen; typischerweise kommt die Rückfälligkeit nach ein bis zwei Jahren.³⁸ Auch im neunjährigen Beobachtungszeitraum werden die weitaus meisten der aufgrund eines sexuellen Gewaltdelikts verurteilten Rückfälligen nicht aufgrund eines neuen Sexual- oder Gewaltdelikts verurteilt wird, sondern wegen anderer Delikte: Acht Prozent der sexuellen Gewalttäter werden wegen eines anderen Gewaltdelikts und ca. zwei Prozent aufgrund eines anderen Sexualdelikts verurteilt. Insgesamt nur etwa drei Prozent der sexuellen Gewaltstraftäter werden mit einer Vergewaltigung oder sexuellen Nötigung einschlägig rückfällig.

Wie das Ganze, was ich mit meinem Rechenbeispiel und der derzeit in Deutschland verfügbaren Basisrate theoretisch dargestellt habe, nun tatsächlich aussieht, bekommt man eigentlich nur durch »natürliche Experimente« heraus, etwa, wenn eine größere Zahl von als zu gefährlich für die Freiheit eingeschätzten Personen aus rechtlichen oder politischen Gründen doch freigelassen wird. In Deutschland war dies der Fall, nachdem psychisch kranke Rechtsbrecher in den neuen Bundesländern aufgrund eines BVerfG-Urteils³⁹ nicht in den Maßregelvollzug überwiesen werden durften. Von 32 Personen

38, *Jehle* u.a. 2016 (Fn. 28), S. 253

39 NSrZ 1995, 399-401

wurden innerhalb von fünf Jahren fünf gewalttätig rückfällig.⁴⁰

Eine ähnliche Situation konnte eine Arbeitsgruppe der Uni Bochum untersuchen.⁴¹ Hier ging es um Personen, bei denen zwischen 2002 und 2006 ein Verfahren zur Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung (bzw. Straftäterunterbringung nach Landesgesetzen) in Gang gebracht wurde, bei denen die Sicherungsverwahrung dann aber nicht angeordnet wurde, weil die – formalen – rechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt waren (in der Regel keine neuen Tatsachen). Ausreichende Informationen für eine Abfrage der Bundeszentralregisterauszüge konnten für 77 Personen erlangt werden. Geht man davon aus, dass Sicherungsverwahrung nur dann gerechtfertigt ist, wenn es zu einer schwerwiegenden Wiederholungstat kommt, die zu einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe führt, so waren die Prognose nur in 14 von 77 Fällen richtig. Insgesamt wurden 46 von 77 Personen gar nicht rückfällig; von den 32 als Hochrisiko-Täter eingestuften Personen wurden 14 rückfällig (d.h. auch weniger als die Hälfte), davon aber nur neun zu einer Freiheitsstrafe zu verurteilt, d.h. weniger als ein Drittel mit Blick auf eine drohende schwere Straftat richtig eingeschätzt. Nur sechs der 77 Personen wurden wegen Gewalt- oder Sexualdelikten zu Freiheitsstrafen ohne Bewährung verurteilt, acht Personen wurden zu einer Freiheitsstrafe über zwei Jahre verurteilt.

TABELLE 1: RÜCKFÄLLIGKEIT WEGE ANDERER DELIKTE NACH NICHTANGEORDNETER NACHTRÄGLICHER SICHERUNGSVERWAHRUNG (N = 77), NACH ALEX 2011

Neue Verurteilung zu:	Geldstrafe	FS mit Bewährung	FS ohne Bewährung	Kein Rückfall
Eingeschätzte Personen:				
Insgesamt	12	5	14	46
Hohes Risiko	4	1	9	18
Niedriges Risiko	3	1	0	6
Risiko strittig	4	1	1	8
Ungeklärt	1	2	4	14

40 Weitere Beispiele bei *Nedopil/Stadtlund*, Das Problem der falsch Positiven: Haben wir unsere Prognostische Kompetenz seit 1966 verbessert? in: Lösel, F., Bender, C., Jehle, J.-M. (Hrsg.): Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik. Mönchengladbach: Forum 2007, S. 541-550

41 Alex, M., Rückfälligkeit nach nichtangeordneter nachträglicher Sicherungsverwahrung, Forensische Psychiatrie Psychologie Kriminologie, 2011, S. 244-252

Zuzugeben ist, dass es bei der Untersuchung keinen einheitlichen Risikozeitraum (betrachtet wurden Bundeszentralregisterauszüge vom 30.6.2008, d.h. der Mindestzeitraum war mit 18 Monaten relativ kurz). Wie hoch ist hier nun der Anteil der falsch positiven? Wie gut arbeiteten die Gutachter*innen? Nicht gut: Über 56 dieser 77 Personen gab es gutachterliche Stellungnahmen, die ein entsprechendes Rückfallrisiko angenommen hatten. Wenn man ein strenges Rückfallkriterium anlegt und jeden Rückfall zählt, kommt man auf 57 Prozent falsch Positive (= 32 nichtrückfällige), zählt man nur erhebliche Rückfälle i.S.v. Verurteilung zu Freiheitsstrafe ohne Bewährung (bei zehn Personen mit Gutachten), kommt man auf 82 Prozent falsch Positive (46 ohne unbedingte FS). Dies gibt durchaus eine düstere Prognose für die Richtigkeit von Prognosen ab.

3. Prognosen bei der Führungsaufsicht

Abschließend für diesen Abschnitt möchte ich nur kurz auf die erhebliche Bedeutung von Prognoseentscheidungen bei der Führungsaufsicht hinweisen: Zunächst spielen sie eine Rolle, wenn es um die Frage geht, ob die Entlassung aus dem Maßregelvollzug verantwortbar ist bzw. welche Rolle die Führungsaufsicht zur Abmilderung von Risiken spielen kann. Auch für die Frage der Anordnung bzw. Fortdauer der Führungsaufsicht ist eine Prognose entscheidend, wie der bereits erwähnte § 68f Abs. 2 zeigt: »Ist zu erwarten, dass die verurteilte Person auch ohne die Führungsaufsicht keine Straftaten mehr begehen wird, ordnet das Gericht an, dass die Maßregel entfällt.« Prognostisch entschieden werden muss auch, welche Weisungen angemessen sind, sowie über Folgeentscheidungen während der Führungsaufsicht.

Und wer beurteilt das? Auch hier kann ich nur schlaglichtartig darauf hinweisen, dass es eine Reihe von prognostisch tätigen Akteuren bei der Anordnung und Durchführung von Führungsaufsicht gibt. Prominent sind Fachgutachter*innen – zur Berücksichtigung von Mindestanforderungen und zu ihrer Prognosetreffsicherheit bzw. zu den vorzufindenden Problemen habe ich bereits Ausführungen gemacht. Entscheidende Instanzen sind dann aber natürlich die Gerichte, die ihre eigenen Prognosen – basierend ggf. auf denen von

Gutachter*innen – erstellen müssen. Wichtig und möglicherweise unterschätzt ist diesbezüglich aber auch die Rolle des Strafvollzugs; das gilt gerade für die Einschätzung der Gefährlichkeit von Vollverbüßern. Auch die Führungsaufsichtsstellen und die betreuenden Bewährungshelfer*innen treffen eine Vielzahl von Prognoseentscheidungen – z.B. in Bezug auf die Relevanz von Weisungsverstößen.

4. Kontrollmechanismen

Die beiden letzten Abschnitte meines Beitrags möchte ich Kontrollmechanismen zur Beherrschung von Kriminalitätsrisiken im Rahmen der Führungsaufsicht widmen. Dabei verweise ich für die nach StGB möglichen Kontrollmechanismen – die Weisungen – auch auf die anderen Beiträge des heutigen Tages, namentlich auf die eingriffsintensive, technisierte Möglichkeit der elektronischen Aufenthaltsüberwachung (*Anne Bräuchle, Jörg Kinzig*). Weisungen dienen der Dämpfung von Gefährlichkeit und können als vermittelnden Mechanismen zwischen »drinnen« und »draußen« verstanden werden. Sie sind grundsätzlich eine logische Folge der Annahme von fortbestehender Gefährlichkeit und sollen sowohl Kontrolle als auch Unterstützung bieten. Oftmals geschuldet der Präventionslogik finden sich jedoch mitunter ungenießbare bzw. überfordernde »Weisungscocktails«, die zum einen die Freiheit des Betroffenen (z.B. Internetnutzung, z.B. Bewegungsfreiheit durch die Weisung »Fernhalten von allen Orten, an denen Kinder spielen«) sehr stark reduzieren (vgl. hierzu den Beitrag von *Jan Oelbermann* in diesem Band), zum anderen auch das Risiko der Produktion von Verstößen bergen. Hier hat die letzte Reform der Führungsaufsicht außerdem eine Verschärfung der möglichen selbständigen Bestrafung eines solchen Weisungsverstoßes in § 145a StGB gebracht. Betrachtet man die Strafverfolgungsstatistik, nehmen in der Tat die Zahlen der Verurteilungen wegen § 145a StGB seit Jahren zu. Zuzugeben ist allerdings, dass sie wohl weniger stark ansteigen, als die bereits erwähnte starke Zunahme der Anordnungen von Führungsaufsicht die erwarten ließe; mithin noch immer überwiegend relativ zurückhaltend von dieser reinen Ungehorsamssanktion Gebrauch gemacht wird.

Einen aufmerksamen – und besorgten – Blick verdienen zusätzlich aber die diversen, im Verbund und mitunter im Schatten der Führungsaufsicht existierenden polizeilichen Überwachungskonzepte der Bundesländer. Sie bezwecken die Sicherung der Bevölkerung vor schweren Gewalt- und Sexualdelikten. Eine von *Obergfell-Fuchs*⁴² 2012 erstellte Übersicht (Abbildung 6) zeigt, dass es eine Vielzahl von Konzepten in den 16 Bundesländern gibt. Sie tragen mehr oder minder einprägsame Akronyme im Namen, am weitesten verbreitet sind HEADS (Haft-Entlassenen-Auskunfts-Datei-Sexualstraftäter) und KURS (Konzeption zum Umgang mit besonders Rückfallgefährdeten Sexualstraftätern). Die Spezialität Mecklenburg-Vorpommerns, auf die ich als Landeskinder gleich noch eingehen möchte, heißt FoKuS (Für optimierte Kontrolle und Sicherheit). Die vergleichbaren Zielsetzungen dieser Konzepte werden im Namen getragen – es geht um eine Optimierung und engere Verzahnung der Informationssammlung und -verarbeitung zwischen Polizei und Justiz, die vor allem dazu dient, herauszufinden, wer als »Risikoprobant« im Sinne der Zielsetzung des Konzepts gilt und entsprechend einzugruppieren und zu kontrollieren ist. Anhand dieser Ergebnisse werden sowohl Maßnahmen der Führungsaufsicht als auch präventive polizeiliche Maßnahmen beschlossen und ergriffen.

Grundsätzliche Bedenken ergeben sich dabei angesichts der dubiosen Rechtsnatur der Überwachungskonzepte und der aus ihnen resultierenden Maßnahmen: Die Konzepte sind lediglich Verwaltungsmaßnahmen, mutieren aber ggf. auch zur »Quasi-Eingriffsgrundlage«, z.B. für verschärfte Überwachung, die dann polizeilicher, nicht mehr strafrechtlicher Natur ist. Damit kommt es zu einer Verquickung von Maßregelvollzug, präventiv-polizeilichem Handeln und ggf. auch strafverfolgerischer Tätigkeit der Polizei. Mit den unterstützenden, resozialisierungsfördernden Aspekten der Führungsaufsicht hat dies nichts mehr zu tun und dürfte sie eher behindern.

42 *Obergfell-Fuchs, J.*, Umgang mit besonders rückfallgefährdeten Sexualstraftätern in Baden-Württemberg (KURS). Vortrag, gehalten auf dem 16. Bundeskongress der Psychologinnen und Psychologen im Justizvollzug Deutschlands, Wien, 20.04.2012. http://igf.or.at/downloads/Obergfell-Fuchs_Sexualstraftaeterueberwachung.pdf (abgerufen am 2.7.2018)

ABBILDUNG 6: ÜBERWACHUNGSKONZEPTE DER LÄNDER, GRAFIK: OBERGFELL-FUCHS, 2012



5. Mecklenburg-Vorpommern im FoKuS

Aus der Arbeit eines Greifswalder Kollegen⁴³ und aus eigenen Recherchen möchte ich nun noch einige Gedanken zur optimierten Überwachung durch Polizei und Führungsaufsicht vortragen: In Mecklenburg-Vorpommern existiert ein einheitliches Landesamt für Straffälligenhilfe (LaStar), bei dem die Sozialen Dienste der Justiz, die forensische Ambulanz und die Führungsaufsichtsstelle unter einem Dach versammelt sind. Das LaStar veröffentlichte für 2017, dass ca. 4 500 Bewährungshilfe- und ca. 900 Führungsaufsicht-Probanden

⁴³ Rohrbach, M., Die Entwicklung der Führungsaufsicht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Mecklenburg-Vorpommern. Mönchengladbach: Forum 2014

betreut wurden. Ältere Untersuchungen hatten schon gezeigt, dass die »Führungsaufsichtsräte« (d.h. Führungsaufsichtsfälle pro 100 000 Einwohner) im Bundesvergleich hoch ist,⁴⁴ obwohl dies für die Gefangenenerate (d.h. Straf- und Untersuchungsgefangene pro 100 000 Einwohner) gerade nicht der Fall ist. Die Führungsaufsicht ist in Mecklenburg-Vorpommern daher vergleichsweise beliebt. Das gilt auch für das erwähnte Konzept FoKuS: Die Präsentation des Konzepts auf den Internetseiten des Amtes⁴⁵ zeigt ein hohes Engagement. Es wird beschrieben als Garant für eine »enge Zusammenarbeit« zwischen Gerichten, Staatsanwaltschaften, Justizvollzug, Führungsaufsichtsstelle, Bewährungshilfe und Polizei für einen »effektiveren und schnelleren Informationsaustausch« nach Delikten der Tötungs- und schweren Sexualkriminalität.

Die Zahl der Betroffenen, vor allem verglichen mit der Gesamtzahl der Führungsaufsichtsprobanden, ist erheblich gestiegen: von 98 im Jahr 2010 auf 186 im Jahr 2017. Konkret werden bei allen Fällen der Zielgruppe, bei denen nach § 68f StGB die Führungsaufsicht in Betracht kommt, von der JVA vorbereitete Fallkonferenzen einberufen, an denen die Bewährungshilfe, die Führungsaufsichtsstelle, FoKuS-Ansprechpartner*innen der Polizei und der Forensischen Ambulanz teilnehmen. Die Betroffenen bekommen Gelegenheit zur Stellungnahme. Weisungsvorschläge werden auf der Basis der Beschlüsse der Fallkonferenz erarbeitet und spätestens drei Monate vor der Entlassung an die Staatsanwaltschaft gegeben. Diese ist gehalten, stets auf eine Dauer der Führungsaufsicht von fünf Jahren hinzuwirken. Damit bekommt die Polizei ein bislang unbekanntes Gewicht in einer späten Phase der Strafvollstreckung und nimmt zugleich Einfluss auf die Ausgestaltung des Vollzugs einer Maßregel, d.h. auf einen genuin strafrechtlichen Bereich, wenngleich mit präventiver Ausrichtung.

Aus der erwähnten Untersuchung von *Rohrbach* ergibt sich, dass die insoweit typischen Maßnahmen der Führungsaufsicht für die FoKuS-Probanden zunächst in einem intensivierten Kontakt mit

44 *Morgenstern, C., Hecht, A.*, Rechtstatsachen zur Führungsaufsicht im kriminalpolitischen Kontext. *Bewährungshilfe* 58, 2011, S. 177-195

45 <http://www.justiz-in-mv.de/lastar/>, abgerufen am 3.7.2018; sowie *Bruns-Gercken*, Das Überwachungskonzept FoKuS, 2017. https://www.dbh-online.de/sites/default/files/doku/vortraege/bruns-gercken_fokus-kassel-2017.pdf (abgerufen am 7.7.2018)

der Bewährungshilfe bestehen, die verbindliche Kontaktfrequenz beträgt 14 Tage; zum Einsatz kommen auf die Klientel spezialisierte Bewährungshelfer*innen. Im Übrigen sind die Maßnahmen aber auf die Polizei zugeschnitten, die insbesondere mit Gefährderansprachen arbeitet. Gibt es die Weisung, eine elektronische Fußfessel zu tragen, erfolgt diese Gefährderansprache noch in der JVA beim Anlegen der Manschette. Der Polizei darf und soll sich bei neuen Straftaten – bzw. einem entsprechenden Verdacht – und bei Weisungsverstößen direkt mit der Bewährungshilfe austauschen und erforderliche Maßnahmen abstimmen; die Staatsanwaltschaft soll Verfahren wegen Verstoßes gegen Weisungen beschleunigt bearbeiten und dabei auch prüfen, ob die Voraussetzungen für die Beantragung eines Haftbefehls gegeben sind. Das ganze Konzept ist darauf ausgerichtet, dass »den Verurteilten bewusst [ist], dass sie unter besonderer Beobachtung stehen, weil die Reaktion auf Weisungsverstöße und Straftaten unmittelbar erfolgt.«

Als problematisch werden in der Studie nicht nur diese Polizeilastigkeit der Führungsaufsicht für die als Risikoprobanden ermittelten Gruppe betrachtet, sondern konkret auch die Ausgestaltung der Weisungen: Durchschnittlich gab es bei der in Aktenuntersuchungen erfassten Klientel 4,2 Weisungen, dabei waren die Weisungsbeschlüsse durch das Gericht in der Regel kaum begründet (wohl ein bundesweiter Befund). Kritisiert wird vor allem die »Breitbandanwendung« von Abstinenzweisungen (mit der potenziellen Breitbandkriminalisierung von Weisungsverstößen). Bei der Führungsaufsichtsstelle erfolgen zwar bei problematischen Fällen als erste Eskalationsstufe nur Anhörungen, solche gab es aber immerhin in 25 Prozent aller Fälle in einem Jahr, sie führten oft zu einer Weisungsänderung, de facto zu einer Weisungsvermehrung. In elf Prozent der untersuchten Fälle gab es Strafanträge nach § 145a StGB, d.h. in Mecklenburg-Vorpommern fristet diese Möglichkeit nicht nur ein Schattendasein und wird von den Praktiker*innen durchaus genutzt; möglicherweise unter dem Druck der interdisziplinären und auf die Polizei ausgerichteten Zusammenarbeit. In der Untersuchung von *Rohrbach* mit 345 Probanden gab es hingegen umgekehrt keinen einzigen Fall, der für die Beteiligten ausreichend Anlass bot, von der bestehenden Verkürzungsmöglichkeit Gebrauch zu machen. Angesichts der Vorgabe, stets auf eine

Führungsaufsichtsdauer von fünf Jahren zu dringen, ist auch vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgebots ein problematischer Befund; geht man einmal davon aus, dass es auch Fälle gibt, in denen es gut läuft. Zwei weitere Punkte tragen zum Gesamtbild einer rigiden Praxis bei: Gefährderansprachen wurden ganz schematisch bei den Probanden eingesetzt, d.h. nicht anlass- oder problembezogen. Außerdem wurde die Forensische Ambulanz entgegen ihrem gesetzlichen Zweck weniger als therapeutischer Akteur denn als Risikobewertungsstelle genutzt.

IV. ZUSAMMENFASSUNG UND KONSEQUENZEN FÜR DIE FÜHRUNGSAUFSICHT

Zusammenfassend lässt sich aus meiner Sicht die Ausgangsthese belegen: Die Führungsaufsicht passt in das Bild einer »Präventions-Gesellschaft«, die hofft, durch Überwachung und Kontrolle, mitunter auch durch Disziplinierung, der Gefährlichen Herr zu werden. Die der Kriminalprognose inhärenten Probleme werden bei der Führungsaufsicht voll wirksam, d.h. die Gefährlichkeit jedenfalls eines Teils der Klientel wird dramatisch überschätzt. Das vorhandene Potential der Führungsaufsicht einer schwierigen Klientel Struktur und Unterstützung zu geben, wird oft verschenkt; stattdessen findet ein Ausbau der kontrollierenden und zugleich eingriffsintensiven Komponenten statt. Die Gefahr besteht, dass insbesondere die unzureichend begründeten Weisungscocktails Weisungsverstöße und letztlich auch neue Kriminalität in Gestalt des § 145a StGB produzieren und so eine weitere Sanktionsspirale in Gang setzen. Jedenfalls anhand des Beispiels aus Mecklenburg-Vorpommern ist anzunehmen, dass § 145a StGB auch als Disziplinierungsmittel genutzt wird; der aus der früheren Praxis bekannte Widerwillen der Bewährungshilfe, dieses Mittel zu nutzen, scheint zu schwinden. Die Kombination mit polizeilichen Überwachungskonzepten ungeklärter Rechtsnatur führt zu einer unheiligen Allianz der Beteiligten, denn auch diese Konzepte stehen unter Bewährungsdruck: Erfolg scheint sich hier in einer hohen Anzahl festgestellter Verstöße und ggf. von Strafanträgen zu zeigen, jedenfalls aber in einer tendenziell resozialisierungsfeindlichen polizeilichen Aktivität.

Dr. Jan Oelbermann

FÜHRUNGSAUFSICHT AUS ANWALTLICHER SICHT

VORAB:

Mein Vortrag auf dem 42. Strafverteidigertag beschäftigte sich zum großen Teil mit dem rechtlichen Rahmen der Führungsaufsicht. Dies soll hier nicht erneut wiedergegeben werden. Der rechtliche Rahmen ist der Fachliteratur und den Kommentierungen zu entnehmen. Kritisch sollen dagegen im Rahmen der Dokumentation aktuelle Entwicklungen der Führungsaufsicht hervorgehoben werden. Zudem soll veranschaulicht werden, welche Intensität der mit der Führungsaufsicht verbundene Grundrechtseingriff haben kann und wie widersprüchlich die Rechtsprechung ist. Dies soll Kolleg*innen dazu motivieren, sich intensiver mit der Materie zu beschäftigen, damit die Justiz nicht alle ihre Sicherheitsphantasien ungestört ausleben kann. Gegebenenfalls können die folgend genannten Fundstellen in der praktischen Arbeit die Kolleg*innen unterstützen. Dabei gibt es einen vollstreckungsrechtlichen und einen strafrechtlichen Teil.

MASSREGELVOLLSTRECKUNG

Zunächst zum Gebiet der Maßregelvollstreckung; die Grundrechtseingriffe der Führungsaufsicht erfolgen im Rahmen von Weisungen. Die Weisungen müssen erforderlich sein, d.h. es muss immer eine Gefahr bestehen. Bei der Gefahrenbewertung im Rahmen der Führungsaufsicht gilt das *Gebot der bestmöglichen Sachverhaltsaufklärung*.¹ Weisungen zum Schuldausgleich und Weisungen, die nicht mit einer kriminellen Gefährdung im Zusammenhang stehen, sind unzulässig. Der In-dubio-Grundsatz gilt nicht. Es reicht, wenn das Gericht auf Grund der vorliegenden Erkenntnisse die Vermutung hegt, dass Weisung etwas nützen könnte. Weisungen müssen verhältnismäßig sein,

¹ OLG Nürnberg v. 21.7.16, 2 Ws 366/17, juris

§ 68b III StGB. Ihre Erforderlichkeit muss vom Gericht dargelegt werden. Es dürfen keine unzumutbaren Anforderungen an die Verurteilten gestellt werden. Bei der gerichtlichen Entscheidung ist eine Begründung gemäß § 34 StPO erforderlich.

Die Führungsaufsicht dauert zwei bis fünf Jahre (§ 68c Abs. 1 S. 1 StGB). Aufgrund der Formulierung in § 68c Abs. 1 S. 2 StGB (»Das Gericht kann die Höchstfrist abkürzen.«) geht die Rechtsprechung davon aus, dass fünf Jahre der Regelfall sind.² Danach muss ein Abweichen bei der Dauer nach unten gesondert begründet werden. Überzeugend ist dies nur bedingt.

Die Entscheidungsfindung bei Gericht verläuft in drei logisch aufeinander abgestimmten Stufen:³ Zunächst ist darüber zu befinden, ob die Führungsaufsicht entfallen kann (§ 68f Abs. 2 StGB). Wird die gesetzlich angeordnete Führungsaufsicht aufrechterhalten, folgt die Entscheidung, ob es bei ihrer Höchstdauer, der gesetzlichen Regeldauer, verbleibt. Erst dann, wenn diese Frage verneint wird, hat das Vollstreckungsgericht die Möglichkeit und den Anlass, die Dauer der Maßregel zu bestimmen.

Nun zu den unterschiedlichen Weisungen an exemplarischen Beispielen:
§ 68b I Nr. 1:

§ 68b I Nr. 1 sieht geographische »Gebotszone« vor. Sie sind auch zulässig um bessere Kontrolle zu ermöglichen. Beispielweise wurde vom Kammergericht das ganze Bundesgebiet als Gebotszone festgelegt.⁴ Bezüglich einer möglichst kleinen Gebotszone ist die Rechtsprechung unterschiedlich. Das Kammergericht hatte klargestellt, dass Gemeinden als unterste Gebietskörperschaft möglich seien, »nicht jedoch Gebäude (...), so dass mit dieser Weisung kein Hausarrest verhängt werden kann«.⁵ Das OLG Hamm sieht das anders und hält auch einen faktischen Hausarrest für zulässig: »Der Untergebrachte darf bis auf Weiteres das Gelände der Einrichtung

2 OLG Koblenz, 12.5.16, 2 Ws 208/16, juris

3 KG Berlin, 20.6.2011, 2 Ws 159/11, juris

4 KG, 6.12.16, 2 Ws 248/16, juris

5 KG StV 2015, 503; OLG Rostock, 21.9.16 zu 20 Ws 234/16, juris

LWL-Wohnverbund Münster, Wohngruppe ›L-Str‹ ohne Begleitung eines Mitarbeiters dieser Einrichtung oder einer von ihr zugelassenen Person nicht ohne Erlaubnis der Führungsaufsichtsstelle verlassen«. ⁶

Das Verlassen der Gebotszone steht dabei unter Vorbehalt der Erlaubnis der Aufsichtsstelle. Der Rechtsweg bei verweigerter Erlaubnis ist die Gegenvorstellung beim Gericht. ⁷

Das Gericht kann anweisen »sich nicht an bestimmten Orten aufzuhalten«. »Sich aufhalten« an einem Ort ist dabei mehr als »beiläufiges Durchqueren« des Ortes aber weniger als »verweilen«. ⁸ Beispielhaft sind dies etwa »drogenszenetypische Orte, die dem Verurteilten Gelegenheit und Anreiz zu weiteren Straftaten bieten können«. Dies sei auch noch hinreichend bestimmt. ⁹

§ 68b I Nr. 5:

§ 68b I Nr. 5 sieht die Möglichkeit der Erteilung von Besitzverboten vor. Zum Beispiel »kein Smartphone zu besitzen und bei sich zu führen; von diesem Verbot ausgenommen sind der Besitz und die Nutzung eines nicht internetfähigen Handys nach vorheriger Anzeige von dessen Telefon-, Karten- und Gerätenummer bei der Bewährungshilfe«. ¹⁰ Das LG Marburg hat rechtskräftig folgende Weisungen erlassen: ¹¹

- »1. Die Weisung IV. 3. des Beschlusses der Kammer vom 20.09.2010 (Verbot des Besitzes pornographischen Materials sowie des Aufsuchens pornographischer Seiten im Internet) bleibt unverändert aufrechterhalten und wird ergänzt:
2. Dem Unterstellten ist es ferner verboten, auf jedwedem von ihm benutzten internetfähigen Gerät den Browserverlauf zu löschen, weder manuell noch durch ein automatisches Programm;
3. der Unterstellte darf auf keinem der in seinem Besitz befindlichen internetfähigen Geräten ein Programm installieren, das anonymes Surfen erlaubt (z.B. Tor);
4. der Unterstellte muss auf unangekündigtes Verlangen des

6 OLG Hamm RuP 2017, 254-259

7 vgl. MüKoStGB/Groß § 68b Rn. 34

8 MüKoStGB/Groß § 68b Rn. 14

9 OLG Braunschweig, 12.5.16 zu 1 Ws 97/16, juris

10 LG Berlin, 13.12.17 zu 509 Qs 42/17, juris

11 LG Marburg, 26. Oktober 2016 zu 11 StVK 7/15, juris

Gerichts, der Ambulanz, der Bewährungshilfe oder der Polizei sofort sämtliche in seinem Besitz befindliche internetfähige Geräte vorlegen mit dem (ausschließlichen) Ziel, die vorstehenden Verbote zu überwachen.«

Das OLG Zweibrücken¹² lehnt hingegen eine Weisung, die regelmäßige Überprüfung elektronischer Speichermedien zu ermöglichen, ab. Der Eingriff sei nicht geeignet und zudem sei die Ermächtigungsgrundlage fraglich.

§ 68b Abs. 1 Nr. 10:

§ 68b Abs. 1 Nr. 10 sieht die Möglichkeit einer so genannten Abstinenzweisung vor. »Bei Personen, die eine langjährige, nicht erfolgreich therapierte Suchtmittelabhängigkeit (...) ausweisen, hat die Prüfung der Zumutbarkeit besonders sorgfältig zu erfolgen«. ¹³ Nur Kontrollen, die nicht mit körperlichem Eingriff verbunden, sind im Rahmen dieser Weisung möglich (auch keine Haarprobe¹⁴).

§ 68b Abs. 1 Nr. 11:

Bei der Therapieweisung (§ 68b Abs. 1 Nr. 11) ist nur die Vorstellungspflicht nicht aber Behandlung verpflichtend. Der Betroffene soll nur »ins Behandlungszimmer gezwungen« werden.

§ 68b Abs. 1 Nr. 12:

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung (§ 68b Abs. 1 Nr. 12) a.k.a. elektronische Fußfessel ist an besondere Voraussetzungen geknüpft (§ 68b I 3 Nr. 1 - 4). Nach § 68d Abs. 2 ist zudem spätestens nach zwei Jahren von Amts wegen zu prüfen, ob sie noch erforderlich ist.

Praktisch von Bedeutung ist noch, wer für die Kosten der Weisungen aufzukommen hat. Grundsätzlich muss der Verurteilte diese tragen. »Erst wenn unter Berücksichtigung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Verurteilten die Schwelle der Zumutbarkeit überschritten und damit das Übermaßverbot verletzt wird, muss an eine Änderung der Weisung und ggf. die Kostentragung des Staates

¹² OLG Zweibrücken, 4.8.16 zu 1 Ws 144/16, juris

¹³ OLG Braunschweig, 12.5.16 zu 1 Ws 97/16

¹⁴ OLG Koblenz, 16.12.15 zu 2 Ws 660/15, juris

gedacht werden.«¹⁵ Die notwendigen Kosten einer Therapie in einer FTA trägt grundsätzlich die Staatskasse. Dies muss das Gericht anordnen (»Annexkompetenz«)¹⁶.

Strafrechtlich stellt der Verstoß gegen strafbewehrte Weisungen eine Straftat dar, bzw. ist dies Tatbestandsvoraussetzung von § 145a StGB. Bei § 145a StGB handelt es sich um »präventives Sonderstrafrecht« gegen Probanden der Führungsaufsicht. Faktisch wird die Nichtbefolgung richterlicher Handlungsanweisung zu einer Straftat erklärt. Dies ist in vergleichbaren Fällen ein Ordnungsverstoß der im Normalfall mit Zwangsgeld o.ä. begegnet wird. § 145a StGB sah bis 2007 eine Höchststrafe von einem Jahr vor; jetzt sind es drei. Dieses Strafmaß ist nachgerade absurd im Vergleich zu anderen Delikten.¹⁷ Beim Verstoß gegen Weisungen im Rahmen der Führungsaufsicht ist auch die Sicherungsverwahrung möglich (§ 66c Abs. 1 Nr. 1 lit. c StGB). Für die Strafzumessung kommt es auf den Grad der Gefährdung an.

Bei der Prüfung eines Verstoßes gegen § 145a StGB ist es eine ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, dass die Weisung, gegen die Verstoßen wurde, rechtsfehlerfrei war. Rechtsfehlerhafte Weisungen sind solche die von vornherein unzulässig, nicht hinreichend bestimmt sind oder unzumutbare Anforderungen an die Lebensführung stellen. Weiter mussten die Weisung weiter erforderlich gewesen sein (MüKoStGB/Groß, § 145a Rn. 10). Praktisch bedeutsam ist dabei in erster Linie die Frage, ob die Weisung hinreichend bestimmt war

Schließlich Voraussetzung für die Strafbarkeit ist, dass der Weisungsverstoß den Zweck der Maßregel gefährdet hat, also dass durch den Verstoß die Gefahr einer weiteren Straftat wahrscheinlicher geworden ist. Umstritten ist dabei, ob Gefährdung zum Entscheidungszeitpunkt fortbestehen muss (vgl. Pollähne StV 2014, 161, 165 mwN).

¹⁵ OLG Hamm, 6.12.15 zu III-5 Ws 303/16, juris

¹⁶ OLG Karlsruhe, 20.5.15 zu 1 Ws 213/14 L, juris

¹⁷ MüKoStGB/Groß, § 145a Rn. 3

WANN? WIE HÄUFIG? WIE LANG?

EMPIRISCHE BEFUNDE ZUR VERHÄNGUNG UND VOLLSTRECKUNG DER LEBENSLANGEN FREIHEITSSTRAFE

Um sich der Wirklichkeit lebenslanger Freiheitsstrafen anzunähern, die in dieser Arbeitsgruppe verhandelt werden soll, gibt es unterschiedliche Zugangswege. Ein wichtiger Weg besteht darin, aus unterschiedlichen Perspektiven Expertenwissen abzufragen. Dieser Weg wird in dieser Arbeitsgruppe eine besondere Rolle spielen; Expertenwissen wird aus der Perspektive des Seelsorgers, der Psychiaterin und des Verteidigers beigesteuert werden. Im Folgenden soll es jedoch zunächst um den empirisch-kriminologischen Kenntnisstand zur Verhängung und Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe gehen. Im Mittelpunkt dieses Beitrags werden die Erkenntnisse stehen, die sich aus den verfügbaren Statistiken und einer neueren empirisch-kriminologischen Untersuchung zusammentragen lassen.

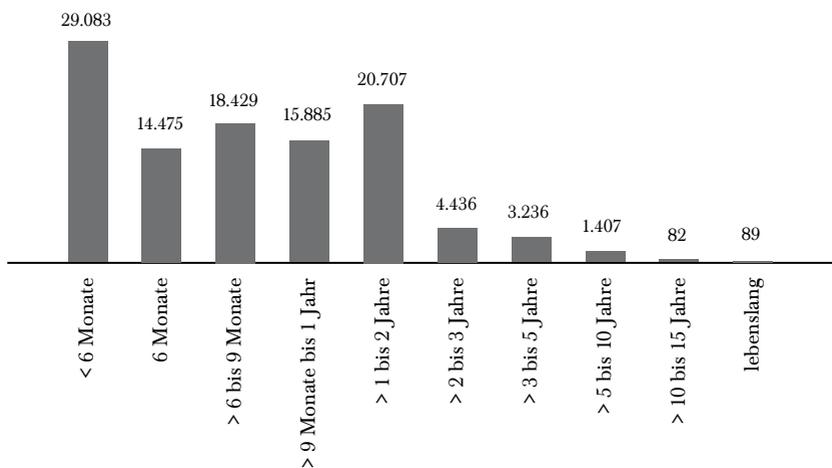
I. VERHÄNGUNG DER LEBENSLANGEN FREIHEITSSTRAFE

Der Blick sei hier zunächst auf die Verteilungen gerichtet, die sich aus der Strafverfolgungsstatistik zur Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe ergeben.¹ Tabelle 1 gibt einen Überblick über den Stellenwert, der der Verhängung von »lebenslang« in der Praxis der Gerichte zukommt. Wie sich auf einen Blick erschließt, ist die quantitative Bedeutung der lebenslangen Freiheitsstrafe äußerst gering. Im Jahr 2016 erhielten lediglich 89 Verurteilte eine lebenslange Freiheitsstrafe und war damit unwesentlich größer als die Zahl der zu sehr langen zeitigen Freiheitsstrafen Verurteilten; zu einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als 10 Jahren wurden im Jahr 2016 lediglich 82 Personen verurteilt. Wenn man bedenkt, dass in demselben Jahr insgesamt 107.829 Personen eine Freiheitsstrafe erhielten, liegt der Anteil der zu sehr langen zeitigen und lebenslänglichen Freiheitsstrafen

¹ Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, Strafverfolgung

Verurteilten bei 0,16 Prozent. Noch geringer wird der Anteil der lebenslangen Freiheitsstrafe in der Sanktionspraxis der Gerichte, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die große Masse der Verurteilten (im Jahr 2016: 84,1 Prozent) gar keine Freiheitsstrafe, sondern eine Geldstrafe erhielten. Festgehalten werden kann damit als erster Befund, dass die lebenslange Freiheitsstrafe auf der Ebene der erkennenden Gerichte ungeachtet ihrer herausragenden qualitativen Bedeutung für die davon Betroffenen bei rein quantitativer Betrachtung in der Rechtswirklichkeit nur eine vernachlässigbar geringe Rolle spielt.

TAB. 1: HÄUFIGKEIT UND DAUER DER FREIHEITSSTRAFE (2016)



Quelle: Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2016, Tab. 3.1.

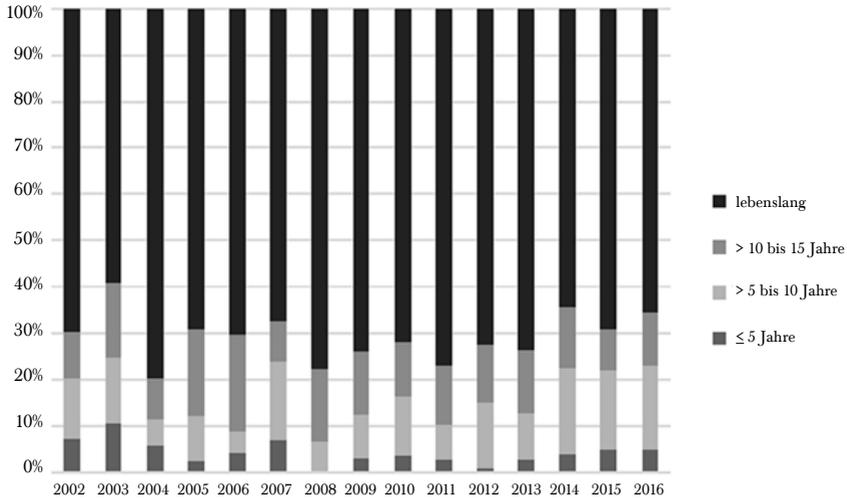
Geht man der Frage nach, in welchen Bundesländern die 89 Personen verurteilt wurden, zeigt sich ein sehr heterogenes Bild. Die meisten Personen wurden im Jahr 2016 in Berlin zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt ($n = 15$). Nennenswerte Zahlen wurden auch aus Baden-Württemberg und Bayern (jeweils $n = 12$) und Hessen ($n = 11$) gemeldet. In den übrigen Bundesländern wurden deutlich weniger Personen zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt; in Sachsen-Anhalt und in Thüringen wurde die lebenslange Freiheitsstrafe in gar keinem Fall ausgesprochen. Diese Zahlen sind für sich genommen freilich wenig aussagekräftig; insbesondere können sie nicht als Beleg für eine unterschiedliche Punitivität in den einzelnen Bundesländern

interpretiert werden, da das Aufkommen an Verurteilungen von der in den einzelnen Bundesländern unterschiedlichen Zahl an entsprechenden Kriminalfällen abhängig ist.

Blickt man vor diesem Hintergrund auf die Straftatbestände, wegen denen die lebenslange Freiheitsstrafe ausgesprochen wurde, zeigt sich ein eindeutiges Bild: Die lebenslange Freiheitsstrafe wurde im Jahr 2016 ausschließlich im Zusammenhang mit Verurteilungen wegen vollendeten oder versuchten Mordes verhängt; die weiteren Straftatbestände, in denen die lebenslange Freiheitsstrafe ebenfalls im Gesetz vorgesehen ist (namentlich § 212 Abs. 2, § 176b, § 178 StGB), spielten im Jahr 2016 keine Rolle. Bei den Mordverurteilungen entfiel die weit überwiegende Zahl (89,9 Prozent) auf vollendeten Mord. In gut zehn Prozent der Fälle war die Verurteilung wegen versuchten Mordes erfolgt, wobei in Erinnerung zu behalten ist, dass der Versuch nur eine fakultative und keine obligatorische Strafrahmenermilderung nach § 49 Abs. 1 StGB vorsieht (§ 23 Abs. 2 StGB). Will man über die lebenslange Freiheitsstrafe rechtspolitisch diskutieren, folgt aus diesem Befund, dass man zwingend auch den Mordtatbestand in den Blick nehmen und fragen muss, ob die Verurteilung wegen Mordes die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe trägt.

Die Strafverfolgungsstatistik ermöglicht es in diesem Zusammenhang der Frage nachzugehen, welche Strafen von den Gerichten für vollendeten Mord verhängt werden. Es ist keineswegs ausgemacht, dass der wegen vollendeten Mordes Verurteilte immer eine lebenslange Freiheitsstrafe erhält, da es zahlreiche Strafmilderungsgründe gibt, die auch im Fall der Vollendung die Strafrahmenermilderung nach § 49 Abs. 1 StGB möglich machen. Erinnerung sei insoweit lediglich an § 21 StGB, die verminderte Schuldfähigkeit. Tabelle 2 zeigt vor diesem Hintergrund, wie sich die Strafmaße in Deutschland seit dem Jahr 2002 bei vollendetem Mord entwickelt haben. Im Jahr 2016 wurden insgesamt 122 Personen wegen vollendeten Mordes verurteilt; davon erhielten »nur« 80 Verurteilte (65,6 Prozent) die lebenslange Freiheitsstrafe, während die übrigen Verurteilten eine zeitige Freiheitsstrafe erhielten. Wie Tabelle 2 zeigt, variiert dieser Prozentsatz über die Jahre hinweg nur wenig. Der Rückgang des Anteils an zeitigen Freiheitsstrafen, der sich bis etwa zum Jahr 2013 beobachten ließ, hat sich in den letzten drei Jahren nicht fortgesetzt.

TAB. 2: STRAFZUMESSUNG BEI VOLLENDETEM MORD



Quelle: Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung 2016, Tab. 3.1.

II. VOLLZUG DER LEBENSLANGEN FREIHEITSSTRAFE

Über den Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe erhalten wir die wesentlichen Informationen aus der ebenfalls vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Strafvollzugsstatistik.² Hier zeigt sich ein etwas anderes Bild als auf der Ebene der erkennenden Gerichte. Am Stichtag 31.3.2017 waren in Deutschland insgesamt 51.643 Personen im Strafvollzug inhaftiert; davon entfiel ein deutlich größerer Anteil als er bei den erkennenden Gerichten festzustellen war auf die Gruppe der »Lebenslänglichen«, die mit 1.831 Gefangenen an der Gesamtzahl aller im Strafvollzug (ohne U-Haftvollzug) Einsitzenden einen Anteil von 3,5 Prozent ausmacht. Auch wenn sich auch für den Bereich des Strafvollzugs feststellen lässt, dass die große Zahl der Gefangenen auf »Kurzstrafer« entfällt – bei denen insbesondere die Gruppe der eine Ersatzfreiheitsstrafe Verbüßenden eine wichtige Rolle spielt –, bilden die 1.831 »Lebenslänglichen« im Strafvollzug

² Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 4.1, Strafvollzug. Demographische und kriminologische Merkmale der Strafgefangenen

eine auch quantitativ durchaus bedeutsame Gruppe. Die Bedeutung dieser Gruppe wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass am 31.3.2017 nur 561 Personen einsaßen, die in der Sicherungsverwahrung – einer potentiell ebenfalls unbegrenzten Freiheitsentziehung – untergebracht waren. Selbst die Gesamtzahl sämtlicher eine Jugendstrafe verbüßenden Personen war mit 3.889 Gefangenen »nur« gut doppelt so groß wie die Gesamtzahl der im Strafvollzug einsitzenden Lebenslänglichen.

Auch die Strafvollzugsstatistik ermöglicht es der Frage nachzugehen, in welchen Bundesländern die eine lebenslängliche Freiheitsstrafe verbüßenden Personen einsitzen. Insoweit zeigt sich erwartungsgemäß, dass die meisten Lebenslänglichen (n = 421) am Stichtag 31.3.2017 in Nordrhein-Westfalen einsaßen. Dieser Spitzenwert entspricht deshalb den Erwartungen, weil Nordrhein-Westfalen das bevölkerungsreichste Bundesland ist, in dem im langfristigen Trend auch die meisten Verurteilungen wegen Mordes erfolgen. Nennenswerte Zahlen werden auch aus Baden-Württemberg (n = 228), Bayern (n = 262), Hessen (n = 174) und Niedersachsen (n = 178) gemeldet. In den übrigen Bundesländern saßen am Stichtag jeweils deutlich weniger Lebenslängliche ein. Auch diese Zahlen dürfen indes nicht überinterpretiert werden, da sie durch Vollzugsgemeinschaften und vollzugsinterne Verlegungen beeinflusst sein können.

Betrachtet man die Entwicklung der Gefangenzahlen über die Jahre hinweg, zeigt sich bei den Lebenslänglichen seit dem Jahr 2011 ein deutlicher Rückgang. Während in den Jahren 2010 und 2011 noch 2.048 Personen zur Verbüßung einer lebenslangen Freiheitsstrafe einsaßen, ging die Zahl bis 2017 und dem dort erreichten Wert von 1.831 »Lebenslänglichen« kontinuierlich zurück. Die Gründe für den Rückgang lassen sich der Strafvollzugsstatistik nicht entnehmen. Anzunehmen ist, dass in dem Zeitraum seit 2011 die Anzahl der Entlassungen aus dem Strafvollzug nach § 57a StGB im Vergleich zu den Anordnungen der lebenslangen Freiheitsstrafe durch die Schwurgerichte zugenommen hat, wobei sich diese Annahme allerdings anhand der Zahlen der Kriminologischen Zentralstelle nicht bestätigen lässt (vgl. unten Tab. 3).

Die Strafvollzugsstatistik ermöglicht schließlich einen Blick auf die soziodemografischen Daten der eine lebenslange Freiheitsstrafe verbüßenden Gefangenen. Die Spannweite der Einsitzenden lag am Stichtag 31.3.2017 zwischen unter 25 bis über 70 Jahren; dabei befanden sich die meisten Gefangenen (insgesamt etwa ein Drittel; 32,7 Prozent) in der Altersgruppe zwischen 45 und 55 Jahren. Die »Lebenslänglichen« sind damit deutlich älter als der Durchschnitt der Gefangenen. In der Gesamtgruppe sämtlicher erwachsenen Strafgefangenen stellten die 45- bis 55-Jährigen nur einen Anteil von 15,4 Prozent. Bei den Lebenslänglichen handelt es sich im Übrigen weit überwiegend um Männer; der Anteil der eine lebenslange Freiheitsstrafe verbüßenden Frauen lag am Stichtag 31.3.2017 lediglich bei 6,1 Prozent.

III. BEENDIGUNG DER LEBENSLANGEN FREIHEITSSTRAFE

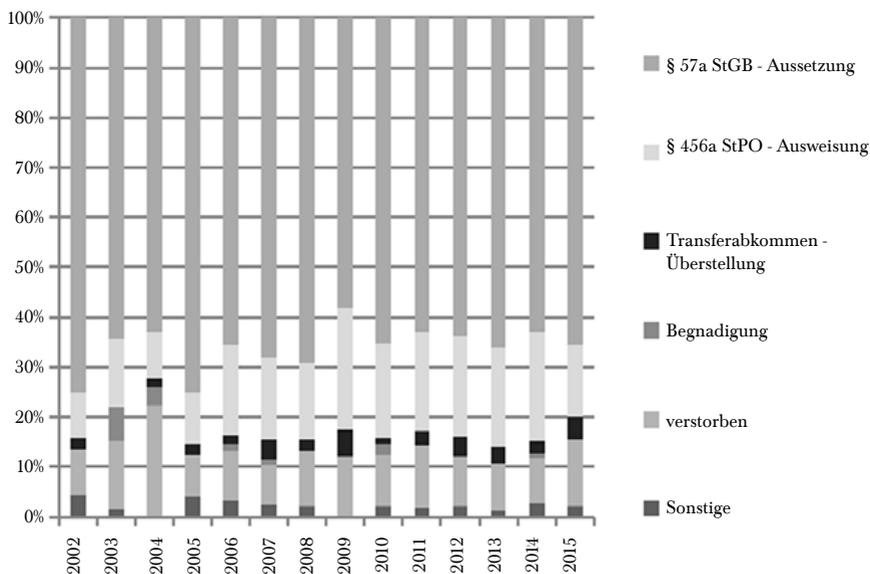
Zur Beendigung der lebenslangen Freiheitsstrafe führt die Kriminologische Zentralstelle jährlich Umfragen unter den Landesjustizverwaltungen durch. Die Ergebnisse der jährlichen Erhebungen werden von *Dessecker* veröffentlicht, wobei der letzte Bericht allerdings das Jahr 2015 in Bezug nimmt und damit keine aktuellen Zahlen enthält.³ Für dieses letzte Jahr, aus dem Zahlen bekannt sind, ergibt sich, dass etwa zwei Drittel (65,6 Prozent) der Beendigungen auf die Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung nach § 57a StGB entfallen. Knapp 20 Prozent der Beendigungen entfallen auf ausländische Gefangene bei denen die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe entweder wegen Ausweisung und Abschiebung nach § 456a StPO (14,4 Prozent) oder wegen Überstellung zur weiteren Vollstreckung der Strafe im Ausland erfolgte (4,4 Prozent). Ein bedrückender Anteil von immerhin 13,3 Prozent entfiel darauf, dass die Gefangenen im Strafvollzug verstorben waren, wobei zwei Drittel der Gefangenen eines natürlichen Todes gestorben waren und ein Drittel der Gefangenen durch Suizid. Nicht auszuschließen ist es, dass dieser Anteil von 13,3 Prozent im Strafvollzug Verstorbener in Wirklichkeit noch höher ist, weil die Justizvollzugsanstalten darauf

³ *Dessecker*, Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafen. Dauer und Gründe der Beendigung im Jahr 2015

gedrängt haben können, dass Gefangene kurz vor ihrem Lebensende zum Sterben nach § 57a StGB entlassen und damit in der Statistik anders ausgewiesen werden.

Die Entwicklung der unterschiedlichen Beendigungsgründe über die Jahre hinweg zeigt Tabelle 3. Hier wird deutlich, dass die Anteile an unterschiedlichen Beendigungsgründen über die Jahre hinweg vergleichsweise stabil bleiben. Dies gilt auch für den Anteil der im Strafvollzug Verstorbenen, der sich seit 2002 immer in der Größenordnung zwischen etwa zehn und 15 Prozent bewegt.

TAB. 3: GRÜNDE DER BEENDIGUNG DER LEBENSLANGEN FREIHEITSSTRAFE



Quelle: *Dessecker*, Die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafe, Anhang, zuletzt Tab. A9

IV. DAUER DER LEBENSLANGEN FREIHEITSSTRAFE

Den jährlichen Erhebungen der Kriminologischen Zentralstelle lassen sich auch Angaben zur Dauer der lebenslangen Freiheitsstrafe entnehmen, da die Justizverwaltungen auch gefragt werden, wie lange die aus dem Strafvollzug entlassenen Gefangenen die lebenslange Freiheitsstrafe verbüßt haben. Von den insgesamt 90 Personen, bei denen im Jahr 2015 die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe beendet wurde, entfällt etwa ein Drittel ($n = 27$; 30,0 Prozent) auf Beendigungen vor Erreichen der in § 57a StGB genannten 15-Jahresgrenze. Diese Zahlen sind jedoch nicht aussagekräftig, da sie sich vor allem auf nichtdeutsche Gefangene beziehen, die entweder ausgewiesen oder überstellt wurden. Von den im Jahr 2015 insgesamt 59 Gefangenen, bei denen die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe nach § 57a StGB ausgesetzt wurde, verbüßte die Mehrzahl der Gefangenen (61,0 Prozent) die Freiheitsstrafe zwischen 15 und 20 Jahren. Wenn und soweit eine Strafrestaussatzung vor Erreichen der 15-Jahresgrenze erfolgte ($n = 7$; 11,9 Prozent), war dies darauf zurückzuführen, dass als zusätzliche Anerkennung von Arbeit und Ausbildung im Vollzug eine Vorverlegung des Entlassungszeitpunkts stattgefunden hatte. Ein durchaus nennenswerter Anteil von Gefangenen, die nach § 57a StGB entlassen wurden ($n = 16$; 27,1 Prozent) verbüßte die Freiheitsstrafe für mehr als 20 Jahre. Der Extremwert lag bei 49,8 Jahren, wobei es sich jedoch um einen seltenen Ausnahmefall handelte. Mehr als 30 Jahre hatten im Jahr 2015 nur drei Entlassene (5,1 Prozent) die lebenslange Freiheitsstrafe verbüßt.

Das arithmetische Mittel der Verbüßungsdauer lag für die nach § 57a StGB Entlassenen im Jahr 2015 bei 19,3 Jahren. Dieser Wert ist freilich durch den genannten Maximalwert verzerrt, so dass es aussagekräftiger ist, nicht auf das arithmetische Mittel, sondern auf den Median abzustellen. Der Median der Verbüßungsdauer lag im Jahr 2015 bei 16,7 Jahren, d.h. dass 50 Prozent der nach § 57a StGB Entlassenen 16,7 Jahre Freiheitsstrafe verbüßt hatten, ehe die Entlassung erfolgte. Die Mittelwerte zwischen den einzelnen Bundesländern variieren. Die Unterschiede zwischen den Bundesländern dürfen jedoch auch hier wieder nicht überinterpretiert werden, da sich aus den jährlichen Erhebungen der Kriminologischen Zentralstelle nicht ergibt, aus welchen

Gründen die Vollstreckung über die 15-Jahresgrenze hinaus fortgesetzt wurde; nach § 57a StGB können sowohl die besondere Schwere der Schuld als auch die fortbestehende Gefährlichkeit als auch die fehlende Einwilligung des Verurteilten maßgeblich gewesen sein.

V. LEGALBEWÄHRUNG NACH ENTLASSUNG AUS DEM STRAFVOLLZUG

Aussagen zur Legalbewährung der aus dem Strafvollzug Entlassenen können der Rückfallstatistik entnommen werden, die von dem Göttinger Kriminologen *Jehle* in Zusammenarbeit mit dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Abteilung Kriminologie, erstellt worden ist.⁴ Die jüngste Rückfallstatistik gibt an, ob und wie sich die aus dem Strafvollzug im Jahr 2010 Entlassenen in den drei Folgejahren bewährt haben. Von den im Jahr 2010 entlassenen Lebenslänglichen wurden bis zum Jahr 2013 lediglich 13,8 Prozent erneut auffällig. Etwa zwei Drittel der erneut Auffälligen wurden zu Geldstrafe verurteilt und lediglich ein Drittel erhielt für die erneute Auffälligkeit eine Freiheitsstrafe, die allerdings in keinem Fall mehr als zwei Jahre betrug. Die Rückfallquote der entlassenen Lebenslänglichen ist damit deutlich geringer als die Rückfallquote der übrigen aus dem Strafvollzug Entlassenen: Im Durchschnitt werden von den aus dem Strafvollzug Entlassenen knapp die Hälfte (im Jahr 2010: 46,0 Prozent) innerhalb der nächsten drei Jahre rückfällig; der Anteil der aus dem Vollzug der Jugendstrafe Entlassenen liegt sogar noch deutlich darüber (64,0 Prozent).

Die geringe Rückfallquote der entlassenen Lebenslänglichen von lediglich 13,8 Prozent weist darauf hin, dass es sich bei den Entlassenen keineswegs um eine gefährliche Tätergruppe handelt, bei denen die Rückfallgefahr hoch ist. Einschränkend muss allerdings im Blick behalten werden, dass die Entlassung aus dem Strafvollzug nach § 57a StGB auch nur dann erfolgt, wenn die Entlassung unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann, d.h. wenn die Rückfallwahrscheinlichkeit von der Strafvollstreckungskammer als gering eingeschätzt wird. Strafgefangene, bei denen die Rückfallwahrscheinlichkeit nicht gering ist, werden nicht entlassen.

⁴ Jehle, u.a., Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, 2016, S. 67

VI. FORSCHUNGSPROJEKT STRAFZUMESSUNG BEI MORD

Um die aus den genannten Statistiken ableitbaren Befunde weiter aufzuhellen und einen differenzierteren Eindruck von der Praxis der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch die erkennenden Gerichte zu erhalten, wurde an der Universität Hannover das Forschungsprojekt »Strafzumessung bei Mord« durchgeführt. Hintergrund des Projekts war, dass die genannten Statistiken keinerlei Aussagen darüber ermöglichen, wann und wie häufig die Schwurgerichte bei Mordverurteilungen wie »besondere Schwere der Schuld« feststellen und damit die Entlassung aus dem Strafvollzug nach Ablauf der Mindestverbüßungsdauer von 15 Jahren verhindern. Auch über die Frage, welche Bedeutung die im Gesetz genannten Möglichkeiten zur Strafrahmengmilderung bei Verurteilung wegen vollendeten Mordes in der Praxis haben, lässt sich aus den Statistiken keine Antwort gewinnen. Dies gilt auch für die von der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit, in den Fällen der heimtückischen Tötung bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände von der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe abzusehen.⁵ In dem Forschungsprojekt war es das Ziel, die Häufigkeit der einzelnen Fallkonstellationen zu beschreiben und die Umstände, die die richterlichen Strafzumessungsentscheidungen in den genannten Konstellationen beeinflussten, empirisch weiter aufzuklären.

Grundlage der Untersuchung war die Auswertung nahezu sämtlicher Verurteilungen, die in den Jahren 2013 und 2014 in Deutschland wegen vollendeten Mordes nach allgemeinem Strafrecht ergangen waren. Verurteilungen wegen versuchten Mordes blieben ebenso unberücksichtigt wie Verurteilungen nach Jugendstrafrecht. Ausgewertet wurden 185 Entscheidungen, in denen 196 Personen (162 Alleintäter, 27 Mittäter, zwei Haupttäter, ein Anstifter, vier Gehilfen) verurteilt wurden. Knapp ein Fünftel der Verurteilten (18,9 Prozent) wurde wegen wenigstens eines weiteren Tötungsdelikts verurteilt. Insgesamt wurden 221 Einzelverurteilungen wegen vollendeten Mordes ausgewertet. Die Staatsanwaltschaften in Hamburg und Wiesbaden

⁵ BGHSt 30, 105

lehnten die Teilnahme an der Untersuchung ab.⁶

Der Untersuchung ließen sich zunächst einige kriminologisch interessante Angaben entnehmen. Der Median des Alters der Verurteilten lag bei 38 Jahren; das arithmetische Mittel belief sich auf 38,9 Jahre. Der jüngste Verurteilte war 19 Jahre, der älteste 77 Jahre alt. Der Frauenanteil der Verurteilten betrug 11,4 Prozent. Mehr als zwei Drittel der Verurteilten (71,4 Prozent) hatten die deutsche Staatsangehörigkeit; mehr als die Hälfte (55,6 Prozent) war in Deutschland geboren worden.

Interessant war auch, dass mehr als die Hälfte der Verurteilten (53,6 Prozent) keine Vorstrafenbelastung aufwies und der Anteil der Täter mit einer hohen Vorstrafenbelastung (neun oder mehr Vorstrafen) unter zehn Prozent lag ($n = 18$; 9,2 Prozent). Von den wegen Mordes Verurteilten waren fünf Verurteilte (2,6 Prozent) bereits einschlägig vorbestraft: Vier Personen waren schon einmal wegen Mordes nach § 211 StGB verurteilt worden, eine Person war schon einmal wegen Totschlags nach § 212 StGB verurteilt worden. Trotz dieser qualitativ erheblichen Vorauffälligkeit muss indes festgehalten werden, dass der Anteil der Vorbestraften insgesamt nur gering war. Geht man davon aus, dass die Vorstrafenbelastung ein wichtiger Indikator für die Beurteilung der Rückfallwahrscheinlichkeit ist, korrespondiert der geringe Anteil an Vorbestraften mit dem ebenfalls geringen Anteil an Entlassenen, die innerhalb eines Dreijahreszeitraums rückfällig werden (vgl. oben V.).

Im Mittelpunkt des Interesses stand indes die Frage nach den von den Schwurgerichten ausgerichteten Rechtsfolgen.

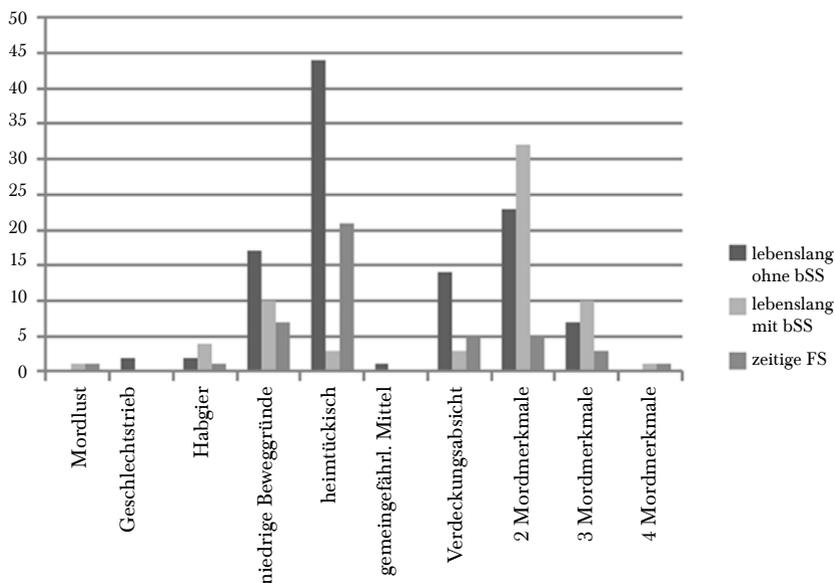
Die Untersuchung machte die Spannweite der Strafzumessungsentscheidungen deutlich. Mehr als drei Viertel der Verurteilten (77,0 Prozent) erhielten eine lebenslange Freiheitsstrafe als Einzel- oder Gesamtstrafe; in weniger als einem Viertel der Fälle wurde die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert. In gut einem Fünftel der Fälle (21,4 Prozent) – und damit keineswegs nur in wenigen Ausnahmefällen – stellten die Gerichte entweder bei der Einzel- oder bei der Gesamtstrafe die

6 Zum Folgenden ausführlich J. Kunze, Strafzumessung bei Mord. Eine empirische Untersuchung zur Rechtsfolgenentscheidung bei Verurteilungen wegen vollendeten Mordes nach allgemeinem Strafrecht in den Jahren 2013 und 2014, Jur. Diss. Hannover, 2018.

besondere Schwere der Schuld fest. Um die Zusammenhänge weiter aufzuklären, wurden in der Untersuchung die Leitmotive herausgearbeitet, die der Tötung eines anderen Menschen jeweils zu Grunde gelegen hatten. Insoweit ließ sich feststellen, dass zwei Problemkonstellationen im Vordergrund standen: Finanzielle Probleme und Beziehungskonflikte. Von den 221 analysierten Einzelverurteilungen wegen vollendeten Mordes entfiel mehr als die Hälfte der Verurteilungen ($n = 126$; 57,0 Prozent) auf diese beiden Leitmotive. Weitere Leitmotive ließen sich quantitativ kaum herausarbeiten; die kriminologisch und kriminalpolitisch interessierende Gruppe der sexuellen Motive war nur in einem kleinen Teil der Fälle relevant ($n = 10$; 4,5 Prozent).

Für die Rechtsanwendung interessanter als die Frage der Leitmotive ist die Frage, mit welcher Häufigkeit die einzelnen Mordmerkmale angewandt wurden. Die Auswertung der 221 Einzelverurteilungen erbrachte, dass insgesamt 324 Mordmerkmale bejaht worden waren. Am häufigsten wurde von den Schwurgerichten das Mordmerkmal der Heimtücke bejaht ($n = 132$; 40,7 Prozent), hinter dem die anderen Mordmerkmale deutlich zurückstanden. Tabelle 4 macht deutlich, mit welchen Sanktionen die festgestellten Mordmerkmale korrelierten. Dabei fällt auf, dass die Annahme von Heimtücke besonders häufig zur Verhängung von zeitiger Freiheitsstrafe führt, während umgekehrt besondere Schwere der Schuld vor allem dann angenommen wird, wenn im Urteil niedrige Beweggründe oder kumulativ zwei oder sogar drei Mordmerkmale festgestellt werden.

TAB. 4: MORDMERKMALE UND SCHWERE DER (EINZEL-) STRAFE



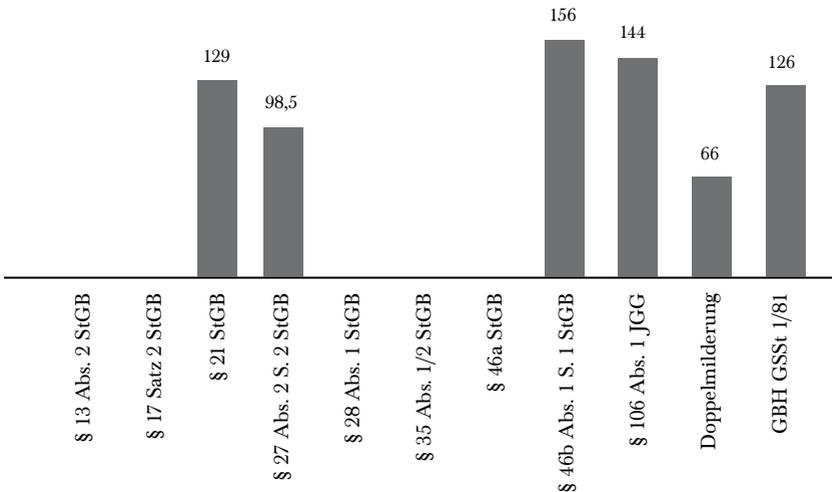
Für die Ermittlung der Umstände, die die Entscheidungen beeinflussten, wurden sowohl die in den Urteilen niedergelegten Strafzumessungsbegründungen ausgewertet (vgl. § 267 Abs. 3 StPO) als auch bivariate Korrelations- und multivariate logistische Regressionsanalysen durchgeführt.

Soweit es die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld betraf, erwies sich die Zahl der Mordopfer als die einflussreichste Variable. Hatte der Angeklagte keinen weiteren Mord begangen, wurde nur in einem Fünftel der Fälle (19,1 Prozent) die besondere Schwere festgestellt; wurde er auch wegen weiterer Mordtaten verurteilt, stieg der Anteil auf 85,0 Prozent ($r_{\text{phi}} = 499$; $p < .001$). Die logistische Regression zeigte, dass die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld auch im Übrigen vor allem durch tatbezogene Umstände beeinflusst wurde. Wesentliche weitere Einflussfaktoren waren die Schädigung weiterer, nicht ermordeter Opfer, die Aburteilung weiterer, in ungleichartiger Realkonkurrenz stehender Taten, rücksichtsloses und brutales Vorgehen und eine hohe Vorstrafenbelastung.

Ebenfalls strafschärfend wirkte es sich aus, wenn der Angeklagte ein Zufallsopfer getötet hatte. Umgekehrt wirkte es gegen die Feststellung besonderer Schwere der Schuld, wenn der Täter ein Geständnis abgelegt und sich in der Hauptverhandlung einsichtig gezeigt hatte. Mit den genannten Variablen konnte ein hohes Maß an Varianz erklärt werden (Nagelkerkes $R^2 = .745$).

Die Milderung der lebenslangen Freiheitsstrafe ging in der weit überwiegenden Zahl der Fälle (80,0 Prozent) auf die Annahme verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) zurück. Eine nennenswerte Rolle (8,9 Prozent) nahmen nur noch die Beihilfemilderungen (§ 27 Abs. 2 StGB) ein. Von den übrigen Milderungsmöglichkeiten machten die Gerichte nur selten Gebrauch (Unterlassen, § 13 Abs. 2 StGB; Fehlen besonderer persönlicher Merkmale, § 28 Abs. 1 StGB; Aufklärungshilfe, § 46b Abs. 1 StGB; junges Alter des Verurteilten, § 106 Abs. 1 JGG). Dies galt auch für die von der Rechtsprechung entwickelte »Rechtsfolgenlösung« bei Vorliegen außergewöhnlicher schuldmindernder Umstände (BGHSt 30, 105), für die im Untersuchungsgut nur zwei Anwendungsfälle (4,4 Prozent) gefunden werden konnten. Die Strafhöhen, die von den Schwurgerichten in diesen Fällen ausgesprochen wurden, lassen sich Tab. 5 entnehmen.

TAB. 5: MILDERUNGSGRÜNDE UND SCHWERE DER (EINZEL-) STRAFE



Für die Entscheidung zur Strafmilderung erwiesen sich vor allem täterbezogene Umstände als bedeutsam. In der logistischen Regression setzten sich das Geständnis, die Tötung im Affekt, die psychische Störung des Verurteilten, seine Gehilfenstellung, die Stabilisierung seiner Lebensverhältnisse nach der Tat sowie der Umstand, dass nur ein Mensch getötet wurde und es sich dabei um eine Spontantat gehandelt hatte, als entscheidende Einflussfaktoren durch. Mit den genannten sieben Merkmalen konnte auch hier ein hohes Maß an Varianz erklärt werden (Nagelkerkes $R^2 = .710$).

Die genannten Verteilungen entsprachen im Wesentlichen den Erwartungen. Hinweise auf den Einfluss verfahrensfremder Umstände konnten nicht ermittelt werden. Die Untersuchung lieferte insbesondere keine Hinweise auf den Einfluss regionaler Unterschiede, was in den Fällen der schweren Kriminalität wie Mord vor allem auf die steuernde Kontrolle durch den Bundesgerichtshof zurückzuführen sein dürfte.

VII. ZUSAMMENFASSUNG

Fasst man den bisherigen empirisch-kriminologischen Forschungsstand zusammen, zeigt sich folgendes Bild:

1. Trotz geringer, oftmals nur einstelliger Verurteilungszahlen pro Jahr in den einzelnen Bundesländern stellen die »Lebenslänglichen« im Vollzug einen vergleichsweise hohen Anteil der Gefangenen.
2. § 57a StGB ist kein rechtspolitisches Allheilmittel. Mehr als zehn Prozent der »Lebenslänglichen« versterben im Vollzug.
3. Bei etwa jeder fünften Verurteilung wegen vollendeten Mordes – und damit keineswegs nur in wenigen Ausnahmefällen – wird von den Schwurgerichten die »besondere Schwere der Schuld« angenommen.
4. In knapp einem Viertel der Fälle wird für vollendeten Mord eine zeitige Freiheitsstrafe verhängt. Die größte Bedeutung hat dabei die Strafmilderung wegen erheblich verminderter Schuldfähigkeit nach § 21 StGB.

5. Die im Gesetz absolut angedrohte lebenslange Freiheitsstrafe wird in der Praxis wie eine zeitige Freiheitsstrafe gehandhabt. Soweit von den Gerichten die lebenslange Freiheitsstrafe ausgerechnet wird – sei es mit oder ohne Feststellung der »besonderen Schwere der Schuld« –, ist die tatsächliche Dauer der Strafe für den Betroffenen nicht kalkulierbar.

Dr. Tobias Müller-Monning

LEBENSLANGE HAFT – MEDIUM ZUR VERGANGENHEITSBEWÄLTIGUNG ODER ZUKUNFTSZERSTÖRER?

PERSPEKTIVEN DER GEFÄNGNISSELSORGE

EINFÜHRUNG

Gefängnisseelsoerger*innen treffen – insbesondere in den Anstalten der Sicherheitsstufe eins – auf Gefangene, die zu einer lebenslänglichen Freiheitstrafe verurteilt wurden, sogenannte Lebenslängliche; umgangssprachlich als »LLer« bezeichnet. Viele Seelsoerger*innen begleiten diese Gefangenen über Jahre hinweg, manche auch im schwierigen Prozess der Entlassung, die nicht bei allen gelingt. Die Evangelische Konferenz für Gefängnisseelsoerger in Deutschland wird von ca. 280 Pfarreroinnen und Pfarrern gebildet, die in elf Regionalkonferenzen über Staatskirchenverträge und Vereinbarungen den Zugang in die Haftanstalten bekommen. Sie sind Grundrechtsträger und sollen das Recht auf freie Religionsausübung nach Artikel 4 Grundgesetz gewährleisten. Die Seelsoerger kommt als eigener Abschnitt in allen 16 Strafvollzugsgesetzen vor und ist durch die §§ 53, Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 / 97 Abs. 1 Nr.1 / 160 a Nr. 1 mit ähnlichen Rechten ausgestattet wie ein Rechtsanwalt.

Die Evangelische Konferenz für Gefängnisseelsoerger in Deutschland hat sich bereits in einer Stellungnahme im Mai 1992 gegen die lebenslängliche Freiheitstrafe ausgesprochen.¹ Auch in ihrem letzten Reader »Zur Zukunft des Gefängnisystems« von 2017 fordert die

1 »Gefängnisseelsoergerinnen und Gefängnisseelsoerger begleiten auch zu lebenslanger Freiheitstrafe verurteilte Menschen. Dabei erleben wir die Auswirkungen einer zeitlich nicht befristeten Strafe als Leben zerstörend. Wenn auch immer wieder versichert wird, daß dies ethisch nicht erlaubt und rechtsstaatlich nicht gewollt ist, sprechen doch die Tatsachen dagegen. Angesichts der weithin hoffnungslosen Alltagswirklichkeit der zu lebenslanger Freiheitstrafe verurteilten Menschen wollen und können wir nicht schweigen.« Votum gegen die Lebenslange Freiheitstrafe der Ev. Konferenz für Gefängnisseelsoerger vom Mai 1992 siehe: https://www.gefängnisseelsoerger.de/fileadmin/mediapool/gemeinden/E_gefängnisseelsoerger/PDFs/Stellungnahmen/Lebenslaenglich_1992.pdf

Konferenz erneut, über die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe nachzudenken.²



Ich arbeite in der Justizvollzugsanstalt Butzbach als Gefängnis-seelsorger seit dem Jahre 2000. Von meinem Vorgänger, Pfr. Otto Seesemann, habe ich damals eine Gesprächsgruppe – den »Evangelischen Gesprächskreis« – übernommen, der vorwiegend aus Menschen bestand und besteht, die zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt sind. Pfarrer Seesemann war 17 Jahre in Butzbach. Der Kreis existiert also seit 35 Jahren.

Der Gefangene mit der längsten Verweildauer im Gesprächskreis seit ich in Butzbach arbeite ist seit 2003 dabei, also seit 15 Jahren. Die

² Zur Zukunft des Gefängnisystems siehe: https://www.gefängnisseelsorge.de/fileadmin/mediapool/gemeinden/E_gefängnisseelsorge/Externer_Bereich/Publikationen/Reader_Gefängnisseelsorge/RGS_Sonderausgabe_2017.pdf

gemeinsame Erfahrung aus dem Gesprächskreis und aus unzähligen Einzelgesprächen fließt in das ein, was ich Ihnen heute sagen werde und die Fragen am Ende, sind die Fragen der Gefangenen, die ich Ihnen übermittele. Zuerst gehe ich auf das gesellschaftliche Phänomen lebenslange Freiheitsstrafe ein, dann auf den Begriff ›Haft‹ und die Wirkung von Haft, danach folgt ein kurzer Exkurs zu dem Begriff Zeitstrafe und das Ende soll Perspektiven aufzeigen.

DAS PHÄNOMEN

Von lebenslanger Haft betroffen sind relativ wenige Personen. Rechnet man die Angehörigen dazu, sowie die Langzeitverwahrten in den §-63-Einrichtungen, die Sicherungsverwahrten und Menschen mit sehr langen Haftstrafen, dann kommen wir auf mehrere tausend Menschen. Eine winzige Minderheit, die allerdings medial und in ihrer symbolischen Aussage eine hohe gesellschaftliche Bedeutung hat. Das Phänomen selber umfasst:

- ca. 1.800 Personen mit lebenslanger Haftstrafe in Deutschland;
- 100 kommen jährlich hinzu;
- monatlich finden im Bundesdurchschnitt acht Entlassungen nach § 57 a StGB statt;
- Maßregelvollzugspatienten;
- Sicherungsverwahrte;
- langjährig Inhaftierte.

Da die meisten Lebenslänglichen Tötungsdelikte begangen haben, geht es auch um die Wahrnehmung der Opfer, ihrer Angehörigen und um die gesellschaftliche Verarbeitung solcher Taten. Es geht um Reue und Sühne, von als schwere Verbrechen empfundenen sozialen Ereignissen. Dass der Strafzweck einer Freiheitsstrafe ein anderer als Rache und Sühne ist, interessiert in der Öffentlichkeit nur wenige Menschen. Dabei ist die Mordrate in Deutschland im Vergleich gering. Sie liegt bei 0,8 auf ein hunderttausend Bevölkerung, in Honduras bei 90 und in einigen Regionen Guatemalas, wie dem Petén bei 109.³ Im Grunde repräsentieren die Männer und wenigen Frauen, die

³ Die Daten stammen vom UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME UNDOC. Statistisch ist die Anzahl der Morde in Deutschland seit dem Kriminalitätspeak 1993 von 1468 auf 565 in 2015 gesunken (Quelle Polizeiliche Kriminal Statistik).

lebenslange Freiheitsstrafen verbüßen, für alle anderen das Böse, das in den Räumen der Strafanstalten sicher verwahrt wird.

HAFT

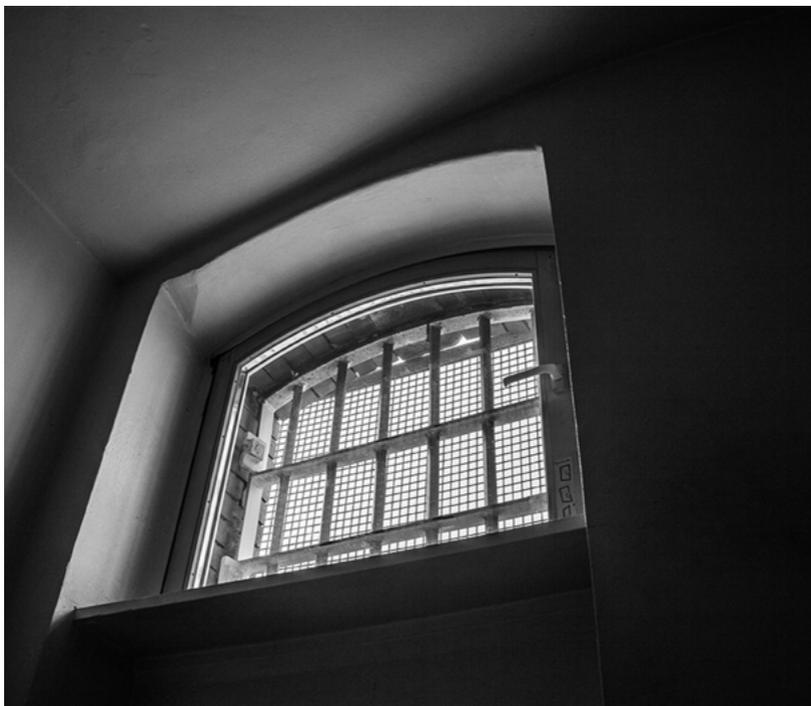
Der Begriff ›Haft‹ umfasst das gesamte Phänomen Freiheitsstrafe. Es ist die Organisation des gefangengehaltenen menschlichen Körpers, der erst durch den Eintritt in die Haftanstalt, also durch den Beginn des Vollzuges der Freiheitstrafe zum Häftling, zum Gefangenen wird. Das, was am meisten auf den Körper einwirkt, ist die Anordnung der Gegenstände auf der Oberfläche des Raumes, eines Raumes der von Foucault als »Heterotopie« bezeichnet wird. Ein Andersort, der zwar mitten in all den Räumen der Normalität liegt, aber qua Definition – und der damit verbundenen Zugangsbeschränkung – aus dem Raum herausgenommen ist.⁴

Das Innere des Hafthauses ist den Gefangenen vorbehalten – und dem Personal, das die Gefangenschaft vom logistischen und behandlerischen Aspekt aus organisiert. In der JVA Butzbach müssen vierhundertfünfzig Männer gepflegt, gesundheitlich versorgt, mit Arbeit versehen werden. Bildungs- und »Freizeitmaßnahmen« müssen vorgehalten werden, der bauliche Zustand der Architektur muss gepflegt und gewartet werden. Dies alles unter den Vorgaben des hessischen Strafvollzugsgesetzes und nach den Aspekten der Sicherheit und Ordnung, weil ein großer Teil der Gefangenen als gefährlich gilt.

Haft wirkt auf das langfristige Befinden und unmittelbar auf die Gefühle der Gefangenen. Ihr Grundwirkungsmechanismus besteht in der Deprivation von Sinneseindrücken. Sehen, Hören, Riechen/Schmecken, Taktiles/Berührung wird in allen Bereichen reduziert. Hinzu kommt die Begrenzung des erlebten Raumes der allein im Denken und der Phantasie oder durch den Einfluss von Medien wie TV und Playstation sich weiten kann. Die Auslieferung des Körpers an die auferlegte Begrenzung ist total. Dazu gehört auch die Ein-

4 »Es sind gleichsam Orte, die außerhalb aller Orte liegen, obwohl sie sich durchaus lokalisieren lassen. Da diese Orte völlig anders sind, als alle die Orte die sie spiegeln und von denen sie sprechen, werde ich sie im Gegensatz zu den Utopien als Heterotopien bezeichnen.« *Foucault, M.*, Von anderen Räumen, in: Dünne, J., Günzel, S. (Hg.): Raumtheorie, 2006, S. 320

schränkung der Kommunikation mit dem Außen und untereinander durch den »Einschluss« und den internen Ausschluss, im Falle von Absonderungen und Disziplinarmaßnahmen. So ist im hessischen Vollzug die Besuchszeit auf zwei Zeitstunden im Monat reduziert, die mögliche Telefonzeit beträgt fünf Minuten pro Woche⁵



Die Organisation der Haft selber vergegenständlicht den menschlichen Körper. Sprachfiguren wie, »Alles unter Verschluss«, »Wegsperrern« oder »Verschubern« führen zu einer Objektwerdung des

5 Die Reduktion der Kontaktmöglichkeiten führt regelmäßig zu Handyfunden in den Haftanstalten die nicht mit automatisierten Handyortungssystemen ausgestattet sind. Manchmal erreicht diese Wirklichkeit die Öffentlichkeit, so wie bei der schriftlichen Anfrage 17/15477 des Mitgliedes des Berliner Abgeordnetenhauses Sven Kohlmeier 2015 nach Handy und Drogenfunden in Berliner Gefängnissen. In der Antwort der Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz musste zugegeben werden, dass pro Jahr mehr als 1.000 Mobiltelefone in den Berliner Haftanstalten sichergestellt werden. Im Jahre 2017 waren es 1.303 die gefunden wurden.

Gefangenen, der dies auch selbst so empfindet. Die subjektiv empfundene Sinnlosigkeit der Haft führt zu einer sich selbst schädigenden Copingstrategie. Drogenkonsum ist eine der häufigsten Strategien, das Unerträgliche zu ertragen, oft unterstützt von einer großzügigen Vergabe von Psychopharmaka. Eine hohe zweistellige Zahl von Personen wird in der JVA Butzbach mit Methadon substituiert, oft fehlt die psychosoziale Begleitung.⁶

Diese Umgebung, diesen Kontext, diese Lebenswelt lebenslang aushalten zu müssen ist nicht nur schwierig, sondern fast unmöglich. Anna Kücking, eine junge Journalistin die den Ev. Gesprächskreis in der JVA Butzbach besucht hat, hat es in einem Artikel so beschrieben:

»Von ihrer Identität bleibt den Männern am Tisch so viel wie vom Kuchen auf den Papptellern vor ihnen: Krümel. Die Aussortierung sitzt. Mindestens einmal in der Woche kommt es im knapp 500 Mann starken Gefängnis zu Ausschreitungen. ›Kein Wunder an diesem Ort‹, sagt einer der Gefangenen und wirft sich fünf Stücke Zucker in den Kaffee. Was einem im Gefängnis abhandenkommt, ist Ruhe. Stimmengewirr fegt dröhnend durch die Luft, es kommt von überall. Wenn eine der massiven Eisentüren schließt, fräst sich ein unerbittlicher Ton durch die Poren der dicken Wände durchs Gebäude. In der Zelle kann man kaum ganz die Hände ausstrecken, ohne auf Stein zu stoßen. Die kalte Wand starrt einen an, das Fenster verhöhnt mit seinem hohen, nicht erreichbaren Sitz. Es riecht nach altem Essen und abgestandenem Rauch.

Sven Regler hat seine Frau umgebracht. Wenn er das sagt, hat man das Gefühl, ein Teil von ihm stirbt dabei mit. Es war keine kalkulierte Tat, sondern die Sicherung, die von der einen auf die andere Sekunde explodiert ist. Bei vielen Gefangenen seines Strafmaßes brennt sie langsam durch, es sind verschmorte Biografien mit vielen Haftaufenthalten. Geschichten vom stetigen Schrumpfen der Möglichkeiten bis zur totalen Gleichgültigkeit. Diese Geschichten treffen im Gefängnis aufeinander. Kriminelle Subkulturen bilden sich, Männerdominanz beherrscht die Begegnungen.«⁷

6 Medikamentencocktails wie 6,5 ml. Methadon plus 600 mg. Lyrica plus Seroquel plus Remagil sind keine Seltenheit.

7 Siehe: »Das Gitter öffnen« Theater und Meditation in Haft. Das ist kein Luxus, sondern kann Lichtblick und Therapie bedeuten. Eine Reise hinter Gittern. <http://www.taz.de/15494705/> Zugriff 12.06.2018



Wissenschaftliche Untersuchungen über das Erleben von Haft gibt es nur sehr wenige. Die bereits 1991 durchgeführte Untersuchung von *Gerhard Kette* in österreichischen Gefängnissen beruht auf tausenden anonymer Tagebuchaufzeichnungen von Gefangenen über ihr Befinden in unterschiedlichen Momenten der Haft. Die sozialen Umwelten, die Beziehungen untereinander und zum Personal, die Art der Außenkontakte, die Bedürfnisse nach Leistung, sinnvollem Tun, nach materiellen Gütern und physischem Wohlbefinden werden analysiert anhand der Aufzeichnungen der Gefangenen. Er kommt zu dem Ergebnis »Die Befindensuntersuchung an Gefängnisinsassen weist darauf hin, dass Strafen und Helfen derzeit unvereinbar sind. Resozialisierung kann im untersuchten Gefängnis nicht verwirklicht werden.« Das heißt, die Wahrscheinlichkeit, dass eine Beeinträchtigung oder Schädigung eintritt, ist im Gefängnis wesentlich höher als in anderen Lebensbezügen. Gut ein Drittel der von *Kette* untersuchten Gefangenen weißt eine emotionale Störung auf.⁸

8 Siehe: *Kette*, Gerhard, Haft. Eine sozialpsychologische Analyse. Göttingen 1991, S. 180

FREIHEITSSTRAFE

Der Sinn und Zweck der Freiheitsstrafe wird in allen Strafvollzugsgesetzen gleich formuliert. Auch der Angleichungsgrundsatz, dass »das Leben im Vollzug den allgemeinen Lebensverhältnissen so weit als möglich angeglichen« werden soll, ist in allen Strafvollzugsgesetzen aufgenommen, ebenso der Satz: »Schädlichen Folgen des Freiheitsentzuges ist entgegenzuwirken« (§ 3 Abs. 1 und Abs. 2 StVollzG).

Tatsächlich leistet der Freiheitsentzug, so wie er in den Gefängnissen organisiert ist, genau das Gegenteil. Die Gegenwart des Lebens in Haft ist immer geprägt durch die Gefängnisstruktur. Das heißt, der Gefangene ist den schädigenden Einflüssen dauerhaft ausgesetzt. Hinzu kommt, dass die Beurteilung seiner Person an der strafrechtlich relevanten Vergangenheit ausgerichtet ist. Die Gegenwart ist nicht geprägt von der Zukunft eines Lebens in Freiheit – die es ja nicht gibt –, sondern von der Vergangenheit die die Gegenwart durch die Straftat bestimmt. Es kommt im Erleben zu einer Verschiebung der inneren Struktur des Zeitgitters. Ein permanentes ›Warten auf‹ prägt das Erleben in der Haft. Da das ›Warten auf‹ bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe in Verbindung mit den Erfahrungen des ständigen Nichteintretens des Erwarteten Hand in Hand geht, wird das ›Warten auf‹ zu einem ›Warten auf Godot‹ – dem wahrscheinlichen Nichteintreten der Entlassung. Der Verlust des eigenen Selbstbildes tritt ein, eine Entsozialisierung ist die Folge. Bei langjährigen Inhaftierten bleibt die Welt draußen zurück. Angehörige brechen den Kontakt ab oder versterben, das vorhandene soziale Netz löst sich kontinuierlich auf, es gibt den Ort, an den man hätte zurückkehren können, nicht mehr. In letzter Konsequenz ist es der Wunsch des Gefangenen selbst, nicht mehr entlassen werden zu wollen. Das Gefängnis ist dann endgültig zum einzigen möglichen Lebensort geworden.

FRAGEN

Als ich den Gefangenen in der Gruppe mitgeteilt habe, dass ich auf dem Strafverteidigertag über LL aus der Sicht der Gefängnis-seelsorge sprechen werde, haben Sie mir Fragen mitgegeben an die Strafverteidiger*innen. Zuerst gab es einen kleinen Aufruhr in der Gruppe, »die können ja doch nichts machen«, »ist ja ganz nett, aber

die sind genauso machtlos wie ich es im Prozess war« und so weiter. Interessant war, dass die Gefangenen sofort zurück im Erleben des Strafprozesses waren.



Folgende Fragen für die Diskussion haben sie mir mitgegeben:

- »Im Namen des Volkes« ist das noch zeitgemäß? Und stimmt das überhaupt?
- Freie Beweiswürdigung? (§ 261 StPO) – viele der Gefangenen erleben das Urteil als eine Konstruktion einer Wahrheit, aber nicht als die von ihnen erlebte Wahrheit des Geschehenen.
- Ist es nicht möglich Sachprotokolle, inhaltliche Protokolle zu führen, oder den ganzen Prozess mit Video zu dokumentieren? Auch hier ist der Hintergrund, dass die Gefangenen sich im Urteil als nicht angemessen wiedergegeben erleben oder gar als verfälscht wahrgenommen vorkommen.
- Ist es nicht möglich, LLer wie SVer zu behandeln? Wenn schon

eine unbegrenzte Verwahrung, dann nach den gleichen Maßstäben wie auch Sicherungsverwahrte oder sogar eigene Einrichtungen für lebenslänglich Gefangene.

- Renten- und Krankenversicherung, wieso ist das für Gefangene nicht möglich?

PERSPEKTIVEN

In der spirituellen Ausrichtung der Gefängnisseelsorge ist es wichtig sich zu vergegenwärtigen, dass Raum und Zeit immer unbegrenzt sind. Diese Unbegrenztheit in der Begrenzung, die die Zelle darstellt und die das Gefängnis architektonisch verkörpert aufrechtzuhalten, ist die Aufgabe der Seelsorge. Es geht darum, die eigene Autonomie und Selbstbestimmung zu fördern, die Perspektive offenzuhalten in scheinbarer Perspektivlosigkeit, Freiheit zu leben inmitten der Unfreiheit, dem Nichtwissen zu vertrauen, sich geborgen zu fühlen in einer feindlichen Umwelt. Deswegen darf es aus der Sicht der Gefängnisseelsorge keine lebenslange Freiheitsstrafe geben, die zerstörerisch wirkt auf alle, die an ihr beteiligt sind und die keine Perspektive offen lässt.

Ich möchte jedoch nicht nur im Negativen versinken. Es gibt durchaus Gelingendes in Haft, als Beispiel zeige ich Ihnen zwei kurze Videoclips, die in der JVA Butzbach in Zusammenarbeit mit der Evangelischen Akademie Frankfurt entstanden sind:

https://www.youtube.com/watch?v=S3NxAG_tUo hier spricht Thomas Müller über Gnade und Ungnade

<https://www.youtube.com/watch?v=VjNeMynISoU> hier spricht Joseph Martin über Gnade und Ungnade.

Beide Beispiele zeigen die Möglichkeiten auf, die bei einer wirklichen Auseinandersetzung mit den Folgen der Straftat verbunden sind. Sie zeigen auch auf, dass nicht nur der Täter verurteilt wird, sondern immer auch die Familie des Täters betroffen ist; genauso wie die Familie des Opfers. Die Frauen und Kinder des Täters und des Opfers sind Teil des Geschehens. Würde an Stelle von Strafe und Rache nach Heilung und Ausgleich gesucht, wäre allen Beteiligten besser gedient.

- Eine Straftat – auch ein Mord – ist ein soziales Ereignis. Es wird durch mehrere Menschen erzeugt, generiert!

- Es geht um die Heilung der Tatfolgen sowohl für die Opfer wie auch für die Täter und ihre Familien, um ein Ausgleichsstrafrecht.
- Versöhnung ist ein Beziehungsgeschehen und kann nicht durch Ausschluss erzeugt werden!



Perspektivisch wichtig sind eine Reform der Strafgesetzgebung und eine weitreichende Entkriminalisierung von bisherigen Straftatbeständen. Methoden des restorative justice, die Täter, Opfer und die Gesellschaft gleichermaßen berücksichtigen, sind in den Strafvollzug aufzunehmen. Unbedingt wichtig ist auch die Einbeziehung der Familien, einmal, um Kontaktabbrüche entgegenzuwirken und vor allem, um zu erkennen, was eine Verurteilung für die Familien, insbesondere die Kinder bedeutet. Und letztendlich für den Rest, der nicht in Gemeinschaft leben kann, geht es um den Aufbau von Asylen, die ein menschenwürdiges Dasein gewährleisten. Erste Ansätze bietet hier das Konzept einer Opferorientierung im Justizvollzug, das

in Niedersachsen erarbeitet wurde.⁹

Ein Blick auf die Europäische Menschenrechtskonvention wäre auch hilfreich, ebenso ein Blick auf das europäische Ausland. Es gibt Perspektiven und Alternativen zur lebenslangen Freiheitsstrafe. Wird sie jedoch als ultima ratio angesehen und daher als notwendig erachtet zur Aufrechterhaltung der Norm, dann wird die lebenslange Freiheitsstrafe bleiben. Ich wünsche mir, dass wir die Suche nach Alternativen zur lebenslangen Freiheitsstrafe nicht aufgeben und, dass wir eine historische Geduld entwickeln, die es uns ermöglicht, das Rechtssystem langfristig zu reformieren.

Die Bilder in diesem verschrifteten Vortrag entstammen dem Fotoprojekt »Gefangene Eindrücke« der Schwarz-Weiß Fotogruppe Gießen und sind in der JVA Butzbach entstanden.¹⁰

POST SKRIPTUM

Aufgrund dieses Vortrages und eines Vortrages zum gleichen Thema in Juni 2017 in der Ev. Akademie Loccum, ist es zu einem Kontakt mit einem Vorsitzenden Richter einer Schwurgerichtskammer gekommen. Die Kammer hat die JVA Butzbach besucht. Ein Richter, zwei Richterinnen und eine Rechtsreferendarin haben mit lebenslänglichen Gefangenen über das Erleben ihrer Haft gesprochen. Einer der Gefangenen sagte: »Es ist, als würde meine Seele die Farbe verlieren«. Alle Beteiligten haben diese Begegnung als äußerst intensiv erlebt.

⁹ Sie den Abschlussbericht »Opferorientierung im Justizvollzug«, der von einer Arbeitsgruppe des niedersächsischen Justizministeriums erstellt wurde: https://www.mj.niedersachsen.de/download/110990/zum_Download.pdf

¹⁰ Bild S. 230 u. S. 233 Carmen Gäth / Bild S. 235 Gerhard Bühler / Bild S. 237 u. S. 239 Helma Korff

Simon Egbert

PREDICTIVE POLICING IN DEUTSCHLAND

GRUNDLAGEN, RISIKEN, (MÖGLICHE) ZUKUNFT

In vielen Polizeibehörden in Deutschland erfolgt derzeit die Erprobung bzw. Einführung softwaregestützter Prognosetechnologien. Mit diesen Techniken der (statistischen) Datenanalyse verbinden polizeiliche wie politische Fürsprecher*innen die Erwartung, Wissen über Kriminalität intelligenter auswerten, auf die Zukunft beziehen und dadurch polizeiliche Ressourcen effizienter als auch effektiver einsetzen zu können. Die automatisierte Verwertung großer polizeilicher Datenbestände verspricht dabei, Kriminalitätsrisiken bereits im Vorfeld erkennen und ihnen folglich vorbeugend begegnen zu können. Allerdings bleiben Versuche, die erwarteten präventiven und effizienzsteigernden Effekte empirisch zu untermauern, bislang umstritten,¹ was führende Verantwortliche allerdings nicht davon abhält, bereits an prognostischen Erweiterungen – vor allem bezogen auf das Deliktportfolio – zu arbeiten. Obgleich die gern herangezogenen Referenzen zur Dystopie ›Minority Report‹ durchaus Diskussionen über im Kern fehlgehende Risiken bezüglich Datenschutz und Bürger*innenrechte provoziert haben, sind mit digitalisierter und speziell prognostizierender Polizeiarbeit nichtsdestotrotz einschlägige Gefahren verbunden, die im vorliegenden Beitrag näher erläutert werden sollen.

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick gegeben werden, wo Praktiken des Predictive Policing derzeit im deutschsprachigen Raum pilotiert bzw. bereits dauerhaft eingesetzt werden und mit welchen Verfahren dort jeweils operiert wird. Danach wird das Softwareprogramm PRECOBS (»Pre Crime Observation System«)² und

1 Gluba, Alexander, Mehr offene Fragen als Antworten. In: *Die Polizei* 107 (2), 2016, S. 53-57

2 In Anlehnung an den Film ›Minority Report‹ und die dortigen, mit präkognitiven Fähigkeiten ausgestatteten Hellseher*innen, die ›Precogs‹ (bzw. *Precognitives*), hieß das Programm zu Beginn noch ›PRECOGS‹ (Balogh, Dominik A., Near Repeat-Prediction mit PRECOBS bei der Stadtpolizei Zürich. In: *Kriminalistik* 70 (5), 2016, 335-341, S. 336).

die dahinter stehenden kriminologischen Theorien eingehender vorgestellt, in deren Anschluss die Schwierigkeiten der Evaluation prognosebasierter Polizeiarbeit illustriert werden. Dem folgt eine Darlegung der möglichen Risiken und Nebenwirkungen polizeilicher Prognosesoftware, insbesondere mit Bezug auf die Freiheitsrechte der Bürger*innen. Geschlossen wird mit einem Ausblick, indem die mögliche zukünftige Entwicklung von Predictive Policing in Deutschland skizziert wird.

I. GRUNDLAGEN DES PREDICTIVE POLICING

»Und im Grunde ist die Regel ganz einfach:
Wenn ich Muster erkenne, kann ich in die Zukunft gucken,
wenn ich in die Zukunft gucken kann, kann ich Zukunft gestalten.«
(B1: 28f.)³

Predictive Policing, übersetzbar als prognosebasierte Polizeiarbeit, beschreibt die polizeiliche Anwendung von analytisch-technischen Verfahren, um operative – d.h. unmittelbar umsetzbare – Prognosen bezüglich wahrscheinlicher Ursprünge bzw. Zeiten und Orte zukünftiger Kriminalität zu generieren und umzusetzen. Die Vorhersagen können sich somit sowohl auf Orte wie auch Personen beziehen. Im Falle personenbezogener Prognosearbeit wird auch von »predictive profiling«⁴ oder »person-based predictive targeting«⁵ bzw. allgemeiner vom »individual-based predictive policing«⁶ gesprochen. Das international am breitesten diskutierte Beispiel ist in diesem Zusammenhang die »Strategic Subject List« der Polizei Chicago,⁷ wobei auch die Staatsschutzabteilungen hiesiger Landeskriminalämter ein in seiner Grundintention nicht unähnliches Verfahren anwenden:

3 Verweise aus Interviews, deren Gesprächspartner_innen anonym bleiben sollen, werden mit dem Kürzel B, der internen Nummer des Interviews (z.B. B1) sowie – sofern angezeigt – mit der Angabe der jeweiligen Zeilen des Transkripts markiert.

4 *Sommerer*, Lucia, Geospatial Predictive Policing – Research Outlook & A Call For Legal Debate. In: *NEUE KRIMINALPOLITIK* 29 (2), 2017, 147-164, S. 149

5 *Ferguson*, Andrew Guthrie: *The Rise of Big Data Policing*. New York: New York University Press, 2017, S. 34

6 Ebd.: S. 35; *Sommerer* 2017 (Fn. 4), S. 149

7 *Saunders*, Jessica; *Hunt*, Priscillia; *Hollywood*, John S. (2016): Predictions put into practice: a quasi-experimental evaluation of Chicago's predictive policing pilot. In: *JOURNAL OF EXPERIMENTAL CRIMINOLOGY* 12 (3), 2016, S. 347-371

Das vom Bundeskriminalamt in Kooperation mit der Arbeitsgruppe Forensische Psychologie der Universität Konstanz entwickelte ›RADAR-iTE‹ (= ›regelbasierte Analyse potentiell destruktiver Täter zur Einschätzung des akuten Risikos - islamistischer Terrorismus‹),⁸ das bereits als ›Gefährder‹ oder ›Relevante Personen‹ eingestufte Personen hinsichtlich ihres individuellen Gewaltrisikos bewerten und entsprechende Priorisierungsentscheidungen für Überwachungsmaßnahmen anleiten soll. Zwar wird vom BKA RADAR-iTE explizit nicht als Verfahren im Sinne des Predictive Policing verstanden – z.B. da im Zuge dessen keine eigenständige Prognosesoftware benutzt wird (B47) –, aus wissenschaftlich-terminologischer Sicht ist diese Differenzierung aber nur schwer nachzuvollziehen, da faktisch operative Prognosen erstellt werden, in denen durchaus avancierte Berechnungsmethoden Eingang finden.

Predictive Policing wurde ab ca. 2009 ein wichtiger Diskussionsgegenstand in den USA, insbesondere in Bezug auf die Frage, wie die Polizeibehörden auf die teils massiven Budgetkürzungen als Folge der globalen Finanzkrise, die mit am stärksten in den USA zu spüren waren, umzugehen haben, wollen sie ihre Aufgaben weiterhin zufriedenstellend lösen – »(d)oining more with less« war das neue polizeiliche Motto.⁹ Und die Nutzung von polizeilicher Prognosesoftware versprach ebendies: Mit weniger Ressourcen mehr Aufgaben erledigen zu können, da die Verfahren der Datenanalyse und algorithmischer Entscheidungsfindung deutlich effektivere und effizientere Polizeiarbeit zu ermöglichen versprechen. Laut Ferguson¹⁰ war neben den finanziellen Kürzungen vor allem das in den USA zunehmend gestörte Verhältnis zwischen Polizei und Bürger*innen, insbesondere ethnische Minoritäten – Stichwort: ›Black Lives Matter‹ –, ein zusätzlicher Grund für die recht offensive Förderung entsprechender Technologien seitens staatlicher Behörden – z.B. vom National Institute of Jus-

8 BKA Presseinformation: Neues Instrument zur Risikobewertung von potentiellen Gewaltstraftätern. URL: https://www.bka.de/DE/Presse/Listenseite_Pressemitteilungen/2017/Presse2017/170202_Radar.html (13.08.2018)

9 Beck, Charlie; McCue, Colleen, Predictive Policing: What Can We Learn from Wal-Mart and Amazon about Fighting Crime in a Recession? In: POLICE CHIEF 76 (11), 2009, URL: <http://acmcs373ethics.weebly.com/uploads/2/9/6/2/29626713/police-chief-magazine.pdf> (31.08.2018)

10 Ferguson 2017 (Fn. 5), S. 30

tice (NIJ)¹¹ – und deren rasante Entwicklung, da Predictive Policing-Technologien objektive und neutrale Entscheidungen versprochen, die weniger Angriffsfläche für Rassismussvorwürfe bieten.

Ogleich auch in Deutschland der Rationalisierungsaspekt durch Predictive Policing ein dominantes Deutungsmuster für deren Befürworter*innen ist,¹² waren es vor allem die seit 2009 stark steigenden Fallzahlen im Deliktfeld Wohnungseinbruchsdiebstahl (WED), die ein fruchtbares Implementierungsumfeld für polizeiliche Prognosesoftware bereitstellten.¹³ Denn der WED wurde dadurch zu einem politischen Problem, da nicht nur medial immer stärkerer Druck aufgebaut wurde – nach dem Motto: »Der Staat versagt bei seinem Kernauftrag«¹⁴ – sondern auch viele Oppositionsparteien das Thema für sich zu vereinnahmen suchten, indem sie die Regierungsparteien mit Hinweisen auf »explosionsartig« angestiegene Fallzahlen (CDU NRW 2016)¹⁵ und der massiven psychischen Folgen¹⁶ für die Geschädigten gleichsam vor sich hertrieben.

Vor diesem Hintergrund ist denn auch wenig erstaunlich, dass die derzeitige Hauptform von angewendetem Predictive Policing in Deutschland die Nutzung einer eigenständigen Prognosesoftware für die statistisch fundierte, algorithmisch prozessierte Vorhersage von raumzeitlichen Parametern von Wohnraumeinbruchsdiebstählen

11 Perry, Walter L. et al., Predictive Policing. The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations. Santa Monica et al: RAND, 2013, S. 4. URL: http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/research_reports/RR200/RR233/RAND_RR233.pdf (28.02.2017); Nix, Justin, Predictive Policing. In: Dunham, Roger G.; Alpert, Geoffrey R. (Hrsg.): Critical Issues in Policing. Long Grove: Waveland Press, 2015, 275-288, S. 278

12 S. z.B. Okon, Günter, Vorhersagen von Straftaten – Vision oder Wirklichkeit? In: arcAK-TUELL 4/2015, S. 22-23 und Balogh 2016 (Fn. 2).

13 Egbert, Simon, About Discursive Storylines and Techno-Fixes: The Political Framing of the Implementation of Predictive Policing in Germany. In: EUROPEAN JOURNAL FOR SECURITY RESEARCH, 2018. Online first 02.01.2018

14 Krauel, Torsten, Der Staat versagt bei seinem Kernauftrag, 15.05.2013. <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article116223952/Der-Staat-versagt-bei-seinem-Kernauftrag.html> (17.08.2018); vgl. a. Efllein, Christoph et al. (2014): Der Staat versagt, 13.10.2014. http://www.focus.de/immobilien/wohnen/politik-der-staat-versagt_id_4196533.html (17.08.2018)

15 CDU NRW, Antrag der Fraktion der CDU Maßnahmenpaket zur Bekämpfung des Wohnungseinbruchsdiebstahls, Drucksache 16/122344, 28. 06. 2016. URL: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD16-12344.pdf> (17.08.2018)

16 Z.B. CDU Baden-Württemberg (2015) Strobl fordert Ministerpräsident Kretschmann zum Handeln auf, 27.05.2017. URL: <http://www.cdu-bw.de/aktuelles/presse/presse-detail/artikel/strobl-fordert-ministerpraesident-kretschmann-zum-handeln-auf.html> (17.08.2018)

darstellt. Da nur ein einziges Delikt prognostisch bearbeitet wird und dabei vor allem auf polizeiliche Kriminalitätsdaten zurückgegriffen wird, ist folglich gegenwärtig eine eher basale Form der vorhersagebasierten Polizeiarbeit in Deutschland präsent. Da es sich um Verfahren handelt, die in Daten aus der Vergangenheit statistische Zusammenhänge (Muster) erheben, haben wir es also nicht mit Techniken zu tun, die mit zukunftsbezogenen Gewissheiten, sondern stets nur mit Wahrscheinlichkeiten operieren.¹⁷ Dies gilt für alle Prädiktionsmethoden auf dem Markt, wenngleich sie durchaus analytische Unterschiede aufweisen. So sind je nach genutzten Theorien zur Aufdeckung von Risikozusammenhängen sowie je nach der eingespeisten Daten ›Hot-Spot-‹, ›Near-Repeat‹ und ›Risk Terrain Analysis‹-Ansätze zu unterscheiden.¹⁸

Hot-Spot-Methoden stellen gänzlich einfache Formen der polizeilichen Prognoseerstellung dar, indem chronische, räumlich zuordnbare Kriminalitätscluster aus der Vergangenheit schlicht in die Zukunft fortgeschrieben werden. Wenn beispielsweise bekannt ist, dass auf der Hamburger Reeperbahn seit Jahren hohe Raten an Gewalttaten an Wochenenden zu verzeichnen sind und zudem einleuchtende Gründe dafür vorliegen – z.B. übermäßiger Alkoholkonsum –, kann sinnvollerweise davon ausgegangen werden, dass dies auch in unmittelbarer Zukunft so sein wird. Eben deshalb werden dort präventiv mehrere Mannschaftsbusse der Polizei platziert, deren Besatzung dann bereits vor Ort ist, wenn die ersten alkoholbedingten Handgemenge beginnen. Es ist durchaus disputabel, ob es sich bei Hot-Spot-Methoden um Predictive Policing im eigentlichen Sinne handelt, da es hierbei eigentlich keiner maschinellen Unterstützung bedarf, einen solch chronischen Kriminalitätsbrennpunkt zu identifizieren. Fakt ist jedoch, dass mit Hilfe von Hot-Spot-Methoden operative Prognosen erstellt und unmittelbar polizeilich umgesetzt werden.

Die *Near Repeat-Prognostik* ist der derzeit dominanteste Ansatz im Predictive Policing, da er für den Wohnungseinbruchdiebstahl eine

17 Perry et al. 2013 (Fn. 11), S. 8

18 Groff, Elisabeth R.; La Vigne, Nancy G., Forecasting the Future of Predictive Crime Mapping. In: Tilley, Nick (Hrsg.): Analysis for Crime Prevention. Monsey: Criminal Justice Press, 29-57, S. 19ff.; Belina, Bernd (2016b), Predictive Policing. In: MONATSSCHRIFT FÜR KRIMINOLOGIE UND STRAFRECHTSREFORM 99 (2), 2016, 85-100, S. 89ff.

in mehreren wissenschaftlichen Studien¹⁹ bestätigtes und mit wenigen Datenpunkten berechenbares Muster darstellt. Grundannahme ist im Zuge dessen, dass professionelle Serientäter*innen rational vorgehen und antizipierte Kosten und Gewinne für ihr Handeln in Rechnung stellen. Wenn Einbrecher*innen in einer bestimmten, vorab als gewinnträchtig identifizierten Gegend erfolgreich zugeschlagen haben, so die These, steigt für dieses Gebiet das Risiko für entsprechende Folgetaten, da die Einbrecher*innen die dort zu erwartenden Risiken und Gewinne besser abschätzen können. Und eben diese Folgetaten werden sodann von entsprechender Prognosesoftware vorhergesagt. Alle gängigen Predictive Policing-Systeme arbeiten (u.a.) mit diesem Ansatz.

Im Vergleich zu den vorab vorgestellten Verfahren sind Methoden der *Risk Terrain Analysis* als avancierter einzustufen, da die Theorie- als auch Datenbasis i.d.R. deutlich umfangreicher ist. Im Rahmen dieser Methodik werden räumlichen Einheiten – z.B. Wohnquartiere mit jeweils 400 Haushalten, wie im Projekt SKALA (System zur Kriminalitätsanalyse und Lageantizipation) des LKA NRW²⁰ – Risikoprofile und darauf bezogene Einbruchswahrscheinlichkeiten zugeordnet. Dies geschieht nicht allein durch Rückgriff auf polizeiliche Vorgangsdaten – wie es z.B. bei der Near Repeat-Prognostik der Fall ist – sondern durch zusätzliche Operationalisierung von sozioökonomischen und infrastrukturellen Daten (wie Einkommensverteilung, Bausubstanz, Hauptverkehrsstraßen, Bars, Klubs, Einkaufsmöglichkeiten etc.). Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang gerade auch mit Blick auf die Transparenz des Verfahrens (s.u.) zwischen eher daten- und eher theoriegetriebenen Herangehensweisen. Während beispielsweise das LKA NRW in ihrem Projekt SKALA überaus theoriegeleitet vorgegangen ist, indem die für den Wohnungseinbruchdiebstahl als einschlägig erachteten Kriminalitätstheorien ausgewählt wurden, um auf dieser Basis die Auswahl der benötigten Daten zu betreiben und die algorithm-

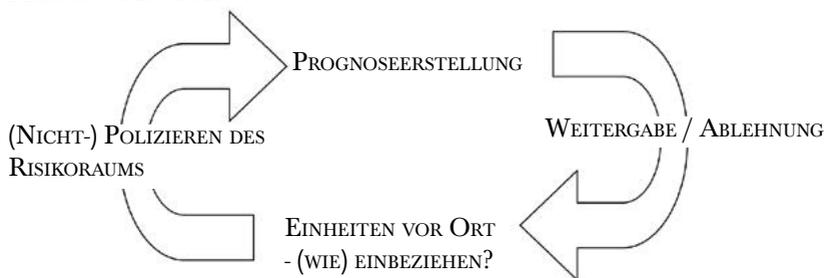
19 Z.B. Bowers, Kate J.; Johnson, Shane J.; Pease, Ken, Prospective Hot-Spotting. The Future of Crime Mapping? In: BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY 44 (5), 2017, S. 641-658; Johnson, Shane D., Repeat burglary victimisation: a tale of two theories. In: JOURNAL OF EXPERIMENTAL CRIMINOLOGY 4 (3), 2008, S. 215-240; Gluba, Alexander, Der Modus Operandi bei Fällen der Near Repeat-Victimisation. In: KRIMINALISTIK 71 (6), 2017, S. 369-375

20 LKA NRW (2018): Abschlussbericht Projekt SKALA. Düsseldorf. URL: https://lka.polizei.nrw/sites/default/files/2018-06/180208_Abschlussbericht_SKALA.pdf, S. 24 (17.08.2018)

mische Entscheidungsfindung anzuleiten,²¹ gibt es z.B. in den USA bereits Verfahren, die deutlich weniger mit Theoriewissen arbeiten und die Daten mehr oder minder frei von Vorannahmen miteinander in Zusammenhang bringen. Sie folgen damit dem klassischen Data Mining-Diktum, nach dem es nur genug Daten benötige, um hinreichend robuste Korrelationen zu generieren, die (theoretisch hergeleitete) Kausalitäten überflüssig machten.²² Im Falle von SKALA wurden hierfür einschlägige Daten von der NEXIGA GmbH, einer Geomarketing-Agentur, käuflich erworben.²³

Unabhängig indes von den jeweilig genutzten Prognosemethoden und den dahinter stehenden Theorien, ist Predictive Policing als ganzheitliche polizeiliche Praktik zu verstehen, die nicht nur auf der Prognose(-erstellung) beruht, sondern ebenso deren (Nicht-)Weitergabe und (Nicht-)Umsetzung umfasst (vgl. Abb. 1). Die Multidimensionalität von Predictive Policing wird durch folgendes Faktum deutlich: Selbst die beste, präziseste Vorhersage vermag keine kriminalpräventiven Effekt generieren, wenn sie nicht vor Ort durch Polizeistreifen adäquat umgesetzt wird. Gleichzeitig kann selbst der beste Prognosealgorithmus keine validen Prognosen erstellen, wenn die dafür notwendige Datenqualität, die wiederum von den Eingaben der beteiligten Polizist*innen abhängig ist, nicht erreicht wird (vgl. Abb. 3).

ABB. 1: PREDICTIVE POLICING ALS GANZHEITLICHER PROZESS (EIGENE DARSTELLUNG NACH PERRY ET AL. 2013: 12)



21 Pollich, Daniela; Bode, Felix, Predictive Policing: Zur Notwendigkeit eines (sozial)wissenschaftlich basierten Vorgehens. In: POLIZEI & WISSENSCHAFT (3), 2017, S. 2-12

22 Anderson, Chris, The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete. In: WIRED, 23.06.2008. URL: <https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/> (17.08.2018)

23 LKA NRW 2018 (Fn. 20), S. 24

Grundsätzlich stehen der Polizei für die Umsetzung von kriminalitätsbezogenen und raumzeitlich definierten Risikoprognosen zwei Interventionsmöglichkeiten zur Verfügung: Zum einen kann im Rahmen eines repressiven Handlungsansatzes auf Observationskräfte gesetzt werden, die, zivil gekleidet, den Risikoraum überwachen und den/die Täter*in(nen) möglichst inflagranti erwischen und unmittelbar festnehmen können. Zum anderen können uniformierte Streifenkräfte eingesetzt werden, die durch das prognostizierte Risikogebiet patrouillieren und durch ihre sichtbare Präsenz geneigte Täter*innen abschrecken sollen. Da Predictive Policing vor allem aus Rationalisierungsgründen angewendet wird, kommt fast durchgehend nur die zweite Interventionsvariante zum Einsatz, da (lückenlose) Risikoraum-Observationen erhebliche Ressourcen binden.²⁴

II. VERBREITUNG VON PREDICTIVE POLICING IN DEUTSCHLAND

Das Feld der polizeilichen Prognoseysteme ist in Deutschland ein gegenwärtig überaus dynamisches und es gibt kein Bundesland, dessen Polizei sich noch nicht mit der Frage nach der Pilotierung oder Implementierung von Predictive Policing-Systemen beschäftigt hat: Laut Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE bezüglich »(g)renzüberschreitende(r) Projekte zu vorher-sagender Polizeiarbeit« haben an einem einschlägigen Workshop Ende November 2016 beim BKA in Wiesbaden alle Landeskriminalämter, die Deutsche Hochschule der Polizei, die Bundespolizei und das Zollkriminalamt teilgenommen.²⁵ Die Aktualität des Themas Predictive Policing in Deutschland zeigt sich auch daran, dass die Bestandsaufnahme von *Alexander Gluba* aus dem Jahre 2014, in der er z.B. schreibt, dass »bisher keine Softwarelösung zur Vorhersage von Straftaten (in Deutschland) in Verwendung (ist)«, bereits völlig veraltet ist.²⁶ Denn

²⁴ *Pett, Alexander; Gluba, Alexander*, Das Potenzial von Polizeipräsenz für Maßnahmen im Sinne des Predictive Policing. In: DIE POLIZEI 108 (11), 2017, S. 323-330

²⁵ Bundesregierung (2016), Grenzüberschreitende Projekte zu vorher-sagender Polizeiarbeit. URL: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/107/1810785.pdf>, S. 5 (31.08.2018)

²⁶ Dies gilt auch für die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE von Anfang 2015, in der nur von einem Testbetrieb in Bayern gesprochen wird (Bundesregierung (2015), Tests, Recherchen und Marktsichtungen zur Einführung polizeilicher Vorhersagesoftware. Drucksache 18/3703. URL: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/037/1803703.pdf>, S. 3 (28.08.2018)).

derzeit wird polizeiliche Prognosesoftware in Bayern, Niedersachsen, NRW, Berlin und Hessen als Standardinstrument im Arbeitsalltag der Polizeien – bisweilen nur in Teilgebieten – eingesetzt. In Baden-Württemberg wird darüber hinaus die kommerzielle Prognosesoftware PRECOBS in einem Pilotprojekt praktisch getestet. Die jeweils verwendeten Verfahren weisen dabei – mit Ausnahme von SKALA in NRW – sehr große Ähnlichkeiten auf und unterscheiden sich vor allem dadurch, dass sie entweder von außen eingekauft (die Software PRECOBS wird nicht nur in Baden-Württemberg pilotiert sondern auch in Bayern eingesetzt) oder innerhalb der jeweiligen LKA eigenhändig entwickelt und programmiert wurden. So gibt es die Eigenkreation SKALA in NRW, in Niedersachsen PreMAP, KLB-operativ in Hessen sowie KrimPro in Berlin.²⁷ Neben finanziellen Motiven für eine in-house-Lösung werden vor allem Datenschutzbedenken angebracht: Man will die polizeieigenen Daten nicht herausgeben, wie es für die Vorbereitung eines praktischen Einsatzes einer kommerziellen Prognosesoftware jedoch unerlässlich ist. Es werden aber auch Bedenken geäußert, dass man es bei einer externen Softwarelösung in letzter Instanz mit einer Black Box zu tun habe, da die Algorithmen als Betriebsgeheimnis verstanden und folglich nicht offengelegt werden.²⁸

Wie bereits angedeutet sind die in Deutschland genutzten Verfahren in ihrer Funktionsweise überaus ähnlich, wobei dies für SKALA des LKA NRW nur bedingt zutrifft. Denn während die anderen Verfahren allesamt exklusiv das Near Repeat-Phänomen als methodisches Fundament für die Prognoseerstellung benutzen und zudem allein auf polizeiliche Vorgangsdaten zurückgreifen, haben die Verantwortlichen beim LKA NRW systematisch Kriminalitätstheorien gesichtet und all jene Theorien für die algorithmische Operationalisierung ausgewählt, die für die Prognose des Wohnungseinbruchdiebstahls sinnvoll sind und für deren Überprüfung die notwendigen Daten vorliegen.²⁹ Und wie bereits betont, wurden dafür nicht nur polizeieigene Daten – es wird in

27 *Egbert, Simon*, Siegeszug der Algorithmen? Predictive Policing im deutschsprachigen Raum. In: AUS POLITIK UND ZEITGESCHICHTE 67 (32-33), 2017, 17-23, S. 17; *Sommerer* 2017 (Fn. 4), S. 152ff.

28 *Gluba, Alexander*, Predictive Policing – eine Bestandsaufnahme. In: KRIMINALISTIK 68 (6), 2014, 347-352, S. 352

29 *Pollich/Bode* 2017 (Fn. 21); LKA NRW 2018 (Fn. 20), S. 10ff.

diesem Zusammenhang von 15 Millionen Daten gesprochen³⁰ –, sondern zudem Informationen zur Infrastruktur und sozioökonomischen Zusammensetzung von Wohnquartieren verarbeitet.³¹

Seit Sommer 2017 werden zudem in allen Bundesländern, von den Staatsschutzabteilungen der jeweiligen LKAs Risikoprognosen für als Gefährder bzw. Relevante Personen eingestufte Bürger*innen erstellt, welche auf Basis des vom BKA entwickelten Programms RADAR-iTE erfolgt (s.o.).

III. PRAXISBEISPIEL: PRECOBS-PROGNOSEN UND DAS NEAR REPEAT-PHÄNOMEN

Um die Funktionsweise von Predictive Policing deutlicher zu machen, soll nun im Folgenden näher auf die Prognosesoftware PRECOBS und das hierbei genutzte Kriminalitätsmuster der Near Repeats eingegangen werden. Die in Niedersachsen (PreMAP), Hessen (KLB-operativ), Berlin (KrimPro) entwickelten Eigenkreationen funktionieren sehr ähnlich, weshalb die exemplarische Darstellung von PRECOBS als sinnvoll erachtet wird, da es nicht zuletzt als Vorbild für die in-house-Entwicklungen zu verstehen ist.

Die wesentlichen kriminologisch-theoretischen Elemente, auf denen die Funktionsweise von PRECOBS fußt, sind die Rational Choice-Theorie³² und der verwandte Routine Activity-Approach³³

30 BEHÖRDEN SPIEGEL 2016, »Wir wollen Hotspots vorhersagen«. Nachricht vom 22.03.2016. URL: <http://www.behoerden-spiegel.de/icc/internet/sub/35e/35e1d1dd-8ec9-351a-3d75-a577b988f2ee,,,aaaaaaaa-aaaa-aaaa-bbbb-000000000011&uMen=f6810068-1671-1111-be59-264f59a5fb42&page=3&pagesize=10&startmon=03&startyear=2016&attr=.htm> (nicht mehr verfügbar; letzter Zugriff: 28.02.2017).

31 vgl. a. *Schürmann*, Dieter (2015), »SKALA«. Predictive Policing als praxisorientiertes Projekt der Polizei NRW. Präsentation auf dem KI-Forum des BKA am 25.06.2015, Wiesbaden. URL: <https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/ForumKI/ForumKI2015/kiforum2015SchuermannPositionspapier.html> (28.02.2017); *Eschemann*, Joachim (2016): Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Landtags Nordrhein-Westfalens am 27. Oktober 2016 zum Antrag der Fraktion der CDU, Drucksache 16/12344. Maßnahmenpaket zur Bekämpfung des Wohnungseinbruchsdiebstahls. Düsseldorf, 19. Oktober 2016. URL: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST16-4351.pdf>, S. 24ff.; jsessionid=D753E26147A2D0FD62F29680B22B7781.ifxworker (28.02.2017)

32 *Becker*, Gary S., *Crime and punishment: An economic approach*. In: *Becker*, Gary S.; *Landes*, William M. (Hrsg.): *Essays in the economics of crime and punishment*. New York: Columbia University Press, 1974

33 *Cohen*, Lawrence E.; *Felson*, Marcus, *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach*. In: *AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW* 44(4), 1979, S. 588-608

sowie ganz zentral das damit eng verwandte Theorem der Near Repeats.³⁴ Während die ersten beiden Ansätze von rational denkenden Täter*innen ausgehen, die ihr Handeln an Kosten-Nutzen-Kalkulationen orientieren,³⁵ besagt letzterer, »dass geografische Bezirke, in denen ein Einbruch erfolgt ist, häufig in kurzer Zeit und im direkten Umfeld mit Folgedelikten rechnen müssen.«³⁶ Dieser Gedankengang basiert auf der statistisch abgeleiteten und kriminologisch unterfütterten Erkenntnis, dass bestimmte Täter*innen-Typen nach charakteristischen Mustern vorgehen, die sich aus der (numerisch erhobenen) Vergangenheit in die Zukunft fortschreiben lassen. Auf den Einbruchdiebstahl bezogen, sind mit diesen Typen insbesondere professionelle (Serien-)Täter*innen, reisende Täter*innen und organisierte Diebesbanden gemeint. Diese würden, wenn sie denn einmal erfolgreich eingebrochen sind bzw. ein Gebiet erfolgreich auskundschaftet haben, im dortigen Umfeld abermals zuschlagen,³⁷ mithin als »optimal forager«³⁸ vorgehen. Das heißt auch, dass Gelegenheits- und Affekttaten auf Basis dieses Programms nicht vorhersagbar sind.

Die Grundidee von PRECOBS ist nun, die Near Repeat-Folgedelikte für eine vorab definierte räumliche und zeitliche Größe³⁹ in ihrer Wahrscheinlichkeit zu prognostizieren, damit die Polizei dort präventiv Streife fahren oder gezielt Täter*innen inflagranti erwischen und verhaften kann.⁴⁰ Für die Prognose werden GIS (Geoinformationssystem)-Technologien und polizeiliche Falldaten zu Tatorten, Tatzeiten, Beute und Modus Operandi kombiniert und auf

34 *Gluba* 2014 (Fn. 28), S. 347f.; *Schweer*, Thomas, »Vor dem Täter am Tatort« – Musterbasierte Tatortvorhersagen am Beispiel des Wohnungseinbruchs. In: *DIE KRIMINALPOLIZEI* 32 (1), 2015, 13-16, S. 13; *Balogh* 2016 (Fn. 2), S. 335f.

35 *Gluba* 2014 (Fn. 28), S. 348

36 *Schweer* 2015 (Fn. 34)S. S. 14

37 *Gluba* 2014 (Fn. 28), S. 348

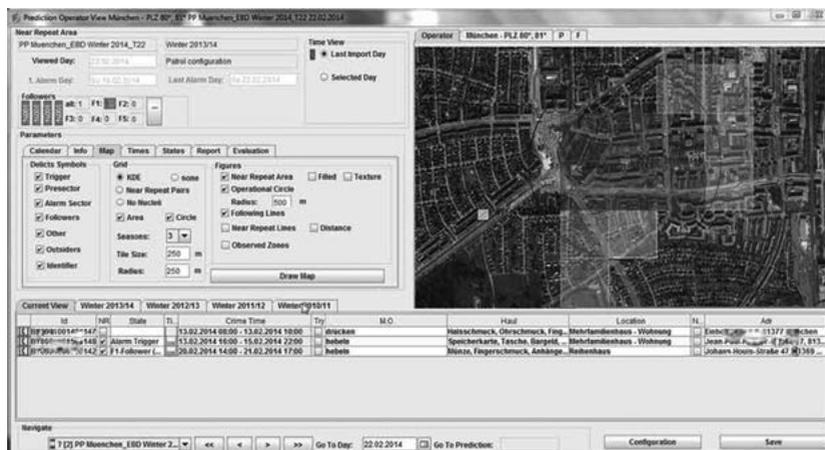
38 *Sidebottom*, Aiden; *Wortley*, Richard, *Environmental Criminology*. In: *Piquero*, Alex R. (Hrsg.): *The Handbook of Criminological Theory*. Chichester: John Wiley & Sons, 2016, 156-181, S. 168

39 Es gibt zwei Basiseinstellungen: Zum einen mit einem Radius von 500 Metern und einem Zeitansatz von 168 Stunden, zum anderen mit einem Radius von 400 Metern und einem Zeitansatz von 72 Stunden. Erstere bietet sich eher für Streifenpatrouillen und einem abschreckenden bzw. präventiven Ansatz an, zweitere für einen gezielteren Ansatz, der die Verhaftung eines/einer Täter_in zum Ziel habe. (*Schweer* 2015 (Fn. 36)S. 15).

40 *Schweer* 2015 (Fn. 36), S. 15

einer Karte Kacheln visualisiert, die Gebiete aufweisen, in den die Wahrscheinlichkeit eines Folgedelikts hochwahrscheinlich ist (rot = über 70 Prozent).⁴¹ Der jeweils zuständige Operator in der Polizeidienststelle wird über einen Alarm auf die Prognose aufmerksam gemacht und entscheidet, ob dieser weiter bearbeitet oder unterdrückt wird.⁴² Um falsch-positive-Alarmierungen möglichst auszuschließen, arbeitet PRECOBS mit einem vorgeschalteten Filtersystem, das aus Triggerdelikten bzw. -merkmalen und Antitriggern besteht.⁴³ Es sollen mit diesen Indikatoren möglichst nur diejenigen Taten in den Prozess der Prognoseerstellung aufgenommen werden, die auch tatsächlich auf ein Near Repeat-Delikt hindeuten. So gilt z.B. eine eingeschlagene Scheibe als Anti-Trigger, da dies ein Indiz für nicht-professionelles Einbruchsverhalten darstellt und somit eine Near Repeat-Folgetat unwahrscheinlich ist, weil der/die Täter*in nicht nach dem definierten Muster agiert. Als »Triggerdelikt« gilt also eine Tat, die als Auslöser einer Einbruchsserie anzusehen ist und gemäß Konzept räumlich und zeitlich prognostizierbar ist.⁴⁴

ABBILDUNG 2: BILDSCHIRMANSICHT DES PRECOBS-OPERATORS AM BSP. MÜNCHEN
(QUELLE: [HTTPS://WWW.JUNGEPOLIZEI.DE/BW/403-JUNGE-POLIZEI-BEGR%C3%BC%3%9FT-DEN-EINSATZ-VON-PRECOBS](https://www.jungepolizei.de/bw/403-junge-polizei-begr%C3%BC%3%9FT-DEN-EINSATZ-VON-PRECOBS))



41 Ebd., S. 16

42 Balogh 2016 (Fn. 2), S. 337

43 Schweer 2015 (Fn. 36), S. 14

44 Schweer 2015 (Fn. 36), S. 14

Während sich die Entwicklung des Programms und auch die ersten Pilotierungen und Dauereinsätze desselben allesamt durch den spezifischen Fokus auf das Delikt des Wohnungseinbruchs(-diebstahls) auszeichnen, ist PRECOBS technisch gesehen grundsätzlich für viele weitere Deliktarten und andere theoretische Ansätze (fernab von Near Repeat-Prediction) offen. Derzeit werden bereits Erweiterungen für Einbrüche in gewerblichen Liegenschaften, Autodiebstahl sowie Fahrzeugaufbruch- und Raubdelikte geprüft und getestet.⁴⁵

Entgegen der medialen Kontextualisierung von PRECOBS mit Begriffen wie ›Minority Report‹ oder auch ›Pre-Crime‹, die beide die Möglichkeit der Voraussage einer konkreten Tat bzw. von individualisierbaren Täter*innen implizieren, werden im Zuge des ›Pre Crime Observation System‹ des IfmPt (nur) raum- und zeitbezogene Prognosen über die Wahrscheinlichkeit einer Folgetat gegeben.⁴⁶ Eine raumbezogene prognostische Arbeit gab es in Ansätzen auch schon vor der Erfindung von PRECOBS bzw. Predictive Policing, z.B. in Form von Stecknadeln auf Stadtkarten oder GIS-unterstützten Crime-Mapping-Verfahren und klassischen Hot-Spot-Techniken. Den wesentlichen Neuigkeitswert, den Predictive Policing mitbringt, ist deshalb vor allem mit Bezug auf den Faktor Zeit und die erheblichen Ressourcen- bzw. Kostenersparnisse zu sehen: Die Lagebesprechung und entsprechende Streifenzuteilung kann nun jeden Morgen, z.T. mit Rückgriff auf aktuelle Lageinformationen stattfinden und basiert auf einer Analyse, die der Operator auf Knopfdruck erstellt und nicht, wie bislang, auf einer kriminalanalytischen Tätigkeit, die zahlreiche Kollegen an mehreren Tagen durchzuführen haben: »Diese Arbeit müssten sich sonst 25 Kollegen in allen Präsidien machen, so rechnet ein Programm für alle.«⁴⁷

45 *Balogh* 2016 (Fn. 2), S. 340

46 Vgl. a. *Perry et al.* 2013 (Fn. 11), S. 8; *Belina* 2016b, Fn. 18), S. 88

47 *Okon* zit. n. *Wolf*, Daniel, Kommissar Computer: So will Bayerns Polizei Einbrüche vorhersagen. FOCUS Online, 09.09.2014. URL: https://www.focus.de/regional/muenchen/86-prozent-trefferquote-kommissar-computer-so-will-bayerns-polizei-einbrueche-vorhersagen_id_4118919.html (31.08.2018)

IV. FUNKTIONIERT PREDICTIVE POLICING?

Obleich Predictive Policing-Software bereits in mehreren deutschsprachigen Städten von den dortigen Polizeien eingesetzt wird, ist bislang noch weitestgehend unklar, was diese Technologien tatsächlich für einen praktischen Effekt haben, inwieweit sie in die polizeilichen Routinen eingreifen und diese tatsächlich zu verbessern verhelfen. Trotzdem werden sich mit der Einführung entsprechender Technologien weitreichende Sicherheitsgewinne versprochen, da die Hoffnung aufkeimt, Straftaten bereits vor ihrem Begehen detektieren und abwenden zu können. Dies hängt auch damit zusammen, dass die Zahlen einiger Behörden andeuten, dass der Einsatz von Prognosesoftware durchaus zweckdienlich sein könnte. Denn die die Prognosesoftware nutzenden Behörden haben bereits Zahlen veröffentlicht, die einen Rückgang der Einbruchsdelikte in den prognostisch überwachten Bezirke nahelegen. So heißt es z.B. für die Stadt München, dass die Einbruchszahlen von 2014 im Vergleich zu 2015 insgesamt um 17 Prozent zurückgegangen sind, in den PRECOBS-Bezirken um 58 Prozent.⁴⁸ Während in Nürnberg 2014 noch ein Anstieg der Einbruchsdelikte von 24,3 Prozent zu verzeichnen war, gingen die Taten 2015 – im Jahr der PRECOBS-Einführung – um 19,1 Prozent zurück.⁴⁹ Und auch in Zürich wird seit der Einführung von PRECOBS ein signifikanter Rückgang der WEDs und insbesondere eine deutliche Reduktion von Near Repeats beobachtet.⁵⁰ Ebenfalls wird beispielsweise in Nordrhein-Westfalen von einer substantiellen Abnahme – 30 Prozent weniger Einbrüche zwischen den jeweils ersten Quartalen 2016 und 2017 – der Fallzahlen des Wohnungseinbruchdiebstahls berichtet und ein Zusammenhang mit der dort genutzten Software SKALA hergestellt.⁵¹

Die zitierten Zahlen sind zwar – insbesondere vor der dem Hintergrund, dass die Fallzahlen im Deliktbericht Wohnungseinbruchdiebstahl in den Jahren zuvor durchgehend angestiegen sind

48 <http://www.br.de/nachrichten/gewalt-verbrehen-spurensuche-100.html> (ab Minute 01:24)

49 <https://www.youtube.com/watch?v=mQvjRILRytU> (ab Minute 02:44)

50 Balogh 2016 (Fn. 2), S. 340f.

51 MIK NRW (Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen) (2017): NRW-Einbruchszahlen gehen im ersten Quartal 2017 30% zurück - Neue Prognose-Software eingesetzt, o. D. URL: <http://www.mik.nrw.de/startseite/kampf-gegen-einbrueche/skala.html> (nicht mehr verfügbar; letzter Zugriff: 12.07.2017)

– durchaus beeindruckend, sie können jedoch mit dem Einsatz von polizeilicher Prognosesoftware nicht in unmittelbare Verbindung gesetzt werden, weshalb die Effektivität von Predictive Policing mit dem Verweis auf sinkende Fallzahlen alleine nicht geklärt werden kann. Denn zum einen ist Kriminalität stets ein multifaktorielles Phänomen und in seiner jeweiligen zahlenmäßigen Ausprägung nicht nur in Abhängigkeit von der Arbeit einschlägiger Kontroll- und Verfolgungsinstanzen zu verstehen. Zum anderen ist die Einführung von polizeilicher Prognosesoftware in der Regel ein einzelnes Element im Kontext eines Maßnahmenpakets, was mehrere Strategien – z.B. allgemein erhöhte Polizeipräsenz oder landesweite Schwerpunktkontrollen – für die Bekämpfung des Wohnungseinbruchdiebstahls umfasst.⁵² Zu betonen gilt es ferner, dass auch in Städten, in denen keine Prognosesoftware eingesetzt wird, die Fallzahlen sinken. Es müssen demnach (auch) andere Gründe für den derzeitigen Rückgang vorliegen.

Ein grundsätzliches Paradox besteht bei der Messung von Maßnahmen des Predictive Policing in der Hinsicht, als ein Effekt gemessen werden soll, der sich auf Verhaltensweisen bezieht, die unerwünscht sind und idealerweise in der Zukunft überhaupt nicht auftreten werden. Damit muss etwas gemessen werden, was noch gar nicht geschehen ist bzw. in seiner Realisierung erfolgreich verhindert wurde.⁵³ Trifft eine raumzeitliche Prognose einer entsprechenden Software nicht zu – d.h. es kommt nicht zu einem Wohnungseinbruch im genannten Zeitraum und in dem definierten Areal –, dann ist erst einmal unklar, ob die Prognose falsch oder die Polizei in ihrem Auftrag erfolgreich war, den/die Täter*in abzuschrecken. Deshalb – und wegen der oben erwähnten multifaktoriellen Eigenart von Kriminalität – benötigt es aufwendige Evaluationsstudien, die experimentelle Anteile enthalten, um die Wirkung von polizeilicher Prognosesoftware valide feststellen zu können.⁵⁴ Darum existieren bis dato auch

52 Vgl. z.B. BSMII (Bayerisches Staatsministerium des Innern und für Integration) (2014): Pressemitteilung: Bayernweite Kontrollaktion gegen Diebesbanden. München, 26.11.2014. URL: <https://www.stmi.bayern.de/med/pressemitteilungen/pressearchiv/2014/395b/index.php> (23.08.2018)2015

53 *Balogh* 2016 (Fn. 2), S. 340

54 *Weisburd*, David; *Hinkle*, Joshua C., Die Bedeutung von randomisierten Experimenten bei der Evaluation von Kriminalprävention. In: *Evidenzorientierte Kriminalprävention*. Wiesbaden: Springer VS, 2018, S. 289-312

nur wenige wissenschaftliche Evaluationsstudien, die zudem noch in den wenigsten Fällen als unabhängig zu bezeichnen sind.⁵⁵ Hinzu kommt, dass deren Ergebnisse widersprüchlich sind, da mal positive Effekte, mal gar keine oder marginale Effekte festgestellt werden.⁵⁶

Bei den von den Software-Herstellern veröffentlichten Zahlen bezüglich Trefferraten bleibt meist unklar, auf welche zeitlichen und/oder räumlichen Rahmenbedingungen sie sich beziehen, was deren Aussagekraft erheblich schmälert, da ein großer zeitlichen wie geografischer Referenzrahmen die angegebene Trefferwahrscheinlichkeit gleichsam automatisch steigen lässt.⁵⁷ Ein Beispiel: Wenn behauptet wird, dass im restlichen Jahresverlauf 2018 im Hamburger Stadtgebiet ein Wohnungseinbruchdiebstahl stattfinden wird, beträgt die Wahrscheinlichkeit, dass die Behauptung wahr wird, faktisch 100 Prozent. Konstatiert man dies hingegen mit Bezug auf einen deutlichen kürzeren Zeitraum und auf ein kleineres Gebiet, sinkt die Eintrittswahrscheinlichkeit deutlich.

V. RISIKEN UND NEBENWIRKUNGEN PROGNOSEBASIERTER POLIZEIARBEIT

Bis dato ist ein nur sehr eingeschränkter rechtlicher Diskurs mit Blick auf prognosebasierte Polizeiarbeit zu verzeichnen (s. z. B. Sommerer 2017; Rademacher 2017; Singelnstein 2018). Dies liegt insbesondere darin begründet, dass ein erster Reflex in der kritischen Auseinandersetzung mit entsprechenden Maßnahmen in einer Zentrierung auf die Verarbeitung personengebundener Daten lag. Und da die derzeit genutzten Strategien und Anwendungen des Predictive Policing in Deutschland – mit Ausnahme von RADAR-iTE – strikt raumbezogen sind und keine personenbezogenen Daten nutzen – wie auch stets mit Nachdruck von den Befürworter*innen hervorgehoben wird (s. z. B. Okon 2015: 23; Schweer 2015: 16, 2018: 14) – sind entsprechend

⁵⁵ *Gluba* 2016 (Fn. 1), S. 54f.

⁵⁶ *Gerstner*, Dominik, Predictive Policing als Instrument zur Prävention von Wohnungseinbruchdiebstahl. Evaluationsergebnisse zum Baden-Württembergischen Pilotprojekt P4. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2017, S. 6

⁵⁷ *Bode*, Felix; *Stoffel*, Florian; *Keim*, Daniel, Variabilität und Validität von Qualitätsmetriken im Bereich von Predictive Policing. In: KOPS – DAS INSTITUTIONELLE REPOSITORY DER UNIVERSITÄT KONSTANZ, 2017 URL: https://kops.uni-konstanz.de/bitstream/handle/123456789/38312/Bode_0-402496.pdf?sequence=3&isAllowed=y (31.08.2018)

gelagerte Diskussionen relativ schnell zu Ende geführt. Obgleich freilich auch räumlich fokussierte Verfahren personenbezogene Zuordnungen zulassen, wenn sie beispielsweise in großer Auflösung vollzogen werden (Rolfes 2017: 69). Neben dem Faktum aber, dass in Zukunft durchaus eine Ausweitung personenbezogener Prognoseverfahren erwartet werden kann (s. u.), gilt es auch die gegenwärtig dominanten Verfahren hinsichtlich anderer Dimensionen kritisch zu beleuchten. Dies möchte ich im Folgenden zunächst auf praktischer, dann auch abstrakter Ebene tun. Zu ersterer gehört die kritische Thematisierung des konkreten Polizierens von Risikoräumen und die Frage, welche Personen dort vornehmlich kontrolliert bzw. als verdächtig angesehen werden. Auf gleicher Ebene ist die daran partiell anknüpfende Frage der potenziellen, technisch mediatisierten Diskriminierung von Minoritäten anzusiedeln, die sich auf die Dimension verzerrter Daten und/oder Algorithmen bezieht. Auf abstrakter Ebene wiederum ist die Frage nach den möglichen rechtlichen Transformationen durch die Nutzung prognosebasierter Verfahren von Institutionen der strafrechtlichen Sozialkontrolle einzuordnen, ebenso wie die Frage, ob Predictive Policing eine (weitere) Verschiebung der polizeilichen Eingriffsschwelle ins straf- bzw. polizeirechtliche Vorfeld bedeutet.

Auf der praktischen Anwendungsebene impliziert Predictive Policing zunächst die Gefahr von Praktiken des Racial Profiling. Darunter wird vorliegend ein Verhalten von Polizeibeamten verstanden, Personen, die als fremd wahrgenommen werden, unter anderem auf Basis dieses Attributs als verdächtig zu bestimmen. Damit wird sich vorliegend von der polizeilicherseits gepflegten Engführung distanziert, nach der Racial Profiling nur dann bestehe, wenn *allein* auf Grund der Hautfarbe bzw. äußeren Erscheinung und der damit zusammenhängenden Fremdheitsattribution Verdacht kriert und Kontrollen durchgeführt werden.⁵⁸ Was hat Predictive Policing nun mit Praktiken des Racial Profiling zu tun? Der Zusammenhang entsteht über das bis dato in Deutschland exklusiv prognostizierte Delikt

58 *Belina*, Bernd (2016a), Der Alltag der Anderen: Racial Profiling in Deutschland? In: Dollinger, Bernd./Schmidt-Semisch, Henning (Hg.): *Sicherer Alltag?* Wiesbaden: Springer VS, 2016, 125-146, S. 133; *Hunold*, Daniela, Racial Profiling im multiethnischen Großstadtervier? Ergebnisse einer ethnografischen Erhebung polizeilicher Kontrollpraktiken. In: Möllers, Martin H. W.; van Ooyen, Robert Christian (Hrsg.): *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2016/2017*. Verlag für Polizeiwissenschaft: Frankfurt, 2017, S. 470-478

des Wohnungseinbruchdiebstahls. Denn der Anstieg entsprechender Fallzahlen wird vor allem als Ausdruck der EU-Osterweiterung und der nun stärkeren Aktivität von aus Osteuropa stammenden Einbrecher*innenbanden und professionellen Serientäter*innen verstanden.⁵⁹ Konsequenterweise werden in den prognostizierten Risikogebieten vor allem nach solchen Personen Ausschau gehalten, die als aus Osteuropa stammend klassifiziert oder auf andere Weise als nicht zum bestreifteten Gebiet passend empfunden werden⁶⁰ – es bleiben also die »üblichen Verdächtigen« im Fokus.⁶¹ Entgegen vor allem in den USA gerne kolportierter Aussagen, ist Predictive Policing also mitnichten per se eine neutralere Form des Polizierens.⁶² Im Gegenteil: Das Problem ethnisch codierter Verdachtsschöpfung wird durch die Nutzung kriminalitätsbezogener Prognosesoftware sogar dringlicher, als die prognostizierten Risikogebiete bisweilen als »implizite Gefahrengelände« fungieren, indem die dort patrouillierenden Streifenkräfte genauer hinschauen und früher kontrollieren, da sie auf Grund der Risikoprognose von der erhöhten Wahrscheinlichkeit einer Straftat überzeugt sind und – auch sei es nur implizit – von einem erhöhten Eingriffsbefugnisrecht ausgehen.⁶³

Neben der Diskriminierung von Personen durch Praktiken des Racial Profiling in den prognostizierten Risikogebieten sind entsprechende Ungleichheiten auch über die Prognosetechnik selbst möglich. So haben bereits *Angwin et al.*⁶⁴ bei ihrer Analyse der personenbezogenen Risikoberechnungssoftware COMPAS (»Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions«) darauf aufmerksam gemacht, dass auch technische Verfahren mit ethnisch codierten

59 *Bartsch*, Tillmann et al., Phänomen Wohnungseinbruch – Taten, Täter, Opfer. In: KRIMINALISTIK 68 (8-9), 2014, S. 483-490 2014; *Winter*, Marcus, Osteuropäische Einbrecherbanden auf Beutezug durch die Republik. In: KRIMINALISTIK 69 (10), 2015, S. 572-575; *Egbert* 2018 (Fn. 13)

60 B23a: 127ff.; B23b: 132ff.; B6: 209ff.; B25: 112ff.; vgl. a. *Egbert* i. E.

61 *Legnaro*, Aldo; *Kretschmann*, Andrea, Das Polizieren der Zukunft. In: KRIMINOLOGISCHES JOURNAL 47 (2), 2015, S. 94-111

62 *Ferguson* 2017 (Fn. 5), S. 4f.

63 B9: 393ff.; B24: 176ff.; B23b: 145ff.; vgl. a. *Egbert* i. E.

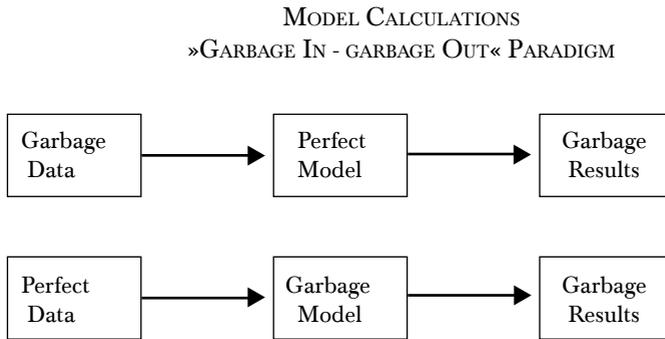
64 *Angwin*, Julia; *Larson*, Jeff; *Mattu*, Surya; *Kirchner*, Lauren, Machine Bias. PROPUBLICA, 23. Mai 2016. URL: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (29.08.2018)

Bias operieren können. Zu glauben, digitale Technologien könnten per se für eine neutrale Risikobewertung sorgen, ist ohnehin naiv. Gerade bei der Programmierung von Algorithmen und der Auswahl der zu analysierenden Daten sind vielfältige menschliche Entscheidungen zu fällen, die allesamt das Potenzial von Verzerrungen bergen.⁶⁵ Im Besonderen ist im Fall von Predictive Policing die Güte der für die Prognosen genutzten Daten zu beachten. Es handelt sich um die polizeilich registrierte Kriminalität und nicht um die tatsächlich existierende. Zwar ist dieses Problem beim Delikt des Wohnungseinbruchdiebstahls eher von untergeordneter Bedeutung, da die Anzeigequote hierbei sehr hoch ist und wenig polizeiliche Eigenaktivität bei der Aufdeckung vonnöten ist. Trotz allem repräsentiert die polizeiliche Datenbasis stets nur ein gewissen Ausschnitt der Kriminalitätswirklichkeit, der zudem in spezifischer Weise verzerrt ist, da die polizeiliche Tätigkeit nicht neutral durchgeführt wird.⁶⁶ Frei nach dem IT-Diktum ›Garbage In, Garbage Out‹ sind mit solch verzerrten Datenfundamenten keine validen Prognosen möglich (vgl. Abb. 3). Dies gilt freilich gleichfalls für die angewendeten Algorithmen, die ebenfalls spezifische Verzerrungen durch entsprechend konnotierte Programmierungsentscheidungen aufweisen können und in der Folge beispielsweise eher Schwarze denn Weiße als riskant einstufen. Gleichzeitig können diese Probleme auch unbemerkt auftreten, indem sie nämlich von den Technologien selbst erzeugt werden. So kann die autonome Herstellung von Risikokorrelationen in großen Mengen von Daten durch selbstlernende und (weitestgehend) unüberwachte Algorithmen (*unsupervised machine learning*) durchaus dazu führen, dass eigenständig diskriminierende Verbindungen z. B. zwischen Hautfarbe und individuellem Kriminalitätsrisiko konstruiert werden, wobei die nachträgliche Überprüfung überaus schwierig ist, da entsprechende Algorithmen immer auch als Black Box agieren.

65 *boyd*, danah; *Crawford*, Kate, Critical Questions For Big Data. In: INFORMATION, COMMUNICATION & SOCIETY 15 (5), 2012, 662-679, S. 666ff.; *Kitchin*, Rob, The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences. Los Angeles et al.: SAGE, 2014, S. 2f.

66 *Sack*, Fritz, Dunkelfeld. In: Kaiser, Günther; Kerner, Hans-Jürgen; Sack, Fritz; Schellhoss, Hartmut (Hrsg.): Kleines Kriminologisches Wörterbuch. Heidelberg: C. F. Müller, 1993; *Kunz*, Karl-Ludwig; *Singelstein*, Tobias (2016): Kriminologie. Eine Grundlegung. 7., grundlegend überarbeitete Auflage. Bern: Haupt, 2016, S. 197ff.

ABBILDUNG 3: GARBAGE IN, GARBAGE OUT-MODELL
(QUELLE: HTTP://LEFT.MN/2014/02/POLYMET-KNEW-NOW-KNEW/)



Im Zusammenhang mit Predictive Policing ist ferner die interrelationale Dynamik zwischen polizeilichem Vorgehen und prognostischer Datenbasis zu beachten. Denn hierbei kann es zu substanziellen Verstärkereffekten kommen, wenn die Polizei stets in die gleichen Gebiete gesendet wird und eben dort immer wieder neue Straftaten registriert, die wiederum zu einer größeren Wahrscheinlichkeit führen, dass eben jene Gebiete in Zukunft als Risikoräume prognostiziert werden (*feedback loop*), weil sie in die Datenbank zurückgespielt werden.

Wenn man sich auf eher abstrakter Ebene den möglichen rechtlichen Transformationen ausgelöst durch die Implementierung von Predictive Policing zuwendet, ist zunächst die grundsätzlich irritierende Zeitlichkeit von polizeilicher Prognosesoftware für das Straf- wie Polizeirecht hervorzuheben, da letztere beide von Grund auf reaktiv angelegt sind. Zwar haben sie durchaus präventive, auf die Zukunft gerichtete Momente – Stichwort Gefahrenabwehr –, grundsätzlich wird man aber erst tätig, wenn bereits Straftaten geschehen sind. Und eben dies wird von Predictive Policing konterkariert, indem (mögliche) zukünftige Taten in den Fokus rücken,⁶⁷ was wiederum zukünftige rechtliche Anpassungen wahrscheinlicher scheinen lässt – ähnlich wie es der

⁶⁷ Singelstein, Tobias, Predictive Policing: Algorithmbasierte Straftatprognosen zur vorausschauenden Kriminalintervention. In: NEUE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT 1/2018, 1-9, S. 5ff.

Gefährderbegriff als Folge der Antiterrorismuspolitik vorgemacht hat, der (Noch-)Nichtwissen operationalisiert.⁶⁸ In diesem Zusammenhang wird beispielsweise die Frage virulent, welche Rolle das schiere Zugesensein in einem prognostizierten Risikoraum als Element für einen Anfangsverdacht bedeuten kann – wie es in der polizeilichen Praxis bereits diskutiert wird.⁶⁹ Bemerkenswert ist diesem Zusammenhang die rechtliche Fragestellung, die der/die Leiter*in einer kriminologischen Forschungsstelle eines deutschen Landeskriminalamts aufwirft, wenn er/sie die Risikoprognosen als hinreichende Kriterien für das Einsetzen des Legalitätsprinzips diskutiert.⁷⁰ Letztlich ist im rechtlichen Bereich – ähnlich wie beim Thema autonomen Fahrens – noch die Frage relevant, wie viel Selbstständigkeit der polizeilich genutzten Technologie bei der algorithmischen Entscheidungsfindung zugesprochen wird und welche Anteile dabei von menschlichen Anwender*innen übernommen werden müssen.⁷¹ Strafrechtlich ist zudem die Frage der Transparenz und der Kontrolle zu diskutieren. Ist es beispielsweise sogar für viele Anwender*innen innerhalb der Polizeibehörden schwierig bis unmöglich, einen konkreten Blick auf die Algorithmusprogrammierung zu werfen – zumal wenn es sich um kommerzielle Software handelt, deren Algorithmus als Betriebsgeheimnis unter Verschluss gehalten wird –, so wird es für Außenstehende, z.B. die Rechtsbeistände von Beklagten noch schwieriger, nachzuvollziehen, warum ihre Mandant*innen polizeilich überwacht bzw. als verdächtig eingestuft wurden.

Zuletzt sollte im Zuge der Diskussion von möglichen Risiken durch den Einsatz von Maßnahmen im Sinne des Predictive Policing hervorgehoben werden, dass durch diese Verfahren in der Tat eine weitere Verschiebung der polizeilichen Eingriffsschwelle ins straf- bzw. polizeirechtliche Vorfeld droht.⁷² Denn die Nutzung polizeilicher Prognosesoftware impliziert eine radikal zukunftsgerichtete Zeitlichkeit,

68 *Kretschmann, Andrea*, Soziale Tatsachen. Eine wissenssoziologische Perspektive auf den »Gefährder«. In: AUS POLITIK UND ZEITGESCHICHTE 67 (32-33), 2017, S. 11-16

69 G28: 21ff.; G30: 121f.

70 G30: 119ff.

71 *Jones, Meg Leta*, The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood. In: SOCIAL STUDIES OF SCIENCE 47 (2), 2017, S. 216-239

72 *Singelnstein, Tobias/Stolle, Peer*, Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert. 3., vollst. überarb. Auflage, Wiesbaden: VS, 2012, S. 66ff.

die – wie oben bereits betont – die herkömmlichen Regelwerke in ihrer reaktiven Grundarchitektur unter Druck setzt und vorverlagernde Effekte gleichsam unumgänglich provoziert. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der in Zukunft zu erwartenden Weiterentwicklung polizeilicher Prognosearbeit (s.u.). Die Verstärkung des Trends zum frühzeitigeren polizeilichen Eingriff hat einen weiteren Effekt: Statt sich um die Grundursachen für das bekämpfte kriminelle Verhalten zu kümmern, findet ein präventives Polizieren an der Oberfläche statt, welches sich nur für die Symptome interessiert⁷³ – weniger Sozialarbeit, mehr Repression.⁷⁴

VI. AUSBLICK: DIE ZUKUNFT DES PREDICTIVE POLICING IN DEUTSCHLAND

So revolutionär wie gemeinhin rezipiert ist Predictive Policing mitnichten. Es basiert vielmehr auf altbekannten polizeilichen Strategien und Entwicklungen – wie ›problem-oriented policing‹, ›intelligence-led policing‹ oder auch ›community policing‹,⁷⁵ die vor dem Hintergrund der rasanten Entwicklung digitaler Technologien gleichsam unumgänglich zur Entstehung von Predictive Policing geführt haben.⁷⁶ Dennoch und obgleich die derzeit genutzten Prognoseverfahren nur eine schwache Form der Vorhersage darstellen, ist mit dem Aufkommen von Predictive Policing eine technologische Zäsur verbunden, die sich indes nicht primär auf einen strukturellen Paradigmenwechsel der polizeilichen Grundausrichtung bezieht (von einer reaktiven zu einer proaktiven Institution) – den es in der Tendenz bereits vorher schon gab.⁷⁷ Die polizeiliche Arbeit wird durch die Etablierung von polizeilicher Prognosesoftware gerade

⁷³ *Singelstein* 2018 (Fn. 67), S. 9

⁷⁴ *Wilson, Dean*, Algorithmic Patrol. The futures of predictive policing. In: Završnik, Aleš (Hrsg.): *Big Data, Crime and Social Control*. London, New York: Routledge, 2018, 108-127, S. 124

⁷⁵ *Bänziger, Matthias*, Grundriss innovativer Polizeiansätze. Dissertation, Universität Lausanne, 2014, S. 43ff. URL: https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_852792AC59B4.P001/REF.pdf (24.08.2018)

⁷⁶ *Wilson* 2018 (Fn. 74), S. 110ff.; *Gluba* Alexander; *Pett*, Alexander, Predictive Policing: Ein (un)bekannter Ansatz. In: Möllers, Martin H. W.; van Ooyen, Robert Christian (Hrsg.): *Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2016/2017*. Verlag für Polizeiwissenschaft: Frankfurt, 2017 431-440, S. 433ff.

⁷⁷ *Weisburd, David*; *Majmudar*, Malay K. (Hrsg.), *Proactive Policing. Effects on Crime and Communities*. Washington, DC: National Academies Press, 2018, S. 19ff.

deshalb nachhaltig verändert, weil umfangreich ›datafiziert‹. Denn mit dem Hype um Predictive Policing wurde das Thema Digitalisierung von Polizeiarbeit, die Potenziale und Chancen von polizeilicher Datenanalyse prominent, polizeiliche Entscheidungsträger*innen letztlich für die Versprechungen digitaler Technologien sensibilisiert. Datenanalyse umfasst hierbei nicht per se nur prädiktive Aufgaben, sondern ebenfalls Techniken der Datenverarbeitung, die sich z.B. auf die Unterstützung von Ermittlungstätigkeiten beziehen. Im Zuge dessen sind beispielsweise die ›Widgets‹ in der neuen PRECOBS-Version, PRECOBS Enterprise, zu nennen, die sich u.a. auf Bewegungsprofile von Täter*innen, dem sogenannten ›Journey to Crime‹ oder auf die Hauptdeliktzeiten beziehen.⁷⁸ Eine ähnliche datenbezogenen Ausbreitung ist beim LKA Hessen zu beobachten, dessen Prognosesoftware KLB-operativ ohnehin nicht nur prognostische Aufgaben übernimmt und bereits durch eine sogenannte ›Ermittlerapp‹ flankiert wird, die per Datenanalyse und -vernetzung bei der Strafverfolgung helfen soll.⁷⁹

Mit Blick auf die Zukunft der datenanalytisch fundierten Vorhersage von Kriminalität ist durchaus davon auszugehen, dass sich Predictive Policing nicht nur dauerhaft etablieren, sondern ferner – im Vergleich zur heutigen, in der Tat rudimentären Anwendungsform – weiter ausdifferenzieren wird. Dafür spricht beispielsweise das Phänomen behördlicher Pfadabhängigkeit,⁸⁰ das dazu führt, dass eine langwierig getestete und implementierte Software nur mit hohen Kosten wieder abgestoßen bzw. ersetzt werden kann. Zudem ist es für die verantwortlichen Fürsprecher*innen der Technologie stets eine (politische) Niederlage symbolischer Natur, wenn der Kauf einer Software im Nachhinein als Fehlgriff interpretiert wird. Ferner kann den derzeitigen Softwarelösungen eine immanente Erweiterungstendenz zugeschrieben werden, da sie das eigentliche analytisch-technische Potenzial der prognostischen Kapazität moderner Datenanalyseverfahren noch nicht einmal

78 Middendorf, Ralf; Schweer, Thomas, Von der Steckkarte zum Dashboard – PRECOBS als integraler Bestandteil moderner Polizeiarbeit. Vortrag gehalten auf dem 2. PRECOBS-Anwendersymposium am 19.06.2018 in Aarau, 2018, S. 99ff.

79 B48

80 Beyer, Jürgen, Pfadabhängigkeit ist nicht gleich Pfadabhängigkeit! Wider den impliziten Konservatismus eines gängigen Konzepts. In: ZEITSCHRIFT FÜR SOZIOLOGIE 34 (1), 2005, 5-21, S. 7; ders., Pfadabhängigkeit. Über institutionelle Kontinuität, anfällige Stabilität und fundamentalen Wandel. Frankfurt am Main/New York: Campus, 2006, S. 12

annähernd ausschöpfen.⁸¹ Dies gilt sowohl für die Ebenen der Algorithmen (welche Theorien werden operationalisiert?) und Daten (welche Informationen werden algorithmisch analysiert?) als auch für die prognostizierten Delikte. In diesem Zusammenhang gilt es ebenfalls darauf aufmerksam zu machen, dass die Integration von Daten aus anderen Sicherheitstechnologien, z.B. (intelligenter) Überwachungskameras, technisch gesehen völlig problemlos möglich ist. Erwähnt werden sollte in diesem Kontext auch die kürzlich erlassene Änderung des § 100g Absatz 2 StPO, der die Möglichkeit enthält, auf Telekommunikationsdaten von mutmaßlichen Einbrecher*innen zugreifen zu können. Daten, die auch für Maßnahmen des Predictive Policing nützlich sein können. Zudem ist es nicht undenkbar, dass diejenigen Daten und Erkenntnisse, die derzeit im Rahmen des Pilotprojekts ›Sicherheitsbahnhof Berlin Südkreuz‹ zur biometrischen Gesichtserkennung⁸² sowie am Hauptbahnhof in Mannheim – im Rahmen des Projektes ›Mannheimer Weg 2.0‹, in dem es um automatisierte Identifizierung von verdächtigem Verhalten durch »musterbasierte Aktivitätserkennung« geht⁸³ – erhoben werden, in Zukunft mit polizeilicher Prognosesoftware gekoppelt werden. Dies gilt umso mehr, als aktuell bereits ein Trend zur personenbezogenen Prognostik erkennbar ist, der sich nicht nur in der Entwicklung und landesweiten Anwendung von RADAR-iTE oder den vielfältigen Formen des personenbezogenen ›risk assessment‹⁸⁴ zeigt, sondern auch in dem aktuellen sicherheitspolitischen und -wissenschaftlichen Thema der (De-)Radikalisierung⁸⁵ zur Geltung kommt. Das Bundesministerium für Bildung und Forschung

81 *Singelstein* 2018 (Fn. 67), S. 2

82 Deutscher Bundestag (2018), Test zur biometrischen Gesichtserkennung am Bahnhof Berlin-Südkreuz Drucksache 19/3750. URL: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/037/1903750.pdf> (30.08.2018)

83 Stadt Mannheim, Videoüberwachung in Mannheim. Präsentationsfolien einer Informationsveranstaltung für Bezirksbeiräte zum Thema Videoüberwachung, 2018, S. 17 URL: <https://fragdenstaat.de/anfrage/presentation-der-informationsveranstaltung-fur-bezirksbeirate-zum-thema-videouberwachung/98124/anhang/VideouberwachungBezirksbeiräteInfoVfinaleFassung.pdf> (24.08.2018)

84 Z.B. *Urbaniook*, Frank, FOTRES. Diagnostik, Risikobeurteilung und Risikomanagement bei Straftätern. 3., vollst. akt. u. erw. Auflage. Berlin: Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2016

85 Z.B. *Böckler*, Nils; *Allwinn*, Mirko; *Hoffmann*, Jens; *Zick*, Andreas, Früherkennung von islamistisch motivierter Radikalisierung. In: KRIMINALISTIK 71 (8-9), 20170, S. 497-503

(BMBF) fördert derzeit beispielsweise einige Forschungsprojekte, die den Verlauf und die Dynamik von Radikalisierungsprozessen untersuchen, bisweilen – wie im Projekt X-SONAR – mit dem expliziten Ziel, eine Applikation zu entwickeln, die den Radikalisierungsverlauf vorhersagen und geeignete Präventionsmaßnahmen anleiten will.⁸⁶ In diesem Fall geraten Personen in den sicherheitsbehördlichen Fokus, die sich möglicherweise zu ›Gefährdern‹ entwickelt könnten, zu Personen also, die möglicherweise Anschläge verüben. Der doppelte Konjunktiv zeigt es bereits an: Die Logik von Prävention ist per se unabschließbar,⁸⁷ und neigt mithin dazu - nun eben maschinell-algorithmisch unterstützt - stets weiter ins tatbezogene Vorfeld vorzudringen.

86 BMBF (o.J.), Analyse extremistischer Bestrebungen in sozialen Netzwerken (X-SONAR).
URL: https://www.sifo.de/files/Projektumriss_X-SONAR.pdf (24.08.2018)

87 *Bröckling*, Ulrich, Gute Hirten führen sanft. Berlin: Suhrkamp, 2017, S. 105

Dr. Uwe Ewald

DIGITALE BEWEISMITTEL UND NEUE WEGE DER STRAFVERTEIDIGUNG

WELCHE HERAUSFORDERUNGEN STELLT DIE AUSWEITUNG INFORMATIONSTECHNOLOGISCHER ÜBERWACHUNGS- UND ERMITTLUNGSMETHODEN AN DIE STRAFVERTEIDIGUNG?¹

»The justice system is known for many things, but efficiency is not one of them. Neither is being up-to-speed with technology. One joke goes that the unofficial IT slogan of the courts is, ‘Yesterday’s technology, tomorrow!’²

I. VORBEMERKUNG

Der Begriff der ›Digitalisierung‹ wird in verschiedenen Bedeutungen verwandt.³ Grundsätzlich beschreibt er einen tiefgreifenden Transformationsvorgang (›digitale Revolution‹), der die analogen, meist sinnlich-unmittelbar wahrnehmbaren Formen der Informations- und

1 Seit dem 42. Strafverteidigertag in Münster im März 2018 sind im Bereich der Digitalisierung der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung weitere bemerkenswerte Entwicklungen u.a. zur Veränderung der Sicherheitsarchitektur, zu eEvidence und zu technologischen Fortschritten zu beobachten gewesen, welche die Herausforderungen an die Strafverteidigung im Umgang mit digitalen Beweismitteln weiter zugespitzt und deutlich gemacht haben. Diese schriftliche Fassung meines Vortrages bezieht deshalb auch einige dieser seit März 2018 eingetretenen Veränderungen ein, verbleibt aber im Übrigen in der Anlage und Struktur des Vortrages. Wesentliche Inhalte des Beitrages sind in Seminaren und Software-Trainings mit Strafverteidiger*innen präsentiert und diskutiert worden, so u.a. in Seminaren beim Republikanischen Anwältinnen- und Anwälteverein e.V. (RAV) im November 2017 und im Mai 2018. Den Seminarteilnehmer*innen sei für die aktive Debatte und produktive Hinweise gedankt.

2 In freier Übersetzung: Die Justiz ist für vieles bekannt, aber nicht für Effizienz und ebenso wenig dafür, technologisch aufgeschlossen zu sein. Ein Witz geht so: Der inoffizielle IT-Slogan der Gerichte ist: »Die Technologie von gestern ist gerade gut genug für morgen!« <https://www.law.com/legaltechnews/sites/legaltechnews/2017/12/20/dutch-blockchain-company-legalthings-aims-to-update-criminal-justice/?sreturn=20180524061128>, zuletzt besucht: 24. Juni 2018.

3 *Specht*, Ph., Die 50 wichtigsten Themen der Digitalisierung: Künstliche Intelligenz, Blockchain, Bitcoin Virtual Reality und vieles mehr verständlich erklärt, München: Redline Verlag 2018

Wissensverarbeitung in vielen Lebensbereichen mit digitalen Formen verbindet oder durch diese ersetzt. Digitale Informationsverarbeitung ist damit an den Gebrauch von Hard- und Software gebunden, mithin der direkten sinnlichen Wahrnehmung nicht zugänglich. Dieser Übergang von der analogen zur digitalen Informationsverarbeitung führt nahezu zwangsläufig (jedenfalls zunächst) zu einer ›digitalen Kluft‹ (›digital divide‹), der diejenigen *mit* Zugang und Fähigkeiten in der Beherrschung der notwendigen Hard- und Software von denjenigen *ohne* Zugang und Fähigkeiten unterscheidet.⁴ Diese Effekte sind auch bei der zunehmenden digitalen Erfassung und Verarbeitung von Informationen im Rahmen des strafrechtlichen Beweisverfahrens zu beobachten.

Strafverteidigung ist zunehmend mit massenhaften digitalen Beweismitteln⁵ konfrontiert. Besonders in sogenannten Umfangsverfahren zur organisierten (häufig grenzüberschreitenden) Kriminalität stützen sich die Ermittlungen auf den sogenannten ›digitalen Fußabdruck‹, der im Zuge der Tatbegehung vermeintlich hinterlassen wurde. Sie steht damit vor einer Herausforderung im Übergang von der analogen zur digitalen Daten- und Informationsverarbeitung im Beweisverfahren, die als unvermeidbare Folge der Digitalisierung von polizeilicher Gefahrenabwehr und Strafverfolgung durch Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger zu bewältigen ist, jedenfalls dann, wenn Verteidigung unter Wahrung des Prinzips der Waffengleichheit in einem fairen Verfahren stattfinden soll.

Im Zusammenhang mit der Vorlage neuer EU-Rechtsvorschriften zu eEvidence⁶ schätzt die Europäische Kommission ein, dass »bei mehr als der Hälfte aller Ermittlungen ein grenzüberschreitender Antrag auf Zugang zu elektronischen Beweismitteln gestellt (wird).

4 Valdez, J. R., & Durán, R. P., Redefining the Digital Divide: Beyond Access to Computers and the Internet. THE HIGH SCHOOL JOURNAL, 90(3), 2007, S. 31-44. doi:10.1353/hsj.2007.0013

5 Die Begriffe ›digitale Beweismittel‹ und ›eEvidence‹ werden in diesem Artikel synonym verwendet. Siehe aber Punkt II.3 zur Terminologie und Systematik der Begriffe ›eEvidence‹, ›digitale Beweismittel‹ und ›digitalisierte Beweismittel‹.

6 Vorschlag für eine ›Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen‹, COM(2018) 225 final, 17.04.2018; Vorschlag für eine ›Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates für zur Festlegung einheitlicher Regeln für die Bestellung von Vertretern zu Zwecken der Beweiserhebung in Strafverfahren‹, COM(2018)0226 final, 17.04.2018

Für rund 85 Prozent der strafrechtlichen Ermittlungen werden elektronische Beweismittel benötigt, und in zwei Dritteln dieser Ermittlungen ist es notwendig, Beweismittel von Online-Diensteanbietern anzufordern, die sich in einem anderen Land befinden.«⁷ Es bedarf vor diesem Hintergrund keiner besonderen Fantasie zu antizipieren, dass eEvidence als Massendaten zukünftig zur Normalität des Strafverteidigeralltags gehören wird.

Gleichwohl wird bei aller rasanten Entwicklung im technologischen Bereich und bei der Produktion digitaler Daten, die als Beweismittel im Strafverfahren eingebracht werden, Neuland betreten. Die prozessrechtlichen und praktischen Konturen im Umgang mit digitalen Beweismitteln durch die Prozessbeteiligten, sei es beispielsweise bei der Herausgabe von Smartphone-Images im Rahmen des Akteneinsichtsrechts oder bei der Überprüfung der Zulässigkeit, Zuverlässigkeit und des Beweiswertes digitaler Beweismittel, sind erst im Entstehen begriffen.⁸ Ohne Übertreibung lässt sich feststellen, dass die Zuwendung von Politik und Gesetzgebung aber auch der Berufsvertretungen von Richtern, Staatsanwälten und auch Rechtsanwälten – so auch der Strafverteidigervereinigungen – trotz der bereits praktisch wirkenden Zwänge im Beweisverfahren unzureichend ist und die technologische Entwicklung die Strafjustiz – jedenfalls weitgehend⁹ – vor sich herreibt.¹⁰

In der heute gegebenen Situation ist kaum bestreitbar, dass technologiegetriebene Digitalisierung von Innerer Sicherheit und Strafjustiz das Verstehen und Bewerten der digitalen Beweismittel be- bzw. verhindert, die Unabhängigkeit der Justiz berührt und die Waffen- gleichheit für die Strafverteidigung untergräbt.

7 Europäische Kommission-Factsheet (2018a), Häufig gestellte Fragen: Neue EU-Vorschriften für die Beschaffung von elektronischem Beweismaterial, Brüssel, 17. April 2018, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-18-3345_de.pdf, zuletzt besucht: 24.06.2018

8 Weiß, U., Elektronische Dokumente in der Hauptverhandlung nach neuem Strafverfahrensrecht. WISTRÄ, 6, 2018, S. 245-251

9 scip, *Labs 9*, Zürich: Scip AG 2018

10 Franzen, R., Stellungnahme der Neuen Richtervereinigung (Landesverband Sachsen) zum Entwurf eines Gesetzes zur organisatorischen Verselbständigung der Leitstelle für Informationstechnologie der sächsischen Justiz vom 29.12.2017. DRUCKSACHE DES SÄCHSISCHEN LANDTAGES, Nr. 6/12504, S. 26-31; *Quattrocolo*, S., & *Pagallo*, U., Fair Trial and the Equality of Arms in an Algorithmic Society. In: Padua Lima, M. L., Ghirardi, J. G. (Eds.), *Global Law - Legal Answers for Concrete Challenges* (pp. 246-276). Porto, Portugal: Editorial Juruá, 2018

Dazu ist hinter den z.T. schillernden Formen des Digitalen zu begreifen, dass wir am Anfang einer Entwicklung stehen, die darauf hinausläuft, eine nicht-humane Form künstlichen Denkens zu erzeugen, die auch in der politischen und justiziellen Entscheidungsfindung insbesondere zu komplexen Sachverhalten die menschlichen Möglichkeiten übertreffen wird. Damit ist die Grundfrage nach der Selbstbestimmung des Menschen (kleiner geht es leider nicht) und letztlich danach gestellt, ob und wenn ›ja‹ in welchem Ausmaß die Entscheidungsgewalt über existenzielle Fragen, wozu sicher die Rechtsprechung gehört, ›delegiert‹ werden sollen.

Wem das zu dystopisch oder unreal erscheint, hilft vielleicht die Lektüre von z.B. *Harald Welzer* (2017), *Yvonne Hofstetter* (2016) oder *Richard David Precht* (2018)¹¹ oder ein Blick in gegenwärtige Entwicklungen von Künstlicher Intelligenz in ihrer Verbindung zu Legal Tech und Sicherheitsszenarien, um etwas Nachdenklichkeit hervorzurufen. Wer die kritischen Ansichten von Yvonne Hofstetter oder Harald Welzer, die – sicher in provozierender Absicht – ›Das Ende der Demokratie‹ oder die ›Smarte Diktatur‹ als mögliche Folge der Digitalisierung der Gesellschaft sehen, einfach als ›Verschwörungstheorie‹ abtut, macht es sich gewiss zu leicht.

Aber richtig ist auch: Noch ist es trotz aller Anfänge nicht so weit. Daraus ergibt sich die Chance, sich auf diese Entwicklungen effektiv einzustellen und die Vorteile und Risiken computer- und softwaregestützter Verarbeitung von elektronischen Massendaten im Rahmen des Strafverfahrens zu verstehen und eigene Kompetenzen zu entwickeln.

Ein gerade erschienener Beitrag von *Serena Quattrocolo* und *Ugo Pagallo* (2018)¹² beschäftigt sich mit den möglichen Folgen der Digitalisierung auf das Strafverfahren und insbesondere eine aus Sicht der Autoren mit den Techniken der digitalen Beweiserhebung nahezu zwangsläufig verbundene Gefahr der Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 EMRK.

11 *Welzer*, H., *Die smarte Diktatur. Der Angriff auf unsere Freiheit*, Berlin: Fischer 2017; *Hofstetter*, Y., *Das Ende der Demokratie: Wie die künstliche Intelligenz die Politik übernimmt und uns entmündigt*. München: C. Bertelsmann 2016; *Precht*, R. D., *Jäger, Hirten, Kritiker: Eine Utopie für die digitale Gesellschaft*. München: Goldmann 2018

12 *Quattrocolo & Pagallo*, 2018 (Fn. 10)

Nach *Quattrocolo* und *Pagollo* greift der Gebrauch von Techniken der digitalen Massendaten-Analyse und Künstlicher Intelligenz im Bereich der Strafrechtsanwendung tief in die bisherige Art der Herstellung individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit ein und berührt insbesondere das individuelle Recht auf ein faires Verfahren und Waffengleichheit nach Artikel 6 Abs. 1 der EMRK. Es wird insbesondere auf die Wissens-Asymmetrie zwischen Anklage und Verteidigung hingewiesen, die aus dem ungleichen Zugang zu digitalen Beweismitteln und deren Verarbeitung resultiert. *Quattrocolo* und *Pagollo* gehen dabei so weit, die Offenlegung des Quellcodes von Software, mit der digitale Beweismittel erzeugt wurden, als ein Mittel der Herstellung der Waffengleichheit zu fordern.

Die Frage, ob die computergestützte Erzeugung von beweisheblichen Daten zu einer Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 EMRK führt, muss sicher nicht allein an der Überprüfung des Quellcodes der verwendeten Software festgemacht werden. Es geht vielmehr um die Nachvollziehbarkeit der mit Software-Hilfe erzeugten beweisheblichen Befunde unter methodischen Gesichtspunkten der Reliabilität, Validität, Objektivität und Plausibilität. Und diese Nachvollziehbarkeit kann auch auf anderem Wege (in der Regel sogar einfacher) als durch Offenlegung und Expertenanalyse von Quellcodes sichergestellt werden (siehe Punkt II.3).

Derzeit ist ein *Ungleichgewicht zwischen Anklage und Verteidigung* festzustellen, das als ›digitale Kluft‹ in den jeweiligen Kompetenzen und Möglichkeiten der Verarbeitung elektronischer Beweismittel bezeichnet werden könnte. Während sich die Staatsanwaltschaft mithilfe der massiven digital-forensischen Infrastruktur der Polizei nicht nur digitale Massendaten als beweisrelevante Informationsbasis in großem Umfang verschafft und auch über den behördlichen Zugang zu Experten und damit grundsätzlich über die Kompetenz der Auswertung verfügt, erlangt die Strafverteidigung über Akteneinsicht und Inaugenscheinnahme Kenntnis von Daten und Datenträgern bzw. deren Inhalten, wenn ihrem Ersuchen stattgegeben wird. Schließlich im Besitz der elektronischen Massendaten, stellt sich die Frage einer effektiven Aufbereitung und Auswertung, für deren Lösung bislang – betrachtet man die Gesamtsituation – noch keine befriedigende Antwort gefunden wurde, mehr noch, es droht die Gefahr, dass sich die

›digitale Kluft‹ zwischen Anklage und Verteidigung ausweitet und die Strafverteidigung hoffnungslos ›abgehängt‹ wird. Die Frage ist also: »Kann David mit Goliath Waffengleichheit herstellen – und wenn ja, auf welche Weise?«

Um diese Frage in wesentlichen Zügen zu reflektieren, beschäftigt sich dieser Beitrag zunächst in Punkt II mit einigen Hintergründen und den ›treibenden Kräften‹ der Digitalisierung im Bereich polizeilicher Gefahrenabwehr und Ermittlungstätigkeit und daraus folgenden Konsequenzen für den Übergang zur digitalen Informationsverarbeitung im Strafverfahren. In Punkt III werden dann analytische und informationstechnische Herausforderungen für die Strafverteidigung betrachtet, die sich als neue Kompetenzen digitaler Informationsverarbeitung im Beweisverfahren im Umgang mit Hard- und Software darstellen lassen. Punkt IV wird im Sinne eines Ausblicks kurz auf mögliche Szenarien des zukünftigen Umgangs mit digitalen Beweismitteln aus Sicht der Strafverteidigung eingehen.

II. DIGITALISIERUNG VON INNERER SICHERHEIT UND STRAFVERFOLGUNG

1. Kontext & Hintergründe

Eine immer noch verbreitete Ansicht scheint darauf hinaus zu laufen, es handele sich bei der Digitalisierung im Bereich von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung um eine weitgehend technologische Angelegenheit, welche die bisherige analoge Datenverarbeitung besonders im Beweisverfahren eben schneller und effizienter und auch kostengünstiger und energiesparender (der wohl zurzeit größte Trugschluss) nun mit Computer und Software in digitaler Weise durchführen lässt bzw. bereits bestehende Praktiken nur effektiver und kostensparender fortgeführt werden. Und im übrigen könne man sich der

technischen Entwicklung ohnehin nicht entziehen und müsse sich ihr anpassen.¹³

Um die Dimensionen des Konzepts und der Praxis der ›digitalen Beweismittel‹ in ihrer Tiefe wenigstens annähernd zu erfassen, kommt man nicht umhin, Kontext und einige Hintergründe zu den Grundzügen der Digitalisierung im Bereich Inneres und Strafjustiz¹⁴¹⁵ zu beleuchten. Am Ende wird es um die entscheidende Frage gehen, welche Effekte die Digitalisierung im Bereich von Sicherheit und Strafjustiz auf die informationellen Entscheidungsgrundlagen und die Unabhängigkeit und Selbständigkeit von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung hat und wie die Strafverteidigung die Rechte von Beschuldigten und Angeklagten in ihrer physischen und auch digitalen Existenz (›physical and digital self‹) durch fachgerechte Überprüfung der Rechtmäßigkeit, Zuverlässigkeit und des Beweiswertes elektronischer Beweismittel schützen kann.

Wenn Strafverteidigung dem Staat in seiner Definitionsmacht der ›Abweichung‹ und einem darauf fußenden Sanktionsanspruch aus gutem Grund Grenzen setzt – *welche Folgen hat dann die Veränderung*

13 Ein Disput im Plenum des Sächsischen Landtags am 13. Dezember 2017 zwischen dem Abgeordneten der Fraktion DIE LINKE, Klaus Bartl und dem damaligen Staatsminister des Innern, Markus Ulbig, macht dieses verbreitete Missverständnis auf Seiten politischer Entscheidungsträger hinsichtlich der Risiken von Digitalisierung für eine rechtsstaatliche Strafjustiz deutlich. Bartl hatte angezweifelt, dass sich mit der Einrichtung des Gemeinsamen Kompetenz- und Dienstleistungszentrums (GKDZ) zur Zentralisierung der Telekommunikationsüberwachung in fünf Bundesländern unter Beteiligung von Sachsen »mit dieser hoch institutionalisierten digitalen Verfahrensbearbeitung keine Unterschiede qualitativer Art für die Beteiligten am Strafverfahren im Verhältnis zur analogen Aktenführung im Zuge der Ermittlungen zu Strafverfahren eintreten«. Darauf Ulbig: »Telekommunikationsüberwachung, wie wir sie – so viel zu Ihrem Thema, Herr Bartl – bereits jetzt in den jeweiligen Landeskriminalämtern und danach auch im GKDZ betreiben, dient der Aufklärung schwerer Straftaten; ... Ich habe bei dieser Diskussion, die Sie jetzt geführt haben, überhaupt nicht verstanden, wo Sie das Problem haben; (Albrecht Pallas, SPD: Das wundert mich jetzt nicht!) denn die Arbeit, die jetzt vom LKA erledigt wird, wird in Zukunft genauso im GKDZ stattfinden... Bei der Einrichtung des GKDZ geht es aber nicht darum, auf dem neuesten Stand der Technik zu sein, sondern wir müssen auch mit den Technologien von morgen Schritt halten.« (Plenarprotokoll, 2017).

14 Mit dem Verweis auf »Inneres und Strafjustiz« wird die von der Europäischen Union bezeichnete »Area of Freedom, Security and Justice« umschrieben.

15 *Monroy, M.*, Diskussion zu »elektronischen Beweismitteln«. In: CILIP 116, 2018 <https://www.cilip.de/2018/06/24/diskussion-zu-elektronischen-beweismitteln/>, zuletzt besucht: 26. Juni 2018; *ders.*, SIS II wächst kontinuierlich. In: CILIP 116, 2018, <https://www.cilip.de/2018/06/24/sis-ii-waechst-kontinuierlich/>, zuletzt besucht: 26. Juni 2018

der Arbeitsweise des strafenden Staates vom Analogen zum Digitalen für die Verteidigung?

Die Digitalisierung des ›Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts‹ und damit auch des Strafverfahrens bedeutet einen Paradigmenwechsel der Informationsverarbeitung vom traditionellen (primär) analogen ›Aktensstudium‹¹⁶ hin zur (primär) computer- und softwaregestützten Datenverarbeitung mit Blick auf

- die *Erfassung, Speicherung und Aufbereitung* fallrelevanter digitaler und digitalisierter (Massen-)Daten (elektronischer Daten),
- deren ebenso computergestützten *Analyse und Verdichtung* zu beweisheblichen Informationen/Befunden und schließlich
- die Verarbeitung dieser Informationen und *Präsentation* (Verschriftlichung/Visualisierung) als Beweisergebnis (›prozessuale Wahrheit‹).

Die zunehmende Anwendung von Informations- und Kommunikationstechnologien bei der Begehung von Straftaten auf der einen wie bei ihrer Verfolgung auf der anderen Seite wirft die bereits genannten kritischen Bedenken in Bezug auf die Aufrechterhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze wie z.B. des fairen Verfahrens und der Waffengleichheit auf, verbunden mit der grundsätzlichen Frage, ob der David der Strafverteidigung dem digital aufgerüsteten Goliath auf Seiten der Sicherheits- und Ermittlungsbehörden überhaupt noch auf Augenhöhe begegnen und folglich seine Verteidigerpflichten erfüllen kann.

Es wird hier die klare Auffassung vertreten, dass Strafverteidigung diese Herausforderung bewältigen kann, *wenn* die Unausweichlichkeit einer Kompetenzverschiebung in der Arbeitsweise der Strafverteidigung erkannt wird. D.h. Strafverteidiger und Strafverteidigerinnen sind (sicher auch arbeitsteilig und in unterschiedlichem Maße) einerseits gefordert, ein hinreichendes Verständnis von der neuen, digitalen Art der Informationsverarbeitung sowohl als Moment der Tatbegehung als auch im Hinblick auf die Gefahrenabwehr und Strafverfolgung zu entwickeln; andererseits müssen sie sich selbst in die Lage

¹⁶ Selbstredend ist auch Informationsverarbeitung im vordigitalen Zeitalter mehr als das Studium von Akten, aber sie basiert in jedem Fall wesentlich – ob z.B. durch Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten oder die Inaugenscheinahme von Tatmitteln – auf der sinnlich-unmittelbaren Wahrnehmung von Informationen.

versetzen, Methoden der digitalen Datenverarbeitung anzuwenden – entweder in selbständiger Arbeit oder in Zusammenarbeit mit Experten im Bereich der digitalen Forensik bzw. Massendatenanalyse.

Im Grunde sprechen wir hier von einem Prozess lebenslangen beruflichen Lernens und eines Wandels zum ›DigiTorney‹ (digital attorney). Würde diese Zuwendung zu den digitalen Herausforderungen nicht stattfinden, liefe die Strafverteidigung (eine in Ansätzen bereits zu beobachtende) Gefahr, die Präsentation von auf elektronische Daten gestützten Beweismitteln durch die Staatsanwaltschaft nicht mehr ausreichend in ihrem Zustandekommen zu verstehen und ihre Integrität und Authentizität und damit ihren Beweiswert nicht mehr unabhängig überprüfen zu können – nicht zu reden von dem eintretenden Verlust der Fähigkeit, punktuell eigene Analysen der in das Strafverfahren eingeführten digitalen Daten durchführen zu können.

Der strategische Charakter der Veränderungen wird sichtbar, wenn man sich verdeutlicht, dass sich nicht nur die Methoden und Techniken der Informationsverarbeitung im Ermittlungs- und Strafverfahren verändern, sondern die Grundlagen und Prinzipien der Entscheidungen zu ›Abweichung‹ und ›Sanktion‹ infolge der Digitalisierung verschoben werden.

Die am Beispiel neuer Polizeigesetze in Bayern und weiteren Bundesländern konkret gewordene massive Veränderung der Sicherheitsarchitektur in Deutschland,¹⁷ eingebettet in die neue interne Sicherheitsstrategie der Europäischen Union¹⁸ macht diese qualitativen Verschiebungen deutlich, die nur vor dem Hintergrund der Digitalisierung und der daraus resultierenden Möglichkeiten von Überwachung und Risikoeinschätzung bzw. Risikoprognose zu verstehen sind.

17 Löffelmann, M., Die Zukunft der deutschen Sicherheitsarchitektur – Vorbild Bayern?, in: ZEITSCHRIFT FÜR DAS GESAMTE SICHERHEITSRECHT. Europäisches und Deutsches Sicherheitsrecht/Sicherheitspolitik, 3/2018, 85-91, S. 85ff.

18 Europäische Union, Die Europäische Sicherheitsagenda. MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT, DEN RAT, DEN EUROPÄISCHEN WIRTSCHAFTS- UND SOZIALAUSSCHUSS UND DEN AUSSCHUSS DER REGIONEN. COM(2015) 185 final, 2015

Zunächst kann in diesem Zusammenhang von zwei sich wechselseitig verstärkenden Trends ausgegangen werden:

(1) Durch-Digitalisierung aller Lebensbereiche

Als Folge des rasanten technologischen Fortschritts und der nahezu ungebremsten Einführung von ITK (Informations- und Kommunikationstechnik) nach dem Prinzip der technologischen Machbarkeit und unter dem Mantra der Vereinfachung und Lösung von Problemen durch Digitalisierung und Big Data (›das neue Öl‹) kommt es zum massiven Auf- und Ausbau einer ITK-Infrastruktur mit entsprechenden Experten und in der Folge zu einer permanenten exponentiell anwachsenden Anhäufung von personenbezogenen Massendaten.¹⁹ Diese ›digitale Identität‹ (›digital self‹), deren Entstehen am Ende durch niemanden zu verhindern ist, enthält auch den ›digitalen Fussabdruck‹ von Verhalten, das als Straftat angeklagt wird.

(2) Entstehen einer daten-getriebenen Sicherheitsarchitektur

Es wird eine »Vernachrichtendienstlichung« des Polizeirechts und des Strafverfahrensrechts« antizipiert und eine Entgrenzung polizeilicher Befugnisse und Ausweitung von Überwachung in das Vorfeld einer Gefährdung (›drohende Gefahr‹) in der Weise festgestellt, dass Polizei als Datenbeschaffer (z.T. in Echtzeit) im Rahmen der Gefahrenabwehr mit fließenden Grenzen zur Verwendung der Daten im Ermittlungs- und Beweisverfahren agiert.²⁰

Auf der Digital Investigation Conference 2018²¹ wurde mit Blick auf die wahrscheinlichen Entwicklungen in den nächsten zehn bis fünfzehn Jahren von KPMG, einer der ›Big Four‹-Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die selbst digitale Forensik und Datenanalyse

19 Wer immer noch Zweifel daran hat, dass sich dieser Trend der Durch-Digitalisierung aller Lebensbereiche tatsächlich durchsetzt und keiner Wahnvorstellung von Digitalisierungsgegnern entspringt, werfe einen Blick auf ›i.Con Smart Condom‹ (<https://britishcondoms.uk/i-con-smart-condoms.html> - zuletzt besucht: 26. Juni 2018) – »Welcome to the future of wearable technology in the bedroom.«

20 *Löffelmann* 2018 (Fn. 17), S. 86ff.

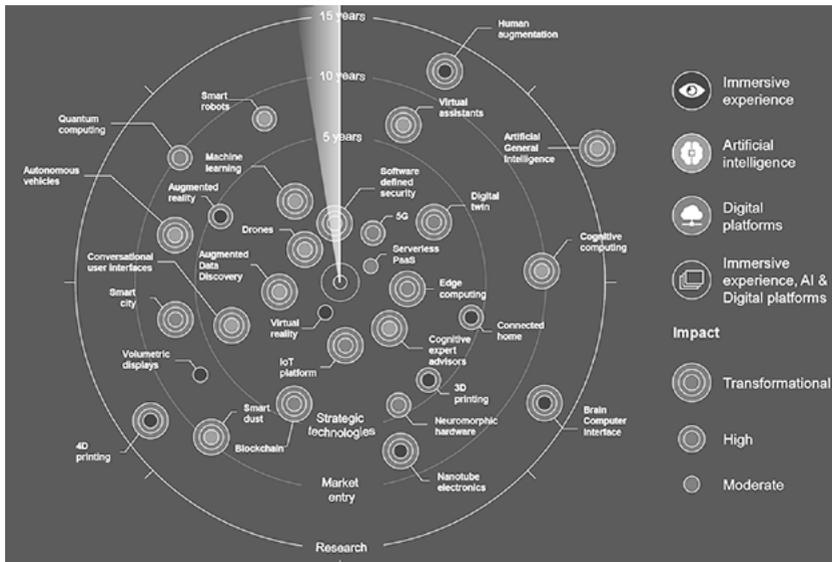
21 DIC - Digital Investigation Conference 2018, <http://www.digitalinvestigationconference.ch/zurich/agenda/index.html> zuletzt besucht: 26.06.2018

betreiben,²² ein Szenario vorgestellt, das (A) die radikale Transformation durch Digitalisierung in allen Lebensbereichen in den nächsten 15 Jahre beschreibt, welche (B) in der Folge zu völlig neuen Formen der polizeilichen Ermittlungsarbeit – und damit von digitalen Beweismitteln – führen wird.

(A) Strategische Technologien werden nach dieser Prognose komplexe soziale und technische Prozesse steuern und datenmäßig erfassen. Von ›digital twins‹, ›IoT platforms‹ und ›smart cities‹ über ›neuromorphic hardware‹, zu ›Brain Computer Interface‹ und ›human augmentation‹ wird eine Entwicklung stattfinden, in der die Grenzen zwischen dem ›Physischen‹, dem ›Virtuellen‹ und dem ›Biologischen‹ verschwimmen und damit auch die Wahrnehmung von und polizeiliche Ermittlungsarbeit zu wesentlichen Bereichen strafbaren Verhaltens, das sich in eben diesen ›Räumen‹ abspielt, zunehmend betreffen.

22 Siehe KPMG ›Forensic Investigations‹, »Unabhängige unternehmensinterne Ermittlungen bei Verdacht wirtschaftskrimineller Handlungen auf Basis erprobter Methoden.« <https://home.kpmg.com/de/de/home/dienstleistungen/audit/forensic/forensic-investigations.html> - zuletzt besucht: 26. Juni 2018. Die ›Big Four‹ Deloitte, Ernst & Young (EY), KPMG und PricewaterhouseCoopers (PwC) besitzen im Bereich der Digitalisierung von Polizei und Justiz europaweit eine erhebliche Gestaltungsmacht. Z.B. ist PwC maßgeblich in die Digitalisierung der Justiz von Großbritannien involviert.

GRAFIK 1: IKT-ENTWICKLUNG DER NÄCHSTEN 15 JAHRE – POTENZIELL DIGITALE BEWEISMITTEL



Quelle: KPMG (2018)

Auf Legal Tech-Konferenzen²³ und Veranstaltungen zu digitaler Polizeiarbeit²⁴ ist seit mehreren Jahren eine sich zunehmend intensivierende Debatte zwischen Polizei, verantwortlichen Regierungsstellen und der IT-Wirtschaft festzustellen. Wie eine Studie belegt, hat sich auch der Anteil der IT-Privatwirtschaft an der EU-geförderten Sicherheitsforschung ständig erhöht.²⁵

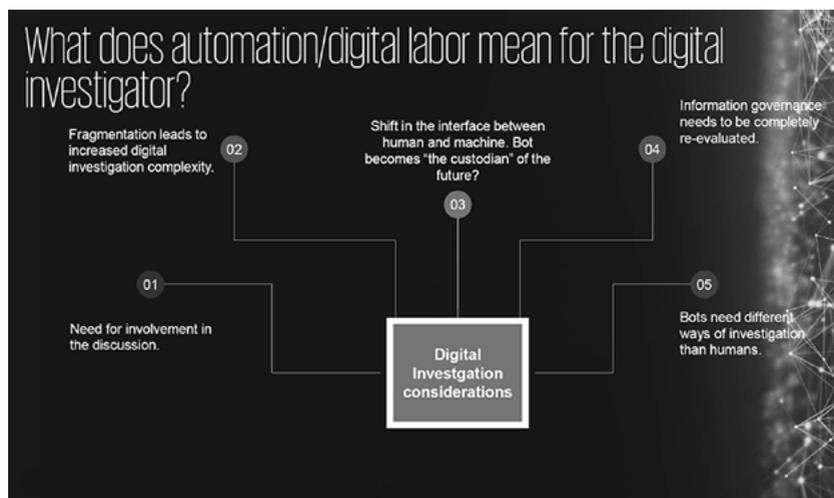
23 Z.B. LEGAL @EVOLUTION, »Die größte Kongressmesse für Legal Innovation in Europa«, <https://legal-revolution.com/de/>, zuletzt besucht: 26. Juni 2018.

24 Z.B. Spezialmesse zur Digitalisierung der Inneren Sicherheit!, <http://www.gpecdigital.com/de/>, zuletzt besucht: 26. Juni 2018. »Für wen ist die GPEC® digital? Einfache Rechnung: Digital + Innere Sicherheit. Ihre Behörde kämpft für Innere Sicherheit im digitalen Wandel? Sie schaffen als Unternehmen Sicherheitsprodukte mit digitaler Struktur? Sie streiten als Experte für innovative Ansätze? Schlagworte wie Cybersecurity, Smart Policing und Smart Cities, KI-basierte Technologie, Intelligente Überwachung, Datenhaus Polizei, Critical & Mobile Communications und Vernetzung von Mensch und Fahrzeug sind für Sie keine Worthülsen, sondern Ihr tägliches Einsatzgebiet? Dann willkommen auf der GPEC® digital 2019!« Oder die »Digital Investigations Conference« (DIC), Zürich, <http://www.digitalinvestigationconference.ch/zurich/>, zuletzt besucht: 26. Juni 2018.

25 Jones, C., Market forces: The development of the EU security-industrial complex. London, UK: Transnational Institute, STATEWATCH, 2017

(B) Die wesentlichen Folgen für die Ermittlungstätigkeit und Beweiserhebung zu kriminellem Verhalten wird – so die Vorhersage – einerseits in einem enormen Anwachsen sowohl des Umfangs als auch der Komplexität digitaler Ermittlungstätigkeit und damit in deren Ergebnis digitaler Beweismittel führen²⁶; andererseits wird durch ein verändertes Verhältnis von Mensch und Maschine, den (intelligenten) Maschinen (Bots = Roboter/Software) bei der Aufklärung von Straftaten eine zentrale Rolle zukommen, was zu einem Umdenken in der Informationsverarbeitung bei der Strafverfolgung führen wird.

GRAFIK 2: ZUKÜNFTIGE PERSPEKTIVEN DIGITALER ERMITTLUNGSTÄTIGKEIT DER POLIZEI



Quelle: KPMG (2018)

Als Folge dieses Digitalisierungstrends ist neben dem Anwachsen von Big Data eEvidence eine zunehmend computergestützte Einschätzung von Gefahrensituationen und ›Gefährdern‹ (der potenzielle ›Gefährder‹ wird primär zum Objekt der Erkenntnis (Scoring), nicht die ›akute Gefahr‹ bzw. strafbare Handlungen und ihre kausale Zuordnung zu Personen), die Grundlage juristischer Entscheidungen, die sich zudem auf eine informationstechnologische Infrastruktur bezieht (siehe oben »Emerging technology radar«), welche ohne Expertenwissen nicht zu verstehen ist.

26 Siehe neuere Trends in der Car- und Drone-Forensik zur Sammlung digitaler Beweismittel.

Vor diesem Hintergrund der IT-Entwicklung darf man sich schon fragen, inwieweit die Digitalisierung des Erkenntnisverfahrens ein politisch-justiziell »gesteuerter« und in seinen wesentlichen Wirkungen bewusst wahrgenommener und gewollter Prozess oder aber ein sich weitgehend selbststeuernder, technologie-getriebener Mechanismus ist, der von dem Glauben getragen ist, auf diesem Wege sei am Ende nicht nur im Einzelfall ein Ermittlungserfolg zu erzielen, sondern tatsächlich ein Mehr an Sicherheit *und* Freiheit (d.h. insbesondere Schutz von Grundrechten) zu erreichen. Es wird also nicht gefragt, welche Sicherheit soll mit welchen Mitteln (darunter Möglichkeiten der Digitalisierung) erreicht werden, sondern die technischen Möglichkeiten der Digitalisierung werden unmittelbar als zentrales Mittel der Lösung von erheblichen Sicherheitsproblemen dargestellt – im Zweifel unter Einschränkung von Grundrechten.

Evgeny Morozov hat diese Sichtweise im Sinne einer »eigenständigen Rechtfertigungsordnung«²⁷ als »Solutionism«²⁸ bezeichnet, einer Perspektive, in der die Digitalisierung – etwas vereinfacht ausgedrückt – als effektive Antwort auf Probleme verstanden wird, ohne dass nach den Ursachen dieser Probleme gefragt werden muss. Mit Blick auf Gefahrenabwehr und Strafverfolgung scheint Digitalisierung so die in Echtzeit wahrgenommene Gefährdung und das Einschreiten idealerweise noch vor Eintreten einer akuten Gefahr zu ermöglichen und zudem basierend auf digitalen Massendaten sichere Beweise für eine Verurteilung zu liefern.

In Filmen wie »Citizenfour« und »Pre-Crime« werden diese bedrohlichen Entwicklungen bereits eindringlich dargestellt; gleichwohl kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass sie überwiegend als virtuelles Spektakel eines »digitalen Wahnsinns« auf der Leinwand missverstanden werden und nicht als ein (wahrscheinlich noch untertriebenes) Abbild tatsächlicher Vorgänge, von denen wir bereits betroffen sind. Aber: Hinter diesem »digitalen Wahnsinn« gibt es ein Design, ein Muster, einen »Plan«.

27 *Nachtwey, O. & Seidl, T.*, Die Ethik der Solution und der Geist des digitalen Kapitalismus, in: Institut für Sozialforschung (Hrsg.) IFS WORKING PAPER #11, Frankfurt am Main 2017, S. 1

28 *Morozov, E.*, To Save Everything, Click Here. Technology, Solutionism and the Urge to Fix Problems that Don't Exist. New York: Public Affairs, 2013

2. Die treibenden Kräfte – EU-Multi-Level-Governance, IT-Wirtschaft und Veränderung der Sicherheitsarchitektur

Um die Grundzüge der Digitalisierung des Strafverfahrens, die damit verbundenen Risiken für seine rechtsstaatlichen Prinzipien und letztlich Wege der Bewahrung von Waffengleichheit durch effektive Strafverteidigung im Umgang mit digitalen Massen-Beweismitteln zu verstehen, muss man zunächst nach Europa schauen – auch wenn es am Ende doch eigentlich (nur) darum geht, eine effektive Verteidigung beim Umgang mit digitalen Beweismitteln im konkreten Strafverfahren am Landgericht X in Deutschland zu gewährleisten.

These: Die treibende politische, rechtsetzende und exekutive Macht der Digitalisierung in den Bereichen von Sicherheit und Strafjustiz ist die Europäische Union. Der wesentliche Hebel zur Umsetzung der politischen Ziele einer digitalisierten Sicherheits- und Justizpolitik ist die Herstellung von Interoperabilität der EU-weit zum Einsatz kommenden IKT- Infrastruktur und entsprechender Softwarelösungen. Das Verstehen der Digitalisierung des Strafverfahrens muss deshalb hier ansetzen.²⁹

Die Europäische Ermittlungsanordnung³⁰ (EEA) bietet ein hervorragendes Beispiel dafür, diese Zusammenhänge im Konkreten nachzuvollziehen. Mit Blick auf die Digitalisierung des Ermittlungs- und Strafverfahrens ist die Begründung des Gesetzentwurfs³¹ (dem dann so auch vom Bundesrat zugestimmt wurde) auf S. 23 f. mit den Ausführungen zu Art. 7 (Vorgaben für die Übermittlung eines EEA

29 Um es hier an Deutlichkeit nicht fehlen zu lassen: Es ist nicht die politische Debatte um die in der Folge von Digitalisierung eintretende massive Veränderung von sozialer und strafrechtlicher Kontrolle und rechtsstaatlichen Prinzipien, in deren Ergebnis eine Grundentscheidung dahingehend gefällt wird, ob diese Folgen gewollt sind. Vielmehr wird - vor dem Hintergrund (hypertrophierter?) Terrorismusbedrohung und von Gefahren durch die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität - über das weitgehend unwidersprochene Mantra der Notwendigkeit informationstechnischer Modernisierung zur Vollendung der ›Sicherheitsunion‹ (wesentlich über EU-Rechtsetzung) eine technologische und institutionelle Infrastruktur geschaffen, über deren Einführung Entscheidungsträger zu substanziellen Veränderungen veranlasst werden. In Kürze: IKT im Bereich AFSJ droht tendenziell Politik und Justiz zu ›entmündigen‹.

30 Umsetzung in Deutschland durch das ›Vierte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen‹ vom 5. Januar 2017 (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I, Nr. 2, ausgegeben zu Bonn am 10. Januar 2017).

31 Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/9757, 26.09.2016.

durch die Anordnungsbehörde) interessant. Voraussetzung für das Funktionieren der EEA ist danach das Zusammenwirken verschiedener Institutionen und Agenturen auf europäischer, Landes- und regionaler Ebene. Neben der Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen besteht mit Blick auf die Verarbeitung digitaler Informationen und Beweismittel das Hauptproblem darin, die Authentizität und Integrität der übermittelten Daten zu gewährleisten. Dazu sind elektronische Signaturen erforderlich wie auch informationstechnische Vorkehrungen durch die Einrichtung entsprechender elektronischer Übertragungswege und Sicherheitssysteme zu treffen sind, welche die Identität des Absenders gewährleisten. Für die Bundesrepublik Deutschland gehört als zentraler Bestandteil zu diesen informationstechnischen Systemen das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP).³²

Um nun die EEA grenzüberschreitend innerhalb der EU zu übermitteln, ist die Anbindung des EGVP in eine EU-weite Infrastruktur zu gewährleisten. Diese wird über das im Aufbau befindliche Projekt des e-CODEX angeboten.³³ Mit dem Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission für 2018 wurde der mit der EEA eingeschlagene Weg mit einem neuen Gesetzgebungsvorschlag erweitert.³⁴ Hierbei handelt es sich um Vorschläge für zwei Verordnungen,³⁵ welche die Vereinfachung des Zugangs zu eEvidence (hier bezogen auf elektronische Inhalte, die bei Internetdiensten in anderen Mitgliedstaaten oder Drittstaaten gespeichert sind) regeln sollen. Die Einbindung der

32 Anmerkung: Teil des EGVP ist das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA).

33 Siehe: <https://www.e-codex.eu> - zur Beschreibung des Projekts und Video-Präsentation; <https://www.e-codex.eu/partners/contact>; <https://www.e-codex.eu/node/129>, zuletzt besucht: 26. Juni 2018. eCodex wird später als meCodex fortgeführt.

34 Anhang 1 zum »Arbeitsprogramm der Kommission 2018«, Nr. 16, »Vorschlag zur Verbesserung des grenzüberschreitenden Zugangs von Strafverfolgungsbehörden zu elektronischen Beweismitteln«. Neben Maßnahmen zur Vollendung des digitalen Binnenmarktes werden auch Bestimmungen im Bereich eGovernance überarbeitet (REFIT), und es wird die erweiterte Nutzung öffentlicher Daten angestrebt. Siehe auch Vorschlag zu einer Verordnung über die »EU-Cybersicherheitsagentur (ENISA): (Zertifizierung der Cybersicherheit).

35 Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen COM(2018)0226 final; Vorschlag für eine RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zur Festlegung einheitlicher Regeln für die Bestellung von Vertretern zu Zwecken der Beweiserhebung in Strafverfahren, COM(2018)0226 final.

entsprechenden nationalen Justiz-IT-Systeme in die EU-weite Infrastruktur wird für Deutschland maßgeblich durch das Ministerium der Justiz von Nordrhein-Westfalen getestet.³⁶

Neben der Kommission sind auf EU-Ebene insbesondere das Europäische Justizielle Netzwerk (EJN) und Eurojust involviert. EJN-Kontaktstellen (auf Bundesebene am Bundesamt für Justiz, auf Länderebene überwiegend bei den Generalstaatsanwaltschaften angesiedelt) besitzen einen Zugang zur sicheren Telekommunikationsverbindung des EJN. Eine direkte Verbindung zwischen der Anordnungsbehörde und der Vollstreckungsbehörde (gegebenenfalls unter Einbindung der genannten Zentralbehörden) ist ebenfalls vorgesehen.

Inwieweit zu einem späteren Zeitpunkt das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) als Teil des EGVP über Schnittstellen in dieses informationstechnische System eingebunden wird, ist bislang – soweit zu sehen ist – noch nicht substantiell thematisiert. In Bezug auf die technischen Standards des beA scheint die Interoperabilität jedoch gegeben zu sein.

Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass Formen der schweren und organisierten Kriminalität regelmäßig grenzüberschreitender Natur sind,³⁷ bedarf es keiner besonderen Weitsicht festzustellen, dass die hier mit den europäischen Entwicklungen gesetzten Perspektiven und Standards im Zuge der technisch für das letztendliche Funktionieren dieser Infrastruktur notwendige Harmonisierung vollständig auf die nationalen Systeme durchgreifen wird.

Die hier über das Beispiel der Europäischen Ermittlungsanordnung und die Nachfolgeregelungen zur Erlangung von elektronischen Beweismitteln für den Justizbereich in Kürze nachgezeichneten Entwicklungen sind im Bereich der EU-weiten informationstechnischen Verbindung von Sicherheits- und Polizeibehörden bereits wesentlich weiter entwickelt und praktisch getestet.

36 Siehe: http://www.justiz.nrw.de/WebPortal_en/index.php, zuletzt besucht: 26. Juni 2018.

37 Siehe SOCTA2017, <https://www.europol.europa.eu/socta/2017/>, zuletzt besucht: 26. Juni 2018

Der Rat der Europäischen Union hat im Februar 2017 das Netzwerk der bestehenden IKT-Infrastruktur im Bereich der öffentlichen Sicherheit nachgezeichnet (siehe Grafik 3).³⁸

Mit euLISA und ENISA entwickelt die EU mächtige Agenturen für das Management, die Kontrolle sowie die Entwicklung der IT-Systeme im Bereich von AFSJ insbesondere zur Gewährleistung deren Interoperabilität, darin eingeschlossen - so die Planung - das grenzüberschreitende EU-Justizportal eCodex.³⁹

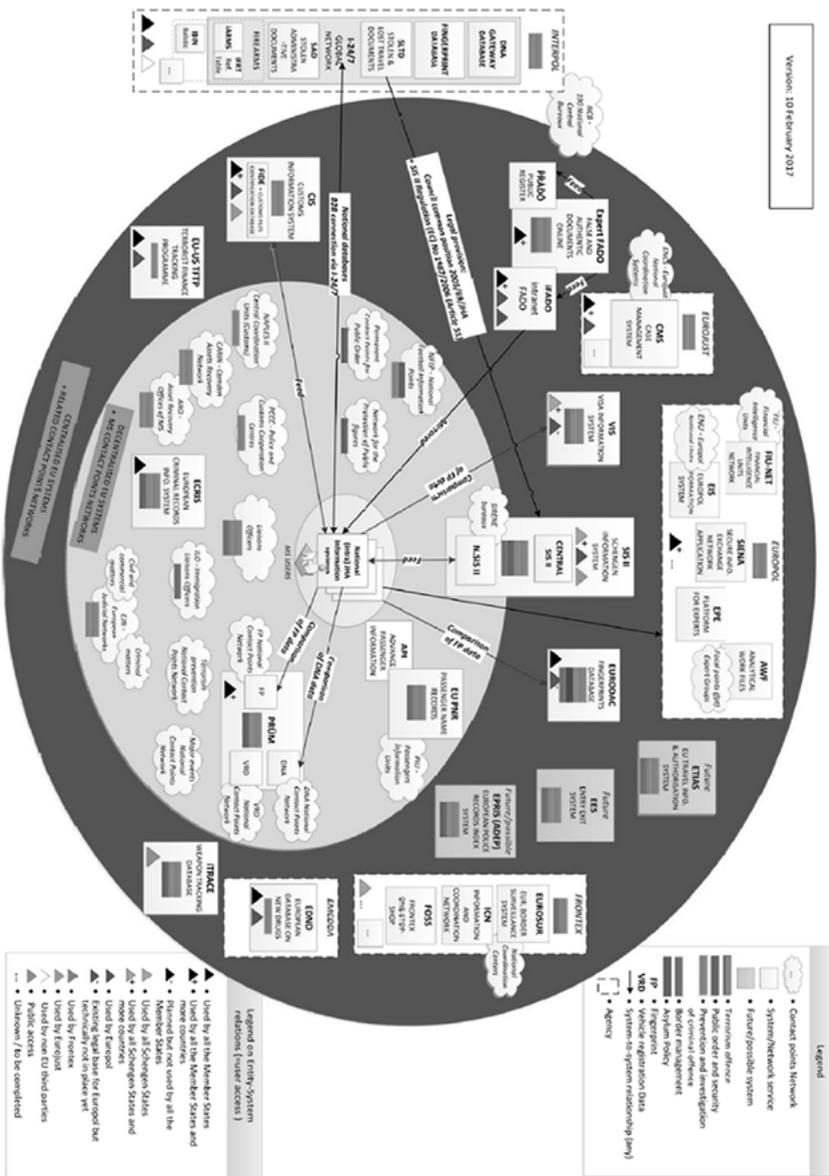
Die grundlegenden politischen Entscheidungen für die Fortsetzung dieser digitalen Sicherheitsintegration sind auf EU-Ebene bereits gefallen. Am 24. Oktober 2017 hat die Europäische Kommission ihr Arbeitsprogramm für 2018 vorgestellt⁴⁰, das die bislang bereits konsequent verfolgte Perspektive eines harmonisierten Informationsaustausches im Bereich ASFJ fortsetzt. Zwei Initiativen sind hier hervorzuheben: zum einen ein Vorschlag zu einem Gesetzesvorhaben zur Verknüpfung der EU-Informationssysteme für Sicherheits-, Grenz- und Migrationsmanagement und zum anderen als langfristige Maßnahme (»Zukunftsmaßnahmen«) die Erweiterung der Zuständigkeit der Europäischen Staatsanwaltschaft auf grenzüberschreitende terroristische Straftaten (angestrebter Zeithorizont 2025). Damit soll die »Vollendung der Sicherheitsunion« – als Priorität unter den Schwerpunkten der Kommission – insbesondere »zur Verbesserung des grenzübergreifenden Zugriffs der Strafverfolgungsbehörden auf

38 Council of the European Union. Overview of the information exchange environment in the justice and home affairs area, Brussels, 15 February 2017, 6253/17. »In the context of the implementation of the Roadmap to enhance information exchange and information management including interoperability solutions in the Justice and Home Affairs area (9368/1/16 REV 1) and the ongoing work in the High Level Expert group on information systems and interoperability, the General Secretariat of the Council has made an attempt to map the existing (and some future) information exchange instruments, networks and databases in the JHA field.«

39 Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über die Europäische Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 und des Ratsbeschlusses 2007/533/JI sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011, COM/2017/0352 final

40 Siehe Arbeitsprogramm der Kommission 2018, COM(2017) 650 final. https://ec.europa.eu/info/publications/2018-commission-work-programme-key-documents_en, zuletzt besucht: 26. Juni 2018

GRAFIK 3: ÜBERBLICK ZUR EU-INFRASTRUKTUR DES INFORMATIONSAUSTAUSCHES IM BE- REICH ÖFFENTLICHER SICHERHEIT



elektronische Beweismittel und Finanzdaten«⁴¹ erreicht werden. Parallel wird der personen- und sachbezogene freie Datenaustausch im EU-Binnenmarkt und in der EU-Außenwirtschaft vorangetrieben (betrifft das Thema Umgebungszintelligenz, auch relevant für Gefahrenabwehr und Strafverfolgung).

Wie un schwer zu erkennen ist, sind in diesem System der AFSJ-IT-Infrastruktur die EU-Ebene, die Mitgliedsstaats-Ebene und die regionale (Länder-) Ebene *interoperabel* miteinander verbunden. Zwar spielen auch in diesem ITK-Gesamtsystem hierarchische Elemente der Über- und Unterordnung entlang der Linie »EU-Bund-Länder« eine funktional bedingte Rolle (etwa dem Grundgedanken des Subsidiaritätsprinzips folgend), wenn es jedoch um die Frage des Datenaustausches (input/output) geht, können mit diesem Netzwerk verbundene Akteure auf allen Ebenen (mit unterschiedlichen Befugnissen) Daten einspeisen oder abrufen. Interoperabilität auf der technischen Seite geht am Ende mit Universalität der Nutzung der Daten (jedenfalls tendenziell) einher. Die Frage ist, ob das so gewollt ist.

Die polizeilichen Vorgangsbearbeitungssysteme und Dateien auf Bundes- und Landesebene spielen hierbei in Deutschland eine entscheidende Rolle;⁴² auch aus der Sicht der Auswertung elektronischer Beweismittel in konkreten Strafverfahren ist das System und der Austausch von (überwiegend, aber nicht nur) personenbezogenen Daten im Verbundsystem polizeilicher Datenbanken von zentraler Bedeutung. Die weitere Operationalisierung und Konkretisierung dieses Systems wird auch in Deutschland massiv vorangetrieben,⁴³ da die derzeitige ITK-Infrastruktur föderal extrem zerklüftet ist und selbst vorhandene Informationen im operativen Betrieb nicht oder nur mit übermäßigen Aufwand zu finden sind.

41 Siehe Arbeitsprogramm der Kommission 2018, S. 9

42 Siehe »Vorgangsbearbeitungssysteme in deutschen Polizeibehörden« <https://police-it.org/vorgangsbearbeitungssysteme-in-deutschen-polizeibehoerden> , zuletzt besucht: 26. Juni 2018.

43 DER KRIMINALIST, die Fachzeitschrift des Bundes Deutscher Kriminalbeamter, berichtet in seiner November-Ausgabe 2017 auf Seite 31 ff. vom weiteren Ausbau des Polizeilichen Information- und Analyseverbundes (PIAV), der durch die Saarbrücker Erklärung der Innenminister von Bund und Ländern und das Programm Polizei 2020 noch einmal bekräftigt worden ist. Das PIAV wird durch den Fonds für die Innere Sicherheit der Europäischen Union kofinanziert.

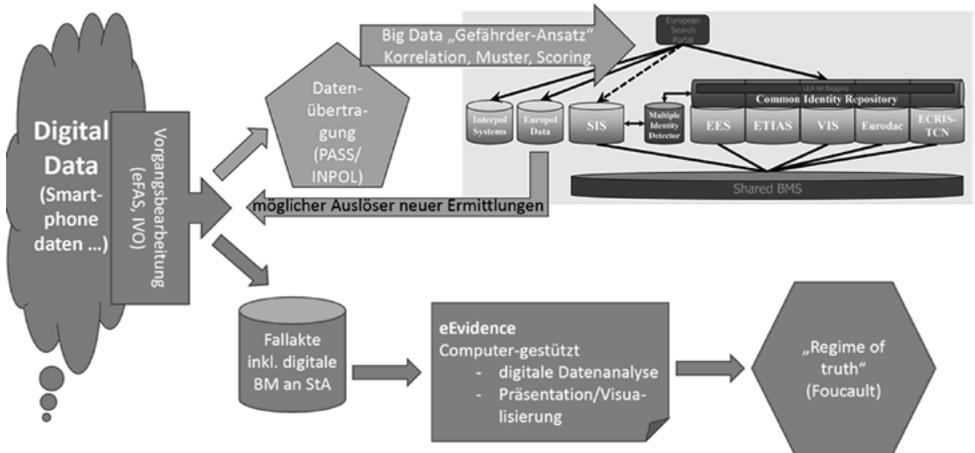
Was nun haben diese Groß- und Teilsysteme der IKT-Sicherheits- und Justizinfrastruktur mit der Verarbeitung von Massen-eBM in einem konkreten Strafverfahren zu tun?

Der zentrale Zweck dieser AFSJ-IKT-Infrastruktur besteht in der effektiven Unterstützung der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung. ›Predictive policing‹ kann als Beispiel für den Bereich der Gefahrenabwehr gelten. Für beide Bereiche stehen beispielhaft der Verbund von Vorgangsbearbeitungssystemen der Vollzugspolizeien auf Länderebene (z.B. für Berlin POLIKS, für Sachsen IVO), auf Bundesebene das System INPOL und auf EU-Ebene die Verbunddateien VIS und SIS II. Diese ITK-Systeme sind über Schnittstellen miteinander verbunden und tauschen (überwiegend) personenbezogene Daten in Bezug auf laufende Ermittlungsverfahren oder zu Gefährdungslagen aus. Aufgrund dieser Daten werden hoheitliche Maßnahmen von Ermittlungsbehörden gerechtfertigt und ergriffen, die in Grundrechte eingreifen können.

Wie das False-Positive-Beispiel aus Anlass des G-20-Gipfels 2017 in Hamburg zeigt, ist die Kenntnis des Zustandekommens und die Möglichkeit der Überprüfung des Wahrheitsgehalts und der Validität der aus BKA-Datenbanken stammenden Informationen zu einer möglichen Gefährlichkeit von Personen (die in diesem Fall unberechtigterweise zum Entzug der Akkreditierung von Journalisten geführt hat) Voraussetzung dafür, die Grundlage dieser ungerechtfertigten Eingriffe erfolgreich anzugreifen. Ähnliche Fälle sind auch mit Blick auf das Schengen-Informationssystem bekannt.

Eine weitere und wesentliche Verbindung dieser Datenbankssysteme mit der Beweiserhebung in konkreten Strafverfahren ergibt sich aus der Tatsache, dass Informationen aus Ermittlungsverfahren in diese Systeme eingespeist werden. Mit anderen Worten: Sie sind – in unterschiedlichem Maße – Teil des Systems elektronischer Datenverarbeitung, das Informationen produziert, die als elektronische Beweismittel in Beweismittelordnern ›auftauchen‹. Informationen aus diesen Datenbanken werden routinemäßig in polizeiliche Fallbearbeitungssystemen übernommen und auch über Schnittstellen in staatsanwaltschaftliche und auch gerichtliche elektronische Akten übermittelt.

GRAFIK 4: HERSTELLUNG VON BIG DATA eEVIDENCE



Grafik 4 stellt in einfacher Form die Erzeugung, die Verarbeitung und das Recycling von Daten in den digitalen Datensystemen auf den verschiedenen Ebenen des EU-Multi-Level-Governance-Systems im Bereich innerer Sicherheit und Strafjustiz dar.

Im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von sicherheitsrelevanten ›Vorgängen‹ werden digitale Daten aus verfügbaren Quellen (Wolke) erfasst und in sogenannte Vorgangsbearbeitungssysteme eingegeben. Das Integrierte Vorgangsbearbeitungssystem (IVO) wurde in Sachsen für die Landespolizei entwickelt. Über die Schnittstelle des Elektronischen Fallbearbeitungs- und Analysesystems (eFAS), einer Variante des Fallbearbeitungssystems RSCase und PASS, das Polizeiliche Auskunftssystem, können Daten nach bestimmten Kriterien von Befugten in die Bundesdatenbank INPOL eingespeist werden. INPOL wiederum besitzt eine Schnittstelle mit dem Schengener Informationssystem SIS II. SIS ist Teil eines interoperablen Verbundes von sieben weiteren EU-weiten polizeilichen Datenbanken, die zukünftig über das ESP (European Search Portal) von einzelnen Polizei- und Grenzbeamten über eine einheitliche Nutzeroberfläche abgefragt

werden können.⁴⁴ Sollte sich hier bei der Überprüfung ein Treffer ergeben, kann daraus wiederum ein neuer Vorgang entstehen, der dann weitere Ermittlungen in Gang setzen könnte, welche sich wiederum auf Informationen stützen, die mit Hilfe der beschriebenen Datensystemen erzeugt wurden und für den Fall der Einleitung eines Strafverfahrens als digitale Beweismittel eingeführt werden. Diese gesamte hier beschriebene Linie (obere Ebene) basiert wesentlich auf Entscheidungen der Polizei.

Die untere Ebene der Grafik 4 beschreibt den grundsätzlichen Weg, den digitale Daten nach ihrer Erfassung nehmen, wenn hinreichender Tatverdacht festgestellt wird und die Fallakte inklusive der digitalen Beweismittel an die Staatsanwaltschaft weitergegeben wird, die dann Eingang in die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung finden können.

Bei grenzüberschreitender Kriminalität und vor dem Hintergrund der Europäischen Ermittlungsanordnung und den eEvidence-Verordnungen stellen die in Grafik 3 dargestellten digitalen Informationssysteme eine zunehmend interoperable Einheit des Austausches von Daten dar, die potenziell als digitale Beweismittel im Strafverfahren in Erscheinung treten können.

Wenngleich die verschiedenen Datensysteme (Erfassung, Weiterleitung, Abfrage, Auswertung, Mehrfach- und Weiterverwendung) in der Perspektive der Gefahrenabwehr (obere Ebene) und der Strafverfolgung (untere Ebene) hinsichtlich zuständiger Behörden und Jurisdiktionen klar der EU-, Mitgliedstaats- und regionalen Ebene (für Deutschland die Bundesländer) zugeordnet werden können, bildet sich hier in technischer Hinsicht ein interoperables Gesamtsystem heraus, dessen Standards wesentlich durch die EU-Agentur euLISA erarbeitet und

44 Zur Umsetzung der Interoperabilität wurden im Dezember 2017 zwei Verordnungsvorschläge von der Europäischen Kommission eingebracht: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (Grenzen und Visa) und zur Änderung der Entscheidung 2004/512/EG des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 767/2008, des Beschlusses 2008/633/JI des Rates, der Verordnung (EU) 2016/399 und der Verordnung (EU) 2017/2226, COM(2017) 793 final (Bundesrat-Drucksache: 45/18) und Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung eines Rahmens für die Interoperabilität zwischen EU-Informationssystemen (polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit, Asyl und Migration), COM(2017) 794 final (Bundesrat-Drucksache: 46/18)

durchgesetzt werden.⁴⁵ euLISA wird zukünftig nicht nur die polizeilich genutzten IT-Großsysteme betreuen und entwickeln, sondern auch das IT-Großsystem für den EU-weiten Austausch der Justiz, eCodex.

Aus der Debatte zu den derzeit im Aufbau befindlichen Gemeinsamen Kompetenz- und Dienstleistungszentren (GKDZ) Nord und Ost ist klar zu entnehmen, dass insbesondere eine Verbindung zwischen elektronischen Daten, die aus Überwachungsmaßnahmen stammen, und der elektronischen Strafakte, die 2020 flächendeckend eingeführt sein soll,⁴⁶ angedacht ist.⁴⁷ Anhand des GKDZ-Konzepts zu Aufnahme, Sicherung, Aufbereitung und (in gewissem Umfang mögliche) Recherche der über TKÜ-Maßnahmen erfassten elektronischen Daten lässt sich darstellen, welche Standards und Abläufe der elektronischen Datenverarbeitung (zunächst mit Fokus auf die TKÜ) zukünftig Anwendung finden sollen und in welcher Form der Datenaustausch vor dem Hintergrund des interoperablen Gesamtsystems im Bereich öffentlicher Sicherheit und Strafjustiz auch mit Blick auf die Einbeziehung der Strafverteidigung in der Zukunft gestaltet werden kann – z.B. mit Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen.

Es liegt also fern von aller Utopie, schon heute davon auszugehen, dass in der Zukunft beweishebliche Daten als Extrakt aus den verschiedenen polizeilichen elektronischen Datensystemen in der elektronischen Strafakte nicht nur der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehen, sondern auch für Strafverteidiger und Strafverteidigerinnen über das beA zur Verfügung gestellt werden und im Netzwerk von eCODEX und EGVP kommuniziert werden.

Da es sich bei diesen Daten zumindest im Bereich der Cyberkriminalität und großer Umfangsverfahren der organisierten grenzüber-

45 Siehe Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über die Europäische Agentur für das Betriebsmanagement von IT-Großsystemen im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 und des Ratsbeschlusses 2007/533/JI sowie zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1077/2011, COM (2017) 0352 final

46 Zur Elektronischen Strafakte siehe: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs, Drucksache 18/9416, 17.08.2016

47 So das Ergebnis einer Anhörung zum Staatsvertrag zwischen den Ländern Berlin, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Sachsen und Thüringen zur Einrichtung eines GKDZ am 26. Oktober 2017 vor dem Innenausschuss des Sächsischen Landtages.

schreitenden Kriminalität überwiegend nicht nur um digitalisierte Daten aus gescannten Dokumenten handelt, sondern um Daten originär digitalen Ursprungs, die mittels IK-Technologie vom Smartphone über TKÜ-Daten bis zur IP- und geheimen online-Überwachungen erhoben werden, ist hier ein grundlegendes Verstehen der Strukturen und Abläufe, von Grundproblemen digitale Forensik sowie der computergestützten Massendaten-Analyse unverzichtbar, wenn effektiv verteidigt werden soll.

Die Tatsache, dass der Mythos von der Objektivität und Zuverlässigkeit elektronischer Systeme und elektronischer Daten bereits heute widerlegt ist (siehe auch weiter unten), unterstreicht, wie notwendig die Entwicklung der Fähigkeit der Strafverteidigung zu einer eigenständigen und unabhängigen Überprüfung von Objektivität, Plausibilität, Reliabilität und Validität von Daten ist, auf die gerichtsfeste Beweise gestützt werden sollen.

Das Konzept der elektronischen Beweismittel (electronic oder digital evidence – eEvidence) bietet für das Verständnis des Übergangs von der analogen zur digitalen Informationsverarbeitung im Strafverfahren einen effektiven Zugang zu einem systematischen Verständnis der einzelnen Ebenen und Elemente, die aus Verteidigersicht letztlich bei der Beweiserhebung im Strafverfahren eine Rolle spielen können und zu deren Beherrschung neue Kompetenzen entwickelt werden müssen.

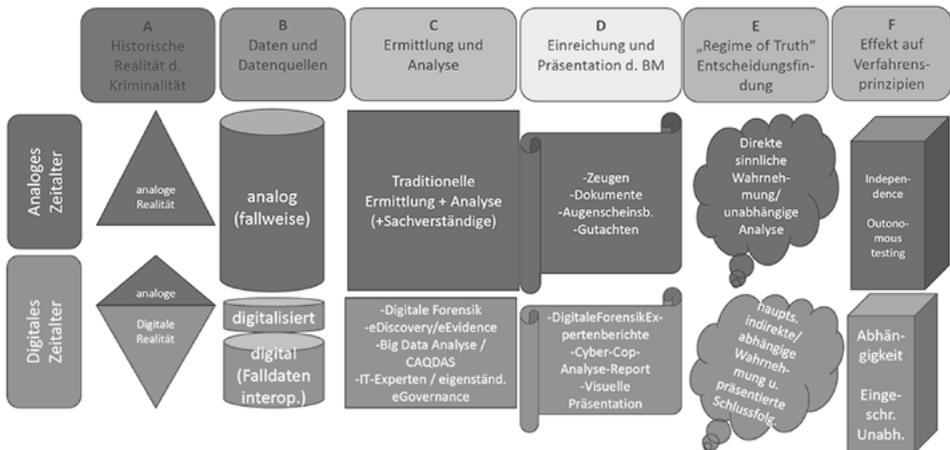
3. eEvidence – digitale Informationsverarbeitung im Strafverfahren

Ohne Übertreibung kann man feststellen, dass mit der Digitalisierung im Bereich der Strafjustiz nicht nur ein Paradigmawechsel mit Blick auf die Formen und Methoden der Verarbeitung beweiserheblicher Informationen auf allen Stufen des Strafverfahrens verbunden ist, sondern die Beherrschung oder Nichtbeherrschung dieser Methoden durch Richter, Staatsanwälte und Strafverteidiger darüber entscheiden wird, ob die Grundlagen rechtsstaatlicher Strafjustiz und die Standards des Strafprozessrechts im Bereich der Beweiserhebung zukünftig erhalten bleiben und gefestigt oder aber in einer Weise verändert werden, die die Frage aufwirft, ob es sich bei der Beweiserhebung, Beweiswürdigung

und letztlich Urteilsfindung um einen eigenständigen und unabhängigen Entscheidungsvorgang geht.

Ermittlungsergebnisse als Resultat der Analyse digitaler Beweismittel werden üblicherweise auf der polizeilichen Ebene im Zusammenwirken von IT-Forensikern (Extraktion der Daten) auf der einen und IT-Ermittlern und Sachbearbeitern (verfahrensbezogene Aufbereitung und Analyse) auf der anderen Seite »hergestellt«. ⁴⁸ Das führt im Vergleich zu »analogen Zeiten« zu neuen Methoden und Organisationsformen innerhalb der polizeilichen Ermittlungsarbeit, die auch für die am Strafverfahren beteiligten Juristen und die Informationsverarbeitung im Strafverfahren auch und gerade unter dem Aspekt der Kontrolle möglicher Fehlerquellen und der Einschätzung des Beweiswertes von eEvidence von entscheidender Bedeutung sein können.

GRAFIK 5: DIGITALISIERUNG UND WANDEL DER INFORMATIONSVERARBEITUNG IN STRAFJUSTIZ



Im *analogen Zeitalter* waren strafbare Handlungen (A), die Daten und Datenquellen, aus denen ihre Existenz geschlossen wurde (B) ebenso analog wie auch die Methoden polizeilicher Ermittlung (C), die sich auf einen oder überschaubare Fallkomplexe beziehen, wie

48 *Büchle*, Ch., Veränderte Kriminalitätsformen erfordern veränderte Organisationsformen. In: DER KRIMINALIST, 7-8/2018, 18-22, S. 21

auch die Präsentation entsprechender Beweismittel (D) analog waren. Die an der ›Wahrheitsfindung‹ beteiligten Juristen konnten Beweise direkt-sinnlich wahrnehmen und einer eigenen Analyse unterziehen. Mit Rückgriff auf *Michel Foucault* und seinen Ansatz vom »Wahrheitsregime« kann die Beweisaufnahme in öffentlicher Verhandlung als ein Diskursraum von Akteuren verstanden werden (E), welche die ›prozessuale Wahrheit‹ diskursiv nach bestimmten Prozessregeln konstruieren.⁴⁹ Die für Gericht, Staatsanwaltschaft und Strafverteidigung gleichermaßen gegebene Möglichkeit der direkt-sinnliche Wahrnehmung der analogen Beweismittel bildet die Basis für ihre im rechtsstaatlichen Verfahren notwendige Eigenständigkeit und Unabhängigkeit (F).

Diese Voraussetzungen juristischer Entscheidung bei der ›Wahrheitsfindung‹ ändern sich im *digitalen Zeitalter* erheblich. Zum einen findet Kriminalität nicht mehr allein analog, sondern im oder mit Hilfe des Digitalen statt (›digitaler Fussabdruck‹) (A), so dass Daten und Datenquellen zur Rekonstruktion der Tathandlungen (B) wie die Ermittlungsmethoden und -techniken analog und (zunehmend) digital sind (C). Beweiserhebliche Daten sind dabei durch Verbundsysteme für die Ermittler nicht auf einen oder wenige Fälle begrenzt, sondern können sich auf den gesamten digitalen Datenbestand (siehe Grafik 3) beziehen. Aus diesen Möglichkeiten ergeben sich völlig neue Analyse- und Ermittlungsansätze (eDiscovery, Computer Aided Qualitative Data Analysis Software), die eine bis dahin unbekannte Expertengruppe digitaler Forensiker und Datenanalysten (Cybercops) mit einer relativ eigenständigen eGovernance-Struktur im Hintergrund (GKDZ, eJustice) entstehen lässt, deren Kompetenz und Service benötigt wird, um die Einreichung und Präsentation von eEvidence (D) im Beweisverfahren überhaupt zu ermöglichen. Das hat für die juristische Analyse und Bewertung der Beweismittel und die darauf basierende Entscheidungsfindung weitreichende Folgen: Durch die fehlende Möglichkeit, digitale Beweismittel direkt-sinnlich wahrzunehmen, sind die am juristischen Diskurs Beteiligten auf die Vermittlung durch Experten angewiesen (E). Eigenständigkeit und

49 *Foucault, M., & Hemminger, A.*, Die Regierung der Lebenden Vorlesungen am Collège de France 1979-1980. Berlin: Suhrkamp, 2014

Unabhängigkeit bei der Auswertung und Bewertung digitaler Beweise sind mindestens eingeschränkt (F).

Dieser am Ende die Unabhängigkeit und Eigenständigkeit der am strafrechtlichen Entscheidungsprozess beteiligten Juristen bedrohenden Kompetenzverschiebung, insbesondere auch die Grundsätze des fairen Verfahrens und der Waffengleichheit (be)treffend, kann aus Sicht der Strafjustiz nur auf zwei Wegen begegnet werden:

- zum einen dadurch, dass sich Richter, Staatsanwälte und Strafverteidiger das notwendige Wissen zur digitalen Verarbeitung von eEvidence insoweit erarbeiten, dass sie die Informationsverarbeitung auf Seiten der IT-Experten hinsichtlich der Zuverlässigkeit ihrer Methoden erfassen können und damit weiterhin eigenständig in der Lage sind, die Validität von Informationen zum Beweis von Anklagevorwürfen substantiell einzuschätzen;
- zum anderen (und das dürfte insbesondere für die Strafverteidiger zutreffen), indem die digitale Informationsverarbeitung nicht vollständig den Ermittlungsbehörden, IT-Experten im Bereich von eGovernance und eJustiz oder dem LegalTech-Bereich überlassen wird, sondern eigene Möglichkeiten zur digitalen Informationsverarbeitung massenhafter digitaler und digitalisierter Beweismittel entwickelt werden. Diese können zum einen darin bestehen, eigene Kompetenzen bei der Auswertung digitaler Beweismittel (d.h. Anwendung entsprechender Hard- und Software) zu entwickeln oder den Weg des Outsourcings zu gehen und externe Experten zu beauftragen oder Kompetenzzentren zu bilden.

Kurz: Die Juristen im Strafverfahren werden zukünftig nicht umhin kommen, sich die neue, ›digitale Art und Weise von Lesen und Schreiben‹ anzueignen, wollen sie nicht in unververtretbare Abhängigkeiten geraten und ihre Unabhängigkeit in der juristischen Entscheidungsfindung durch Abgabe entsprechender Kompetenzen und Funktionen der Verarbeitung von Beweisinformationen an IT-Experten verlieren.

Das *Konzept des ›elektronischen Beweismittels‹* (eEvidence) gibt hinreichende Orientierung, auf welchen Ebenen Kompetenzen für die digitale Informationsverarbeitung im Strafverfahren zu betrachten

sind. Die Debatte zu Standards des Umgangs mit elektronischen Beweismitteln befindet sich in Deutschland sowohl, was den akademischen Diskurs anlangt, als auch die legislative und juristische Praxis betrifft, in den Anfängen, wie allein ein Literaturvergleich zu diesem Thema mit dem englischsprachigen Raum zeigt.⁵⁰

Vor dem Hintergrund der seit mehr als zehn Jahren im anglo-amerikanischen Raum andauernden Debatte zu eDiscovery und eEvidence, wie sie in besonderer Weise in den SEDONA-Regeln bzw. in der Arbeit der ›Scientific Working Group on Digital Evidence‹ reflektiert wird,⁵¹ hat die EU für ihre Mitgliedstaaten auch hier eine Vorreiterrolle mit dem zunächst 2016 abgeschlossenen Projekt ›EVIDENCE – European Informatics Data Exchange Framework for Courts and Evidence‹ eingenommen.⁵²

Aus den mit dem *EU-EVIDENCE-Projekt* bearbeiteten Inhalten lassen sich acht Themenkomplexe ableiten. Die in den Themenkomplexen abgebildeten Inhalte sind dabei nicht trennscharf voneinander abgegrenzt, sondern weisen wesentliche Überschneidungen auf. Es sei auch angemerkt, dass die gebildeten Schwerpunkte nicht primär im Ergebnis theoretisch-konzeptionellen oder juristischen Nachdenkens über ›Wesen und Erscheinung‹ digitaler Beweismittel entstanden sind, sondern induktiv aus den in der Arbeit der verschiedenen Teil-Projektgruppen entstandenen Inhalten ›erzeugt‹ worden sind.⁵³ Für die weitere Arbeit an dieser Systematik wird es selbstredend erforderlich sein, den Nachholbedarf an konzeptioneller Arbeit

50 Vgl. *Momsen, C.*, Digitale Beweismittel aus der Sicht der Strafverteidigung, in: S. Beck, B.-D. Meier, C. Momsen (Hrsg.), Neue Herausforderungen der Digitalisierung für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Baden-Baden 2015; *Heinson, D.*, IT-Forensik: Zur Erhebung und Verwertung von Beweisen aus informationstechnischen Systemen, Tübingen 2015; *Sammons, J.*, The Basics of Digital Forensics. The Primer for Getting Started in Digital Forensics, 2nd Edition, Amsterdam 2015; *Mason, St., Seng, D.*, Electronic Evidence, 4th Edition, London 2017; *Sommer, P.*, Digital Evidence Handbook, Virtual City Associates, London 2017; *Nelson, S. D., Olson, B. A., Simek, J. W.*, The Electronic Evidence and Discovery Handbook. Forms, Checklists, and Guidelines. American Law Association, Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, 2006, S. 32; *Furneaux, N.*, Investigating cryptocurrencies: Understanding, extracting, and analyzing blockchain evidence. Indianapolis: John Wiley & Sons 2018.

51 Siehe: <https://www.swgde.org/faq/view>, zuletzt besucht: 26. Juni 2018.

52 Siehe: <http://www.evidenceproject.eu>, zuletzt besucht: 26. Juni 2018.

53 siehe »Media Kit« des EU-EVIDENCE-Projekts

zu befriedigen. Für einen ersten pragmatischen aber in jedem Fall praxisorientierten Zugriff leistet diese Kategorisierung insbesondere wegen ihrer Unterstützung in den jeweiligen Teilprojekten des EU-EVIDENCE-Projekts gute Dienste.

Thematische Komplexe des EU-EVIDENCE-Projekts

ERSTENS: *Kriminalitätsformen*, die in ihrer Begehungsweise oder/ und durch die Besonderheiten ihrer polizeilichen Ermittlung signifikant mit elektronischen Beweismitteln verbunden sind.

ZWEITENS: *Zuordnung der digitalen Beweismittel (eBM) nach ihren Quellen* als digitale und nicht-digitale Quellen. Diese Unterscheidung ist für die Einschätzung der Verwahrkette (Chain of Custody) und der konkret anzuwendenden Standards bei der kritischen Überprüfung der Authentizität und Integrität elektronischer Beweismittel von Bedeutung.

DRITTENS: *Art der Erzeugung digitaler Beweismittel*, hier geht es insbesondere um den ›Urheber‹ der Produktion digitaler Daten – Mensch oder Maschine –, die als Beweismittel infrage kommen. Auch hier gelten dann entsprechend unterschiedliche Kriterien und Standards, die es zu überprüfen gilt.

VIERTENS: *Verarbeitung von eBM*, umfasst die informationstechnischen sowie digital forensischen Bereiche. Diese reichen von der Erzeugung elektronischer Daten bis hin zur Archivierung und sind notwendigerweise selbst an die Nutzung von neuen Technologien und Methoden gebunden. Ihr Verstehen und Erlernen und ihre (in unterschiedlichem Maße zu entwickelnde) Beherrschung stellt einen, wenn nicht *den* wesentlichen Teil der Kompetenzverschiebung bei der Informationsverarbeitung im Rahmen der Strafverteidigung dar.

FÜNFTENS: *Prozessuale Voraussetzungen*, deren Erfüllung zu prüfen ist, um am Ende den Beweiswert digitaler Daten einschätzen zu können, bzw. die so genannte ›Forensic Readiness‹ kritisch zu hinterfragen. Dieser Bereich ist eng mit der Beherrschung des unter Viertens beschriebenen Gegenstandes verbunden.

SECHSTENS: *Digitale Forensik*, wie im Vergleich der Ausdifferenzierung der acht Themenkomplexe in der Mindmap zu sehen ist, vermittelt sich das Thema der digitalen Forensik in einer sehr verzweig-

ten Teilstruktur. Dies bedeutet nicht zwangsläufig, dass alle anderen Bereiche weniger komplex oder weniger differenziert sind, sondern weist vor dem Hintergrund der induktiven Erzeugung der Mindmap zunächst nur darauf hin, dass jedenfalls das EU-Projekt in diesem Bereich eindeutig einen herausragenden Schwerpunkt bestimmt hat. Es wird sich in der Zukunft zeigen müssen, wo die sinnvolle Grenze für die Ausweitung der Strafverteidigerkompetenzen liegt. Es ist nicht zu erwarten, dass angesichts der in Rede stehenden hochkomplexen technischen Prozesse, die bis in die Grundlagen der Informationstechnologie hineingehen, eine substantielle eigene digitale forensische Kompetenz der Verteidiger entwickelt werden muss. Gleichwohl muss und wird es möglich sein, die Qualität digitaler Forensik als Strafrichter selbst oder mithilfe von Experten soweit zu verstehen, dass eine juristische Argumentation zur Zulässigkeit und zum Beweiswert digitaler Daten möglich ist.

SIEBTENS: *Normen und Regeln*, welche den Umgang mit elektronischen Beweismitteln unter dem Aspekt der Datensicherheit und des Datenschutzes bestimmen. Hier spielen gesetzliche Regelungen auf EU-, Bundes- und Landesebene sowie technische Standards eine Rolle.

ACHTENS: *Akteure und Interessenvertreter*, die an der Verarbeitung digitaler Daten im Bereich von Sicherheit und Justiz beteiligt sind. Eine Übersicht zum Netzwerk von professionellen und nicht professionellen Akteuren, die bei der Erzeugung bzw. Verarbeitung digitaler Beweismittel eine Rolle spielen, erleichtert das Verständnis der von ihnen angewandten Technologien und Methoden. Gegebenenfalls lassen sich in diesen Netzwerken auch Experten oder Sachverständige finden, die bei fehlender eigener Sachkompetenz zu Rate gezogen werden können.

Begriffliches: »Elektronische« oder »digitale« Beweismittel?

Die grundlegende begriffliche Unterscheidung elektronischer Beweismittel bezieht sich auf die Frage, ob die in elektronischer Form vorliegende Information digital erzeugt worden ist oder durch Digitalisierung von einem analogen in einen elektronischen Zustand versetzt worden ist. In dieser Sichtweise wäre der Begriff »elektronisches

Beweismittel« der Überbegriff für die beiden grundlegenden Arten »digitales Beweismittel« und »digitalisiertes Beweismittel«.

Diese Unterscheidung besitzt nicht nur formalen oder semantischen Charakter, sondern ihr kommt für die Aufbereitung und insbesondere Analyse der Daten als potenzielle Beweismittel in einem Strafverfahren nicht unerhebliche Bedeutung zu. Geht man von einem ganzheitlichen analytischen Ansatz aus, sollten alle verfügbaren elektronischen Daten, also digitalisierte analoge wie auch digitale Daten, für die Analyse in einem ganzheitlichen analytischen Projekt (Datenbank) gespeichert und gepflegt werden. Erst damit werden Dokumentendaten gemeinsam mit Daten, die originär digitaler Natur sind und zum Beispiel aus einer TKÜ-Maßnahmen stammen, auswertbar. Die Zusammenführung dieser beiden grundlegenden Arten elektronischer Beweismittel in einem analytischen Projekt ist nicht nur möglich, sondern anzustreben, stellt aber den digitalen Strafverteidiger vor gewisse Herausforderungen bei der Anlage und Einrichtung des Ausgangsprojektes.

Daten, Information, Wissen

In der Datenanalyse werden verschiedene Verarbeitungsstufen durchlaufen, die den Charakter der Ausgangsdaten (oder Rohdaten) verändern. Diese stufenweisen Veränderungen werden im allgemeinen mit den Begriffen »Daten«, »Information« und »Wissen« reflektiert.

Am Beispiel der Verarbeitung von Daten, die über TKÜ-Maßnahmen erfasst worden sind, lässt sich dieser stufenweise Prozess nachvollziehbar darstellen. Zunächst werden die im Prozess der unmittelbaren Kommunikation erzeugten Rohdaten vom Provider erfasst und auf der Grundlage der gerichtlichen Anordnung an zentrale Auswertungsstellen des LKA oder (zukünftig auch) an das Gemeinsame Kommunikations- und Dienstleistungs-Zentrum (GKDZ) weitergeleitet. Das auf dieser Stufe vorhandene Rohdatenformat ist selten für eine direkte Analyse brauchbar und muss entsprechend qualifiziert werden (Datenreinigung, Datenaufbereitung, Transformation in ein analysefähiges Format). Aus den Daten der ersten Stufe werden analysefähige Informationen (häufig strukturierte Daten).

Im Zuge der mit diesen digitalen Informationen durchgeführten in der Regel auf die Prüfung von analytischen Fragen oder Hypothesen gerichteten Auswertung/Analyse werden Befunde erzeugt (A hat zu einer bestimmten Zeit mit B bestimmte Inhalte kommuniziert; A und B gehören zu einem Kommunikationsnetzwerk von X Personen, die mit der vorgeworfenen Tat in Verbindung stehen). Dieses Wissen, soweit es als zuverlässig hergestellt und valide eingeschätzt wird, bildet die Grundlage für die juristische Subsumtion des Sachverhalts.

Die Unterscheidung dieser Stufen auch in Verbindung mit dem korrekten Gebrauch dieser Begrifflichkeit kann helfen, Standards und Kriterien, die auf jeder dieser Stufen unterschiedlich sein können, entsprechend zuzuordnen, und bei Fragen an Ermittler oder Sachverständige diese verschiedenen Ebenen sachlich auseinanderzuhalten.

Besonderheiten digitaler Beweismittel

Grundsatz: Die Präsentation digitaler Beweismittel bedeutet per se, dass ein Umwandlungsprozess (der immer auch Selektion und Interpretation beinhaltet) der Daten stattgefunden hat.

Einzelaspekte:

- Durch Auflösung der festen Bindung von Daten und Trägermedium werden tendenziell zeitliche und räumliche Beschränkungen der Übertragung aufgehoben mit der Kehrseite, dass komplexe Vorgänge und Zwischenstufen der Verarbeitung zwischen den originär erzeugten digitalen Daten/Informationen und den beim Nutzer eintreffenden oder präsentierten Daten/Informationen notwendig sind, die in der Regel zu (technischen) Veränderungen an den ursprünglichen Daten führen.
- Im Vergleich zu analogen Daten ist die Vielfalt der Datenarten und das Vorhandensein (mehr oder weniger umfangreicher) Metadaten bei elektronischen und besonders digitalen Daten erheblich ausgeprägter.
- Diese Vielgestaltigkeit der Wandlung bei der Transformation und Übertragung digitaler Daten in sinnlich wahrnehmbare Informationen, der Beteiligung diverser Hard- und Software, häufig unter Mitwirkung einer Vielzahl von Personen, erzeugt notwendigerweise das Risiko und die Wahrscheinlichkeit bewusster

- oder unbewusster Manipulationen.
- Im Bereich der bewussten Manipulation digitaler Daten hat sich ein ganzer ›Geschäftszweig‹ herausgebildet, die sogenannte Anti-Forensik, die zudem in Teilen relativ einfach erlernt werden kann (Beispiel Fake-E-Mails).
 - So lange zuverlässige elektronische Sicherungsverfahren (siehe LegalTech, Blockchain, Hashwert...) nicht zum Standard in der Praxis der Verarbeitung digitaler Beweismittel geworden sind, ist die Nachvollziehbarkeit von Transformationsschritten oder die Reproduzierbarkeit von Umwandlungsschritten nicht gegeben und es ist schwer oder unmöglich, die Validität digitaler Daten und damit den Beweiswert sicher einzuschätzen.
 - Die Nachvollziehbarkeit der Transformationsschritte elektronischer Beweismittel ist besonders hinsichtlich der Bestimmung von Zeitangaben, Orten, Urhebern (z.B. IPs, Fake-IPs...) von Bedeutung (Authentizität, Integrität der eBM).
 - Die Erstellung einer zuverlässigen Verwahrkette (Chain of Custody) ist bei elektronischen Daten ein wesentlich komplexerer und ebenfalls an die Anwendung von IKT/forensische Informatik gebundener Vorgang; oftmals wird die Dokumentation der Verwahrkette und die Nachvollziehbarkeit der Selektion und Herstellung beweisrelevanter digitaler Daten nicht ausreichend dargestellt. Aus diesem Umstand können sich substantielle Angriffspunkte für Verteidigung ergeben.
 - Auch analoge Daten können einen erheblichen Umfang erreichen, das Datenvolumen elektronischer Daten übertrifft diese Umfänge jedoch bei Weitem; computergestützten Verfahren des Datamining und der repräsentativen Datenselektion kommt eine zunehmende Bedeutung zu (siehe LegalTech und Künstliche Intelligenz).
 - Umgang mit digitalen Beweismitteln ist unter Ermittlungspersonen aber auch bei Staatsanwaltschaften und Gerichten immer noch ›Neuland‹, der Kenntnis- und Ausbildungsstand ist selbst bei Ermittlungspersonen oft nur ansatzweise gegeben, was zu spekulativen Erklärungen und Fehleinschätzungen führen kann.

- Die rasante technologische Entwicklung erhöht tendenziell die Unsicherheiten im Umgang mit digitalen Beweismitteln und zwingt zudem zu ständiger Fortbildung, die häufig nicht zeitnah absolviert werden kann.

Mythen zu digitalen Beweismitteln, besonders zu deren Objektivität und Zuverlässigkeit

Die »Scientific Working Group on Digital Evidence« (SWGDE) hat eine Liste von »Mythen« im Zusammenhang mit der Herstellung digitaler Beweise zusammengestellt.⁵⁴

Vermutlich befördert durch die relative Neuheit digitaler Beweismittel, wird der Vortrag von digitalen Forensikern oder Datenanalysten der Polizei oder forensischen Labors insbesondere, wenn umfangreiche Visualisierungen präsentiert werden, mit einem festen Glauben an deren Objektivität wahrgenommen (durch Studien belegt). Richtiger wäre es, der Vorstellung digitaler Beweise mit äußerst kritischer Aufmerksamkeit zu folgen und die verschiedenen Verarbeitungsschritte in Bezug auf die angewandten Techniken und Methoden akribisch zu hinterfragen und z.B. Protokolle zu den Auswertungsaktivitäten zu prüfen oder Ergebnisse und Schlussfolgerungen zur Standortbestimmung aus Funkzellenabfragen im Detail zu hinterfragen.⁵⁵

Übersichten, Checklisten und Arbeitsorganisation im Umgang mit Massen-eBM auf Seiten der Strafverteidigung

Im Verfahren mit Massen-eBM macht es Sinn – richtiger: ist es zwingend erforderlich – in entsprechenden Strafverfahren von Anfang an eine Art Logbuch zu den eBM und deren Verarbeitung auf den verschiedenen Verfahrensstufen durch diverse Beteiligte zu führen, das verschiedene Elemente enthalten sollte. Ein solcher Ansatz ist eigentlich in der Sache nichts völlig Neues; normalerweise folgen in Umfangsverfahren erstellte Listen zur Vernehmung von Zeugen

⁵⁴ Siehe: <https://www.swgde.org/faq/view>, zuletzt besucht: 26. Juni 2018

⁵⁵ *Coutts, R. P., & Selby, H., Problems with cell phone evidence tendered to 'prove' the location of a person at a point in time. DIGITAL EVIDENCE AND ELECTRONIC SIGNATURE LAW REVIEW, 13(0), 2016 doi:10.14296/deeslr.v13i0.2298, 2016*

und Beschuldigten, verbunden mit Zusammenfassungen zu den wesentlichen Aussagen und gegebenenfalls enthaltenen Widersprüchen nebst einer Einschätzung von Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit dem gleichen Grundgedanken. Für digitale Massendaten stellt sich eine solche Übersicht, wie sie aus der Natur dieser Daten sowie der Komplexität des Verarbeitungsprozesses folgt, etwas vielschichtiger dar. Im Folgenden sollen einige wesentliche Ebenen dargestellt werden.⁵⁶

10-Punkte Checkliste zur Datenerfassung und zum Prozess der Datenverarbeitung

Eine von Anfang an geführte Protokollierung bzw. Übersicht zur Datenerfassung und dem Prozess der Datenverarbeitung ist besonders wichtig, weil nur dann relativ zeitig erkannt werden kann, auf welchen Umfang und auf welche Einzelfragen und -probleme sich die Verteidigung im Verfahren einstellen muss und – als eine wesentliche Schlussfolgerung aus einer solchen Einschätzung – welche Ressourcen benötigt werden, um einen adäquaten und effektiven Umgang mit den elektronischen Beweismitteln auf Verteidigerseite zu planen und umzusetzen. Mit anderen Worten: Die Verarbeitung von eBM sollte als komplexer, langfristiger und systematischer Vorgang betrieben werden, der nicht irgendwann zu einem späteren Zeitpunkt ad hoc und eklektisch nachgeholt werden kann.

Eine *grundlegende Orientierung sowie den Rahmen für eine Checkliste* können folgende zehn Fragen bieten (inhaltliche Überschneidungen sind gewollt):

- (1) Welche Arten von elektronisch verfügbaren Daten (digitalisierte und digitale Daten) liegen im Ergebnis der polizeilichen Ermittlungen vor? (fließender Prozess bis zum Abschluss der Beweisaufnahme)
 - a. Orientierung am Modell der elektronischen Beweismitteln – siehe acht Themen (S. 296f.);

⁵⁶ Nelson, S.D., Olson, B.A. & Simek, J.W., The electronic evidence and discovery handbook: Forms, checklists, and guidelines. Chicago: American Bar Association, 2006; Sedona Conference, The Sedona Principles. Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing Electronic Document Production, 3rd Edition, Working Group Series, Sedona 2017

- b. Grundlegende Übersicht zum Inhalt der Daten - Umfang der jeweiligen Datenarten, Abdeckung von Zeiträumen (TKÜ, Handydaten...), Relevanz der jeweiligen Daten mit Blick auf Personen und Ereignisse, die in der Anklageschrift genannt sind, welche Datenarten gibt es, Verzeichnisse - Telefon, E-Mail-Accounts, Kalender, Daten aus sozialen Netzwerken, GIS-Daten...).
- (2) Gibt es potentiell relevante elektronische Daten, die im Rahmen der polizeilichen Ermittlungen *noch nicht* erfasst wurden, aus der Sicht der Verteidigung jedoch von Bedeutung sein könnten (eigener Recherche, Befragung Mandanten bzw. Zeugen)?
- c. Offene Quellen;
- d. Mandanten befragen;
- e. Zeugen und dritte Personen befragen.
- (3) Woher kommen die Daten (ursprüngliche Quellen)?
- f. Originäre Erzeugung der elektronischen Daten (Ausgangsdaten);
- g. Ersterfassung/Speicherung der originären elektronischen Daten (es kann zum Beispiel bei der Quellen-TKÜ oder bei der heimlichen online-Durchsuchung wichtig sein, die im Rahmen der heimlichen polizeilichen Überwachung erfassten Daten mit den ursprünglich aufgezeichneten originären Daten zu vergleichen).
- (4) Wie stellt sich die Verwahrkette (Chain of Custody) dar (wer hat wann welche Daten in Besitz gehabt/verarbeitet, wer hatte Zugriffsrechte)?
- h. Wer (Institution, Person) hatte Zugriff auf die Daten, wer hat tatsächlich mit den Daten gearbeitet, insbesondere auch Einbeziehung von Dritten? (Protokolle)
- i. Waren die mit der Datenverarbeitung betrauten Sachbearbeiter und Ermittlungspersonen hinreichend qualifiziert, die Standards für eine gerichtsfeste Verwahrkette anzuwenden? (Beweiswert)

- (5) Auf welchen Computersystemen (Hardware) sind die Daten entlang der Verwahrkette verarbeitet worden?
- j. Art und Bezeichnung der Hardware (Server, Mainframe, Network file systems, Laptops, PCs, Voice mail, Mobiltelefone, GPS-Systeme, Back-up-Systeme und Speichermedien, Cloud-Service...; gegebenenfalls technische Details und Registrierungsnummern (IP, IMEI, IMSI...).
 - k. Sind allgemeine Probleme bzw. Begrenzungen, die aus der verwendeten Hardware herrühren, bekannt (Zertifizierung, Beweiswert)?
 - l. Sind Zuverlässigkeitsprobleme aus der Erfahrung der digitalen Forensik grundsätzlicher Art zum Beispiel im Zusammenhang mit anderen Strafverfahren bekannt? (Beweiswert).
- (6) Welche Software wurde auf der jeweiligen Stufe der Verwahrkette benutzt?
- m. Liste der Software-Tools (Anlage eines eigenen Software-Wiki, Übersicht über das grundsätzliche Funktionieren verschaffen).
 - n. Sind aus der Anwendung der Software Reliabilitäts- oder Validitätsprobleme bekannt? (Siehe Beispiel Celebrité/UFED Fehler beim Eintrag zu Datumsangaben. - Beweiswert)
 - o. Waren die Analysten hinreichend qualifiziert, die verwendete Software anzuwenden bzw. die Ergebnisse der Datenverarbeitung hinsichtlich ihrer Zuverlässigkeit und Validität kritisch einzuschätzen?
- (7) Wie erfolgte die Datenanalyse?
- p. Welches analytische Konzept und welche analytischen Einzelfragen wurden zur Auswertung der Massendaten entwickelt?
 - q. Wer gehörte zum Team der analytischen Auswertung - durch wen erfolgte die Anleitung, Abstimmung und Rückkopplung der Teilergebnisse?
 - r. Welche Qualifikation und Erfahrung besitzen die an der analytischen Aufbereitung Beteiligten?

- s. Welche Auswertungssoftware/Analyse Software wurde für die Auswertung benutzt – war/ist sie State-of-the-Art?
- (8) Welche Protokollierung, Reports/Auswertungen (auch Reports von Untersuchungen im Rahmen der digitalen Forensik), analytischen Aufgabenstellungen oder Aktenvermerke befinden sich in den Verfahrensakten?
 - t. Liste dieser Quellen mit kurzer Angabe zu Autoren und Inhalt erstellen.
 - u. Welche analytisch-methodischen Probleme (Validität, Reliabilität, Objektivität, Plausibilität) werden in diesen Berichten bereits benannt bzw. gibt es überhaupt eine methoden-kritische Betrachtung (zumindest in den komplexeren Auswertungsreports)? (Beweiswert)
- (9) Wurden State-of-the-Art-Standards der Verarbeitung (einschließlich der Analyse) von elektronischen Massendaten eingehalten und protokolliert (siehe weitere Ausführungen weiter unten)?
 - v. Gibt es solche ›State of the Art Standards‹ überhaupt?
 - w. Sedona-Regeln und SWGED, EU Electronic Evidence Project, BSI-Standards.
- (10) Gibt es Auffälligkeiten in Bezug auf Datensicherheit und Datenschutz? (Beweiswert, Verwertungsverbot)
 - x. Eine Einschätzung der Datensicherheit ergibt sich aus dem Ergebnis der Betrachtung von 1 - 9 und zielt auf die Fragen der Integrität und Authentizität von elektronischen Daten/Informationen, die als Beweismittel Verwendung finden
 - y. Die Frage des Datenschutzes (berührt mögliche Verwertungsverbote) ist fallbezogene anhand des EU-Datenschutzrechts (Datenschutz-Grundverordnung, Datenschutz-Richtlinie), Bundes- und Landesrecht zu entscheiden.

Natürlich kann jede dieser Fragen bzw. Schwerpunkte noch erheblich vertieft werden.

III. DIGITALE HERAUSFORDERUNG FÜR DIE STRAFVERTEIDIGUNG

1. Beherrschung der Auswertung digitaler Beweismittel – Möglichkeiten und Grenzen

1.1. Eigene Kompetenzen

Stephen Mason beschreibt in seinem Artikel ›Towards a Global Law of Electronic Evidence? An Exploratory Essay‹⁵⁷ die überwiegend problematische Einstellung von Juristen zu neuer Informationstechnologie und ihre Neigung zu rückwärtsgewandter Betrachtung, die erkennen lässt, dass die große Mehrheit die Tiefe des Wandels noch nicht realisiert und nicht erkannt hat, dass digitale Beweismittel zur bestimmende Form von Beweismitteln werden. Vielmehr gebe es drei Gruppen von Juristen, zum einen die große Mehrheit, die nicht einmal weiß, dass sie nichts über elektronische Beweismittel weiß, zum zweiten eine kleinere Gruppe, die weiß, dass sie nichts weiß und schließlich eine dritte noch kleinere Gruppe einer ›Elite‹, die etwas über digitale Beweismittel weiß, aber realistisch genug ist ebenso zu wissen, dass dieses Wissen noch unzureichend ist. Zwei Jahre später stellt *Mason* in einem weiteren Artikel in unveränderter Perspektive fest: »Artificial Intelligence: Oh Really? And Why Judges and Lawyers are Central to the Way we Live Now—But they Don't Know it.«⁵⁸

Die allgemeine Beobachtung scheint diese Einschätzung *Masons* auch für Strafverteidiger und Strafverteidigerinnen zu bestätigen. Natürlich werden für die Verteidigung der Mandanten ständig analoge oder digitalisierte Beweismittel ausgewertet. Im Sinne der Methoden empirischer Sozialwissenschaften handelt es sich dabei überwiegend um qualitative Textanalysen, die entweder anhand von Kopien (Papier) oder in elektronischen Textformaten (Word, PDF...) händisch ausgeführt wird. Die Tiefe der Auswertung hängt dabei wesentlich von der Merkfähigkeit der Anwälte ab; größere Datenmengen sind auf diese Weise analytisch nicht zuverlässig zu beherrschen.

⁵⁷ *Mason*, St., Towards a Global Law of Electronic Evidence? An Exploratory Essay, in: INFORMATION LAW JOURNAL, Volume 8, Issue 3, 2015, S. 2-19

⁵⁸ *Mason*, St., Artificial intelligence: Oh really? And why judges and lawyers are central to the way we live now – but they don't know it, in: COMPUTER AND TELECOMMUNICATIONS LAW REVIEW, Volume 23, Issue 8, 2017, S. 213-225

GRAFIK 6: NOTWENDIGES SKILL-SET FÜR DIE AUSWERTUNG ELEKTRONISCHER BEWEISMITTEL



Computergestützte Auswertung und Analyse elektronischer Beweismittel erfordert, soll sie effektiv sein, neben der vorausgesetzten juristischen Qualifikation und der notwendigen Computer- und Softwarekenntnis auch ein grundlegendes analytisches Verständnis für die Auswertung digitaler und digitalisierter Daten, mit dem es möglich wird, die Annahmen der Anlagetheorie (bzw. eine Gegentheorie) strukturiert anhand der vorhandenen analogen und elektronischen Beweismittel weitgehend unabhängig von deren Umfang und Format systematisch auszuwerten.

1.2. Analysedesign

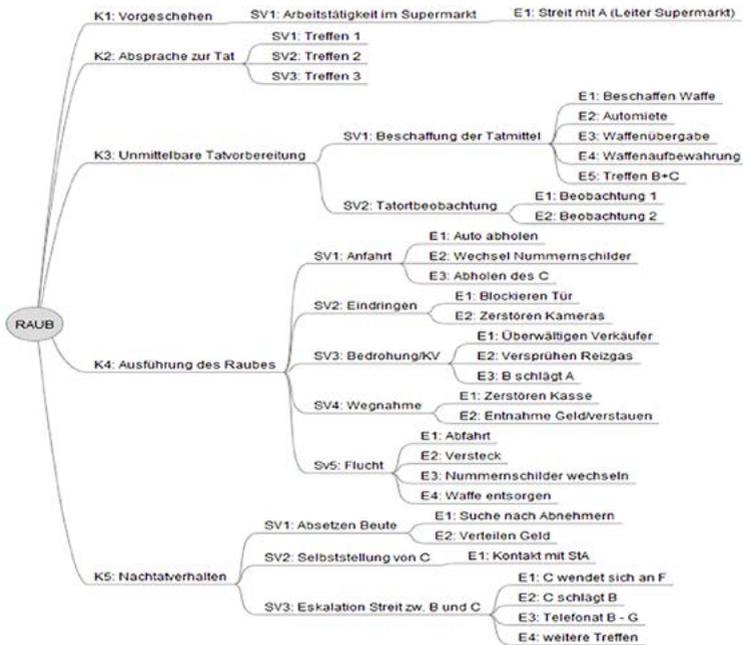
Die Ableitung eines analytischen Designs (Operating Model) aus der Anlagetheorie ist für das Datenmanagement und die Auswertung elektronischer Beweismittel von ganz entscheidender Bedeutung. Mitunter lässt sich – selbst bei der polizeilichen Verarbeitung und Analyse digitaler Beweismittel – beobachten, dass ohne weitere konzeptionelle Vorbereitung vorhandene digitale Daten mit entsprechender Software erfasst werden und dann ad hoc Recherchen (z.B. nach Telefonnummern oder einzelnen Namen) durchgeführt werden. Dieses Herangehen ist als Hauptmethode der Recherche äußerst fragwürdig und muss nahezu zwangsläufig eine zuverlässige Auswertung von Massendaten verhindern, mit anderen Worten, es kann kaum mit Sicherheit festgestellt werden, dass alle beweiserheblichen Informationen aus dem Datenbestand erfasst und ausgewertet wurden. Leider

ist aber diese Methode, in ein Strafverfahren als Beweismittel eingeführte digitale Massendaten wie einen Steinbruch zu behandeln, weit verbreitet.

Zielführender ist hier, zunächst aus der Anklageschrift die analytischen Fragestellungen strukturiert abzuleiten und bis auf die Ebene konkreter Sachverhalte/Ereignisse, die in der Anklagetheorie als Tatvorgang beschrieben werden, zu operationalisieren. Dieser Vorgang kann bereits mittels Analysesoftware durchgeführt werden. Ist Eile geboten, ist auch eine handschriftliche Skizze möglich. In jedem Fall sollte diese Vorüberlegung angestellt werden, da ansonsten auch durch die Anwendung entsprechender Software-Tools keine über simple Suchfunktionen hinausgehenden Effekte erzielt werden können.

Beispiel einer schematischen Erfassung einer Anklagetheorie zu einem Raubvorwurf:

GRAFIK 7: PRINZIP EINES OPERATIONALEN MODELLS EINER SACHVERHALTSBESCHREIBUNG



Erklärung der beschreibenden Ebenen: ›Raub‹ <Tatkomplexgesamt>; ›K-Ebene <zusammenhängende Komplexe – oftmals in größeren zeitlichen Zusammenhängen>; ›SV-Ebene <Sachverhalte, aus denen sich die Komplexe zusammensetzen>; ›E-Ebene <Ereignis- oder Event-Ebene, welche die Sachverhalte konkretisieren>.

Sachverhalt: B und C verabreden, den Supermarkt von A (den C aus früheren Zeiten kennt) zu überfallen und auszurauben...<Details der Tat>. Der beschriebene Sachverhalt wird nun in ›Komplexe‹ (K), ›Sachverhalte‹ (SV) und singuläre Ereignisse (E) aufgegliedert (operationalisiert).

Entscheidend ist zu verstehen, dass die konkreteste Ebene bei der Dekonstruktion des Sachverhalts sich als ›Ereignis‹ oder ›Handlung‹ nicht weiter sinnvoll aufspalten lässt. Nur dann wird das so erzeugte Operationale Modell als Muster für die Kodierung der Daten stabil und zuverlässig sein – und auch bleiben. Damit ist zugleich eine relativ zuverlässige (gleichwohl sich verändernde) Matrix für das Formulieren konkreter analytischer Fragen sowie für die gezielte Recherche nach bestimmten Daten und Informationen bzw. der Analyse von Mustern und Netzwerken oder Geo-Mappings im Gesamtbestand der digitalen Massendaten möglich. Bei Anklageschriften mit komplexeren Sachverhaltsdarstellungen (Anklagetheorie) bietet es sich an, bereits die Dekonstruktion der einzelnen Teile und Elemente des Sachverhalts (üblicherweise entlang einer Zeitleiste spezifische Ereignisse und Aktionen von Angeklagten mit örtlicher Zuordnung) mit einer Analysesoftware durch Kodieren des Textes durchzuführen. Die so entstehende Code-Struktur formt ein Mehrebenen-Modell vergleichbar mit Grafik 6.

1.3. Datenorganisation und Aufbereitung

Die computergestützte Verarbeitung massenhafter digitaler Beweismittel kann sich als ein zeitraubendes Trial-and-Error-Verfahren erweisen, dessen Resultate nicht immer sicher abgeschätzt werden können. Darüber hinaus entstehen zum Teil erhebliche Kosten für Hard- und Software sowie für die notwendige Weiterbildung. Und: Infolge der kurzen Entwicklungszyklen im Bereich der Digitalisierung handelt es sich hierbei nicht um einmalige oder in größeren zeitlichen

Perioden zu investierenden Ressourcen, sondern um einen begleitenden und andauernden Prozess für die Zukunft – dem allerdings auch die Strafverteidigung nicht ausweichen kann.

Big Data eEvidence und Datenmanagement

Ein (wenn nicht das) wesentliche Ziel des Datenmanagements und der Aufbereitung der elektronischen Ausgangsdaten besteht darin, heterogene und weitgehend unstrukturierte Massendaten mit irrelevanter Information in homogene, strukturierte Daten mit überwiegend relevanter Information zu transformieren. Digitale und digitalisierte Daten bilden die Gesamtheit der eEvidence. Für eine effektive Analyse insbesondere in komplexen und längeren Strafverfahren ist es erforderlich, eine strukturierte Übersicht der Projektdaten anzulegen, welche im Zusammenhang mit dem Code- und Variablenplan (siehe unten) zu sehen ist.

GRAFIK 8: BEISPIEL FÜR DATENSTRUKTUR EINES ANALYSEPROJEKTES



Sind die verschiedenen Arten von Beweismitteldaten einmal erfasst, lässt sich daraus die Ablagestruktur der elektronischen Daten in entsprechend bezeichneten Ordnern ableiten (Basis für spätere Metadaten-Bildung). Die Anlage dieser Struktur ist essentiell für die Analyse selbst, aber auch mit Blick auf die Zitierfähigkeit in der Verhandlung. Wenn PDF-Beweismitteleinheiten entsprechend der Bezeichnung der analogen BM-Ordner angelegt werden, ist die Zitierfähigkeit in der Verhandlung bzw. schnelles Auffinden gewährleistet, wenn in Beweismittel mit Quellenverweis aufgerufen werden.

Außerordentlich hilfreich ist ebenso ein grundlegendes Verständnis des Systems der Datenquellen.

Mit »System der Datenquellen« sind

- zum einen die Art des Datenspeichers (lokale Datenspeicher, cloud- und server-basierte Datenspeicher),
- die zu diesen Datenspeichern gehörenden Kategorien von Daten

- * lokale Datenspeicher: Office-Dateien/Ordner, E-Mail-Container, Smartphone-Data-Exporte, Loadfiles, provider-spezifische Daten, Disk-Images, MS Exchange, EDB Archive,

- * cloud-/server-basierte Datenspeicher: E-Mail-Accounts, Cloudspeicher, Share Point,

- die Dateiformate, die zu den Datenkategorien gehören (Word, Excel..., PST, IBM Notes, UFED- oder XRY-Exporte ... Relativity, CSV, TSV...

gemeint.

Die computergestützte Aufbereitung und Auswertung der digitalen Daten aus diversen Quellen in diversen Formaten – strukturiert und unstrukturiert – kann nur mit der geeigneten Software erfolgen. Über verschiedene Stufen der Datenerfassung, Speicherung, Aufbereitung, Analyse, Präsentation und Archivierung werden unterschiedliche Softwaretools angewendet, um aus großen heterogenen Datenmengen die relevante Information zunächst herauszufiltern, zu strukturieren, dann inhaltlich zu analysieren und zu präsentieren. Dazu ist zu überprüfen, ob die Software mit der geeigneten Funktionalität (zur Auswertung der Daten im Sinne der analytischen Fragestellung) auch in der Lage ist, die vorliegenden Datenformate in dem jeweils gegebenen Umfang zu verarbeiten.

3.1.4 Software-Anwendungen für die Auswertung von eEvidence

Dieser Abschnitt gibt eine erste Übersicht zu verschiedenen, für die Auswertung elektronischer Beweismittel eingesetzten Software-Tools. Dabei erfolgt eine Konzentration auf einige der marktführenden bzw. gebräuchlichsten Software-Pakete im Bereich der Extraktion (steht für Strafverteidigung sicher nicht im Zentrum der Anwendungen), Aufbereitung und Analyse von eEvidence.

(a) Software aus dem forensischen Bereich (Auswahl)

Spezielle Software-Tools, die im engeren Sinne dem forensischen Bereich (eDiscovery, eEvidence) zuzurechnen sind bzw. (wie dtSearch) mit besonderen Funktionen für die forensische Analyse ausgestattet sind, wurden in den letzten Jahren zunehmend zu Standard-Anwendungen der polizeilichen Erfassung und Auswertung elektronischer Daten im Rahmen von Ermittlungsverfahren und werden darüber hinaus von Beratungsfirmen, Anwaltskanzleien und forensischen Laboren, Kompetenzzentren bzw. eEvidence-Experten eingesetzt. Nicht alle dieser Tools sind wegen ihrer Komplexität und des Aufwandes für Installation und Pflege für kleinere Kanzleien oder Einzelanwälte geeignet (z.B. Relativity, Zylab oder Brainspace) – andere hingegen bieten sehr wohl die Möglichkeit der Anwendung auch in IT-kleineren Umgebungen (z.B. dtSearch, Nuix, Intella).

Brainspace stellt sich als »augmented intelligence platform« dar, mit deren Hilfe ein »erweitertes« Verständnis basierend auf maschinellem Lernen und einer interaktiven Visualisierung von Big Data möglich wird. Die Ergebnisse sind in der Tat überzeugend, gleichwohl bezieht sich Brainspace auf Anwendungsfälle mit erheblichem Datenumfang und wird bei einem Einstiegspreis von 98.000 US-Dollar pro Jahr kaum zu einer unter Anwaltskanzleien verbreiteten Standardsoftware werden. Brainspace-Technologie zeigt jedoch in gewisser Weise eine Richtung zukünftiger Massendatenauswertung auch im Bereich der forensischen Analyse digitaler Beweismittel an, die zunehmend durch erweiterte Möglichkeiten künstlicher Intelligenz geprägt sein wird.

Cellebrite ist ein globaler Marktführer im Bereich der mobilen Forensik. Die Software kann Daten der meisten mobilen Geräte auslesen, wiederherstellen und analysieren. Cellebrite bietet weitere Tools für die Auswertung digitaler Daten an. *UFED Analytics* ermöglicht eine differenzierte Datenauswertung. *UFED Reader* erlaubt einfache Analysen und den Export von Smartphonedaten und wird der Verteidigung häufig in Strafverfahren für die Auswertung von Smartphone-Daten zur Verfügung gestellt.

dtSearch erlaubt die gleichzeitige Suche in Terrabytes unterschiedlichster Datenformate und (über die Report-Funktion) deren

Integration in einer Datenbank. Damit ist – zudem preiswert – eine erste Möglichkeit gegeben, als Beweismittel übergebene elektronische Daten (soweit sie nicht verschlüsselt sind) zu recherchieren. dtSearch bietet darüber hinaus spezielle Funktionen z.B. zur Recherche in E-Mails, verschlüsselten PDFs, Kreditkarten-Nummern oder sozialen Netzwerken und Websites. In Kombination mit QDA-Software (siehe B) Software aus dem Bereich der empirischen Sozialforschung) eröffnet dtSearch die Möglichkeit, große Datenmengen für die Zwecke der Verteidigung für die Auswertung verfügbar zu machen.

Intella von Vound verbindet eDiscovery und Computer Forensics und bietet mit einer sehr intuitiven Benutzeroberfläche auch für Juristen einen einfachen Zugang zur Aufbereitung und Analyse von eEvidence. Intella ist designed, die gängigen eEvidence-Dateiformate zu verarbeiten, und bietet eine robuste Funktionalität zur Klassifizierung von unstrukturierten Daten. Z.B. ist die Recherche und Analyse von großen E-Mail-Beständen und das Verfolgen von Informationspfaden mit Intella effektiv.

Magnet Forensics ist eine vergleichsweise neue Software, die insbesondere auf die Auswertung von Android-Smartphonedaten ausgerichtet ist. Sie steht damit in Konkurrenz zu Cellebrite ist jedoch wesentlich preisgünstiger.

Maltego ist ein relativ einfach zu erlernendes Tool für OSINT (Open Source Intelligence) Recherche im Internet. Da auch Polizei und Sicherheitsbehörden einen Großteil ihrer Informationen aus offenen Quellen des Internets (z.B. soziale Netzwerke) beziehen, kann eine Überprüfung oder eigene Background-checks aus Verteidigerperspektive mit Maltego sinnvoll sein.

Nuix wird weltweit – überwiegend von Polizei und Sicherheitsbehörden – im Bereich der forensischen Aufbereitung elektronischer Beweismittel verwendet und gilt als einer der Marktführer. Wegen seiner überschaubaren Lernkurve (eine seriöse praktische Anwendung sollte nach einem Drei-Tage-Kurs möglich sein) und zugleich komplexer Funktionalität bietet es die für die Fallanalyse von digitalen Massendaten notwendige Unterstützung. Nuix kann z.B. Daten von UFED oder XRY importieren, so dass die Recherche in Smartphonedaten problemlos möglich wird.

OpenText bietet verschiedene Software-Tools für die Auswertung von Big Data in Unternehmen oder umfangreichen Strafverfahren an. *EnCase* (Teil von OpenText) unterstützt die forensische Ermittlung von der Datenerfassung über die Aufbereitung bis zur Herstellung von Reports und Präsentationen der Befunde.

Oxygen Forensics Detective kann u.a. Daten von mobilen Geräten und Dronen extrahieren und verarbeiten.

Password ist eine spezielle Software, die es ermöglicht, versteckte und gelöschte Daten aufzufinden und ggf. zu dekodieren bzw. einen Passwortschutz zu überwinden.

Die vorstehend stichwortartig vorgestellten forensischen Software-Tools⁵⁹ stellen lediglich eine Auswahl dar.⁶⁰ Zur Anwendung für kleinere und mittlere Anwaltskanzleien könnten dtSearch, Nuix, Intella, Magnet Forensics⁶¹ möglicherweise bei Bedarf auch Maltego und Password in Betracht gezogen und getestet werden.

(b) Software aus dem Bereich der empirischen Sozialforschung (Auswahl):

Während die unter (a) genannten Software-Pakete speziell auf die Aufarbeitung digitaler Massendaten im Zusammenhang mit Ermittlungsverfahren ausgerichtet sind, handelt es sich bei der unter (b) aufgeführten Software um Anwendungen, die historisch im Bereich der qualitativen empirischen Sozialwissenschaft entwickelt wurden. Computer Aided Qualitative Data Analysis (CAQDAS) wurde im Laufe der letzten 20 Jahre zu einem Standard bei der Auswertung unstrukturierter (meist textlicher) Daten, wobei eine Verbindung von qualitativen und quantitativen Methoden der Auswertung (mixed methods) erreicht wurde. Insbesondere für Netzwerk- und Musteranalysen ist diese Verbindung bedeutsam.

Digitalisierte Inhalte von Beweismittelordnern liegen überwiegend als Textdaten vor. Auch digitale Beweismittel in Form z.B. von

⁵⁹ Es wird hier darauf verzichtet, zu jeder erwähnten Software entsprechende Links anzugeben. Diese können durch einfache Internet-Recherche gefunden werden.

⁶⁰ Für weitere Übersichten siehe <https://www.capterra.com/electronic-discovery-software/> zuletzt besucht: 24. Juni 2018

⁶¹ Aus Sicht des Autors decken Nuix, Intella und Magnet Forensics bei aller Unterschiedlichkeit ähnliche funktionale Bereiche der eEvidence-Analyse ab.

Smartphonedaten können in Textformaten (z.B. durch Export über den UFED- oder XRY-Reader) lesbar gemacht werden. Datamining zu weiteren Datenformaten kann mit dtSearch erfolgen und als Word-Dokument gespeichert werden. Diese Daten sind dann für nachstehende Software auswertbar. Der praktische Vorteil dieser Software besteht neben ihrer starken analytischen Funktionalität auch darin, dass sie in der Regel preiswerter sind. Üblicherweise werden Trial-Versionen angeboten, so dass zunächst die Brauchbarkeit für die eigenen Zwecke getestet werden kann.

Atlas.ti ist eine der am meisten verbreiteten Anwendungen, mit denen Muster Zusammenhänge (z.B. zwischen Angeklagten) erkannt werden können. Atlas.ti ist dabei sehr nutzerfreundlich und intuitiv.

MAXQDA besitzt Stärken in der Datenorganisation und Visualisierung sowie der Mixed-Method-Analyse.

NVivo unterstützt ebenfalls den Mixed-Method-Ansatz und eignet sich auch für größere Datenmengen.

Provalisresearch bietet mit QDA Miner und WordStat zwei Software-Pakete an, welche die Auswertung von Big Data ermöglichen (ebenfalls Mixed-Method-Ansatz).

Die hier kurz dargestellten Software-Tools unterstützen u.a. folgende analytische Funktionen:

- Auswertung von im Rahmen von TKÜ-Maßnahmen erfassten Daten (auch Standortdaten, Geo-Mapping);
- Datamining und Herstellen integrierter, ganzheitlicher Datenbanken aus Handy-Spiegelungen (die Heterogenität der auf Smartphones üblicherweise gespeicherten Daten stellt eine besondere Herausforderung für eine komplexe Datenanalyse dar - gleiches gilt für mittels Online-Durchsuchung oder IP-Überwachung gesammelte Massendaten);
- Möglichkeiten von (zugegebenermaßen qualifizierteren) Auswertungsmöglichkeiten zu Kontextdaten (hier bezieht sich die Analyse nicht nur auf einzelne Begriffe oder Taxonomien, sondern es werden Funktionen von Software benutzt, die auf statistischen Funktionen oder so genanntem ›maschinellern Lernen‹ basieren);
- Aufdeckung von Netzwerken anhand von Verbindungsdaten,

semi-automatisches Herstellen von Timelines (chronologische Erfassung von Ereignissen über (möglichst) die Gesamtheit der vorhandenen elektronischen Daten).

Die Auswahl von Software-Tools richtet sich im Wesentlichen nach den ersichtlichen analytischen Fragestellungen sowie der Art der elektronischen Daten, die als Beweismittel zur Verfügung stehen. Aus den analytischen Fragestellungen ergibt sich zunächst, welche Ergebnisse der Analyse angestrebt werden. Während es in manchen (eher einfachen) Fällen ausreichend sein kann, eine mehr oder weniger komplexe Recherche durchzuführen, ist in anderen (eher komplexeren) Fällen eine Analyse netzwerkartiger Zusammenhänge oder Geo-Mapping gefragt.

Wie im vorangegangenen Abschnitt gezeigt, können digitale Beweismittel aus sehr heterogenen Quellen stammen und in den unterschiedlichsten Formaten vorliegen.

Um eine effektive Analyse durchführen zu können, muss die Auswahl der Software so erfolgen, dass die vorliegenden Datenformate verarbeitet werden können und entsprechende Funktionen vorhanden sind, um die analytischen Fragestellungen zu bearbeiten und darzustellen (visualisieren).

Unabhängig davon, ob eine eigenständige Anwendung der unter (a) und (b) genannten Software erfolgt, eine gewisse Kenntnis der Grundfunktionen dieser Software-Tools und der methodischen Prinzipien ihrer Anwendung ist auch deshalb von Nutzen, da an die Strafverteidigung im Rahmen der Akteneinsicht übergebene Bestände an elektronischen Daten mit diesen (oder ähnlichen) Applikationen erzeugt und ausgewertet werden, mithin das Verständnis der übergebenen Datenstrukturen und Datenformate sowie mögliche Schwachstellen und Fehlerquellen für die eigene Analyse hilfreich ist.

Allgemeine IT-Fitness in der zumindest grundlegenden Beherrschung von Applikationen wie Office-Software, insbesondere Word, Excel, Notepad aber auch von Adobe, OCR-Software wie z.B. ABYY FineReader, aber auch von einfacher Verschlüsselungssoftware und der Nutzung verschlüsselter Cloud-Dienste sowie von VPN- oder Proxyzugängen zum Internet erleichtert darüber hinaus das Verständnis und die Verarbeitung elektronischer Beweismittel und die

häufig notwendige Teamarbeit und damit den gesicherten Austausch forensischer Daten.

2. Outsourcing

In mancher Hauptverhandlung ist der Mythos der Objektivität von beweisrelevanten Befunden, die auf die Auswertung digitaler Daten gestützt wird, zu beobachten. Z.B. wenn bei der Darstellung der Ortung von Handys durch Berechnung der Abstrahlwinkel von Sendemasten oder beim Jonglieren mit allen möglichen technischen Fachbegriffen aus dem IT-Bereich bzw. der digitalen Forensik am Ende eine wie in Stein gemeißelte Behauptung der Staatsanwaltschaft zum Beweis dieses oder jenen Fakts steht: »eine Kommunikation zwischen A und B hat *nicht* stattgefunden, da sie in den Daten nicht nachzuweisen ist« und diese Behauptung gutgläubig aufgenommen wird und unwidersprochen bleibt. Es besteht die Tendenz zu glauben, was man sieht, und viele der Ergebnisse der Auswertung elektronische Beweismittel (z.B. Netzwerkanalyse) werden notwendigerweise visuell dargestellt. Dieser ›Gläubigkeit‹ kann nur durch Entwicklung eigener ITK-Fitness und methodenkritischer Befragung begegnet werden. Gleichwohl wird es in manchen Fällen unumgänglich sein, externe Sachverständige hinzuzuziehen. Während sich zum Beispiel in den USA in diesem Bereich (Digital Forensic Laboratories) bereits ein ganzer Markt entwickelt hat,⁶² sind solche Experten in Deutschland (und in den meisten anderen EU Mitgliedstaaten) noch nicht so häufig zu finden.

Bei Vereinbarungen mit Experten in der digitalen Forensik bzw. computergestützten Kriminalitätsanalyse sollten ein paar Punkte besondere Beachtung finden (im Wesentlichen dem ABA-Handbuch entlehnt):⁶³

Grundsätzliches:

- Die Aufbereitung und Analyse elektronischer Massendaten ist ein äußerst komplexer und normalerweise langfristiger und umfangreicher Vorgang, es sei denn, man kann eine Aufgabe

62 *Valli, A. J., Building a Digital Forensic Laboratory: Establishing and Managing a Successful Facility. Butterworth-Heinemann 2009*

63 *Nelson, Olson & Simek, 2006 (Fn. 56), S. 32*

punktuell herauslösen und sehr genau hinsichtlich des Auftragsvolumens abgrenzen.

- Es ist grundsätzlich nur schwer mitunter gar nicht möglich, eine halbwegs zuverlässige Ergebnisschätzung (was wird die Analyse konkret erbringen) vorzunehmen und dabei den zeitlichen Aufwand konkret abzuschätzen; es gibt zu viele Unbekannte und durch die rasante technische Entwicklung verursachte nicht vorherzusehende Überraschungen bei der Datenaufbereitung und Datenanalyse, die eine solche Vorhersage nahezu unmöglich machen.
- Jenseits und vorab des technisch-analytischen Projektes ist eine intensive inhaltliche Beschäftigung mit den möglichen Beweisthemen und der daraus abgeleiteten Fragen zwingend erforderlich um einzuschätzen, ob die digitalen Daten in einem Verfahren mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit potentielle Informationen enthalten, die in der Perspektive der Verteidigung einzubringen wären; mit gewisser Regelmäßigkeit könnte das der Fall sein, wenn ein Alibi nachzuweisen ist oder wenn behauptete Kommunikationsverbindungen nach Darstellung der Mandanten nicht zutreffen.

(1) Notwendige Vorüberlegungen zur Art der Expertise

Es sollten vor der ersten Absprache *Vorüberlegungen zu einem Auswertungsdesign* angestellt werden, die einerseits von den wesentlichen Annahmen der Anklagetheorie ausgehen und andererseits das *Potenzial der elektronischen Daten* hinsichtlich einer Überprüfung oder Widerlegung dieser Annahmen vorläufig einschätzen. Nur wenn hier die Wahrscheinlichkeit möglicher Befunde (im Sinne der Verteidigung) anzunehmen ist, macht die Beauftragung von Experten einen Sinn. »Wahrscheinlichkeit« ist dabei eine relative Größe und kann unter Umständen auch bedeuten, dass es nur »nicht auszuschließen« ist, in den elektronischen Daten der Anklagetheorie widersprechende Informationen zu finden. Dies dürfte abstrakt in der Mehrzahl der Fälle zu bejahen sein; die Frage ist, ob gefundene Widersprüche oder Lücken in der polizeilichen Auswertung im Sinne effektiver Verteidigung durchgreifen.

(2) Prüfung der Qualifikation und Expertise (Referenzen)

Vorsicht vor Experten die behaupten, den gesamten Zyklus der Datenverarbeitung abzudecken – besonderes Augenmerk auf Objektivität im methodischen Herangehen legen.

- Analyse ohne ›finale Subsumtion‹ - die Entscheidung über die Verwendung von Analyseergebnissen liegt ohnehin in der Hand der Verteidigung, jedenfalls zunächst, solange der Experte nicht als Sachverständiger vor Gericht geladen wird.
- Die tatsächliche Datenlage (auch wenn sie die eigene Verteidigungsstrategie nicht unterstützen sollte) zu kennen, ist in jedem Fall besser, als ein methodisch voreingenommenes Ergebnis vor Gericht zu präsentieren und im Zweifel damit im Ergebnis einer Gegenanalyse widerlegt zu werden.

(3) Gerichtserfahrungen (Referenzen!)

»You don't need a Greenhorn cutting his teeth on your case.«

(4) Absicherung des Datenschutzes und der Vertraulichkeit

Hierzu sind konkrete Absprachen und ggf. vertraglich Vereinbarungen erforderlich. Einzelheiten ergeben sich aus den Regeln des Datenschutzes.

(5) Inanspruchnahme von Diensten außerhalb Deutschlands bzw. außerhalb der EU

Achtung: Von ganz spezifischen Einzelfragen abgesehen sollte der Experte der deutschen Sprache mächtig sein.

(6) Innovative und explorative Einstellung

Nur in einer offenen Kommunikation zwischen Strafverteidigung und Forensik-Experte bzw. Datenanalyst lässt sich die Auswertung der Daten innovativ und effektiv gestalten. Beide Seiten müssen sich hier in aller Regel sehr kreativ verhalten, selten gibt es bereits feststehende methodische oder analytische Wege für den konkreten Fall, sondern es wird ein methodisches Grundwissen auf einen Fall angewendet. D.h. auch, dass in einem nicht unerheblichem Maße auf dem Wege von Versuch und Irrtum die Lösung eines Problems gesucht werden muss. Wer dieses Risiko vermeiden will, sollte von einer solchen Analyse und auch von der Kooperation mit Experten Abstand nehmen.

(7) Die Geldfrage

Forensik-Experten und Analysten bzw. Data Scientists arbeiten für Stundensätze von beginnend etwa 60 bis 80 Euro. Je nach Komplexität und Umfang sowie Schwierigkeitsgrad der Analyse können aber auch bis zu 220 Euro in Rechnung gestellt werden. Wegen der oben festgestellten Schwierigkeit, den Zeitumfang für die Lösung eines analytischen Problems exakt zu bestimmen, sollte bei der vertraglichen Vereinbarung zwischen Anwalt und Forensiker/Analyst eine Balance zwischen einer auf gewissen Erfahrungswerten bestehenden Schätzung hinsichtlich des zeitlichen Gesamtumfanges und den abrechenbaren Ergebnissen hergestellt werden. Pauschalvergütungen sind zwar nicht unüblich, aber in der Regel auf Seiten des Analysten riskant. Praktisch ratsam sind Prioritätenlisten und ›Sollbruchstellen‹ – gleitende Projektierung, d.h. es werden Schrittfolgen und deren sukzessive Erfüllung/Bezahlung vereinbart. Entlang dieses Weges erkennt man dann auch schnell, ob einerseits die Zusammenarbeit zwischen Anwalt und Forensiker/Analyst funktioniert und das vereinbarte Vorgehen andererseits in dem konkreten Fall zu brauchbaren Ergebnissen (die den finanziellen Aufwand rechtfertigen) führt.

IV. RESÜMEE UND AUSBLICK

Strafverteidigung muss sich auf die aus der Digitalisierung folgenden Herausforderungen insbesondere im Bereich neuer IT-gestützter Überwachungs- und Ermittlungsmethoden mit Blick auf die nächsten zehn bis 15 Jahre einstellen und eigene Kompetenzen im Umgang mit elektronischen Beweismitteln ausbilden.

Die signifikanten Veränderungen im Informationsmanagement der Beweiserhebung im Übergang vom Analogen zum Digitalen führen zu einer Kompetenzverschiebung bezüglich der Unabhängigkeit und Eigenständigkeit in der Entscheidungsfindung der Gerichte, aber auch auf Seiten der Staatsanwaltschaft und der Strafverteidigung mit dem Risiko der Gefährdung von Verfahrensgrundsätzen des rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Das Entstehen einer Substruktur der eGovernance/eJustiz (z.B. in Gestalt der Gemeinsamen Kompetenz- und Dienstleistungszentren) monopolisiert Fähigkeiten der Informationsverarbeitung und entscheidet (durchaus gemeinsam mit der IT-

Industrie) über Grundsätze der Entwicklung der Digitalisierung der Justiz und des Strafverfahrens.

In einem Strafverfahren sind das Gericht, die Staatsanwaltschaft und die Strafverteidigung an einem diskursiven Prozess der Entscheidung über die Anklagevorwürfe (Anklagetheorie) als die maßgeblichen Akteure beteiligt, als juristische Akteure, die in einem historisch seit der Aufklärung gewachsenen System rechtsstaatlicher Strafrechtsprechung in einem differenzierten gesetzlichen Rahmen Daten und Informationen zu den mit den Anklagevorwürfen verbundenen rechtserheblichen Tatsachen (Tatbestandsmerkmale) verarbeiten und – letztlich in der gerichtlichen Entscheidung – zu einer ›prozessualen Wahrheit‹ gelangen. Diese Entscheidung ist – soweit rechtlich zulässig zustande gekommen – legal und legitim zugleich, da sie aus diesem demokratisch-rechtsstaatlichen Verfahren von dazu autorisierten und dafür qualifizierten Akteuren bei Wahrung deren Unabhängigkeit und Eigenständigkeit hervorgeht.

Im analogen Zeitalter sind Daten als Grundlage der unabhängigen eigenständigen Entscheidungen im Rahmen des Beweisverfahrens für Richter, Staatsanwälte und Strafverteidiger als Personen grundsätzlich gleichermaßen als sinnlich wahrnehmbare Informationen zugänglich und zu verarbeiten – überwiegend durch Aktenstudium, also qualitative Datenanalyse. Soweit Sachverständige im Rahmen der Beweiserhebung eine Rolle spielen, bezieht sich ihr Beitrag gewöhnlich auf einen Teilbereich, und von Experten vertretene Positionen können ggf. durch Gegengutachten kontrastiert werden. Mit dem Übergang zum digitalen Zeitalter verändert sich der Prozess der Informationsverarbeitung dramatisch. Infolge der Digitalisierung nahezu aller lebensweltlichen Zusammenhänge auf der einen und einer digitalen Sicherheitsarchitektur auf der anderen Seite, werden beweiserhebliche Daten zum Nachweis (oder der Widerlegung) von Anklagevorwürfen zunehmend und in massenhafter Form als digitale Beweismittel eingebracht. Nicht nur, dass allein der Umfang dieser Daten im Vergleich zu analogen Zeiten die menschliche Verarbeitungskapazität von Richtern, Staatsanwälten und Strafverteidigern bei weitem übersteigt, digitale oder digitalisierte Daten sind sinnlich nicht unmittelbar zugänglich, sondern bedürfen der Nutzung von Hard- und Software.

Die Tatsache, dass die Fähigkeit der eigenständigen Hard- und Software-Nutzung (oder mindestens das Verständnis derselben) zum Erhalt der unabhängigen und eigenständigen Datenverarbeitung im Beweisverfahren zwingend erforderlich ist, hat weitreichende Folgen. Wird diese Fähigkeit bei den beteiligten Juristen nicht entwickelt, bildet sich im Zuge der Anwendung von Hard- und Software zur Verarbeitung elektronischer Beweismittel eine neue Struktur der eGovernance und der eJustiz heraus, zu denen von Seiten der Richter, Staatsanwälte und Strafverteidiger ein substantielles Abhängigkeitsverhältnis entsteht, da für die Entscheidungsfindungen im Beweisverfahren erhebliche Informationen nicht mehr sinnlich-unmittelbar (also unabhängig und eigenständig) persönlich erfasst werden, sondern von IT-Experten aufbereitet und zur Verfügung gestellt werden, ohne dass die Methoden des Zustandekommens der Daten und damit ihre Zuverlässigkeit hinreichend nachvollzogen werden kann.

Neben der Ausbildung eigener Kompetenzen bei der Auswertung von eEvidence stellt sich der Auf- und Ausbau von Forensischen Laboren oder Kompetenzzentren, die analytische Fragestellungen der Strafverteidiger und Strafverteidigerinnen unter Beachtung von Datenschutz und Datensicherheit sachgerecht bearbeiten, als eine weitere und möglicherweise zentrale Perspektive für die Schaffung einer tragfähigen Informationsverarbeitung im digitalen Beweisverfahren dar.

Prof. Dr. Ralf Kölbel

ZU DEN JUGENDSTRAFRECHTLICHEN VERWERFUNGEN DURCH DEN AUSBAU VON VERFAHRENS- UND ENTSCHÄDIGUNGSRECHTEN DES VERLETZTEN

I. EINFÜHRUNG

Die Berücksichtigung von »Opferinteressen« ist ein zentraler rechtspolitischer Topos der letzten Jahrzehnte – im (Jugend-)Strafverfahren (unten 2.) ebenso wie im materiellen Recht (unten 3.). Damit folgt der Verlauf in Deutschland einem international zu beobachtenden Kurs.¹ Kriminalsoziologisch wird dies demgemäß auch als übergreifende spätmoderne Entwicklung analysiert. Zu deren Kennzeichen zähle es, die Aufmerksamkeit von den Ursachen der Delinquenz auf deren Folgen (Kosten, Unsicherheitsgefühle usw.) zu verlagern und deshalb auch die Interessen der Tatopfer in den Vordergrund zu rücken.² In dieser dezidierten »Opferzuwendung« macht man einen integralen Baustein einer neuen Kontrollkultur aus, die sich vom wohlfahrtsstaatlichen, d.h. resozialisatorisch orientierten Strafrecht entfernt.³ Möglich ist dies auch deshalb, weil »das Opfer« mit seinen Bedrohungen und Bedürfnissen für die Legitimation der unterschiedlichsten strafrechtlichen Umstellungen fungibilisiert werden kann – denn die diskursive Berufung auf das Opfer stellt durch dessen Identifikationsfähigkeit letztlich eine Berufung auf die individuellen Ängste, Befürchtungen

1 Dazu rechtsvergleichend für das Strafprozessrecht *Weigend*, in: Barton/Kölbel (Hrsg.), *Ambivalenzen der Opferzuwendung des Strafrechts*, 2012, S. 29ff.; speziell für das Jugendstrafverfahren vgl. den internationalen Überblick bei *Kölbel*, in: BMJV (Hrsg.), *Berliner Symposium zum Jugendkriminalrecht und seiner Praxis*, 2017, 9, S. 22ff.

2 *Garland*, *Culture of Control*, 2001, S. 121ff.

3 Es ist nachgerade »a central theme« dieser Debatte, dass »the shift from a welfarist to a retributivist perspective on crime has brought with it a shift in focus away from the defendant/offender's rights and interests to those of the victims of crime« (*Marshall*, *CRITICAL REVIEW OF INTERNATIONAL SOCIAL AND POLITICAL PHILOSOPHY* 7, 2004, S. 104).

und Rachegefühle jedes einzelnen Gesellschaftsmitglieds dar.⁴ Sie eignet sich, Furcht und Sicherheitsbedürfnisse ebenso wie Abscheu und Vergeltungswünsche zu aktivieren, und kann daher auch die Akzeptanz retributiver Maßnahmen sicherstellen – deutlich besser als die Beschwörung von öffentlichen Interessen, die im Individualismus der spätmodernen Gesellschaft kaum identifizierungsfähig sind.

Für die Rechtspraxis, die in und mit dem neuen opferfreundlichen Strafrecht leben muss, ist durch solche Feststellungen freilich wenig gewonnen. Aus der Anwenderwarte muss es eher darum gehen, wie genau die rechtliche Situation sich darstellt und wie mit ihr in einer möglichst sinnhaften – im Jugendstrafrecht heißt das: möglichst spezialpräventiv zweckhaften – Weise umzugehen ist. Aus diesem Grund verhält sich auch der folgende Beitrag in dieser Weise pragmatisch: Er referiert zunächst die formellen und materiellen Opferrechtstrends und fragt dann anhand einiger Beispiele (unten 4.) nach einer »dämpfenden« jugendstrafrechtlichen Integration.

II. PROZESSUALE OPFERFOKUSSIERUNG

1. Stand und Problematik im allgemeinen Verfahrensrecht

In der StPO wurden prozessuale Opferrechte – mit dem Opferschutzgesetz vom 18.12.1986 beginnend – durch eine hochfrequente gesetzgeberische Intervention radikal ausgebaut⁵ und innerhalb von 30 Jahren in ein ausdifferenziertes und großdimensioniertes System aus Schutz-, Unterstützungs-, Informations- und Aktivrechten überführt:

4 Vgl. *Garland* (Fn. 2), S. 11f., S. 143f.; ferner z.B. *Dubber*, *Victims in the War on Crime*, 2002, S. 4f., S. 198ff.; zum Ganzen m.w.N. auch *Kölbl/Bork*, *Sekundäre Viktimisierung als Legitimationsformel*, 2012, S. 71ff., S. 86ff.

5 Besondere folgenreich waren: Opferschutzgesetz (1986), Zeugenschutzgesetz (1998), Opferrechtsreformgesetz (2004), 2. Opferrechtsreformgesetz (2009), Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (2013), 3. Opferrechtsreformgesetz (2015). Hinzu kommen diverse Strafrechtsänderungsgesetze mit kleineren Revisionen, etwa bei der Nebenklage (so etwa 1998, 2005, 2007, 2011, 2013). Diese Gesetzgebungskette, in deren Verlauf auch Neuregelungen oft schon nach kurzer Zeit wieder novelliert (d.h. stets: erweitert) wurden, wird mit Sicherheit weiter wachsen. Kennzeichnend für diese expansive Tendenz ist auch die Transformation auf den Strafvollzug (vgl. etwa *Kubink*, *ZRP* 2017, S. 237ff.) und auf außerstrafprozessuale Verfahrenskontexte (*Kilchling/Schädler/Hennighausen/Herzig*, *Übertragung opferschützender Normen aus dem Strafverfahrensrecht in andere Verfahrensordnungen*, 2017).

- Das Arsenal enthält zunächst einmal Ansprüche auf Information, Akteneinsicht und Aufklärung (§§ 158 Abs. 1 S. 3, 171, 214 Abs. 1 S. 2, 406d f., 406i ff. StPO).
- Speziell in der Vernehmung hat der sog. Opferzeuge einen Anspruch auf Anwesenheit eines (ggf. auch von Amts wegen beizuzordnenden) Rechtsbeistands (§ 406f Abs. 1, 406h Abs. 1 StPO)⁶ sowie auf eine psychosoziale Prozessbegleitung und eine Vertrauensperson (§§ 406f f. StPO).
- Bei (angenommener) Schutzbedürftigkeit sieht das Gesetz eine besonders schonende Vorgehensweise (für die Urteilsverkündung § 268 Abs. 2 StPO) und eine möglichst weitgehende Abschirmung gegenüber vernehmungsbedingten Belastungen vor (Ausschluss des Angeklagten und der Verhandlungsöffentlichkeit [§ 247 StPO, § 171b, vgl. auch § 172 Nr. 4 GVG], Zurückhaltung bei persönlichen Fragen [§ 68a Abs. 1 StPO], Ausschluss der Parteivernehmung [§ 241a StPO], audiovisuelle Vernehmung [§§ 168e, 247a StPO], Vermeidung einer Mehrfachvernehmung durch Anfertigung und Verwertung einer Vernehmungsaufzeichnung [§§ 58a, 255a StPO] und durch Ausschaltung einer zweiten Tatsacheninstanz [§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG]).⁷
- Die konkrete Notwendigkeit solcher Vorkehrungen ist beim (mutmaßlich) Verletzten von Amts wegen besonders gründlich zu prüfen – wie überhaupt jede ihn betreffende Untersuchungshandlung »unter Berücksichtigung seiner besonderen Schutzbedürftigkeit durchzuführen« ist (§ 48 Abs. 3 S. 1 StPO).
- Unabhängig davon rückt der Verletzte durch einen Nebenklage-Anschluss in die Position eines aktiven und prozesssubjekthaften Verfahrensbeteiligten, der den Verfahrensgang – mit Unterstützung eines anwaltlichen Beistandes (§§ 397a, 406h Abs. 1 StPO) – dank seiner Teilhaberechte mitzugestalten vermag (nämlich durch seine [beschränkte] Rechtsmittelbefugnis [§ 400 StPO] so-

6 Die konkreten Rechte des Verletztenbeistandes gehen über die des Zeugenbeistandes (§ 68b StPO) hinaus (dazu und zu den strittigen Details etwa SK-StPO/Rogall, 4. Aufl. 2013, Vor §§ 48 ff. Rn. 115ff).

7 In Gestalt des Victim-Impact-Statements (§ 69 Abs. 2 S. 2 StPO) haben Opferzeugen auch in ihrer eigenen Vernehmung ein Aktivrecht.

wie die Anwesenheits-, Beweisantrags- und anderen in § 397 Abs. 1 StPO genannten Rechte). Diese Berechtigung besteht schon dann, wenn ihre Einräumung zur Wahrung der Verletzteninteressen (aus welchen Gründen auch immer) geboten erscheint (§ 395 Abs. 3 StPO).⁸

- Selbst wenn nebenklageberechtigte Verletzte auf einen Verfahrensanschluss verzichten, haben sie einen Anspruch auf permanente Begleitung durch einen frageberechtigten Anwalt und auf eigene Anwesenheit in der Hauptverhandlung (§ 406h StPO).

Diese Opferrechtsaufrüstung konnte nicht ohne Nebenwirkungen bleiben. In dem Maße, in dem die ursprünglich binäre Beziehung (Befugnisse des inquirierenden Staates ./ Abwehr- und Gegenrechte des Beschuldigten) durch die Einbeziehung dezidiert opferbezogener Positionen in eine mehrpolige Struktur übergang, machten sich bei anderen prozessualen Belangen durchaus auch Einschränkungen bemerkbar.⁹ Opferschonende Handhabungen sind bspw. für Verteidigungsoptionen abträglich, etwa bei Ausschaltung der Berufungsinstanz (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG) oder bei Schwächung des Konfrontationsrechts durch Einführung einer Vernehmungsaufzeichnung (§§ 58, 255a StPO). Die prozessuale Sachverhaltsrekonstruktion kann bspw. leiden, weil die Unterstützung und die Informationsrechte der Aussageperson den Opferzeugenbeweis zu entwerten droht (etwa durch eine Aussageinduktion bei der psychosozialen Prozessbegleitung oder durch nebenklagebedingtes Aktenwissen). Im Übrigen gehen von der Nebenklage gewisse Gefahren auch für die spezialpräventive Einwirkungsfunktion des Strafrechts aus. In einem Prozess, in dem das Opfer zur Durchsetzung seiner Rechte diverse Nebenkriegsschauplätze eröffnen und die Verfahrensverläufe zu beeinflussen vermag, geraten rehabilitative Gesichtspunkte zwangsläufig aus dem Blick.

⁸ Zu dieser Generalklausel und ihrer – durch BGH NStZ 2012, 466 keineswegs aufgehoben – Problematik vgl. *Herrmann*, ZIS 2010, 236 (S. 241f.); siehe ferner *Bung*, StV 2009, 430 (S. 435); § 395 Abs. 3 StPO »ermöglicht es, dass im Prinzip jedes Delikt zur Nebenklage berechtigt« (Herv. i.O.). Näher zum Ganzen auch *Jahn/Bung*, StV 2012, S. 754ff.

⁹ Teilweise ist eine solche Wirkung den Opferrechten immanent, teilweise zeichnen sich diese Effekte in der empirischen Justizforschung ab und teilweise ergibt sich aus der Analyse des Normmaterials jedenfalls eine entsprechende Gefahr. Näher und m.w.N. zum Folgenden etwa *Köbel* (Fn. 1), S. 14ff.; *ders.*, in: FS Fischer, 2018, S. 696ff.; aus Sicht der Strafverteidiger zuletzt von *Schlieffen/Uwer*, Opferrechte im Strafverfahren, 2017, S. 15ff.

Stattdessen drohen eine höhere Kostenlast, eine Prozessverlängerung und »eine konfrontative Verhärtung der Positionen.«¹⁰ Auch führt die Nebenklage nach den vorliegenden ersten Hinweisen zu Bedingungen, die für ein spezialpräventives Anliegen kontraproduktiv sind: Wird sie erhoben, dauern die Verfahren länger und enden mit höheren Kosten und wohl auch härteren Strafen für die Angeklagten als in vergleichbaren nebenklagefreien Prozessen.

Wenn also die Berücksichtigung von Verletztenbelangen »in einem Spannungsverhältnis zu anderen geschützten Verfassungspositionen wie dem Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung sowie dem Recht auf Verteidigung steht«,¹¹ ergeben sich Widerspruchs- und Kollisionslagen, in denen zwischen den beteiligten Belangen an sich ein abwägender (Interessen-)Ausgleich¹² vorzunehmen und praktische Konkordanz herzustellen ist.¹³ Einer solchen Methodenerwartung wird die Opferschutzgesetzgebung allerdings schwerlich gerecht. Vielmehr erwecken die legislatorischen Begründungen nicht selten den Eindruck rechtspolitischer Einseitigkeit, insofern sie sich vorbehaltlos die Forderungen von Interessen- bzw. Opferschutzverbänden zu eigen machen.¹⁴ Abgesehen vom nahezu durchgängigen Ausbleiben einer verfahrensempirischen Problemaufbereitung¹⁵ lassen die Legislativerwägungen

10 So mit Blick auf das Jugendstrafverfahren, aber prinzipiell verallgemeinerbar die 2. Jugendstrafrechtsreform-Kommission, DJVJ Journal Extra Nr. 5, 2002, S. 58.

11 SK-StPO/Rogall, Vor §§ 48 ff. Rn. 100; näher zur verfassungsrechtlichen Fundierung von Verteidigungsrechten und der staatlichen Pflicht zur Wahrheitserforschung etwa Möstl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 179 Rn. 18ff., 38ff., 52ff.

12 So bspw. Albrecht, 64. DJT 2002, D 135ff.; Zapf, Opferschutz und Erziehungsgedanke im Jugendstrafverfahren, 2012, S. 13.

13 So SK-StPO/Rogall, Vor § 48 Rn. 100; vgl. auch Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 54: Es wird je nach den konkreten Gegebenheiten »ein Kompromiss gefunden werden müssen, der jedem der abwägungserheblichen Belange eine optimale Berücksichtigung gewährleistet«.

14 So enthielt bspw. der von den Regierungsfractionen vorgelegte Entwurf zum 2. Opferrechtsreformgesetz (BT-Drs. 16/12098) insgesamt 20 Textstellen, in denen man die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen ausschließlich mit »berechtigten Anliegen« oder »Forderungen der Opferschutzverbände« begründete.

15 Dazu Kölbl/Bork (Fn. 4), S. 18ff., S. 104f.; Kölbl (Fn. 1), S. 20ff. (dort a.a.O., S. 18f. im Übrigen auch dazu, dass die prozessphasenimmanente Ungewissheits-Struktur weitgehend ignoriert wird: Opferrechte werden unter Hinweis auf ergebnisvorgreifende Gesichtspunkte legitimiert [Tatbetroffenheit oder Genugtuungsinteressen des Opfers, Gedanke der Opfer-solidarität usw.], deren Berechtigung bei den individuellen Rechteempfängern eigentlich immer erst am Verfahrensende feststehen kann).

keine Vornahme echter Ausgleichsbemühungen erkennen. Dass und wo an den Strafverfolgungs- und Verteidigungsbelangen zugunsten der Verletzteninteressen welche Abstriche aus welchen Erwägungen vorgenommen werden, wurde in Gesetzgebungstexten bislang kaum einmal thematisiert. Deshalb hat man der prozessualen Opferfokussierung einen »deutlichen Mangel an theoretischer Fundierung« attestiert.¹⁶

2. Stand und Problematik im Jugendstrafverfahren

Da die jugendstrafprozessuale Praxis generell durch einen relativ geringeren Grad an Formalität gekennzeichnet ist, macht sich hier eine Umstellung der gesetzlichen Vorgaben nur mit tendenziell geringer Deutlichkeit bemerkbar. Neuregelungen werden von den alltäglichen Handhabungen abgefangen und gefiltert – aber sie werden nicht vollständig neutralisiert. Das gilt gerade auch für Opferrechtspositionen, da diese nicht (nur) in den Händen der institutionellen Akteure (v.a. den Jugendrichtern) liegen, sondern von Dritten (den Verletzten und ihren Beiständen) reklamiert werden können. Kollisionslagen, wie sie eben skizziert wurden, treten deshalb prinzipiell auch im Jugendstrafverfahren auf,¹⁷ und dies bisweilen sogar in besonderer Schärfe. So ist es bspw. gerade bei »schwachen« (etwa jugendlichen oder jungen) Angeklagten von besonderem Gewicht, dass die Verfahrensinteraktion und die Verteidigungskommunikation durch die zahlenmäßige Übermacht professioneller Akteure (namentlich durch die Beteiligung von Opferbeiständen, Psychosozialen Prozessbegleitern sowie Nebenklägern und Nebenklagevertretern) erschwert wird – und sich ihnen die Situation somit deutlich mehr als bei älteren Beschuldigten entfremdet.¹⁸

Ungeachtet dieser besonderen Sensibilität hat der Opferrechtsausbau auch vor dem Jugendstrafverfahren keineswegs Halt gemacht. Zwar war die explizite opferbezogene Neuregelung im JGG bislang (vermutlich bedingt durch dessen [wohltuende] rechtspolitische

¹⁶ Weigend, in FS Schöch, 2010, 947, S. 961

¹⁷ Näher Kölbl, ZJJ 2015, 58, S. 61; ders. (Fn. 1), S. 15

¹⁸ Vgl. dazu Schönemann, NStZ 1986, 193, S. 198; ders. StV 1998, 391, S. 393; Bung, StV 2009, 430, S. 431f.; Eisenberg, ZJJ 2016, 33, S. 35; Neuhaus, StV 2017, 55, S. 57. Durch die typische Prozesspassivität vieler Opferanwälte (Barton/Flotho, Opferanwälte im Strafverfahren 2010, S. 121ff.; Niemz, Urteilsabsprachen und Opferinteressen – in Verfahren mit Nebenklagebeteiligung, 2012, S. 301ff.) wird dieser Effekt rechtstatsächlich allenfalls abgeschwächt.

Randständigkeit) zurückhaltend und letztlich auf die Neufassung von § 80 Abs. 3 und § 41 Abs. 1 Nr. 4 JGG beschränkt.¹⁹ Zugleich ziehen aber die oben erwähnten opferorientierten Regelungen des allgemeinen Strafverfahrens auch die jugendstrafverfahrensrechtliche Geltung nach sich. Dies gilt zwar nur, soweit im JGG »nichts anderes bestimmt ist« (§ 2 Abs. 2 JGG), doch da es von solchen »anderen Bestimmungen« nur sehr wenige gibt,²⁰ läuft dieser Anwendungsvorbehalt bei den opferbezogenen Normen prima vista weitgehend leer. So hat sich denn auch jene Auffassung als vorherrschend etabliert, der zufolge im JGG im Wesentlichen die gleichen Maßgaben wie im allgemeinen Strafverfahren gälten.²¹ Ausgeschlossen sei die Anwendbarkeit der allgemeinen Verletztenrechte nur dann, wenn diese in der StPO an eine Nebenklagebefugnis geknüpft werden und es an jener Berechtigung gem. § 80 Abs. 3 JGG fallkonkret fehlt.²² Aus dieser Position, die jedenfalls im publizierten Diskurs vorherrscht,²³ ergibt sich der im Anhang ersichtliche, jugendstrafprozessuale »Opferrechte«-Katalog.

Dass diese »herrschende Meinung« auch die legislatorische Haltung auf ihrer Seite hat, kann man allerdings nur vermuten. Üblicherweise wird die JGG-Übertragbarkeit bei Erlass der allgemein-strafprozessualen Opferschutzrechte in den Gesetzgebungs-Materialien nämlich gar nicht thematisiert.²⁴ Kommt sie zur Sprache, wird

19 Diese beiden Neuregelungen erfolgten durch das 2. Justizmodernisierungsgesetz vom 22.12.2006.

20 In ausdrücklicher Form liegen solche abweichenden Regelungen allein durch Sonderbestimmungen zu den Privatklage-, Nebenklage- und Adhäsionsverfahren vor (dazu sogleich).

21 In einer ersten Fassung des 2. Justizmodernisierungsgesetzes war von der Bundesregierung die Einführung einer dahingehenden »Klarstellung« in § 80 Abs. 3 JGG vorgeschlagen worden (BT-Drs. 16/3038, 20, 26, 65). In der Literatur für eine weitgehende Übertragbarkeit eintretend etwa *Rössner*, in *Meier/Rössner/Trüg/Wulf*, JGG, 2. Aufl. 2014, § 80 Rn. 18; *Hüls* ZJJ 2005, 22, S 23ff.; *Schöch* ZJJ 2012, 246, S. 251ff.; *Zapf* (Fn. 12), 54ff., S. 383f.

22 Zu dieser Grundlinie *Hilger*, in *Löwe/Rosenberg*, StPO, 26. Aufl. 2006 ff., Vor § 406d Rn. 6; *Diemer/Schatz/Sonnen*, 7. Aufl. 2015, § 80 JGG Rn. 29; *BeckOK JGG/Noak*, 8. Ed. 1.02.2018, § 80 Rn. 29; *Laubenthal/Baier/Nestler*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 375 ff.; *Schöch* ZJJ 2012, 246, S. 253

23 Die praktische Anwendungsrealität ist dagegen kaum abzuschätzen. Nach der Justizpraktikerbefragung bei *Zapf* (Fn. 12), 269ff., S. 377f. wird die Anwendbarkeit v.a. der §§ 406d ff. StPO von den Interviewten uneinheitlich beurteilt und daher de facto selten genutzt.

24 Dazu m.w.N. *Zapf* (Fn. 12), S. 56f.

die Erziehungsverträglichkeit allenfalls pauschal postuliert²⁵ oder auf die simple Behauptung gestützt, die spezialpräventive Verfahrensausrichtung bliebe unberührt.²⁶ Eine richtiggehende Problematisierung findet sich bei opferrechts-erweiternden Gesetzgebungsakten bislang nirgends. Der legislative Bereich lässt bei den Verletztenrechten also nicht nur die erforderlichen Güterabwägungen (II.1. am Ende) vermissen,²⁷ sondern gleichermaßen eine wirkliche Auseinandersetzung mit deren jugendstrafrechtlicher Relevanz.

III. MATERIELL-RECHTLICHE OPFERFOKUSSIERUNG

1. Pönalisierung und Sanktionszweck

Die generelle Opferzuwendung prägt die aktuellen Entwicklungen auch im materiell-strafrechtlichen Bereich, wobei hier allerdings das, was mit »Opferschutz« gemeint ist, ebenso changiert, wie die dabei eingenommene Rolle des »Opfers«. Dies betrifft einmal den Schutz von (meist als besonders vulnerabel geltenden) Personengruppen, der bei einer Vielzahl kriminalisierender Gesetzgebungsakte zur Begründung ihrer Erforderlichkeit erhalten muss.²⁸ Am deutlichsten sichtbar wird dies im Sexualstrafrecht, das in Deutschland seit Mitte der 1990er unter dezidiertem Berufung auf die sonst nicht abzuwendende Individualbedrohtheit expandiert.²⁹ Anders als im Prozessrecht geht es hierbei allerdings (ungeachtet der diffuseren politischen Rhetorik) nicht um den konkreten Verletzten, sondern um den Schutz potenzieller künftiger Opfer (weil der Strafrechtsausbau auf die Verhinderung von Viktimisierung abzielt).

25 So bei Einführung der psychosozialen Prozessbegleitung BT-Drs. 18/4621, S. 31.

26 So bzgl. der §§ 406d ff. StPO ohne jede weitere Ausführung BT-Drs. 16/3038, S. 65.

27 In dieser Hinsicht zeigt sich bei den wenigen opferbezogenen Neuregelungen im JGG das gleiche Muster wie im allgemeinen Verfahrensrecht (dort hierzu oben in und bei Fn. 14): So erörtert BT-Drs. 16/3640, S. 53f. bei der Neuregelung von § 41 Abs. 1 Nr. 4 JGG und § 80 Abs. 3 JGG überhaupt nur Opferbedürfnisse. Die Spannungslage, die gerade zwischen Nebenklage und der spezialpräventiven Ausrichtung des Jugendstrafverfahrens besteht, kam nur in früheren Legislativdokumenten zur Sprache – in denen man aus genau diesen Gründen jene Form der Opferbeteiligung noch abgelehnt hatte (BT-Drs. 15/3422, 23 f.; BT-Drs. 16/3038, 65).

28 Vgl. dazu die Gesetzgebungsanalysen bei *Schlepper*, Strafgesetzgebung in der Spätmoderne, 2014, S. 11ff., S. 123ff.; siehe ferner etwa *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit 2002, S. 155ff.; *Kertai*, Sicherheit, Risiko und Opferschutz, 2014, S. 177ff.

29 Dazu etwa *Haffke*, in: de Boor, W./Haffke, B./Lange-Joest, C. (Hrsg.), Was tun mit den Sexualstraftätern?, 2000, 31, S. 39ff.; *Sack/Schlepper*, KRIMJ 43 (2011), 247, S. 252f.

Der Tatbetroffene kommt hingegen bei der Verhängung der androhten Strafe und deren Legitimierung ins Spiel. In dieser Hinsicht mehren sich die Stimmen, denen zufolge dem Verletzten grundrechtlich gewährleistet sei, dass der Staat den Täter nicht nur überhaupt, sondern spürbar bestraft – und zwar so spürbar, dass die Sanktion nicht als Verharmlosung des deliktischen Geschehens erscheint. Blieben Unrechtsfeststellung und / oder adäquate Bestrafung aus, läge darin nämlich die Botschaft, dass das Unrecht fehle oder geringfügig bzw. vom Opfer zu verantworten sei. Die Kundgabe einer solchen Aussage, der eine persönlichkeitsrechtsverletzende Ereignisbewertung innewohne, müsse unterlassen werden, was wiederum nur durch Verhängung einer genugtuungsgerechten Sanktion möglich sei.³⁰ Folgt man dem, muss die Konstruktion wegen ihrer Grundrechtsfundierung dann folglich auch im Jugendstrafrecht gelten, was die dortigen rehabilitativen bzw. korrekionalistischen Strafbelange bei jungen Angeklagten zwangsläufig schwächt: Wenn die Opfergenugtuung bei der Festlegung der Strafe und der Festlegung jugendstrafrechtlicher Sanktionen mitzukoordinieren ist, führt das nämlich zu fallkonkreten Zielkonflikten, so dass die Reaktion dann mit Blick auf das Anerkennungsbedürfnis des Geschädigten höher ausfällt, als es der täterseitige Interventionsbedarf nahe legt.

2. Rechtsfolgen

a. Opferbelange und Vermögensabschöpfung

Opferinteressen fließen schließlich auch in die Ausgestaltung, Modifizierung oder Erweiterung des Rechtsfolgensystems ein. So wird politisch insbesondere die Einführung stark präventiv ausgerichteter Sanktionen – wie im JGG bspw. die (nachträgliche) Sicherungsverwahrung

30 Hierzu in Auseinandersetzung mit weiteren, sehr ähnlich gelagerten Ansätzen v.a. *Weigend* Rechtswissenschaft 2010, 39, S. 50ff.; *ders.*, FS Streng, 2017, 788, S. 790; ihm folgend *Hörnle*, FS Roxin, 2011, 3, S. 16; ähnlich *dies*, FS Neumann, 2017, 593, S. 601f. Der hier reklamierete Genugtuungsanspruch geht über die Reichweite des in der neueren BVerfG-Judikatur ausschnittsweise anerkannten Anspruchs auf effektive Strafverfolgung hinaus (dazu konziser Überblick bei *Diehm*, in: Scheffczyk/Wolter [Hrsg.]: Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts IV, 2016, S. 223ff., v.a. S. 240f.). Prinzipiell ablehnend zu dieser Konstruktion *Köbel*, StV 2014, S. 698ff.; vgl. auch *Jahn/Bung*, StV 2012, 754, S. 757f.; *Lüderssen*, Rechtsfreie Räume, 2012, 455, S. 470ff.; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 38f.

– auf den Schutz potenzieller Opfer gestützt.³¹ Die Ausrichtung an den Belangen tatsächlich Betroffener kommt wiederum bei der zuletzt neu geregelten Vermögensabschöpfung zum Tragen. Durch die Verknüpfung mit einem Entschädigungsverfahren verfolgt diese Rechtsfolgenform nämlich dezidiert das »viktimologische« Ziel, den Deliktsverletzten die Realisierung ihrer Ersatzforderungen abzunehmen und deren Durchsetzung von den Strafverfolgungsinstitutionen organisieren zu lassen.³² Primär zielt die Abschöpfung als vermögensordnende Maßnahme allerdings darauf, strafrechtswidrige Vermögenslagen zu beseitigen und jede wirtschaftliche Nützlichkeit von Delikten aufzuheben.³³ Daher sieht das Normprogramm die Einziehung sämtlicher Vorteile (einschließlich der Austauschgegenstände und Nutzungen) vor, die der Verurteilte infolge der Tat erlangt hatte (§ 73 StGB). Diese Grundregelung wird sogar noch personen-, tat- und gegenstandsbezogen erweitert:

- Im Rahmen von § 73b StGB erfolgt eine Einziehung auch bei einem Dritten, bei dem der Vorteil von vornherein oder postdeliktisch eingetreten und auch noch vorhanden ist (§ 73e Abs. 2 StGB).
- Eine Einziehung erfolgt ferner bei jenen Vorteilen, die zwar nicht aus der abgeurteilten (Anknüpfungs-)Tat stammen, aber deren deliktischer Erwerb (auch ohne Feststellung der Erwerbstat) feststeht (§ 73a StGB). Ggf. ist die Einziehung von Gütern, bei denen ein legaler Erwerb ausscheidet (vgl. § 437 StPO), schon anlässlich des Verdachts einer schweren Anknüpfungstat möglich (§ 76a Abs. 4 StGB).
- Zeigt sich (ggf. auch nachträglich, § 76 StGB), dass der nach §§ 73 – 73b StGB erlangte Vorteil nicht mehr originär eingezogen

31 Diese mit dem Schutz potenzieller Opfer begründend bspw. BT-Drs. 16/6562, S. 7; dazu näher *Höyck/Ernst*, KRITISCHE JUSTIZ 47 (2014), 249, S. 253f.

32 Bei der 2017 erfolgten Neuregelung der Vermögensabschöpfung war die Opferentschädigung das »Kernstück des Reformvorhabens«. Dieses bietet »den Tatgeschädigten einen einfachen und kostenlosen Weg, Schadenswiedergutmachung zu erlangen«, und »stärkt damit den Opferschutz« (BT-Dr. 18/9525, S. 2; vgl. auch a.a.O., 49, S. 54; zu Problemen der hierdurch ersetzten Rückgewinnungshilfe gem. §§ 111b ff. StPO aF vgl. etwa *Meyer ZStW* 127 [2015], S. 241ff).

33 Es geht also nicht um eine Bestrafung (BVerfGE 110, 1, 28f.). Der Betroffene soll in seiner Vermögenslage in den »vordeliktischen Zustand« zurückversetzt, nicht aber (im Sinne eines Strafübels) schlechter gestellt werden.

werden kann, ist schließlich dessen (nach § 73d Abs. 2 StGB ggf. zu schätzender) Wert einzuziehen (§ 73c StGB).³⁴

Da die Einziehung des Vorteils oder Wertersatzes nach § 73e Abs. 1 StGB lediglich dann ausscheidet, wenn ein Verletzter einen Rückgabe- oder Ersatzanspruch hatte und dieser bereits erloschen ist,³⁵ entwickelt das geschilderte Vorgehen materiell-rechtlich eine hohe Zwangsläufigkeit. Nur prozessual wird diese etwas gemildert: Die Strafverfolgungsinstitutionen können nämlich im Ermittlungsverfahren oder der Hauptverhandlung auf die Einziehung (vorübergehend) verzichten und sich auf die anderen Rechtsfolgen beschränken (§ 421 StPO) – namentlich wenn der tatbedingte Vorteil geringfügig ist oder andere verfahrensökonomische Gründe vorliegen (wie bspw. bei Unverhältnismäßigkeit des Aufwands etwa infolge der Vermögenslosigkeit des Beschuldigten³⁶). Ähnlich liegt es bei den Opportunitätseinstellungen von Staatsanwaltschaft oder Gericht (zur selbst dann möglichen Einziehung vgl. § 76a Abs. 3 StGB). Hier kann die Staatsanwaltschaft (insbesondere bei Bagatellfällen und unverhältnismäßigem Aufwand) im Rahmen ihres Ermessens davon absehen, ein an sich mögliches, selbstständiges Sicherungsverfahren zu initiieren (§ 435 Abs. 1 S. 2 StPO).³⁷ Dessen ungeachtet ist die Anordnung der Einziehung als gesetzlicher Regelfall konzipiert (und ein Verzicht hierauf ist bei der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht schon gar nicht erzwingbar).

Die Durchsetzung der Einziehungsanordnung erfolgt sodann gemäß § 459g StPO durch Wegnahme des eingezogenen Gutes oder durch Erwerb eines wertäquivalenten Zahlungsanspruchs (wobei der fragliche

34 Eigene Mittel, die womöglich zum Erhalt der Vorteile aufgewendet wurden, sind vom Wert in der Regel nicht abzuziehen, v.a. nicht die Investitionen zur Vorbereitung oder Durchführung der Tat (§ 73d Abs. 1 StGB).

35 Insbesondere wegen der bereits erfolgten Rückgabe/-zahlung durch den Täter oder (gem. § 111n StPO) durch die Staatsanwaltschaft. Bei späterem Erlöschen, unterbleibt gemäß § 459g Abs. 4 StPO die Vollstreckung.

36 BT-Dr. 18/9525, 81, S. 87. Anders aber *Reitemeier*, ZJJ 2017, 354, S. 361f.: Fall der Vermögenslosigkeit sei in § 459g Abs. 5 StPO abschließend geregelt und nur in der Vollstreckung berücksichtigungsfähig.

37 Bei regulären Einstellungsentscheidungen liegt dieser verfahrensökonomische Grund vielfach vor (vgl. *Reitemeier*, ZJJ 2017, 354, S. 363f.): Fälle, in denen eine selbstständige Einziehung als erforderlich erscheint, sind meist wohl gar nicht einstellungsfähig.

Vorteil bzw. die Ersatzforderung nach §§ 111b, 111e f. StPO bereits im Vorverfahren durch Beschlagnahme bzw. Vermögensarrest vorläufig zu sichern ist). War einem Verletzten ein Rückgabe- oder Wertersatzanspruch aus der Tat erwachsen, muss die Vollstreckungsbehörde die (zunächst für den Staat) eingezogenen Gegenstände und Beträge aber auf Antrag an diesen Verletzten herausgeben bzw. auskehren (§§ 459h, 459j, 459k StPO). Zur Vollstreckung kann sie die normalen Zwangswege beschreiten. In Fällen, in denen der Vorteil durch Verbrauch usw. weggefallen ist oder in denen eine Vollstreckung unverhältnismäßig wäre (etwa wegen fehlender finanzieller Leistungsfähigkeit), muss indes die richterliche Anordnung ergehen, von der Durchsetzung der Wertersatz-einziehung (ggf. vorübergehend) abzusehen (§ 459g Abs. 5 StPO). Sind aus der Wertersatzforderung jedoch (mindestens zwei antragstellende) Verletzte zu entschädigen, ist deren Interesse zu berücksichtigen und gemäß § 459h Abs. 2 S. 2 StPO stattdessen (regelmäßig) ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen (§ 111i Abs. 2 StPO).³⁸

b. Stand und Problematik im Jugendstrafverfahren

Die jugendstrafrechtliche Relevanz der Einziehung ist durchaus erheblich. Zunächst einmal hegt die h.M. an deren genereller Anwendbarkeit keine Zweifel. § 8 Abs. 3 JGG lässt die nach dem JGG zulässigen Nebenfolgen zu, zu denen auch der Verfall und die Einziehung in der früheren Fassung gezählt worden sind. Dafür spräche die Erwähnung in § 76 JGG und der Nicht-Ausschluss in § 6 JGG.³⁹ Zwar ist diese Position auf die erheblich umgestaltete Einziehung neuer Art nicht ohne weiteres übertragbar (zumal sich auch den Gesetzgebungsmaterialien dazu nur ein sehr dürftiger Hinweis entnehmen lässt⁴⁰)

38 Zu dieser – sich als h.M. abzeichnenden – Interpretation der Gesetzeslage vgl. *Reitemeier*, ZJJ 2017, 354, S. 357, S. 364

39 Die JGG-Anwendbarkeit von §§ 73 ff. StGB a.F. bejahend BGHSt 55, 174 mit zustimmender Anmerkung *Altenhain*, NSTZ 2011, S. 270; ebenso MüKo-StGB/*Laue*, 3. Aufl. 2018, JGG § 6 Rn. 8; *Diemer/Schatz/Sonnen*, § 8 Rn. 11 f.; ferner ohne jede Problematisierung BGH NJW 2001, 1805; 2009, 2755; BeckRS 2017, 133981; Brunner/*Dölling*, JGG, 13. Aufl. 2018, § 6 Rn. 5; BeckOK JGG/*Putzke*, § 15 Rn. 74.

40 Zu den Gründen, aus denen der Verfall und die Einziehung ursprünglich in § 76 JGG a.F. aufgenommen wurden, schweigen sich die seinerzeitigen Gesetzesmaterialien aus (*Eisenberg*, JGG Rn. 7 m.w.N.). Die nunmehrige redaktionelle Anpassung in § 76 JGG n.F. (d.h. die Streichung des Wortes »Verfall« – dazu BT-Dr. 18/9525, S. 104) zeigt aber immerhin an, dass die Frage der JGG-Anwendbarkeit bei der Schaffung des neuen Abschöpfungsrechts durchaus gesehen wurde. Es gibt freilich keine Hinweise darauf, dass auch die jugendstrafrechtliche Verträglichkeit der Einziehung inhaltlich problematisiert oder auch nur vage bedacht worden wäre.

– doch realistischerweise muss davon ausgegangen werden, dass die Rechtspraxis an dem bisherigen Ansatz festhalten wird.⁴¹ Da in weiten Bereichen der jugendtypischen Delinquenz (ausgenommen v.a. Körperverletzung, § 123 StGB und § 303 StGB) täterseitig immer irgendetwas erlangt wird, steht im Jugendstrafverfahren eine Einziehung also regelhaft zur Debatte – und das selbst dort, wo der Vorteil in jugendtypischer Weise verbraucht, verloren oder weitergegeben wurde. Auch wenn das Normprogramm in seiner Rigorosität (§§ 73, 73c StGB als gebundene Normen; Streichung Härteklausele in § 73c StGB a.F.) und Konsequenz (Einziehung auch bei Individualschädigung und bei anderen früheren »Abschöpfungslücken«) durch die eben erwähnten Ermessensspielräume etwas gepuffert wird, hängt hier vieles von den sich künftig einspielenden Praktiken der Strafverfolgungsinstitutionen ab. Insgesamt dürfte die Einziehungshäufigkeit insbesondere bei den Verurteilungen aber deutlich steigen.⁴²

Für die Lebensführung junger Verurteilter kann und wird dies nicht selten (etwa beim typischen Zusammentreffen von Vermögenslosigkeit und Entreichung oder hohen Wertersatzforderungen) zu ganz erheblichen Belastungen führen – nämlich zu ökonomischen Zwangslagen, deren spezialpräventiv-untunliches Potenzial kriminologisch als hoch relevant gelten darf.⁴³ Maßgeblich dafür, dass das Normprogramm solche Begleitwirkungen erzeugt, ist freilich die Absicht, deliktsbedingte Besserstellungen – weggefallene ebenso wie fortbestehende – lückenlos abzuziehen. Opferinteressen sind hierfür zunächst einmal nicht bestimmend (weshalb die Abschöpfung unabhängig vom Vorhandensein eines Individualverletzten und eines Restitutionsinteresses erfolgt). Die Opferorientierung kommt jedoch darin deutlich zur Geltung, dass aus dem abgeschöpften Gut eine

41 Die JGG-Anwendbarkeit des neuen Einziehungsrechts in der Tat ausdrücklich bejahend LG Trier BeckRS 2017, 129590; beiläufig auch BGH BeckRS 2018, 6353; ohne jede Problematisierung ebenso Savini, Handbuch zur Vermögensabschöpfung nach altem und neuem Recht, 2017, 62, S. 258; Reitemeier, ZJJ 2017, 354, S. 354.

42 Verfall und Einziehung alter Art kamen bislang in der jugendstrafrechtlichen Praxis nur selten vor (vgl. Statistisches Bundesamt, Strafverfolgungsstatistik, 2017, S. 369; im Jahr 2016 bei 379 Jugendlichen bundesweit).

43 Eisenberg/Kölbl, Kriminologie, 7. Aufl. 2017, § 8 Rn. 4 ff., § 50 Rn. 27 ff., § 54 Rn. 12 ff.

Entschädigung der Verletzten erfolgt.⁴⁴ Und diese Komponente wirkt sich im (JGG-)Vollstreckungsverfahren dann schließlich klar »täterbelastend« aus: Die Vorgabe, dass die Härte der Einziehung bei enteigneten und vermögenslosen Verurteilten halbwegs abzufangen ist (Absehen von der Vollstreckung), gilt nämlich nicht, wenn das Einziehende der Entschädigung von Tatverletzten dienen soll. Hier wird die Einziehung (wie erwähnt) selbst gegen mittellose Verurteilte bis zum Insolvenzverfahren durchgesetzt – und dies auch dann, wenn solche Zwangsschritte durch die fraglichen Verletzten gar nicht erfolgen würden.

IV. JUGENDSTRAFRECHTSADÄQUATE INTEGRATION

1. Zur Bedeutung von § 2 Abs. 2 JGG

Nach allem zählt die Opferorientierung also auch in der Entwicklung des Jugendstrafrechts zu den richtungsweisenden Mustern der letzten Jahrzehnte. Dies hat auf Regelungsebene zu Veränderungen geführt, die zunehmend als strukturprägend gelten müssen. Dass darüber nicht annähernd so viel diskutiert worden ist wie über die gleiche (kaum markantere) Verschiebung im allgemeinen Straf- und Strafverfahrensrecht, erklärt sich vermutlich mit der jugendgerichtlichen Praxis, von deren Informalität die Rechtsänderung abgefedert wird (vgl. bereits oben II.2.). Unabhängig davon trägt die Opferzuwendung in das JGG aber letztlich sogar eine besonders starke Spannung hinein, weil das Jugendstrafrecht einer täterorientierten, ausgeprägt spezialpräventiven Orientierung verpflichtet ist, die – gemessen am insofern weniger dezidiert ausgerichteten, allgemeinen Straf- und Strafprozessrecht – eher zu Konflikten mit Opferbelangen führt. Allerdings hat das JGG mit seinen spezifischen Grundsatzvorschriften auch einen rechtsmethodischen Hebel parat, mit dem die besagte Spannung norminterpretatorisch (halbwegs) austariert werden kann. Gemeint ist die Festlegung in § 2 Abs. 2 JGG.

⁴⁴ Am Rande: § 81 JGG wird hierdurch weitgehend obsolet, weil der Staat von Amts wegen für die Rechtsdurchsetzung und Befriedigung sorgt. Der Ausschluss des Adhäsionsverfahrens im JGG wirkt sich deshalb nur noch bei Verletztenansprüchen aus, die nicht auf die »Kehrseite des Erlangten« gerichtet sind (bspw. bei Schadensersatzforderungen wegen einbruchsbedingten Beschädigungen).

Wenn nach § 2 Abs. 2 JGG die Vorschriften des allgemeinen Straf- und Strafverfahrensrechts nur gelten, soweit im JGG »nichts anderes bestimmt ist«, geht dies *über die Anordnung* einer technischen Gesetzessubsidarität deutlich hinaus. Vielmehr besagt diese Vorrangregelung, dass auch solche allgemeinen Bestimmungen, für die das JGG keine verdrängende Spezialregelung enthält, jugendstrafrechtlich nur mit jenen »Inhalten« und Rechtsfolgen gelten, zu denen es im Jugendgerichtsgesetz keine abweichende Festlegung gibt.⁴⁵ Bei der Auslegung der allgemeinen Straf- und Strafprozessnormen, die im JGG-Bereich (mangels einer dortigen Sondernorm) prinzipiell anwendbar sind, ist also immer auch § 2 Abs. 2 JGG zu berücksichtigen – mit der Folge, dass die jeweilige Normalinterpretation nur in dem Maße auch im Jugendstrafrecht zum Tragen kommt, in dem das JGG »nichts anderes bestimmt«. Zu den insofern auslegungsrelevanten jugendstrafrechtlichen Bestimmungen zählen auch die in § 2 Abs. 1 JGG geregelten Grundsätze. Der Funktionszusammenhang in § 2 JGG führt also dazu, dass die spezialpräventive Grundausrichtung (Abs. 1 Satz 2) nicht nur für die Auslegung der JGG-Regelungen leitend, sondern ebenso bei der Deutung und Handhabung der jugendstrafrechtlich anwendbaren StGB-/StPO-Vorschriften bestimmend ist (Abs. 2). Soweit es um eine Nutzung im Jugendstrafverfahren geht, sind diese Normen – ggf. abweichend von ihrer üblichen Konkretisierung – folglich in einer möglichst erziehungsförderlichen (i.S.v.: der Spezialprävention dienlichen) Weise zu interpretieren.⁴⁶

45 Die bisweilen vertretene Gegenansicht (etwa *Altenhain*, NSrZ 2011, 272, S. 272f.) kann die Existenz von § 2 Abs. 2 JGG nicht erklären. Dass die JGG-Normen gegenüber den StGB-/StPO-Vorschriften im Jugendbereich vorrangig sind, ergibt sich nämlich schon aus dem spezialgesetzlichen Charakter des JGG und bedürfte keiner Festlegung. Auch nimmt die Gegenansicht eine offensichtliche Widersprüchlichkeit in Kauf, wenn – trotz § 2 Abs. 1 JGG – auch erziehungsfeindliche Allgemeinbestimmungen allein deshalb im JGG-Bereich gelten sollen, weil es dort an einer eigenen Sondernorm fehlt.

46 Das Gebot der »jugendspezifischen Auslegung« entspricht der h.M. im Jugendstrafrecht. Vgl. etwa *Eisenberg*, 2017, § 2 Rn. 20, 27; *Brunner/Dölling*, JGG, § 2 Rn. 6, 11; *Diemer/Schatz/Sonnen*, 2015, § 2 Rn. 15; ähnlich *Ostendorf*, in: ders., JGG, 10. Aufl. 2016, § 2 Rn. 11.

2. Exemplarische Konsequenzen der »jugendspezifischen Auslegung«

Die Maxime der »jugendspezifischen Auslegung des generell anwendbaren allgemeinen Rechts« macht sich insbesondere in Verfahrensfragen bemerkbar. Hat eine prozessuale Opferrechtsstellung spezialpräventiv abträgliche Auswirkungen, muss gem. § 2 JGG in dieser Kollision die Position des Verletzten und nicht die des Angeklagten zurückstehen. Bei konsequenter Berücksichtigung führt dies zu einer restriktiven Auslegung der prozessualen Verletztenrechte.⁴⁷ Hiernach erfahren etwa die Befugnisse eines Nebenklägers (§§ 397 f., 400 f. StPO) gewisse Einschränkungen (richterliches Einschreiten bei erzieherisch kontraproduktivem Prozessgebaren der Nebenklageakteure; Einschränkungen der Akteneinsicht zum Schutz des Angeklagten).⁴⁸ Berücksichtigt man zudem, dass der Nebenklage generell die oben bereits erwähnte Gefahr erziehungshinderlicher Verläufe innewohnt (unter anderem: asymmetrische und konfrontative Verfahrenskommunikation; Vorwegnahme der Rollenzuschreibung; längere Dauer, höhere Sanktionen und Kosten usw.), bedürfen jedoch schon die Zulassungsvoraussetzungen (§ 80 Abs. 3 JGG) einer jugendgemäß-spezialpräventiven, d.h. engen Interpretation. Erforderlich ist deshalb v.a. eine restriktive Auslegung des Schädigungsmerkmals in § 80 Abs. 3 S. 1 JGG.⁴⁹ Ähnlich liegt es mit Blick auf den Grad des Verdachts, bei dem die Anschlussbefugnis entsteht. So soll im allgemeinen Strafprozessrecht nach h.M. eine Nebenklageberechtigung bereits dann entstehen, wenn die Möglichkeit einer Verurteilung wegen eines nebenklagefähigen Deliktes nicht völlig ausgeschlossen ist. Diese Handhabung wird aber der Einwirkungsaufgabe der jugendstrafprozessualen Prozedur schwerlich gerecht. Die potenziell erziehungs-abträgliche Nebenklage kann vor einem Jugendgericht deshalb nur zugelassen werden, wenn deren Voraussetzungen mit einer gewissen Sicherheit vorliegen: der Verdacht gegen den Angeklagten, eine Straftat im Sinne von § 80 Abs. 3 S. 1 JGG begangen zu haben,

47 Durch die in den Fn. 58ff. jeweils dargestellte a.A. wird eben diese »jugendspezifische Auslegung« der allgemein-strafprozessualen Opferrechtspositionen stringent umgesetzt (dem prinzipiell zustimmend SK-StPO/Velten, Vor §§ 406d – 406h Rn. 7).

48 Eisenberg, JGG, 19. Aufl. 2017, § 80 Rn. 20 f.

49 Dazu näher OLG Oldenburg ZJJ 2011, 92 ; LG Köln ZJJ 2014, 175 ; LG Saarbrücken NStZ 2015, 231; Eisenberg, JGG, § 80 Rn. 17 f.

muss daher zumindest institutionell bejaht und deklariert worden sein – sei es in der Anklage, dem Eröffnungsbeschluss oder einem Hinweis nach § 265 StPO.⁵⁰

Ähnlich limitierend wirkt sich die jugendgemäße Auslegung auch bei der Vermögensabschöpfung aus, und zwar trotz der insofern ablehnenden herrschenden Meinung. Diese verweist darauf, dass § 6 JGG die Anwendbarkeit der §§ 73 ff. StGB nicht ausdrücklich ausschließt und dass die Abschöpfung auch nicht systemwidrig sei (weil nämlich das JGG in § 15 durchaus finanzielle Sanktionen kenne und eine Einziehung mangels Umwandelbarkeit in die Ersatzfreiheitsstrafe auch nicht auf eine verkappte Geldstrafe hinauslaufe).⁵¹ Begründet wird mit dieser Argumentation aber nur, warum Abschöpfungsmaßnahmen im Jugendstrafverfahren grundsätzlich möglich sind – es wird hierdurch aber keineswegs aufgezeigt, dass und warum eine jugendorientierte Differenzierung und Detailauslegung unangebracht oder gar ausgeschlossen sein soll. Zweifelhaft ist auch die Auffassung, die Wertersatzeinziehung sei erzieherisch sogar funktional.⁵² Soweit man damit v.a. die opfer-restituierende Vorteilsabschöpfung im Blick hat, bietet das JGG mit den Täter-Opfer-Ausgleichs- und Wiedergutmachungssanktionen nämlich diverse Wege, die bei den Betroffenen einen deutlich besseren Eindruck hinterlassen dürften, als es bei einer staatsseitig veranlassten Zwangsvollstreckung und Zwangsinsolvenz vorstellbar ist. Dabei spricht die geringe verfahrenspraktische Relevanz dieser vorhandenen Institute⁵³ übrigens auch dafür, dass im Spektrum der Interventionen nicht die innerstrafprozessuale Restitution im Vordergrund steht, sondern (jedenfalls aus Sicht der Praxis) ganz andere Maßnahmen pädagogisch vorzugswürdig sind.

Auf kriminologischer Basis muss eine Abschöpfungsmaßnahme (die gem. § 8 Abs. 3 JGG ja auch noch mit »normalen« jugendstrafrechtlichen Sanktionen zu kombinieren ist) spezialpräventiv als

50 Hierzu näher Kölbl, ZJJ 2017, 279, S. 281.

51 So die in Fn. 39 zitierte h.M. zum alten Recht. Für eine Übertragung der Argumente auf die §§ 73 ff. StGB n.F. vgl. LG Trier BeckRS 2017, 129590.

52 Diese Behauptung wird in der h.M. in der Regel unausgesprochen spürbar. Eher explizit aber Altenhain, NSrZ 2011, 272, S. 273 f.

53 Dazu Eisenberg/Kölbl (Fn. 43), § 27 Rn. 67, § 30 Rn. 14, § 39 Rn. 21, 23.

kontraproduktiv gelten, wenn sie sozialisatorisch ungünstige ökonomische Belastungen erzeugt.⁵⁴ Sofern der Vorteil (oder das Surrogat oder der Verkaufserlös) noch vorhanden ist, ist dies bei dessen Einziehung allerdings nicht der Fall, weil die Herausgabe hier nicht belastend wirkt. Eine Anordnung nach § 73 StGB ist im Jugendstrafverfahren deshalb prinzipiell möglich. Allerdings stellt in jenen (typischen) Fällen, in denen der deliktisch erlangte Vorteil gerade aus Geld besteht und dieses auch noch vorhanden ist, die Geldauflage nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 2 Nr. 2 JGG das speziellere Gesetz dar, so dass die Einziehung hier durch § 2 Abs. 2 JGG verdrängt bzw. ausgeschlossen ist.⁵⁵ Raum für die Vorteilseinziehung besteht danach nur bei nicht-monetären Vorteilen.

Anders liegen die Dinge, wenn der Vorteil oder der Verkaufserlös vom Jugendlichen bereits verbraucht wurde. Hier greift die (Wertersatz-)Einziehung in das »allgemeine Vermögen« des Jugendlichen ein, was spezialpräventiv oft in einer evidenten Weise ungünstig ist. Dennoch werden diese ungünstigen Belastungen durch das allgemeine Abschöpfungsrecht (oben III.2.a.) nur teilweise, d.h. nur bei Leistungsunfähigkeit und (!) Nichtexistenz entschädigungsberechtigter Verletzter blockiert. Die hier deshalb angezeigte jugendspezifische Auslegung ist in zwei Spielarten denkbar: In der ersten Version schränkt sie die Anordnung der Wertersatzeinziehung im JGG auf jene Konstellationen ein, in denen diese Maßnahme angesichts der individuellen Vermögensverhältnisse des Angeklagten konkret erziehungsunschädlich ist. In der zweiten, vorzugswürdigen Variante geht die JGG-bezogene Interpretation von § 73c StGB darüber noch hinaus. Sie orientiert sich an einer innergesetzlichen Typisierung, die für die Grenzen der Erziehungsverträglichkeit ein klares, eindeutiges und verbindliches Modell formuliert: Nach § 15 Abs. 2 Nr. 2 JGG gilt die Entziehung nicht mehr vorhandener Tatgewinne (und daraus erzielter Erlöse) spezialpräventiv bei Jugendlichen immer (unabhängig von konkreten Vermögenslagen) als untunlich, weshalb auch eine Einziehung bei nicht mehr vorhandenem Wertersatz stets (unabhängig von konkreten Vermögenslagen) ausscheiden muss. Alles andere würde bedeuten, dass der Jugendrichter

⁵⁴ Vgl. Fn. 44.

⁵⁵ Ebenso BeckOK JGG/Putzke, § 15 Rn. 74 ff.; Savini (Fn. 41), 62, 258.

bei Wegfall der Tatvorteile zwar keine Geldauflage anordnen darf, sehr wohl aber die wirtschaftlich äquivalent wirkende Einziehung. Dies zeigt die offenkundige Widersprüchlichkeit der herrschenden Meinung.⁵⁶

ANHANG:

ALLGEMEINE »OPFERREGELUNG«	ABWEICHUNGEN IM JUGENDSTRAFVERFAHREN?
<i>Einfluss auf Verfahrensdurchführung</i>	
- Anzeige (§ 158 StPO); Strafantrag (§ 77 StGB); Klageerzwingungsverfahren (§ 172 StPO); Privatklage (§ 374 StPO).	- Keine. Ausnahme: Privatklage nur bei Heranwachsenden (§ 80 Abs. 1 JGG) ⁵⁷
<i>Prozessuale Instrumente zum Schadensausgleich</i>	
- Entschädigungsverfahren (§§ 111i ff., 459h ff. StPO)	- Keine (näher 3.b.bb. und 4.b.)
- TOA- und Wiedergutmachungs-Anordnung (§ 153a Abs. 1 Nr. 1 und 5 StPO)	- Keine. Einschlägig aber § 45 Abs. 2 S. 2 und § 47 Abs. 1 Nr. 2 JGG
- Adhäsionsverfahren (§ 403 StPO)	- anwendbar nur bei Heranwachsenden (§ 81 JGG)

⁵⁶ Alles andere würde bedeuten, dass der Jugendrichter bei Wegfall der Tatvorteile nach § 15 Abs. 2 Nr. 2 JGG zwar keine Geldauflage anordnen darf, sehr wohl aber die wirtschaftlich äquivalent wirkende Einziehung. Dies zeigt die ganz offenkundige Widersprüchlichkeit der herrschenden Meinung. Diese wie hier (mit ähnlicher Begründung) ablehnend AG Rudolstadt, ZJJ 2018, 63; Ostendorf, in ders., JGG, § 6 Rn. 2f.; Laubenthal/Baier/Nestler (Fn. 22), Rn. 430; zumindest beim Parallelproblem von § 74 c StGB auch Rössner, in Meier/Rössner/Trüg/Wulf, JGG, § 6 Rn. 3; näher zum Ganzen Eisenberg, JGG, § 6 Rn. 7; ders., StV 2010, 580, S. 580 mit einer indes noch restriktiveren Position: Einziehbarkeit auch des noch vorhandenen Wertersatzes nur bei individuell festzustellender erzieherischer Eignung, die sich auch und v.a. darin zeige, dass der Betroffene einverstanden ist und den Ersatz herausgeben will.

⁵⁷ Laubenthal/Baier/Nestler (Fn. 22), Rn. 375ff.

<i>Informationsrechte</i>	
- Anwesenheitsrecht von Nebenklageberechtigten (§ 406h Abs. 1 S. 2 StPO)	- Anwesenheitsrecht besteht sogar für alle Verletzten gem. § 48 Abs. 2 S. 1 JGG
- Verfahrensbezogene Auskünfte und Benachrichtigungen (§§ 158 Abs. 1 S. 3, 171, 214 Abs. 1 S. 2, 406d StPO)	- Keine. Ausnahme restriktive Anwendung von § 406d Abs. 2 StPO ⁵⁸
- Unterrichtung über Rechtspositionen (§§ 406i – 406k StPO)	- Keine
- Akteneinsicht (§ 406e StPO)	- Keine. Verzicht auf Darlegung berechtigter Interessen nur bei i.S.v. § 80 Abs. 3 JGG Nebenklageberechtigten. ⁵⁹
<i>Beistandsansprüche</i>	
- Zeugenbeistand (§ 68b StPO)	- Keine ⁶⁰
- Prozessbegleitung (§ 406g StPO)	- Keine ⁶¹
- Verletztenbeistand durch Person des Vertrauens oder Rechtsanwalt (§ 406f StPO)	- Keine ⁶²

58 Eisenberg, JGG, § 2 Rn. 36c; Diemer/Schatz/Sonnen, § 80 JGG Rn. 30; Laubenthal/Baier/Nestler (Fn. 22), Rn. 383; Hüls, ZJJ 2005, 22, S. 27; Höynck, ZJJ 2005, 34, S. 36; Abwägung mit resozialisatorischen Aspekten; abl. dagegen Brunner/Dölling, JGG, § 70 Rn. 9; differenzierend Zapf (Fn. 12), S. 64ff.; Schöch, ZJJ 2012, 246, S. 251f..

59 Von a.A. wird trotz § 406e Abs. 1 S. 2 StPO auch hier Abwägung mit berechtigten Interessen gefordert. Vgl. Eisenberg, JGG, § 80 Rn. 14; wohl auch Diemer/Schatz/Sonnen, § 80 JGG Rn. 30; Hüls, ZJJ 2005, 22, S. 26f.; zur abw. h.M. etwa Brunner/Dölling, JGG, Vor § 97 Rn. 33; Sommerfeld, in Ostendorf, JGG, § 80 Rn. 1; Rössner, in Meier/Rössner/Trüg/Wulf, JGG, § 80 Rn. 18; Laubenthal/Baier/Nestler (Fn. 22), Rn. 383; Höynck, ZJJ 2005, 34, S. 36; Zapf (Fn. 12), S. 79ff.; Schöch, ZJJ 2012, 246, S. 251: keine Abwägung bei Nebenklageberechtigung.

60 Von a.A. wird eine an § 2 JGG orientierte Anwendung gefordert. So bzgl. der der Ausschluss- und Beiordnungsoptionen Eisenberg, JGG, § 2 Rn. 35; anders wohl Brunner/Dölling, JGG, § 48 Rn. 20.

61 Von a.A. wird Anwendbarkeit bestritten. Vgl. Eisenberg, JGG, § 2 Rn. 36b, §§ 33 – 33b Rn. 51c ff.; ders., ZJJ 2016, S. 33ff.; BeckOK JGG/Putzke, § 2 Rn. 34; zur h.M. etwa BT-Drs. 18/4621, S. 31; Brunner/Dölling, JGG, § 48 Rn. 19; Sommerfeld, in Ostendorf, JGG, § 80 Rn. 1; Ferber, NJW 2016, 279, S. 281.

62 Von a.A. wird Anwendbarkeit an Bedingungen geknüpft. Vgl. Eisenberg, JGG, § 48 Rn. 16c, 18; Laubenthal/Baier/Nestler (Fn. 22), Rn. 383: nur bei bestelltem Verteidiger bzw. Anwesenheit von Angehörigen des Angeklagten. Ohne diese Einschränkung aber die h.M., vgl. etwa Brunner/Dölling, JGG, § 48 Rn. 16; Diemer/Schatz/Sonnen, § 80 JGG Rn. 30; Sommerfeld, in Ostendorf, JGG, § 80 Rn. 1; Rössner, in Meier/Rössner/Trüg/Wulf, JGG, § 80 Rn. 18; Höynck, ZJJ 2005, 34, S. 36; Zapf (Fn. 12), S. 90; Schöch, ZJJ 2012, 246, S. 252f..

- qualifizierter anwaltlicher und mit Rechten versehener Beistand von Nebenklageberechtigten (§ 406h StPO)	- Anwendbar bei i.S.v. § 80 Abs. 3 JGG Nebenklageberechtigten. Ansonsten keine ⁶³
<i>Aktivrechte</i>	
- Victim-Impact-Statement (§ 69 Abs. 2 S. 2 StPO)	- Keine
- Nebenklage (§ 395 StPO) mit Anspruch auf anwaltliche Begleitung (§§ 397 Abs. 2, 397a, 406h StPO), beschränkter Rechtsmittelbefugnis (§ 400 StPO) sowie Recht auf Anwesenheit, Beweisanträge, Erklärungen usw. (§ 397 StPO).	- Nebenklage gegen Jugendliche nur unter den Voraussetzungen von § 80 Abs. 3 JGG zulässig (zur engen Auslegung 4.b.). Ansonsten keine ⁶⁴
<i>Anspruch auf Schutz und prozessuale Abschirmung</i>	
- Schutzbedürftigkeitsprüfung (§ 48 Abs. 3 StPO)	- Keine
- Entfernung des Angeklagten bei der Zeugenvernehmung (§ 247 S. 2 StPO)	- Keine
- Beschränkungen des Fragerechts Dritter (§§ 68a, 241a Abs. 1 StPO)	- Keine
- Ausschluss der Verhandlungsöffentlichkeit (§§ 171b, 172 Nr. 4 GVG)	- Keine: Die ohnehin eingeschränkte Öffentlichkeit (§ 48 JGG) ist durch §§ 171b, 172 Nr. 4 GVG zusätzlich beschränkbar.
- Videofernvernehmung (§§ 168e, 247a StPO)	- Keine

63 Von a.A. wird Anwendbarkeit insgesamt bestritten. Vgl. *Eisenberg*, JGG, § 2 Rn. 36, § 80 Rn. 14 f.; zur h.M. etwa *Diemer/Schatz/Sonnen*, § 80 JGG Rn. 30; *Laubenthal/Baier/Nestler* (Fn. 22), Rn. 383; *Zapf* (Fn. 12), 102 ff.; *Schöch*, ZJJ 2012, 246, S. 253.

64 Von a.A. wird eine Einschränkung der Nebenklägerbefugnisse gefordert. Vgl. *Eisenberg*, JGG, § 80 Rn. 20: Einräumung und Nutzbarkeit nur, soweit erzieherisch unschädlich. Von der h.M. wird dergleichen nicht erwogen (vgl. etwa *Sommerfeld*, in *Ostendorf*, JGG, § 80 Rn. 1).

- Vermeidung von Mehrfachvernehmungen durch Anfertigung und Verwertung von Vernehmungsaufzeichnungen (§§ 58a, 255a StPO) und durch Ausschaltung der Berufungsinstanz (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG)	- Keine. Anstelle von § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG gilt aber § 41 Abs. 1 Nr. 4 JGG. ⁶⁵
- schonende Urteilsverkündung (§ 268 Abs. 2 StPO)	- Keine
- Schutz des Schamgefühls bei körperlichen Untersuchungen (§ 81d StPO)	- Keine

65 Beide Vorschriften sind indes verfassungsrechtlich bedenklich (vgl. *Eisenberg*, JGG, § 40 Rn. 4, § 41 Rn. 7a). Sie im Übrigen auch KG NStZ-RR 2018, 91, 92: Die Vermeidung mehrfacher Vernehmungen könne für die an sich kontraindizierte Verbindung von Strafsachen gegen jugendliche/heranwachsende und erwachsene Angeklagte i.S.v. § 103 Abs. 1 JGG sprechen.

DER ERZIEHUNGSGEDANKE UNTER DRUCK

DISKUSSIONEN ÜBER DEN ERZIEHUNGSGEDANKEN UND SEINE ANWENDUNG AUF ERWACHSENE, ÜBER DIE JUGENDSTRAFE WEGEN SCHWERE DER SCHULD DEN MECHANISMUS DES § 105 ABS. 1 JGG UND DIE ÜBER ZEHNJÄHRIGE JUGENDSTRAFE IN § 105 ABS. 3 S. 2 JGG

I. EINFÜHRUNG

Dieses Referat fokussiert auf grundlegende Aspekte im Spannungsverhältnis von Erziehung und Strafe. Zentraler Punkt ist das gegenläufige Wirken der Kräfte von ›Erziehung‹ und ›Strafe‹. Strafe meint dabei Schuldstrafe, und Schuld wiederum meint Vergeltungsschuld. Es geht also auf der einen Seite um die Schuldstrafe als Ausdruck eines angemessenen Maßes an vergeltender, sühnender Strafe, insgesamt um Strafe als Ausdruck der Idee von Vergeltung und, damit eng verbunden, auch der Idee der positiven Generalprävention (letztere ist im Jugendstrafrecht übrigens zulässig – anders als die dort absolut untersagte negative Generalprävention).¹ Auf der anderen Seite geht es um ein Verständnis von Erziehung, das etwas weiter gefasst ist als das, was man momentan in der Rechtsprechung als Erziehungsidee findet. ›Erziehung‹ bündelt alle Ideen, die darauf abzielen, dem Gedanken von Schuld und Vergeltung (also dem ›Gegenpol‹ im Spannungsfeld zwischen Schuld und Erziehung) Kräfte entgegenzusetzen, die von der Schuldstrafe weg zu individualisierenden, mildernden, erzieherischen oder zumindest individualfördernden ausgerichteteten Sanktionsformen hinführen.

¹ Wie genau positive Generalprävention im JGG zu behandeln ist, ist umstritten. Z.T. wird das Ziel als unzulässig betrachtet, zugleich aber auch zugegeben, dass einzelne positiv-generalpräventive Aspekte nicht von der Idee der Vergeltung zu trennen sind; MüKo/Radtke, JGG, 3. Auflage, 2017, § 18 Rn. 20, 21; die inzwischen überwiegende Meinung in der Lehrbuchliteratur ist aber wohl, dass positive Generalprävention aufgrund ihrer untrennbaren Verbindung mit dem Vergeltungsgedanken auch im JGG zulässiges Strafziel ist; Schaffstein/Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, 15. Auflage, 2015, Rn. 134; Kaspar FS Schöch, 2010, 209, S. 223.

Die Idee des Spannungsfelds beinhaltet natürlich, dass beide Antagonisten ›Erziehung‹ und ›Schuld‹ in der Idee gleich starke Kräfte entfalten, aber dass an bestimmten Orten im Spannungsfeld die eine oder die andere Seite mit ihren Kräften dominiert. Aber in letzter Zeit wurde insbesondere die Schuldidee von Gesetzgeber und Rechtsprechung zunehmend so mit Bedeutung aufgeladen, dass sie ihren Widersacher bzw. ihren konzeptionellen Gegenpol, den Erziehungsgedanken, dauerhaft schwächen kann.

Das ist einerseits generell der Komplex der Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld nach § 17 Abs. 2 JGG und insbesondere alles, was mit der seit 2013 geltenden Regelung des § 105 Abs. 3 S. 2 JGG zu tun hat, der über zehnjährigen Jugendstrafe, die gegen einen Heranwachsenden verhängt werden kann, der einen Mord bei besonderer Schwere der Schuld begangen hat. Die Rechtsprechung überlegt zudem seit einiger Zeit, bei Personen, die zum Aburteilungszeitpunkt nicht mehr erziehungsfähig oder aufgrund einer Aburteilung im Erwachsenenalter auch gar nicht mehr erziehungsbedürftig sind, gar nicht mehr nach erzieherischen Gesichtspunkten zu sanktionieren; und zuletzt geht es um Missverständnisse, die sich hartnäckig mit Blick auf die Anwendung von Jugendstrafrecht auf Heranwachsende nach § 105 Abs. 1 JGG halten.

Um es gleich vorwegzunehmen, bei der Rechtsprechung zu § 17 JGG und zu den Erziehungszuschlägen, die gleich im Anschluss an den theoretischen Vorspann besprochen wird, halte ich die Einzelergebnisse für sehr gut vertretbar. Nur war es aus meiner Sicht für diese Ergebnisse nicht notwendig, mit dem Erziehungsgedanken zu brechen, nicht einmal nur bereichsweise und schon gar nicht deswegen, weil die Täter im Aburteilungszeitpunkt bereits erwachsen waren. Die Rechtsprechung fällt hier aus meiner Sicht unnötig ihrem eigenen sehr reduzierten Verständnis von Erziehung zum Opfer. Was dann konkret die über zehnjährige Jugendstrafe gegen Heranwachsende bei Mord bei besonderer Schwere der Schuld angeht, so halte ich diese Regelung für verfassungswidrig. Sie ist mit dem Erziehungsgedanken nicht vereinbar.² Sie ist in sich widersprüchlich, weil ein jugendstrafrechtlicher Begriff der »besonderen Schwere der Schuld«

² *Beulke*, Streng-FS, 2017, S. 403, S. 413; vgl. ferner *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 105 Rn. 39c; tendenziell auch *Ostendorf* in: *Ostendorf*, JGG, 10. Auflage, 2016, § 105 Rn. 32a.

überhaupt nicht definierbar ist und die gesetzgeberische Verweisung auf § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB fehlgeht,³ außerdem scheidet die Norm an ihrer seltsamen Konzentration auf den Mordtatbestand. Wenn, dann hätten hierin alle mit ausschließlich lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten Straftaten erfasst werden müssen.⁴

II. KONZEPTE FÜR DEN ERZIEHUNGSGEDANKEN

Eine schöne knappe Zusammenfassung der existierenden Konzepte für den Erziehungsgedanken aus § 2 Abs. 1 S. 2 JGG findet man in der Müko-Kommentierung von *Christian Laue*.⁵ Aufgezählt werden:

- *Pieplows* rein funktionales Verständnis des Begriffs mit »Erziehung als Chiffre«. Der Erziehungsbegriff sollte nach *Pieplow* ursprünglich dazu dienen, bei der Herausbildung eines eigenständigen Jugendstrafrechts Anfang des 20. Jahrhunderts die Forderungen der modernen Strafrechtsschule durchsetzen zu können.⁶ Er war damit ›Sammelbegriff‹ für all die Ideen, die sich für die Forderung nach einer Abkehr von Strafe als Reaktion auf Jugendkriminalität zusammentun. Strafe soll »subsidiär« oder zumindest da, wo sie sein muss, »erträglich« gemacht werden. ›Erziehung‹ war insbesondere nicht aufgeladen mit pädagogischen Erziehungskonzepten, also nicht aufgeladen mit dem, was jeweils von den Zeitgenossen unter Erziehung verstanden wurde, sondern schlicht und einfach das Gegenkonzept zum Ideal der Strafe.⁷ Dazu braucht es einen Erziehungsbegriff, der als Anta-

3 *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 105 Rn. 39c; *Laue* NStZ 2016, 687; *Beukelmann/Leipold* NJWSpezial 2016, S. 536; a. A. BGH NJW 2016, 2674.

4 Dies wären zum Beispiel Taten nach § 212 Abs. 2 StGB oder Völkerstrafrechtsverbrechen nach § 6 Abs. 1 (insbesondere Tötungen als Völkermord nach § 6 Abs. 1 Nr. 1) VStGB und Tötungen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen nach §§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB.

5 MüKo/*Laue*, JGG, 2. Auflage, 2017, § 2 JGG Rn. 3; eine weitere Auflistung möglicher Erziehungskonzepte findet man bei *Petersen*, Sanktionsmaßstäbe im Jugendstrafrecht, 2008, S. 40f.; *Budelmann*, Hannes, Jugendstrafrecht für Erwachsene? 2005, S. 15-27

6 Zum historischen Aspekt krit. *Grunewald*, NStZ 2002, 452, S. 453f.; *dies.*, Die De-Individualisierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht, 2003, 113ff., S. 130f.; *Kurzberg*, ZJJ 2011, S. 181f.

7 Historisch war der Erziehungsbegriff wohl nie so leer, wie *Pieplow* es erhofft hat, vgl. *Grunewald*, 2003 (Fn. 6), S. 130f.; *dies.* 2002 (Fn. 6), S. 453f.; *Kurzberg*, 2011 (Fn. 6), S. 181f., aber historischer Ballast hindert nicht daran, das Konzept der Erziehung heute als reines Genspielerkonzept zu verfolgen.

- gonist im Spannungsfeld wirkt, und damit einen ganz minimalistischen Erziehungsbegriff, der seine ganze Energie aus Kräften zieht, die sich vom Ideal der Strafe ablösen.⁸
- Ein ähnliches Verständnis entwickeln auch die Erziehungskonzepte, die in den Begriff der Erziehung vor allem eine Begrenzungsfunktion für Normsetzung und Normanwendung hineinlesen⁹ bzw. die darin das Prinzip der Suche nach kompensatorischen oder jedenfalls anderen Formen der Tatbewältigung suchen, unter Minimierung staatlicher (Straf-)Eingriffe.¹⁰
 - Nach dem in der Literatur einflussreichen Konzept von *Grunewald* ist der Erziehungsgedanke funktional als individualisierendes Interventionskriterium zu verstehen: »Erziehung dient als Leitprinzip, um dem täterbezogenen Jugendstrafrecht individuell ausgerichtete Reaktionen zu ermöglichen, die an den Bedürfnissen und Defiziten des jugendlichen Straftäters orientiert sind.«¹¹
 - Es gibt Erziehungsverständnisse, die pädagogische oder allgemeine straf- oder verfahrensrechtlichen Inhalte übernehmen,¹² z.B. das umstrittene (und von mir nicht vertretene)¹³ generelle Verbot der Schlechterstellung jugendlicher Straftäter gegenüber Erwachsenen,¹⁴ das Gebot schonender Maßnahmen bis hin zum Ahndungsverzicht und die Vermittlung von zur Legalbewährung unerlässlichen Werten.¹⁵
 - Teilweise wird Erziehung mit jugendadäquater Spezialprävention gleichgesetzt,¹⁶ Erziehung also als der »Weg

8 *Pieplow*, in: *Walter* (Hrsg.), Beiträge zur Erziehung im Kriminalrecht, 1989, 5, S. 15f.; *Swoboda*, ZStW 125 (2013), 86, S. 92; zum Konzept des »Erträglichmachens« von Sanktionen s. auch *Schaffstein*, Festschrift für Heintz, 1972, 461, S. 463f.

9 *Heinz*, in: *Wolff/Marek* (Hrsg.), Erziehung und Strafe, 1990, S. 41

10 *Walter*, in: *Walter* (Hrsg.), Beiträge zur Erziehung im Jugendkriminalrecht, 1989, 59, S. 89

11 *Grunewald* 2002 (Fn. 6), S. 452

12 Zur Anbindung an pädagogische Konzepte und Methoden s. *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 2 Rn. 5 ff.; krit. *Walter*, 1989 (Fn. 19), S. 75

13 *Schaffstein/Beulke/Swoboda*, Jugendstrafrecht, 15. Auflage, 2015, Rn. 575

14 *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 2 Rn. 5ff.

15 MüKo/Laue, JGG 2. Auflage, 2017, § 2 JGG Rn. 3

16 *Brunner/Dölling*, 13. Auflage, 2017, Einf. II Rn. 86; *Ostendorf*, in: *Ostendorf*, 10. Auflage, 2016, Grdl. z. §§ 1 und 2 Rn. 4

zur Spezialprävention« konstruiert. Es kann sein, dass damit die Aspekte von Ziel und Mittel unzulässig vermischt werden. Immerhin differenziert § 2 Abs. 1 JGG in S. 1 zwischen dem Ziel der Spezialprävention und in S. 2 zwischen den Maßnahmen, die zu diesem Ziel führen und die alle am Erziehungsgedanken zu orientieren sind.¹⁷ Andererseits muss man aber zugeben, dass sich Erziehung als Weg zur Zielerreichung nur schwer vom Ziel der Legalprävention trennen lässt, denn die Vermischung oder jedenfalls automatische Verbindung der Begriffe Erziehung und Spezialprävention ist im Grunde im System angelegt.¹⁸ Immerhin betrifft die Erziehungskomponente gerade auch die Person, die ihr Verhalten aufgrund erzieherischer Einwirkung so verändern soll, dass sie das gewünschte Ziel Legalbewährung erreicht.¹⁹ Diese, das Ziel und den Weg vermischenden, Konzepte sind auch sehr stark kriminologisch geprägt, insbesondere in ihrer Verarbeitung der kriminologischen Feststellung, dass die große Mehrzahl der wegen Straftaten vom Jugendstrafrecht erfassten jungen Menschen gar keine Erziehungsdefizite haben, dass Kriminalität in diesen jugendlichen Entwicklungsstadien normal, dass sie auch ubiquitär und daher das vom Jugendstrafrecht eröffnete staatliche Recht zu erziehen ohnehin verfassungsrechtlich zu begrenzen ist.²⁰ Deswegen sollte der Erziehungsgedanke möglichst durch helfende und unterstützende Sanktionen mit Ziel der positiven Individualprävention umgesetzt werden und nur sehr begrenzt in Form des Gedankens einer »Erziehung durch Strafe«.²¹ Erziehung kann insoweit dann auch sein, gar nichts zu tun. Das Verfahren z.B. folgenlos einzustellen.

- *Laue* selbst versteht Erziehung als Weg oder Prozess der Vermittlung von Fähigkeiten, Werten und Einsichten, die eine

17 MüKo/Laue, JGG 2. Auflage, 2017, § 2 JGG Rn. 3; Ostendorf, in: Ostendorf, 10. Auflage, 2016, § 2 Rn. 5
18 Vgl. dazu die Konzepte, die bei Petersen, Sanktionsmaßstäbe im Jugendstrafrecht, 2008, S. 40ff., wiedergegeben werden.

19 Brunner/Dölling, 13. Auflage, 2017, Einf. II Rn. 86

20 Ostendorf, in: Ostendorf, 10. Auflage, 2016, Grdl. z. §§ 1 und 2 Rn. 4, § 2 Rn. 5

21 Ostendorf, in: Ostendorf, 10. Auflage, 2016, § 2 Rn. 5

gelungene Sozialisation befördern.²²

Die meisten dieser Begriffe bündeln einen weit gefächerten Strauß von Ideen, wie durch den Erziehungsgedanken die Sanktionierung oder das Verfahren gegen Jugendliche anders als im Erwachsenenrecht verfahren werden könnte, wie Strafe subsidiär oder die Reaktion des Staates stärker an den individuellen Reifedefiziten bzw. an der angestrebten Persönlichkeitsentwicklung des konkret Betroffenen ausgerichtet oder insgesamt einfach nur fördernd und helfend eingesetzt werden könnten.²³

Persönlich neige ich dem Erziehungsbegriff zu, den *Pieplow* in die Diskussion hineingebracht hat, also der Idee von Erziehung als »Chiffre« für alle Gedanken und Kräfte, die weg vom Pol der (Schuld-)Strafe führen und darauf abzielen, Strafe subsidiär oder jedenfalls erträglich zu machen. Ob dieses Bild vom Spannungsfeld mit gegenläufigen Kräftewirkungen den Urhebern des JGG vorschwebte, wie *Pieplow* es beschreibt, weiß ich nicht.²⁴ Das JGG behandelt die Ideale von Erziehung und Strafe an keiner Stelle eindeutig als gegenüberliegende Pole. Manchmal scheinen Normen, z.B. die Regelungen zu den nachträglich ins JGG eingefügten Zuchtmitteln, auch davon auszugehen, dass Strafidéal und Erziehungsidee parallel zueinander verwirklicht werden könnten.

Dennoch ist offensichtlich, dass Strafidéal und Erziehung in der Regel nicht parallel zueinander verwirklicht werden können, denn manche Sanktionen des Jugendstrafrechts sind unter Erziehungsge-sichtspunkten direkt schädlich. Bspw. machen langjährige Jugendstrafen zwar unter Vergeltungs- oder positiv-generalpräventiven Aspekten Sinn, aber jede nur denkbare Erziehungswirkung des Vollzugs wird spätestens nach vier Jahren von den Deprivationswirkungen des Strafvollzugs überlagert.²⁵ Überzeugt hat mich vielmehr das Argument, dass

22 MüKo/Laue, JGG 2. Auflage, 2017, § 2 JGG Rn. 3; Brunner/Dölling, 13. Auflage, 2017, § 2 Rn. 2; offenbar auch Budelmann, 2005 (Fn. 5), S. 22-24

23 Wolf, Strafe und Erziehung nach dem JGG, 1985, S. 177; Grunewald, 2003 (Fn. 6), S. 22, 266; Brunner/Dölling, 13. Auflage, 2017, Einf. II Rn. 86

24 Abl. Kurzberg, Benjamin, Jugendstrafe aufgrund schwerer Kriminalität, 2009, S. 73 ff.; Budelmann, 2005 (Fn. 5), S. 17f.; Grunewald, 2002 (Fn. 6), S. 453; dazu im Einzelnen Svoboda, ZStW 125 (2013), 86, S. 96ff. m.w.N.

25 Streng, GA 1984, 149, 150, 154; HK-JGG/Laue, 2. Auflage, 2014, § 17 Rn. 28, § 18 Rn. 6; BGH

ein Erziehungsbegriff mit kriminalpolitischer Stoßkraft auf jeden Fall von pädagogischen oder straf- und strafverfahrensrechtlichen Inhalten eigenständig und unabhängig sein muss;²⁶ und dafür bietet es sich an, das schon lange anerkannte Bild eines Spannungsfeldes zwischen Erziehung und Strafe wörtlich zu nehmen und eben als Spannungsfeld zwischen entgegengesetzt wirkenden Polen zu konstruieren.

Die Rechtsprechung scheint – ohne den Erziehungsbegriff jemals wirklich für sich definiert zu haben – dagegen von einem sehr viel engeren, ausschließlich als Eingriff konzipierten Erziehungsverständnis auszugehen. Vielfach erscheint der Erziehungsgedanke konkret mit der erzieherisch begründeten Maßnahme verwechselt zu werden, die nach dem JGG wegen der Straftat angeordnet wird. D.h. abstrakter Gedanke und konkreter Eingriff werden gedanklich und begrifflich nicht klar getrennt, was natürlich am Ende zu einer fragwürdigen Reduktion des abstrakten Erziehungsgedankens auf einen Kern von Eingriffsmaßnahmen führt, die der Richter nach dem Individualisierungsgebot des JGG konkret auf den Probanden und seine individuellen Erziehungsdefizite abzustimmen versucht.

Dieses Individualisieren von Eingriffen ist sicherlich ein zentraler Aspekt des Erziehungsprinzips. Man sollte diesen Aspekt aber aus meiner Sicht nicht so verabsolutieren, dass neben der Idee eines persönlichkeitsverändernden Eingriffs kein weiterer erzieherischer Gedanke, wie z.B. das Erträglichmachen von Strafe oder die Idee, gegen Jugendliche generell mit mildereren, ausgleichenden Sanktionen oder aus erzieherischen Gründen auch einfach gar nicht (d.h. mit Diversion) vorzugehen, übrigbleibt. Diese Reduktion des Erziehungsgedankens auf einen Kern von Erziehung als Eingriff, als (repressive) Reaktion auf individuelle Entwicklungsdefizite, bringt die Rechtsprechung nämlich in die widrige Lage, die Anwendung des Erziehungsgedankens auf bestimmte Personen ablehnen zu müssen; obwohl § 2 Abs. 1 JGG im Anwendungsbereich des Jugendstrafrechts keine Personen- oder Bereichsausnahmen für den Erziehungsgedanken kennt. Probleme bereiten dann insbesondere Personen, auf deren Persönlichkeitsentwicklung man gar keinen Einfluss mehr nehmen kann oder darf oder auch nicht mehr nehmen muss, die berühmten »Erziehungsunfähigen« oder die

²⁶ *Walter*, 1989 (Fn. 10), S. 75

aufgrund späterer Reifentwicklung längst nicht mehr »Erziehungsbedürftigen«, insgesamt also die Personengruppe, die der Rechtsprechung momentan solche Probleme bereitet, dass sie bereichsweise mit dem Erziehungsgedanken ganz brechen will.²⁷

Als Ursache für dieses reduzierte Erziehungsverständnis in der Rechtsprechung sehe ich die ›Kongruenzthese‹ an, mit der die Rechtsprechung bis heute noch vertritt, dass sich Erziehungs- und Strafziele in der Regel gleichermaßen, sozusagen parallel realisieren zueinander ließen.²⁸ Das Problem ist aber: Wer Erziehung und Strafe für austauschbar hält oder gemäß der Idee einer ›Erziehung durch Strafe‹ als parallel zueinander wirkende Kräfte auffasst, für den ist im Grunde jede im JGG verfügbare Sanktionsform gleich geeignet, um auf die Straftat eines jugendlichen Probanden zu reagieren. Der einzige Leitmaßstab für die Sanktionierung ist dann nur das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgebot. In den Grenzen der Verhältnismäßigkeit sind Strafe und Erziehung, überhaupt alle verhältnismäßigen Reaktionsformen austauschbar. Ihren Ursprung hat die Kongruenzthese bei der Bemessung der Jugendstrafe in § 18 Abs. 2 JGG – und gerade dort hat sie besonders befremdliche Wirkungen: Durch die Kongruenzthese werden die Gerichte bei der Bemessung der Jugendschuldstrafe gezwungen, selbst langjährige Jugendschuldstrafen als »erziehungserforderlich«, d.h. als dem »Wohl« und der Reifeentwicklung des Jugendlichen dienend zu umschreiben, ein Vorgang, der in der Literatur zutreffend als »sprachlicher Kunstgriff« bemängelt wurde und nur verbirgt, dass zwischen (langjähriger) Jugendstrafe und Erziehungsgedanken ein nicht auflösbarer Grundsatzkonflikt herrscht. Der Kunstgriff wirkt zudem unehrlich, weil damit dem Betroffenen eine Schuldstrafe, deren Länge eigentlich durch die Strafbedürfnisse der Allgemeinheit (Vergeltungsbedürfnissen) bestimmt wird, zugleich als erzieherische Maßnahme untergeschoben wird, durch die er Zeit und Gelegenheit erhalten soll, die zur persönlichen Unrechtsverarbeitung

27 BGH NSrZ 2013, 658; BGH NSrZ 2016, 101; LG Ravensburg NSrZ-RR 2017, 227 (228); ebenso MüKoStGB/Radtke, JGG, 3. Auflage, 2017, § 17 Rn. 60; HK-JGG/Laue, 2. Auflage 2014, § 17, Rn. 28ff. Zur Aufhebung eines Urteils, bei dem die aufgrund Schuldschwere gebotene Jugendschuldstrafe nicht auch hinreichend erzieherisch begründet war s. BGH, Beschluss vom 22.01. 2014, 5 StR 555/13 = HRRS 2014 Nr. 347.

28 BGH StV 1982, 335 (336); BGH NSrZ 1982, 332; BGH NSrZ-RR 2010, 290 (291); in der Literatur z. B. noch vertreten von Kaspar, Schöch-FS, 2010, 209, S. 219f.

für erforderlich gehaltene ›Sühne‹ zu leisten.²⁹

Abgesehen davon, dass inzwischen auch die Rechtsprechung mit dieser »praktischen Harmonisierung der Strafzwecke«³⁰ hadert und das Erfordernis, eine Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld zugleich als erzieherisch notwendig darzustellen, mehr und mehr anzweifelt,³¹ stellt sich mit der Parallelschaltung von Strafe und Erziehung das sogleich zu besprechende Dilemma, dass es Täter gibt, deren Verbrechen zwar zum Zwecke des gerechten Schuldausgleichs bestraft werden müssen, die aber persönlich nicht erzogen werden brauchen oder auch gar nicht (mehr) erzogen werden können.³² Und gerade deswegen ist daran zu erinnern, dass Erziehung ein in sich widersprüchliches Konzept ist. Auf der einen Seite zielen Erziehungseingriffe immer auf Persönlichkeitsveränderung ab, d.h. sie haben Eingriffscharakter und sind damit verfassungsrechtlich ein Sachverhalt, der in die Abwehrdimension der Grundrechte fällt. Andererseits ist Erziehung aber auch Leistung und Chance. Sie eröffnet die Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben im Rahmen der von der Gesellschaft vorgegebenen Regeln. Damit ist Erziehung auch ein Sachverhalt, der in die Leistungs- und Schutzdimension der Grundrechte fällt. Nicht umsonst hat der Staat nach Art. 6 Abs. 2 GG die Mindeststandards zu garantieren, damit der junge Mensch überhaupt eine Chance zur Persönlichkeitsentfaltung innerhalb der Gesellschaft erhält.³³ Erziehung ist insoweit nicht nur Persönlichkeitseingriff, sondern auch unerlässliche Basis für die freie Persönlichkeitsentfaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. In verfassungsrechtliche Prüfungsdimensionen übersetzt gibt es

29 *Streng*, ZStW 106 (1994), S. 60 (66 ff., 71 ff., 77); *Streng*, StV 1998, 336, S. 337ff.; *Streng*, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 436 f.; *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 17 Rn. 35; Überblick über die kritischen Stimmen bei *Swoboda*, 2013 (Fn. 24), S. 106ff.

30 *Bruns*, StV 1982, 592, S. 594

31 Dies vor allem bei der Verhängung der Jugendschuldstrafe, aber auch bei ihrer Bemessung verändert sich der Umgang mit dem Gedanken von Erziehungsbedürftigkeit und Erziehungsfähigkeit; vgl. den Rechtsprechungsüberblick bei *Müko/Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 53 f.; für eine weitere Rechtsprechungsübersicht *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 17 Rn. 34 ff.; *Streng*, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 438

32 Zu diesen Überlegungen s. das *obiter dictum* bei BGH NSrZ 2013, 658; BGH NSrZ 2016, 101; inzident auch BGH, NSrZ-RR 2017, 231; LG Ravensburg, NSrZ-RR 2017, 227 (228); MüKoStGB/*Radtke*, JGG, 3. Auflage, 2017, § 17 Rn. 60; HK-JGG/*Laue*, 2. Auflage 2014, § 17, Rn. 28ff.

33 *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 35

für junge Menschen damit nicht nur den Anspruch, vom Staat in Ruhe gelassen zu werden, es gibt auch einen gegenläufigen verfassungsrechtlichen Anspruch, erzogen zu werden.

Dieser Widerspruch, der Erziehung ist, wird in der Rechtsprechung übersehen. Sobald man aber Erziehung auch in der Leistungs- und Schutzdimension berücksichtigt, wird es verfassungsrechtlich zulässig, Erziehung auch Personen anzubieten, die eigentlich nicht mehr staatlich zu erziehen sind, also Erwachsenen. Mit Einverständnis der Betroffenen sind sogar eingriffsintensive Maßnahmen anwendbar. Will man nun diese anderen verfassungsrechtlichen Dimensionen von Erziehung (*Schutz und Leistung*) mit ins Jugendstrafrecht hineinbringen, dann muss der Erziehungsgedanke aber inhaltlich reichhaltiger werden, als in der Rechtsprechung momentan vertreten. Mit dem in diesem Beitrag vertretenen, weitgehend leeren Erziehungsbegriff, kann man z.B. den Gedanken des »Erträglich Machens«³⁴ oder der jugendadäquat-individualisierenden Sanktionsauswahl ins Feld führen. Diese Gedanken greifen auch bei Erwachsenen, ohne die Belange des Schulausgleichs, die bei der Jugendschuldstrafe immer vorrangig sind,³⁵ beiseite zu schieben.³⁶

III. DER ERZIEHUNGSGEDANKE UNTER DRUCK – TENDENZEN IN RECHTSPRECHUNG UND GESETZGEBUNG

1. Die Diskussion um einen Bruch mit dem Erziehungsgedanken in bestimmten Bereichen

Auf der Basis dieses Erziehungsgedankens ist die nachfolgend geschilderte Tendenz in der Rechtsprechung des 1. und des 3. Strafsenats des BGH, in bestimmten jugendstrafrechtlichen Anwendungsbereichen entgegen der Anordnung aus § 2 Abs. 1 S. 1 JGG vollständig mit dem Erziehungsgedanken brechen zu wollen, eine völlig

³⁴ Pieplow, 1989 (Fn. 8), S. 15ff.

³⁵ Zum Vorrang des Schulausgleichs Brunner/Dölling, JGG, 13. Auflage, 2017, § 17 Rn. 27; Schaffstein/Beulke/Swoboda, Jugendstrafrecht, 15. Auflage, 2015, Rn. 458; Miko/Radtke, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 61

³⁶ In eine ähnliche Richtung geht die Überlegungen von Schöch in Meier/Rössner/Schöch, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, 2014, § 11 Rn. 16, dass der Erziehungsgedanke am Extrempol der Schwere der Schuld vorrangig dazu dient, die »Schwere der Schuld« eng auszulegen.

unnötige, weil vom Erziehungskonzept des JGG gar nicht geforderte Reaktion. Es würde genügen zu sagen, dass der Erziehungsgedanke am Extrempol der Schuldstrafe im Spannungsfeld nur noch wenig Kraft entfaltet, dass von ihm nur noch der Gedanke der flexiblen jugendadäquaten Individualisierung der Strafe oder die Idee des ›Erträglichmachens‹ übrigbleibt oder – wenn man an die Überlegungen bei *Schöch* anknüpft – der Gedanke, dass die ›Schwere der Schuld‹ im Hinblick auf den Erziehungsgedanken eng auszulegen ist.³⁷ Das überschneidet sich dann ohnehin weitgehend mit dem für die Bemessung der jugendlichen Täterschuld geltenden Forderung, die Schuld bei jungen Tätern jugendspezifisch zu bestimmen, also mehr Wert auf innere Beziehung des Täters zu seiner Tat als auf den äußerlichen Unrechtsgehalt zu legen.³⁸ Zudem gilt, dass wegen der zur Tatzeit bestehenden Reifedefizite die Schuld des jungen Täters grundsätzlich geringer zu bemessen ist als die eines Erwachsenen.³⁹ *Eisenberg* erinnert auch daran, dass dem Gedanken der (positiven) Generalprävention im Jugendstrafrecht eben wegen des Erziehungsgedankens nur wenig Raum zugemessen werden darf,⁴⁰ weswegen die Straf- oder Vergeltungsbedürfnisse der Allgemeinheit in der Sanktionsauswahl und Strafbemessung insgesamt geringeres Gewicht haben. All diese Hinweise sind auch Aspekte des Erziehungsgedankens. Insgesamt gibt es also genug Momente, die auch noch am Extrempol ›Schuldstrafe‹ schuld-mildernd und zugleich erzieherisch und damit als Gegenkraft zum Gedanken der schweren vergeltungsbedürftigen Schuld ins Feld geführt werden können.

a. Die neue Rechtsprechung des 1. BGH-Strafsenats zur Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld

In einem *Obiter Dictum* hat der 1. Strafsenat des BGH im Jahr 2013 verkündet, er neige dazu, die bisherige Rechtsprechung, dass Jugendschuldstrafe nach § 17 Abs. 2 JGG nur verhängt werden darf, wenn die Strafe nicht nur wegen der Schwere der Schuld, sondern auch aus

37 *Schöch* in *Meier/Rössner/Schöch*, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, 2014, § 11 Rn. 16

38 *Müko/Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 58

39 *Streng*, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 433; *DSS-Sonnen*, JGG, 7. Auflage, 2015, § 17 Rn. 23

40 *Eisenberg*, *NStZ* 2013, 636, S. 638

erzieherischen Gründen erforderlich ist, aufzugeben.⁴¹ Es soll bereits ein gewisses Schuldmaß allein ohne eine erzieherische Notwendigkeit für die Verhängung der Jugendstrafe genügen. Dem sind als unterinstanzliche Gerichte z.B. das HansOLG Hamburg⁴² und das LG Ravensburg gefolgt.⁴³ Das Urteil des LG Ravensburg ist dabei insoweit bemerkenswert, als dass es nicht nur sehr klar dafür plädiert, dass eine bestimmte Höhe von verwirklichtem Unrecht ausreichen muss, um Jugendstrafe zu verhängen, sondern es tritt auch dafür ein, dass diese Unrechtshöhe nicht nur bei Kapitaldelikten bzw. bei Schwurgerichtsdelikten im Sinne von § 74 Abs. 2 JGG erreicht wird, sondern gegebenenfalls auch bei sonstigen Verbrechen (im konkreten Fall bei einer schweren räuberischer Erpressung) vorliegen kann.⁴⁴ Entscheidend ist für die Beurteilung der Schuldschwere dann zwar immer noch die jugendspezifisch verstandene innere Tatschuld, orientiert an der charakterlichen Haltung, Persönlichkeit und Motivation des Täters zu seiner Tat, aber – so das LG Ravensburg – zumindest bei einem zum Verurteilungszeitpunkt im strafrechtlichen Sinne erwachsenen Angeklagten soll das Ausmaß der Einzeltatschuld für sich genommen schon hinreichende Bedingung für die Verhängung der Jugendstrafe sein, ohne dass daneben dem Erziehungsgedanken noch Bedeutung zukommt.⁴⁵

Hier vermischen sich beim LG Ravensburg jetzt zwei Argumentationslinien. Die eine begründet, dass für die Jugendstrafe nach § 17 Abs. 2 JGG generell keine Erziehungsgesichtspunkte notwendig sind (ungeachtet der Tatsache, dass § 2 Abs. 1 S. 2 JGG, der als Generalnorm auch für § 17 Abs. 2 JGG gilt, eigentlich für alle Sanktionen eine Orientierung am Erziehungsgedanken verlangt),⁴⁶ die zweite Ar-

41 BGH NSrZ 2013, 658, wegen § 2 Abs. 1 JGG dazu abl. *Eisenberg*, 2013 (Fn. 40), S. 639; *Höyneck*, ZJJ 2016, 305ff.; DSS-*Sonnen*, JGG, 7. Auflage, 2015, § 17 Rn. 22; vgl. ferner BGH NSrZ-RR 2017, 231, wobei dort zwar für die Verhängung der Jugendstrafe keine Erziehungserwägungen verlangt, anschließend aber wegen § 18 Abs. 2 JGG bei der Bemessung der Jugendstrafhöhe Erziehungserwägungen angemahnt werden.

42 HansOLG NSrZ 2017, 544 (545)

43 LG Ravensburg, NSrZ-RR 2016, 227 (228)

44 LG Ravensburg, NSrZ-RR 2016, 227 (228); BGH NSrZ-RR 2017, 231, bejaht die nötige Schuldschwere auch bei Straftaten wie einem nur versuchten schweren Raub in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung.

45 LG Ravensburg, NSrZ-RR 2016, 227 (228)

46 *Eisenberg*, 2013 (Fn. 40), S. 639

gumentationslinie, die sogleich noch gesondert zu erörtern ist, betrifft die Frage, wie eigentlich Erziehungsaspekte nutzbar gemacht werden können, wenn der Abzuurteilende zum Tatzeitpunkt längst erwachsen ist und nicht mehr erzogen werden muss oder vielleicht auch gar nicht mehr erzogen werden darf. Es ist diese argumentative Vermengung der Grundsatzfragen, die einen aufschrecken lässt, denn die Frage, ob Erziehungsaspekte am Extrempol der Schuld generell Sinn machen, muss natürlich unabhängig davon gelöst werden, ob der Täter im Verfahren zufällig aufgrund der langen Verfahrensdauer auch noch erwachsen geworden ist.⁴⁷ Aus dieser Vermengung deutet sich aber an, dass dieser vorgeschlagene Bruch mit dem Erziehungsgedanken wohl nur eine Überreaktion ist auf die großen Begründungsprobleme, die durch den nicht klar definierten Erziehungsgedanken der Rechtsprechung und die fragwürdige Kongruenzthese entstehen.⁴⁸ Weil diese Vermengung von Problemen beim LG Ravensburg nicht aufgelöst wird, will ich mich mit dem Urteil auch gar nicht weiter auseinandersetzen, sondern wende mich der insoweit systematischeren Kommentierung von *Henning Radtke* zu, der (als Richter des 1. Strafsenats) im Münchener Kommentar zum JGG zu begründen versucht, wieso trotz Beibehaltung der Kongruenzthese bei der Jugendstrafe allein ein gewisses Schulmaß zur Verhängung der Strafe genügen sollte.⁴⁹

47 Das Urteil erschreckt auch insoweit, als dass das LG Ravensburg dem Erziehungsgedanken bei der Verurteilung von zum Urteilszeitpunkt bereits erwachsenen Tätern überhaupt keine Relevanz mehr zukommen lassen will. Das gipfelt dann in der Aussage, § 2 Abs. 1 JGG sei mit seinem individualpräventiven Strafziel, neuen Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenzuwirken, bei zum Urteilszeitpunkt Heranwachsenden von vornherein nicht anwendbar. Warum nicht nur Erziehungseingriffe, sondern das gesamte Ziel der Spezialprävention laut LG Ravensburg auf Erwachsene nicht anwendbar sein soll, bleibt dabei unklar, denn natürlich kann man auch auf Erwachsene das Strafziel der Spezialprävention zur Anwendung bringen. Sollte das Gericht den Satz anders gemeint haben, z. B. dahingehend, dass eben mit Erreichen des Erwachsenenalters kein Jugendlicher/Heranwachsender mehr vorliegt, dessen zukünftige Jugendstraftaten verhindert werden könnten, so ist dagegen zu sagen, dass der Gesetzgeber für diesen Fall eine Entscheidung getroffen hat; und diese lautet: Jugendstrafrecht gilt, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt Jugendlicher/Heranwachsender war. Diese Entscheidung hat das Gericht nicht zu korrigieren; und außerdem kann es nicht vom Zufall der Verfahrensdauer abhängen, ob die Erziehungsaspekte des Sonderstrafrechts im JGG noch Sinn machen; *Beulke*, *Streng-FS*, 2017, 403, S. 412f.

48 Zur Kongruenzthese und ihre Problem s. *Müko/Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 52; § 18 Rn. 18 f.

49 *Müko/Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 58

Radtke's Argumentation gegen die Berücksichtigung des Erziehungsgedankens als Anordnungsvoraussetzung der Jugendstrafe basiert zunächst auf zwei Prämissen:

- Zunächst wird in der Kommentierung deutlich, dass *Radtke* den Begriff der Erziehung immer auch mit eingriffsintensiven Maßnahmen verbindet, also mit Maßnahmen, die sich auf die Erziehungsbedürftigkeit und Erziehungsfähigkeit des Probanden richten.⁵⁰ Auch wenn *Radtke* den Begriff des Erziehungsgedankens in der Kommentierung selbst nicht erläutert, so schimmert zwischen den Zeilen durch, dass er die Idee von Erziehung in seiner Kommentierung (zur Jugendstrafe) oft vom Jugendstrafvollzug her denkt. Es geht um die dort ermöglichte erzieherische Einflussnahme auf junge Menschen. Damit einhergehend ist auch zu erklären, warum *Radtke* ohne weitere Überlegung Erziehung immer als eingriffsintensiv betrachtet und warum er mit seinem Erziehungsverständnis an die Kongruenzthese der Rechtsprechung anknüpft,⁵¹ obwohl er selbst systematisch begründet, warum diese These gar nicht stimmen kann. *Radtke* führt hierzu aus, dass das Quantum der Einzeltatschuld selten genau mit dem Umfang des konkret erforderlichen Erziehungsbedarfs übereinstimmt.⁵² Außerdem kann diese These vom Gleichlauf von Schuld und Erziehung schon deswegen nicht tragen, weil die Bezugspunkte, die für die Bemessung von individueller Einzeltatschuld und die Bestimmung des konkreten Erziehungsbedarfs maßgeblich sind, nicht dieselben sind. Das Schuldmaß orientiert sich an den in der Vergangenheit liegenden Umständen der Tat und des Nachtatverhaltens, während sich der Umfang des Erziehungsbedürfnisses auch nach zukunftsbezogenen

50 Müko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2; diese Verknüpfung mit eingriffsintensiven Maßnahmen ist auch der Grund, warum *Radtke* den Erziehungsgedanken bei der Sanktionsartwahl und bei der konkreten Strafzumessung gegen erwachsene Täter grundsätzlich ablehnt; s. ebd.

51 Müko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2; unter Verweis auf BGH NSrZ-RR 1996, 120; BGH NSrZ-RR 2010, 290 (291)

52 Müko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2; in Anlehnung auch an *Kaspar*, Schöch-FS, 2010, 209, S. 220

Gesichtspunkten bemisst.⁵³ *Radtke* bricht aber trotz dieser Feststellungen nicht mit der fragwürdigen Kongruenzthese, sondern bleibt bei der Behauptung einer »Teilkongruenz« von Erziehungsgedanke und Schuldausgleichsgedanke.⁵⁴ Für die weiteren Betrachtungen ist das insoweit relevant, als dass diese Fixierung des Erziehungsbegriffs auf eingriffsintensive (Vollzugs-)Maßnahmen erklärt, warum *Radtke* den Erziehungsbegriff als Gesamtpaket an Grundrechten misst. Alles an Erziehung ist für ihn Eingriff und für die Abwehrdimension der Grundrechte relevant, d.h. für die Frage, ob es einen Anspruch gibt, vom Staat in der eigenen Persönlichkeits(fehl)entwicklung in Ruhe gelassen zu werden.

- Was nun die Anordnung in § 2 Abs. 1 S. 2 JGG angeht, dass alle Maßnahmen nach dem JGG am Erziehungsgedanke auszurichten sind, so meint *Radtke*, dass dies für die Verhängung der Jugendstrafe bedeutungslos sei. Seiner Ansicht nach erschweren die konzeptionellen Unklarheiten der in § 2 Abs. 1 JGG verankerten jugendstrafrechtlichen Zielbestimmung nur das Verständnis der Bedeutung von § 17 Abs. 2 JGG mit seinen beiden Jugendstrafalternativen.⁵⁵ Die folgende Argumentation lehnt sich stark an die Argumentation der Literatur an, nur der Erziehungsbegriff ist eben reduzierter als bei dieser. Jugendstrafe ist für *Radtke* echte und damit den Bindungen des verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatzes unterliegende Kriminalstrafe.⁵⁶ Erziehungsgesichtspunkte haben daher erst bei der Bemessung der Jugendschuldstrafe Gewicht, aber nur im Rahmen des Schuldangemessenen.⁵⁷

Aus diesen Prämissen leitet *Radtke* nun – ebenfalls unter Vermischung von Aspekten – ab, dass jedenfalls Erwachsene, und vor allem Personen, die bereits das 24. Lebensjahr vollendet haben und

53 Dazu zählt insbesondere auch, ob der (inzwischen gereifte) Täter im Urteilszeitpunkt überhaupt noch erziehungsbedürftig ist; Müko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2.

54 Müko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2

55 Müko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2

56 Müko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 2, 12

57 Müko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 3-5, insbes. Rn. 5, 8, 14

deren Strafe daher nach § 89b JGG im Erwachsenenstrafvollzug vollzogen werden sollten, von staatlicher Seite nicht mehr erzogen werden dürfen.⁵⁸ Weil dies aber – unter Zugrundelegen der Behauptung der Kongruenzthese, dass die Jugendstrafe in Anordnung und Länge auch erzieherisch begründet sein müsse – bedeuten würde, dass gegen diese Personen keine Jugendschuldstrafe mehr verhängt werden darf, bricht *Radtke* für § 17 Abs. 2 JGG mit dem Erziehungsgedanken. Dieser solle noch nicht einmal bei der Bemessung der Jugendstrafe Geltung erlangen, trotz § 18 Abs. 2 JGG, sofern Erwachsene betroffen sind. Um das Ergebnis mit § 2 Abs. 1 S. 2 JGG in Einklang zu bringen, wird letzterer so ausgelegt, dass diese Norm nur ausschließen sollte, dass die Verhängung und Bemessung der Jugendstrafe nach generalpräventiven Kriterien erfolgt.⁵⁹

Gegen diese Argumente lässt sich nun natürlich wenig sagen, wenn man sich auf diesen reduzierten Erziehungsbegriff einlässt, auf dieses Konzept, das Erziehung weitgehend parallel zur Strafe oder zumindest zum Gedanken der repressiven Sanktionierung versteht, also im Kern ein Konzept der ›Erziehung durch Strafe‹ ist. Aber dieser Erziehungsbegriff der Rechtsprechung hat mit der Ursprungsidee des Jugendgerichtsgesetzes nichts zu tun. Dort war Erziehung gerade ein anderer Weg, eine Alternative zum Strafen. Auch deswegen hat die Wissenschaft die Kongruenzthese, die von *Radtke* trotz aller konzeptionellen Ungereimtheiten ›Teilkongruenzhypothese‹ am Leben erhalten will, immer zurückgewiesen und konnte dann natürlich auch auf Erziehungsaspekte bei der Anordnung der Jugendschuldstrafe verzichten.⁶⁰ Man kann aber nicht die Kongruenzthese aufrechterhalten und dann trotzdem die (diese These gerade ablehnende) Wissenschaft zitieren mit ihrer Aussage, dass der Erziehungsbedarf des Täters nicht kumulative Voraussetzung für die Anordnung der Jugendstrafe

58 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 51, 52; in Anlehnung an *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 80ff.

59 Miko/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, JGG, § 17 Rn. 52

60 Brunner/*Dölling*, JGG, 13. Auflage, 2017, § 17 Rn. 27; HK-JGG/*Laue*, 2. Auflage, 2014, § 17 Rn. 28; aus der früheren Literatur: *Bruns*, StV 1982, 592, S. 594; *Streng*, 1994 (Fn. 29), S. 66ff., 70, 72, 77; *Streng*, 1998 (Fn. 29), S. 337ff.; *Streng*, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 436f.; Überblick über die kritischen Stimmen bei *Swoboda*, 2013 (Fn. 24), 86, S. 106ff.

wegen Schwere der Schuld ist.⁶¹ Das ist ein in sich widersprüchliches Argumentationsverhalten.

Mein Eindruck, dass *Radtkes* gegen die Relevanz des Erziehungsgedankens bei der Entscheidung über die Verhängung der Jugendstrafe nach § 17 Abs. 2 JGG inzident auf einem Konzept von ›Erziehung durch Strafe‹ oder ›Eingriffserziehung neben der Strafe‹ basieren, wird bestätigt durch den Verweis der Kommentierung auf die Dissertation von *Budelmann*. *Budelmann* versteht Erziehung durch Jugendstrafrecht als einen Prozess der Vermittlung von Werten, der die Legalprävention fördert, im Kern aber ein auf Persönlichkeitsveränderung abzielender Prozess ist,⁶² und diese Zielsetzung, die Persönlichkeit zu beeinflussen, verführt *Budelmann* dazu, Erziehung immer als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG zu verstehen, egal, wie die Form der Erziehung konkret aussieht.⁶³ Wie sich Erziehung zur Strafe verhält, bleibt bei *Budelmann* unklar, weswegen er aus meiner Sicht in seinen Grundrechtsprüfungen auch eine zentrale Vorfrage übersieht. Er übersieht, dass der jugendstrafrechtliche Eingriff zunächst vom staatlichen Strafanspruch aus zu konstruieren ist. Der staatliche Strafanspruch entsteht, weil eine Straftat begangen wurde. Der Täter hat also in jedem Fall eine staatliche Reaktion zu erwarten, egal ob nun Strafe oder (alternativ) Erziehungsmaßnahmen. So leitet dann auch das BVerfG die staatlichen Sanktionsbefugnisse auf der Basis des Jugendgerichtsgesetzes immer aus dem staatlichen Strafanspruch ab und nicht aus speziellen staatlichen Erziehungsrechten (die der Staat gegenüber Erwachsenen natürlich auch nicht hätte). Das BVerfG gesteht dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative dahingehend zu, wie sich die im JGG legitimierten staatlichen Straf- oder Präventionsziele

61 Vgl. nur Brunner/*Dölling*, JGG, 13. Auflage, 2017, § 17 Rn. 27; HK:JGG/*Laue*, 2. Auflage, 2014, § 17 Rn. 28; DSS-*Sonnen*, 7. Auflage, 2015, § 17 Rn. 22

62 *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 7

63 Gleichzeitig sieht *Budelmann* aber auch den Widerspruch seiner Position, weil er dem Staat zugleich den erzieherischen Zwang erlauben will, der notwendig ist, damit der Staat die Mindeststandards gewährleistet, die er nach Art. 6 Abs. 2 GG zum Schutz des jungen Menschen gewähren muss, um ihm überhaupt erst eine Persönlichkeitsentfaltung innerhalb der Gesellschaft im Sinne von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu ermöglichen; *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 35.

bei jungen Tätern am besten realisieren lassen.⁶⁴ Der Gesetzgeber darf die Befriedigung des Strafanspruchs auf erzieherische Maßnahmen oder auf ein Gesamtpaket von (milden) Strafen und Erziehung ›umleiten‹. In BVerfG 74, 102 (124) heißt es insoweit:

»Das Jugendgerichtsgesetz sieht als Folgen der Jugendstraftat ein abgestuftes Reaktions- und Sanktionssystem vor (vgl. §§ 5, 9 ff. JGG). Der Richter wird dadurch in die Lage versetzt, bei der Festlegung der Rechtsfolgen der Jugendstraftat alle Umstände und Erfordernisse des Einzelfalles, vor allem Art, Bedeutung und Schwere der Tat und die Persönlichkeitsentwicklung des Betroffenen, in einer der besonderen Zielsetzung des Jugendstrafverfahrens entsprechenden Weise zu berücksichtigen und jeweils die jugendrichterlichen Maßnahmen zu ergreifen, die am besten der durch die Tat erkennbar gewordenen Erziehungsbedürftigkeit und der festgestellten Erziehungsfähigkeit Rechnung tragen.«

Eine Seite später wird ergänzt:

»Seinen Handlungsspielraum hat der Gesetzgeber nicht überschritten, wenn er in fallbezogener Weise im Jugendstrafrecht die Gruppe der Heranwachsenden auch nach der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters beibehält.«

Das JGG ist also ein Weg, den staatlichen Strafanspruch gegen junge Täter etwas anders zu befriedigen, auch mit nichtstrafenden Mitteln, wenn diese nach der Einschätzung des Gesetzgebers gleich oder besser als Strafe geeignet sind, das Ziel der Legalbewährung zu erreichen. Dies zwar natürlich innerhalb der von der Verfassung gezogenen Grenzen, aber für das BVerfG sind erzieherisch geprägte Maßnahmen jedenfalls nie automatisch eingriffsintensiver als Strafe; und sie sind vor allem kein Zusatz zur ohnehin anfallenden Strafe. Solange also jugendstrafrechtliche Maßnahmen nicht reine Erziehungszuschläge sind, i.e. Eingriffe, die über die notwendige Strafe hinausgehen, sind sie nicht automatisch nur deswegen unzulässig, weil sie auf

64 Bei *Budelmann* wird mit keinem Wort erwähnt, dass aufgrund der Straftat in jedem Fall in irgendeiner Form gegen den Straftäter reagiert werden muss, weil der Staat aufgrund seines Strafmonopols Kriminalität nicht auf sich beruhen lassen kann. Vgl. zum Prüfungsvorgehen bei *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 28ff. (Prüfung der Verfassungsmäßigkeit mit Blick auf Art. 6 Abs. 1, 2 GG) und S. 53 ff. (Prüfung mit Blick auf einen Verstoß »eines erzieherischen Jugendgerichtsgesetzes« gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG).

Erwachsene treffen. Ganz im Gegenteil müsste zunächst im Einzelfall verglichen werden, welche strafenden Maßnahmen zu ergreifen wären, wenn es die vom Gericht gewählte erzieherische Alternative nicht gäbe; und nur wenn die erzieherische Alternative klar eingriffsintensiver ausfällt, die Persönlichkeitsrechte also massiver belastet als die ansonsten fällige Strafsanktion, nur dann lässt sich überhaupt erst begründen, dass die konkrete erzieherische Maßnahme möglicherweise gegen die Grundrechte des Probanden verstoßen hat.

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Fragestellung bei *Budelmann* und *Radtke* (und beim 1. Strafsenat des BGH), ob erzieherische Maßnahmen gegen Erwachsene verfassungsrechtlich zulässig sind, ignoriert, dass die Betroffenen auf jeden Fall irgendeine Maßnahme zu erwarten hätten, denn Jugendstrafrecht ist im Kern Strafrecht, nicht strafatunabhängiges staatliches Erziehungsrecht.

Insgesamt ist der von *Radtke* bzw. vom 1. Strafsenat vorgeschlagene Bruch mit dem Erziehungsgedanken bei § 17 Abs. 2 JGG nicht notwendig, wenn man den Erziehungsgedanken nicht mehr aus der Kongruenzthese heraus interpretiert und Erziehung im JGG nicht auf ein Konzept von ›Erziehung durch Strafe‹ oder ›Erziehung neben der Strafe‹ reduziert. Dann nämlich kann man die Jugendstrafe aufgrund Schuldschwere auch alleine wegen der Schuldschwere anordnen, aber sich dennoch bei der Anordnung darüber Gedanken machen, ob es erzieherische Aspekte gibt, die gegen die Wahl dieser Sanktionsart sprechen, ob z.B. eine mildere Sanktionsform denkbar erscheint, weil man es mit einem sehr unreifen, auch ohne Jugendstrafe gut ansprechbaren Täter zu tun hat.⁶⁵

b. Erziehungszuschläge bei zum Urteilszeitpunkt bereits Erwachsenen

Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Erziehungsmaßnahmen nach dem JGG hat dann Berechtigung, wenn der Erziehungsgedanke ausschließlich zur Begründung von Zusatzbelastungen, Belastungen, die über die ahndende Sanktion hinausgreifen, herangezogen wird. Derartige Fallkonstellationen hatte der 3. Strafsenat zu

⁶⁵ Vgl. die Überlegungen bei *Schöch* in *Meier/Rössner/Schöch*, Jugendstrafrecht, 3. Auflage, 2014, § 11 Rn. 16; *Streng*, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 433; *DSS-Sonnen*, JGG, 7. Auflage, 2015, § 17 Rn. 23

entscheiden.⁶⁶ In den Entscheidungen ging es einerseits um die Aussage, dass ein Dauerarrest verhängt werden müsse, obwohl ambulante Maßnahmen offenbar ebenfalls ausreichend gewesen wären, um auf das begangene Unrecht zu reagieren,⁶⁷ und andererseits um die Ablehnung eines Härteausgleichs für jugendstrafrechtliche Sanktionen, die gegen den Angeklagten in früheren Urteilen verhängt und bereits vollstreckt worden waren und damit nicht mehr nach § 31 Abs. 2 JGG in die nun neu verhängte Jugendstrafe einbezogen werden konnten.⁶⁸ Beides sind Erziehungszuschläge, also Maßnahmen, die über das für die Ahndung der Tat erforderliche Maß hinaus ergriffen werden, um beim Täter erkannte Erziehungsdefizite anzusprechen. Dabei ist aus meiner Sicht schon kritisch zu hinterfragen, wieso solche Erziehungszuschläge überhaupt nach dem JGG zulässig sein sollten. M.E. entstammt die Idee, aus Erziehungsgründen massiver einzuwirken als zur Abgeltung des Strafanspruchs notwendig, ebenfalls aus der »Kongruenzthese« der Rechtsprechung und ist schon deswegen fragwürdig.⁶⁹ Ausgehend von meinem eigenen Modell, dem Spannungsfeld polarisierender Kräfte von Erziehung und Strafe, sollten Erziehungszuschläge jedenfalls in der Nähe des Strafpols unzulässig sein. Der Erziehungsbedanke kann zwar grundsätzlich sowohl Belastung als auch Entlastung vermitteln,⁷⁰ aber dort, wo die Kräfte der Schuldstrafe das Spannungsfeld dominieren, wirkt der Erziehungsgedanke im Schwerpunkt entlastend, d.h. er gibt Anlass, über Strafmilderungen nachzu-

66 BGH ZJJ 2016, 76 m. abl. Anm. *Sonnen*; BGH NSTZ 2016, 680

67 BGH NSTZ 2016, 680 (681)

68 BGH ZJJ 2017, 76 m. abl. Anm. *Sonnen*

69 *Streng*, 1994 (Fn. 29), S. 75f.; *Streng*, 1998 (Fn. 29), S. 337f.; *Swoboda*, 2013 (Fn. 24), S. 108

70 So auch *Streng*, 1994 (Fn. 29), S. 77

denken.⁷¹ Dort, wo der Erziehungsgedanke das Spannungsfeld dominiert, sind Erziehungszuschläge zwar denkbar, aber an Grundrechten bzw. am Schuldgrundsatz zu überprüfen.

In den Beispielfällen des 3. Strafsenats des BGH war es also tatsächlich angebracht, die rein erzieherisch begründeten Zuschläge an den Freiheits- und Persönlichkeitsrechten der Betroffenen zu überprüfen. Aber überprüft werden sollte dann nicht der Erziehungsgedanke an sich, denn dieser Begriff ist für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (anknüpfend an Art. 2 Abs. 2 oder Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)⁷² viel zu abstrakt und vielschichtig. Überprüft werden sollte nur die ganz konkrete, über das schuldangemessene Maß offenbar hinausgehende Zusatzmaßnahme.

Zusammenfassend hat der 3. Strafsenat des BGH daher mit seinem Fokus auf die reinen Erziehungszuschläge genau die richtige verfassungsrechtliche Fragestellung gefunden. In diesen Konstellationen kann er auch gut vergleichen, wie der Strafanspruch des Staates bei Rückgriff auf klassische Strafsanktionen ausgefallen wäre und in welchem Maß nun die erzieherische Komponente diese Belastung erhöht. Und nur diese erhöhte Belastung, dieses konkrete Maß an zusätzlichem Eingriff wird zum Gegenstand der Prüfung, ob denn Erwachsene solche zusätzlichen Eingriffe erdulden müssen, wenn doch das staatliche Erziehungsrecht eigentlich mit dem 18. Lebensjahr

71 Sanktionen sollten vor allem bei größerem Unrecht, also im Bereich der Jugendstrafe, in (jugend-)schuldangemessener Höhe verhängt und Erziehungsaspekte nur in der Form mit eingebracht werden, dass man überlegt, wie man die schuldangemessene Strafe noch erträglich, milder machen kann. Das überschneidet sich größtenteils mit Formulierungen, die man heute in der BGH-Rechtsprechung zum Umgang mit Erziehungsgedanken bei der Bemessung einer langjährigen Jugendschuldstrafe findet. So fordert der BGH u.a., dass »das Gewicht des Tatenrechts gegen die Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Heranwachsenden abgewogen werden«; vgl. BGH NSrZ 2016, 683; BGH NSrZ-RR 2015, 154; BGH NSrZ 2014, 407; BGH NSrZ-RR 2012, 186. Bei Jugendschuldstrafe wäre zudem zu fragen, ob nicht die schuldangemessene Strafe in ihrer Länge ab einem bestimmten Zeitpunkt erzieherisch kontraproduktiv wird und es – je nach Maß von Unrecht und Schuld – deswegen vertretbar erscheint, von der eigentlich schuldangemessenen Strafhöhe Abstriche zu machen oder sogar trotz Schwere der Schuld eine andere jugendstrafrechtliche Sanktion zu wählen.

72 Zum Prüfungsaufbau s. *Budelmann*, 2005 (Fn. 5), S. 90f.; zur pauschalen Prüfung des Erziehungsgedankens an diesen Maßstäben krit. *Grunevald*, 2002 (Fn. 6), S. 456f.; weitere prüfungsrelevante Grundrechte können sein Art. 6 Abs. 2 GG (hinsichtlich Eingriffen in das Elternrecht), Art. 12 GG bei Arbeitsweisungen bzw. Weisungen, die sich auf die Berufstätigkeit beziehen.

erlicht. Ich würde aber darüberhinausgehend fragen, ob solche Erziehungszuschläge nicht generell unzulässig sein müssten, auch gegenüber Jugendlichen. Woher nimmt denn der Staat ein Recht, durch Grundrechtseingriffe zu erziehen, wenn der staatliche Strafanspruch schon mit weniger eingriffsintensiven Maßnahmen (jugend-)schuldangemessen abgegolten ist? Die Befugnisse aus dem Jugendstrafrecht als Strafrecht enden mit der Befriedigung des staatlichen Strafanspruchs.

c. Zwischenergebnis

Generalisiert lässt sich sagen, dass 1. und 3. Strafsenat des BGH hier eine Diskussion losgetreten haben, die nicht geführt werden kann, wenn nicht zuvor die Begriffsinhalte in der Diskussion hinreichend klargelegt werden. Der erste Schritt wäre damit, dass der 1. Strafsenat des BGH sein Verständnis von Erziehung offenlegt und dass er zudem fokussierter die Fälle herausarbeitet, in denen aus seiner Sicht Erziehung zur Belastung wird, denn nur in Belastungsfällen wird die Abwehrdimension der Grundrechte aktiviert. Nur in diesen Fällen ist eine Einzelmaßnahme (und auf keinen Fall der abstrakte Erziehungsgedanke an sich) an den Grundrechten zu überprüfen. Damit einhergehend müsste der 1. Strafsenat des BGH dann auch die Frage beantworten, ob es richtig ist, mit dem Erziehungsgedanken zu brechen, oder ob der Bruch nicht mit dem reduzierten Erziehungsbegriff der Rechtsprechung erfolgen sollte, und mit der Kongruenzthese, die mit Sicherheit nie den historischen Begriffsvorstellungen der Väter und Mütter des JGG entsprach.

2. Bemerkungen zum Mechanismus des § 105 Abs. 1 JGG

a. Statistik

Heranwachsende werden statistisch gesehen nach wie vor häufiger nach Jugendstrafrecht abgeurteilt. Die letzte Auswertung der statistischen Zahlen des Jahres 2015 bei *Wolfgang Heinz* im Konstanzer Inventar Sanktionsforschung (KIS) zeigt, dass weiterhin hin gut 65 oder 66 Prozent der Heranwachsenden von den Gerichten

wie Jugendliche abgeurteilt werden.⁷³ Statistisch gesehen gilt auch weiterhin, dass eine Einbeziehung der Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht vor allem bei schwereren Gewaltdelikten und bei Kapitaldelikten erfolgt.⁷⁴ Allerdings existieren weiterhin populistische Forderungen, Heranwachsende generalisiert aus dem Einflussbereich des Jugendstrafrechts herauszunehmen oder das Jugendstrafrecht zu verschärfen, zuletzt formuliert von der AfD.⁷⁵

b. § 105 Abs. 1 JGG statuiert kein Verhältnis von Regel und Ausnahme

Weiterhin existiert auch unter Juristen das Fehlverständnis, dass § 105 Abs. 1 JGG einen Grundsatz etabliere, wonach im Regelfall auf Heranwachsende Erwachsenenstrafrecht zur Anwendung kommen soll und nur im Ausnahmefall Jugendstrafrecht. Das OLG Jena, zugegebenermaßen ein Gericht, das nicht oft mit Jugendstrafrecht befasst sein wird, erklärte z.B., ein Haftbefehl gegen eine Heranwachsende sei nach §§ 112, 112a StPO deswegen korrekt ergangen, weil die betroffene Beschuldigte »bei der Anwendung von Erwachsenenstrafrecht – was nach der gesetzlichen Konzeption gemäß § 105 Abs. 1 JGG bei Heranwachsenden die Regel ist (*sic!!!*); nur ausnahmsweise unter den dort genannten Voraussetzungen kann auf Heranwachsende noch Jugendstrafrecht angewendet werden – mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu rechnen« habe.⁷⁶

Tatsächlich steht die Anwendung von Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht nach § 105 Abs. 1 JGG aber nicht im Verhältnis von Regel und Ausnahme.⁷⁷ Der Mechanismus in § 105 Abs. 1 JGG begründet ein hochflexibles System, das vom Gericht verlangt, entweder aus dem Bild der Tat (*Jugendverfehlung*) oder aus der Persönlichkeit des jungen Täters und seinen Entwicklungsperspektiven hin zum

73 Vgl. Schaubild 64 bei *Heinz*, Wolfgang, Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland – Berichtsstand 2015 im Überblick, Stand 1/2017, S. 125; zu finden unter http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Kriminalitaet_und_Kriminalitaetskontrolle_in_Deutschland_Stand_2015.pdf (zuletzt besucht am 23. Februar 2018).

74 Vgl. Schaubild 65 ebd., S. 126ff.

75 Punkt 4.3, AfD Wahlprogramm Bundestagswahl 2017, zu finden unter https://www.afd.de/wp-content/uploads/sites/111/2017/06/2017-06-01_AfD-Bundestagswahlprogramm_Onlinefassung.pdf (zuletzt besucht am 23. Februar 2018).

76 OLG Jena Beschl. v. 29.11.2017 – 1 Ws 414/17, BeckRS 2017, 135309

77 BGH NJW 1989, 1490 (1491)

Erwachsenen abzuleiten, ob nun das Erwachsenenstrafrecht oder das erzieherisch intendierte Sonderstrafrecht des JGG die angemessene Aburteilungsgrundlage ist. Wichtigste Feststellung ist dabei nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG, ob der Delinquent in seiner Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichsteht, wobei für diese Beurteilung vor allem maßgebend ist, »ob in dem Täter noch in größerem Umfang Entwicklungskräfte wirksam sind.«⁷⁸ Es geht nicht darum, ob der Betroffene im abstrakten Vergleich in seiner Entwicklung hinter seinen Altersgenossen zurückgeblieben erscheint, sondern darum, wie prägar er noch wirkt.⁷⁹ Ich übernehme hier den Vorschlag von *Ostendorf*, diese Prüfung an den typischen Entwicklungsaufgaben zu orientieren, die junge Menschen in der Adoleszenz zu bewältigen haben (Entwicklung einer eigenständigen Lebensführung, Ablösung vom Elternhaus, Fähigkeit zu realistischem, eigenständigem Planen und Handeln).⁸⁰ Zunächst ist hypothetisch von der »normalen« Reifung eines Siebzehnjährigen auszugehen, der diese Entwicklungsaufgaben noch vor sich hat.⁸¹ Von diesem gedachten Maßstab der noch nicht abgeschlossenen Reife aus ist zu prüfen, ob beim konkreten Täter eine Reifepression gegenüber dem gedachten Siebzehnjährigen festzustellen ist. In einem zweiten Schritt ist in »entgegengesetzter Richtung« eine Gegenkontrolle vorzunehmen, ob der Heranwachsende nicht doch schon die Ausformung eines jungen Erwachsenen hat.⁸² Auch hier konzentriert sich die Prüfung im Wesentlichen darauf, ob der Betroffene die jugendtypischen Reifeaufgaben bereits bewältigt und so im sittlichen und moralischen Bereich die Übergangsphase

78 Vgl. nur BGHSt. 12, 116 (118); 22, 41 (42); BGH NJW 1989, 1490 (1491); BGH NSrZ-RR 2003, 186 (187); BGH NSrZ 2015, 230; BGH BeckRS 2016, 21435

79 BGH NSrZ 2008, 696, Diemer/Schatz/Sonnen, JGG, 7. Auflage, 2016, § 105 Rn. 15

80 Zu weiteren Entwicklungsaufgaben in der »späten Jugendphase« s. auch *Quenzel*, ZJJ 2017, S. 130; HKK-JGG/Reimschmidt/Rössner, 2. Auflage, 2015, § 105 Rn. 13ff.

81 *Ostendorf* in: *Ostendorf* (Hrsg.), JGG, 10. Auflage, 2015, § 105 Rn. 7, 9

82 BGH StV 2002, 418; 2003, 460 f.

zum Jungerwachsenen gemeistert hat.⁸³ Kommt das Jugendgericht zu dem Schluss, dass der Heranwachsende noch mit der Bewältigung der Entwicklungsaufgaben beschäftigt, also der moralische und sittliche Reifungsprozess noch im Gange ist, so ist nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG auf Tat und Täter Jugendstrafrecht mit der in § 2 Abs. 1 JGG umschriebenen erzieherischen Stoßrichtung anzuwenden.

c. Zwei Aspekte zur Anwendung von § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG

Im Fokus soll hier die Alternative des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG stehen und nicht die zweite Alternative einer ›Jugendverfehlung‹. Zwei Aspekte fallen in dem flexiblen System des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG auf: Eine Jugendreife wird schneller verneint, wenn der Täter bereits zentrale Entwicklungsaufgaben gemeistert hat; und dazu zählt für die Gerichte vor allem, dass er schulische und berufliche Bildung erworben, er sich also am Lebensvorbild von Erwachsenen orientiert und ernsthaft und realistisch Maßnahmen zur Berufsbildung, zur Weiterbildung oder generell zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit anstrebt. Erfolgreiche Schulabschlüsse scheinen ein zentrales Indiz dafür geworden zu sein, den Gleichstand des Heranwachsenden mit einem Jugendlichen zu verneinen.⁸⁴ Auch begonnene und ernsthaft vorangetriebene Ausbildungen, also Erfolge im sog. ›Leistungsbereich‹, führen eher zum Erwachsenenstrafrecht.⁸⁵ Dieser Fokus auf gute

83 Ostendorf, JGG, 10. Auflage, 2015, § 105 Rn. 9. Bei schwersten Gewalt- und Tötungsdelikten kommen die Jugendgerichte in den letzten Jahren laut Statistik nahezu regelmäßig zu dem Schluss, dass bei den Tätern entsprechende Reifedefizite vorlagen und damit eine Einbeziehung in das Jugendstrafrecht angezeigt war. Im Jahr 2015 lag die Einbeziehungsquote für Heranwachsende bei Mord bei 100 Prozent. Die generelle Einbeziehungsquote von Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht lag dagegen für alle Delikte in den letzten Jahren konstant zwischen 60 und 65 Prozent; *Heinz*, 2017 (Fn. 73), Schaubild 65, S. 127.

84 BGH BeckRS 2016, 21435: das Gericht betont »durchaus erfolgreiche Bemühungen des Angeklagten zu seiner schulischen und beruflichen Ausbildung«, wobei das Gericht auf »den Schulabschluss des zum Verurteilungszeitpunkt 21-jährigen Angeklagten und die Aufnahme eines Fernstudiums« verweist; generell krit. zur Hervorhebung schulischer Erfolge *Eisenberg*, ZJJ 2014, 388, S. 389.

85 BGH NSTZ 2014, 408 (409): Zentral für die Annahme von Erwachsenenreife waren neben einer bereits länger aufrecht erhaltenen festen Beziehung der Umstand, dass der Angeklagte einen erfolgreichen mittleren Schulabschluss abgelegt, anschließend eine Lehre als Mechatroniker begonnen, aber wegen »Unterforderung« nicht abgeschlossen hat und zum Verurteilungszeitpunkt ernsthaft eine Ausbildung zum Bürokaufmann vorantrieb; vgl. ferner BGH ZJJ 2014, 387: Der Täter war bereits zum Zeitpunkt der Tat zu einer realistischen Lebensplanung in der Lage und ging zugleich ernsthaft und motiviert seiner Ausbildung im zweiten/bald dritten Lehrjahr nach; m. krit. Anm. *Eisenberg*, ZJJ 2014, S. 388.

Entwicklungen im Leistungsbereich lässt sich verfahrenspraktisch natürlich dadurch erklären, dass Erfolg und Misserfolg im schulischen und beruflichen Bereich gut dokumentiert sind. Für die Erforschung der Entwicklung in anderen Bereichen, insbesondere in der Frage der Entwicklung einer eigenen Identität, der Loslösung vom Elternhaus, der Anbindung an Gleichaltrige, der Selbstständigkeit in der Lebensführung oder generell der Fähigkeit zu realistischem, eigenständigem Planen und Handeln, muss mehr Aufwand betrieben werden. Diesen aber kann ein Gericht ohne Jugendhilfe kaum leisten.

Andererseits weist die jüngere neurowissenschaftliche Forschung darauf hin, dass ein erzieherisches, jugendadäquat individualisierendes Vorgehen generell bis zum 25. Lebensjahr Sinn macht. Bei der Gehirnentwicklung junger Menschen lässt sich ab dem Eintritt in das Alter der Adoleszenz, also etwa ab dem 15., 16. Lebensjahr, bis zum 25. Lebensjahr ein Ungleichgewicht zwischen der Entwicklung der früher heranreifenden subkortikalen Hirnareale (die für Risikoverhalten und Belohnung zuständig sind) und dem erst später heranreifenden Präfrontalkortex feststellen (letzterer ist für die internale Verhaltenskontrolle zuständig, enthält gewissermaßen das Gewissen oder das Über-Ich). Kurz gesagt, die evolutionsbiologisch älteren Hirnareale, die Emotionen generieren, entwickeln sich schneller als die jüngeren Hirnareale, die die Emotionsverarbeitung regulieren.⁸⁶ Das daraus entstandene Ungleichgewicht bewirkt, dass das präfrontale Hemmungs- und Kontrollsystem über die Zeit der Adoleszenz hinweg weniger Einfluss auf die Bottom-Up-Prozesse nehmen kann, die vom Belohnungssystem gesteuert werden. Vor allem in affektiv-emotionalen Situationen gewinnen daher die Hirnregionen, die für riskante Verhaltensweisen auf der Suche nach Belohnung verantwortlich sind, schnell die Oberhand und dem präfrontalen Kortex gelingt es – aufgrund der noch nicht ausreichenden Vernetzung mit den anderen Hirnregionen – nicht, diese Prozesse in ausreichendem Maß zu modulieren.⁸⁷ Vor allem in affektiv-emotionalen Situationen gelingt

86 *Passow*, Das Gehirn – im Umbau begriffen, DVJJ-Tagung 23.-25.2.2018 Bad Boll, Folie 3, http://www.dvjj.de/sites/default/files/medien/imce/documente/veranstaltungen/dokumentationen/dvjj_23.2.2018_passow_oeffentlicher_satz.pdf (zuletzt besucht am 06.03.2018).

87 *Dünkel/Geng*, MschrKrim 2014, 387, S. 391f); *Dünkel/Geng/Passow*, ZJJ 2017, 123, 125f.

die interne Verhaltenskontrolle in dieser Altersstufe eher schlecht.⁸⁸ Der Leistungsbereich ist nun aber nicht gerade der Bereich, in dem man Steuerungsfähigkeit in affektiv-emotionalen Situationen erproben kann. Ganz im Gegenteil ist der Leistungsbereich vermutlich der Bereich, in dem ein Heranwachsender von seinem sozialen Umfeld sehr viel Unterstützung erfährt und in dem er sich auch nicht von seinen Eltern oder von Gleichaltrigen mit einer eigenständigen Position abzusetzen braucht. Deswegen ist der Leistungsbereich zwar ein wichtiger Indikator, aber er gibt wenig Aufschluss über die emotionale Reifeentwicklung und darüber, wie gut in emotional aufgeladenen Situationen situationsangemessene Handlungssteuerung oder Folgenabschätzung bzw. wie gut die Regulation emotionaler Prozesse gelingt, d.h. alle die Prozesse, wofür der in der Adoleszenz vergleichsweise langsam heranreifende präfrontalen Kortex zuständig ist.⁸⁹ Deswegen sollte die Prüfung bei § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG nicht nur den Leistungsbereich erfassen. Zu beachten sind die Entwicklungsdynamiken gerade auch im emotionalen Bereich bzw. überall dort, wo ein Heranwachsender die Entwicklungsaufgabe hin zur emotionalen Selbstkontrolle meistern muss. Erweist sich der Betroffene hier als noch prägar, als in seiner Persönlichkeit noch nicht gefestigt, dann ist Jugendstrafrecht anzuwenden.⁹⁰ Die neurowissenschaftlichen Forschungsergebnisse der letzten Jahre würden dafür sprechen, bei Spontanaten oder Gewaltdelikten in emotional aufgeladenen Situationen generell von einer in ihrer Selbstkontrolle noch nicht hinreichend herangereiften Persönlichkeit auszugehen.⁹¹ Auf jeden Fall aber sollte möglichst immer ein Bericht der Jugendgerichtshilfe vorliegen, die die für die Emotionsentwicklung hauptsächlich relevanten Lebensbereiche viel gezielter erforschen kann als das Gericht, das möglicherweise beim Leistungsbereich stehenbleibt.

Der zweite Aspekt zu § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG betrifft den Umgang mit hochradikalisierten bzw. in ihrer Radikalisierung oder in ihrer pathologischen Fehlentwicklung bereits gefestigten Personen. Das

88 *Dünkel/Geng*, 2014 (Fn. 87); *Dünkel/Geng/Passow*, 2017 (Fn. 87)

89 *Dünkel/Geng*, 2014 (Fn. 87)

90 *Eisenberg*, 2014 (Fn. 85), S. 389f.

91 So *Dünkel/Geng*, 2014 (Fn. 87), S. 392f.; *Dünkel/Geng/Passow*, 2017 (Fn. 87), S. 126f.

betrifft einerseits den Fall von Marcel H. vor dem LG Bochum und andererseits Terrorverdächtige, die als Jugendliche oder Heranwachsende nach Syrien ausgereist sind und dort nachweisbar Verbrechen begangen haben. Das OLG Frankfurt⁹² hat beispielsweise einen hoch radikalisierten, zur Tatzeit noch heranwachsenden Angeklagten nach Erwachsenenstrafrecht abgeurteilt, weil der Angeklagte bereits zur Tatzeit eine einem Erwachsenen gleichstehende Persönlichkeitsreife und Selbständigkeit gezeigt habe, wobei das Gericht die Selbständigkeit betont, die der Angeklagte durch seine religiöse Radikalisierung von seinen Eltern gewonnen hatte.⁹³ Schulisch war der Angeklagte *de facto* gescheitert,⁹⁴ aber da er auf der Grundlage seiner durch die Radikalisierung gewonnenen religiösen und ideologischen Weltanschauung seine eigene schulische und berufliche Bildung schlicht als mit der Entscheidung für den Dschihad beendet ansehen konnte, verhinderte auch dieses Defizit im Leistungsbereich nicht, dass das Gericht in der Gesamtschau eine erwachsene Persönlichkeit annahm.⁹⁵ Eine weitere wichtige Rolle spielte für die Entscheidung für Erwachsenenstrafrecht auch, dass der Angeklagte seine Ausreise minutiös geplant und die Finanzierung der Ausreise unter größerem Aufwand selbst organisiert hatte.⁹⁶ Weiterhin war für das Gericht entscheidend, dass der Angeklagte vor der Ausreise zwar noch in der elterlichen Wohnung gelebt hatte, er aber über Monate hinweg zugleich eine feste Beziehung mit einer Frau hatte, die zu ihm ins Kinderzimmer gezogen war.⁹⁷

92 Die Revision gegen das Urteil wurde verworfen, vgl. BGH 3 StR 57/17 - Urteil vom 27. Juli 2017 (OLG Frankfurt am Main), HRRS 2017 Nr. 997 = NSTZ 2018, 37; sehr krit. zur materiell-rechtlichen Diskussion bzw. krit. dazu, ob § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB – wie von der obergerichtlichen Rechtsprechung und vom BGH behauptet – überhaupt die Schändung von Leichnamen erfassen kann, s. *Berster*, ZIS 2017, S. 264; a. A. *Werle/Epik*, JZ 2018, 261, S. 262f.

93 Seine Mutter bezeichnete er u.a. als Ungläubige; OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 148.

94 Er hatte nach schleppendem schulischen Ausbildungsverlauf, bei dem er zunächst vom Gymnasium und später von einer Gesamtschule abgehen musste, jedenfalls einen Hauptschulabschluss erworben; OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 149.

95 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 149

96 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 149

97 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 7-10, 13-18

Es ist relativ schwer nachzuvollziehen, wieso das OLG Frankfurt der Entscheidung zur Reifeentwicklung des Angeklagten (nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG) das Selbstbild des Angeklagten zum Tatzeitpunkt zugrunde gelegt hat und nicht das, was objektiv über den Angeklagten und seine Entwicklung aus der Schilderung seines Werdegangs sichtbar ist. Objektiv sieht man größtenteils eine Haltlosigkeit des Angeklagten, eine über Jahre andauernde Identitäts- und Sinnsuche und ein hohes Maß an Aggressivität und Unfähigkeit, Emotionsaufwallungen zu kontrollieren und das eigene Verhalten zu steuern.⁹⁸ Das Leben des Angeklagten schwankte vor der Ausreise nach Syrien und auch nach seiner Rückkehr unbeständig zwischen Phasen des Abtauchens in die Kleinkriminalität, darunter auch Drogenkonsum und kleinere Eigentums- und Gewaltdelikte, und Phasen als ›Übermuslim‹. Im Zustand des ›Übermuslimseins‹ missionierte er aggressiv, belehrte oder beschimpfte seine Eltern, machte seinen Lebensgefährtinnen religiöse Vorschriften und ging zuletzt noch in der Justizvollzugsanstalt gewaltsam gegen seine Freundin vor, weil ihr Lebenswandel nicht in seine radikalislamische Vorstellungswelt passte.⁹⁹ In den tatrelevanten Zeiträumen im Jahre 2014 bis Anfang 2015, als der Angeklagte 19 bzw. 20 Jahre alt war, wurde er vor allem von dem Motiv angetrieben, die sunnitische Bevölkerung in Syrien gegen die Gewalt des Regimes von Bashar al-Assad ›zu verteidigen‹. Er wollte einem bereits ausgewanderten Freund folgen und mit ›Brüdern‹ einen islamischen Gottesstaat aufbauen. Auch die einzelnen Verbrechen, die Leichenschändungen, waren inszeniert als eine Art Selbstversicherung der Richtigkeit der eigenen Gewalt, und als Vergeltungsmaßnahmen, die im Namen der Kampfgruppe begangen wurden, zu der sich der Angeklagte in Syrien zugehörig fühlte.¹⁰⁰ Angesichts dieses Getriebenseins des Angeklagten, seiner Instabilität und seiner Versuche, sich – schwankend zwischen der Rolle als Kleinkrimineller und seinem schlechten Gewissen – über religiöse Definitionen eine Gruppenzugehörigkeit und Identität zu verschaffen, erstaunt die Entscheidung des Gerichts, der Angeklagte sei bereits selbstständig gewesen und wie ein Erwachsener in der Lage,

98 Vgl. die Darstellung OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 paras. 7-10, 13-22, 34-36

99 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 paras. 7-10, 13-20, 39, 41-43

100 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 paras. 20, 34-36

sein Verhalten zu kontrollieren. Da aber auch die Jugendgerichtshilfe für eine Erwachsenenstrafe plädiert hat,¹⁰¹ ist anzunehmen, dass diese verfestigte radikalislamische Identität und Weltanschauung den Akteuren vor Gericht wirklich größere Probleme bereitete. Vermutlich waren sich alle bewusst, dass der Jugendstrafvollzug für solche Personen keine Angebote bereithält, dass sie die Arbeit mit den ›normalen‹ Jugendstraftätern belasten und der Erwachsenenstrafvollzug daher der bessere Ort ist.

In diese Richtung verstehe ich auch die Bedenken des Landgerichts Bochum, den Doppelmörder von Herne, *Marcel H.*, nach Jugendstrafrecht abzuurteilen. Die Ablehnung von Jugendstrafrecht nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 JGG stützte das Gericht dort auf ein Gutachten, das dem Angeklagten eine in ihren pathologischen Strukturen bereits ausgereifte Persönlichkeit attestierte. Laut Zeitungsbericht des SPIEGEL waren das Problem »vor allem ›psychopathische, narzisstische und sadistische‹ Elemente«. Laut Gutachterin »könnten [diese] im Jugendstrafvollzug kaum mehr korrigiert werden.«¹⁰² Es ging dabei nicht um ein Problem der nicht mehr möglichen Nachreife. Auch in diesen Fällen kann ja bekanntlich § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG verneint werden, selbst wenn der Täter aufgrund seiner Entwicklungsdefizite eigentlich noch einem Jugendlichen gleichstand, allein weil für den Täter eine Nachreife zum Erwachsenen generell nicht mehr möglich ist.¹⁰³ Dem LG Bochum ging es aber ausschließlich um den Punkt, dass die Persönlichkeit bereits mit all ihren Pathologien ausgereift war.

All diese Urteile zeigen, dass es – anders als im Erwachsenenstrafrecht – in der Praxis gar nicht möglich ist, Fragen zum materiellen Jugendstrafrecht und Aspekte des Jugendstrafvollzugs klar zu trennen.¹⁰⁴ Auch die gesetzliche Definition der Jugendstrafe als »Frei-

101 OLG Frankfurt, BeckRS 2016, 19047 para. 147

102 DER SPIEGEL, Doppelmord von Herne, Gutachterin fordert Erwachsenenstrafrecht für Marcel H., 18. Januar 2018, zu finden unter <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/herne-prozess-gegen-marcel-h-gutachterin-lehnt-jugendstrafrecht-ab-a-1188602.html> (zuletzt besucht am 25. Februar 2018).

103 BGH NStZ 2002, 204ff. m. krit. Anm. *Michael Walter*; BGH NStZ-RR 2003, 186, S. 187

104 Obwohl auch die Kritik bei MüKo/*Radtke*, 3. Auflage, 2017, § 17 Rn. 1, es wäre »nur wenig zielführend, ... die Sanktionsart von der Vollzugseinrichtung her« zu bestimmen⁴, statt den materiellen Gehalt der Sanktion ›Jugendstrafe‹ zu beschreiben, einen Kern hat. Traditionell wurden die Jugendstrafalternativen aber offenbar immer von der Eignung für den Jugendstrafvollzug her interpretiert; vgl. *Tenckhoff*; JR 1977, 485, S. 496f.

heitsentzug in einer für ihren Vollzug vorgesehenen Einrichtung« in § 17 Abs. 1 JGG ist im Grunde ein Hinweis darauf, dass die Autoren des JGG die Jugendstrafe vor allem auch aus der Perspektive eines erzieherischen Jugendstrafvollzugs heraus interpretierten; und in dieser Vermischung der jugendstraf- und jugendstrafvollzugsrechtlichen Perspektiven ist es eben auch von Bedeutung, ob ein Angeklagter in den Jugendstrafvollzug passt oder ob er dort zur Belastung wird. Dass der Vollstreckungsleiter auch später noch nach § 89b JGG eine Entscheidung über die Herausnahme eines ungeeigneten Jungerwachsenen aus dem Jugendstrafvollzug treffen kann, schadet nicht. Die Weichenstellung für den Strafvollzug beginnt in der Praxis bereits im Rahmen des § 105 Abs. 1 JGG.¹⁰⁵

3. Die über zehnjährige Jugendstrafe bei Mord eines Heranwachsenden bei besonderer Schwere der Schuld nach § 105 Abs. 3 S. 2 JGG

Zu § 105 Abs. 3 S. 2 JGG habe ich andernorts ausführlich Stellung genommen.¹⁰⁶ § 105 Abs. 1 S. 2 JGG erlaubt dem Jugendgericht, im Fall eines Heranwachsenden, auf den nach § 105 Abs. 1 JGG Jugendstrafrecht zur Anwendung kommt, für einen Mord bei besonderer Schwere der Schuld eine Jugendstrafe bis zum Höchstmaß von fünfzehn Jahren zu verhängen. Angesichts der vielen Ungereimtheiten der Regelung und der darin enthaltenen fehlerhaften Verweise auf Begriffe des Erwachsenenstrafrechts, bin ich davon überzeugt, dass diese Regelung verfassungswidrig ist. Sie scheitert nicht nur an ihren inneren Unstimmigkeiten, sondern vor allem daran, dass sie nur für Mord nach § 211 StGB gelten soll und nicht auch für andere Tötungsdelikte, die ebenfalls ausschließlich mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind.¹⁰⁷ Aus meiner Sicht ›katapultiert‹ die Norm

105 Dieser praktische Umgang mit § 105 Abs. 1 JGG ist dennoch zu unterscheiden von der hier vertretenen Lösung, Jugendschuldstrafe unabhängig von der Erziehungsbedürftigkeit oder Erziehungsfähigkeit des Betroffenen zu verhängen, auch wenn man natürlich hier gleichermaßen anführen könnte, dass es wenig Sinn macht, jemanden in den Jugendstrafvollzug zu entsenden, der dafür ungeeignet ist oder den Vollzug sogar belastet. Da es aber zur Schuldvergeltung bei erheblicher Schuld schlicht keine Alternative zur Jugendschuldstrafe gibt, wird man sich hier von der Überlegung der Geeignetheit für den Jugendstrafvollzug frei machen müssen.

106 *Švoboda*, in: DVJJ (Hrsg.), Herein-, Heraus-, Heran- Junge Menschen wachsen lassen, 30. DJT in Berlin 2017, (im Erscheinen).

107 Vgl. § 212 Abs. 2 StGB oder §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB

die Heranwachsenden, auf die sie Anwendung findet, aus dem Anwendungsbereich jugendstrafrechtlicher Prinzipien heraus. Zahlreiche Gedanken des Erziehungs- und Täterstrafrechts funktionieren nicht mehr. U.a. gilt hier ein anderer Schuldbegriff, nämlich der des Erwachsenenstrafrechts aus § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB;¹⁰⁸ und selbst damit lässt sich die »besondere Schwere der Schuld« für die Belange von § 105 Abs. 3 S. 2 JGG nicht schlüssig definieren.¹⁰⁹

a. Offene Fragen der Regelung

Mit der neuen über zehnjährigen Höchststrafe wollte der Gesetzgeber den Jugendgerichten die Möglichkeit eröffnen, in Einzelfällen des Mordes einer besonderen Schwere der Schuld Rechnung zu tragen und hierfür eine »angemessene Reaktionsmöglichkeit« zu schaffen. Er bestand aber zugleich darauf, dass diese besonders lange Jugendstrafe »unter Berücksichtigung des leitenden Erziehungsgedankens« verhängt wird.¹¹⁰ Der Widerspruch, dass eine eindeutig mit Vergeltungsgedanken aufgeladene langjährige Jugendstrafe auch in dieser Länge noch erzieherisch begründet werden soll, obwohl die bei langen Inhaftierungen zu beobachtenden Prisonisierungseffekte alle positiven Wirkungen eines stationären Vollzugs erfahrungsgemäß zunichtemachen,¹¹¹ ist dabei auch dem Gesetzgeber selbst aufgefallen.¹¹² Dennoch hat er alle bekannten kriminologischen Bedenken zurückgewiesen und auf dieser »ethischen und gesellschaftlichen ... Grundentscheidung« für mehr Punitivität im Jugendstrafrecht festgehalten.¹¹³ Dies geschah in der Gesetzesbegründung erkennbar in der Hoffnung, dass nur wenige Verfahren, nur krasse Ausnahmefälle unter die Regelung fallen würden. Mittlerweile, fünfeinhalb Jahre nach Einführung der Regelung (der neue § 105 Abs. 3 S. 2 JGG trat bereits zum 08.09.2012 in Kraft),

108 BGH NSrZ 2016, 685; BGHSt. 61, 302; krit. *Laue*, NSrZ 2017, S. 687; krit. auch *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 105 Rn. 39c

109 *Svoboda* (Fn. 106)

110 Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten, BT-Drs. 17/9289 S. 8, 20

111 *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 105 Rn. 39c; BT-Drs. I/3264, 41; siehe auch *Kaspar*, Schöch-FS, 2010, 209, S. 214; HK-JGG/*Laue*, 2. Auflage, 2015, § 17 Rn. 28 m. w. Nachw.; *Henning Müller*, JR 2017, 120, S. 121

112 BT-Drs. 17/9289, S. 8, 20

113 BT-Drs. 17/9289, S. 8, 20

sind vier Verfahren bzw. Urteile gegen fünf Angeklagte dokumentiert, in denen aufgrund besonders grausiger Umstände des Mordes eine über zehnjährige Jugendstrafe verhängt wurde, z.T. auch nur wegen Mordversuchs.¹¹⁴ Leider kann ich keinen Gesamtüberblick über die einschlägigen Verfahren geben, denn die Publikation ›Strafverfolgung‹, Fachserie 10 Reihe 3, des Statistischen Bundesamts weist auch für das Jahr 2017 immer noch kein Erhebungsfeld für diese langjährige Jugendstrafe auf. Durch die jüngste BGH-Entscheidung vom 12. Oktober 2017, in der der erste Strafsenat eine Verurteilung des Landgerichts Würzburg¹¹⁵ zu elf Jahren Jugendstrafe wegen versuchten Mordes bestätigt hat, ist aber jedenfalls eine Unklarheit im Umgang mit der Norm gelöst: Entgegen aller Hoffnungen in der Literatur,¹¹⁶ der BGH werde die Norm restriktiv auslegen und sie nur für den vollendeten täterschaftlichen Mord anwendbar machen, ist nun jedenfalls klar, dass alle Varianten der Begehung von Mord eine Verurteilung zu über zehn Jahren Jugendstrafe nach sich ziehen können; darunter auch Versuch, Varianten der Tatvorbereitung nach § 30 StGB oder Anstiftung und Beihilfe zum Mord.¹¹⁷

Mit der zunehmenden Zahl an Urteilen zu § 105 Abs. 3 S. 2 JGG klären sich zwar langsam einige Fragen zur Normauslegung, allerdings in der Regel in der Form, dass die Jugendschuldstrafe nach § 105 Abs. 3 S. 2 JGG immer punitiver gehandhabt wird. Auch das mag ein Grund sein, warum die Zahl der Fälle, die unter § 105 Abs. 3 S. 2 JGG erfasst werden, auf einmal seit 2016 so zugenommen hat (der erste Fall des LG Verden stammt allerdings schon vom 24. Oktober 2014)¹¹⁸.

114 Vgl. zum Verfahren LG Verden, 3. Große Strafkammer – Jugendkammer als Schwurgericht, Urteil vom 24.10.2014 – 3 Kls 1/14 – (231 Js 39325/13 StA Verden), S. *Eisenberg*, NK 2016, 389 und *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage, 2017, § 105 Rn. 39d; BGH, 5 StR 524/15 LG Cottbus, Urteil vom 22. Juni 2016 = NSrZ 2016, 685 m. krit. Anm. *Laue* = JR 2017, S. 118 m. abl. Anm. *Henning Müller*; BGH – 5 StR 390/16, Beschluss vom 8. November 2016 = NSrZ 2017, 218 = BGHSt. 61, 302; zuletzt BGH, Beschluss vom 12. Oktober 2017 – 1 StR 324/17

115 LG Würzburg, 26.01.2017 - JKLS 801 Js 263/16 jug.

116 Mordversuche sollten nach *Ostendorf*, JGG, 10. Auflage 2017, § 105, Rn. 32a, und *BeckOK-Schlehofer*, JGG, Stand 01.07.2017, § 105 JGG, Rn. 23a, nicht ausreichen.

117 BGH, Beschluss vom 12. Oktober 2017 – 1 StR 324/17; so auch bereits *Feilcke*, *Breidling-FS*, 2017, 73, S.76ff., 80; *Swoboda* (Fn. 106)

118 *Eisenberg*, NK 2016, S. 390

Neben der Frage, ob die Norm wirklich nur auf Mord, dann aber auf alle Tatbegehungsmodalitäten des Mordes Anwendung findet, bleiben noch einige weitere nicht aufgelöste Widersprüche.

Da ist zunächst die Frage, wie man eigentlich stimmig begründen kann, dass ein Heranwachsender, der nach § 105 Abs. 1 JGG nach Jugendstrafrecht abgeurteilt wird, der also zur Tatzeit in seiner Reifeentwicklung noch nicht einem Erwachsenen gleichstand, sondern unreif war bzw. jugendtümlich agierte, wie diese Person überhaupt besonders schwere Schuld auf sich geladen haben kann. Der jugendstrafrechtliche Schuldbegriff ist auch mit Blick darauf, dass hier eine für einen jungen Täter adäquate, individualisierende Rechtsfolgen gefunden werden müssen, anders als der Schuldbegriff des Erwachsenenstrafrechts. Die äußere Schwere der Tat, das äußere Tatgeschehen generell, sind nur heranzuziehen, soweit es Schlüsse auf das Maß der individuellen Schuld, also der persönlichkeitsbegründeten Beziehung des jungen Täters zu seiner Tat, zulässt.¹¹⁹ Zudem gilt, dass ein Täter mit bloßer Jugendreife weniger Schuld verwirkt hat als ein sittlicher ausgereifter Erwachsener, weswegen eine Jugendschuldstrafe nie höher ausfallen kann als eine für die entsprechende Tat verhängte Erwachsenenfreiheitsstrafe.¹²⁰ Der BGH hatte diese Widersprüche des § 105 Abs. 1 und 3 S. 2 JGG gleich in seiner ersten Entscheidung dahingehend aufgelöst, dass er auf den Betroffenen den Schuldbegriff des Erwachsenenstrafrechts zur Anwendung findet.¹²¹ Letzteres macht die Norm zu einem ›Katapult‹, das die betroffenen Heranwachsenden aus den für junge Täter entwickelten Schuldbemessungsgrundsätzen hinaus befördert.

Bevor ich dieses Katapult vertieft erläutere, will ich kurz auf die dritte Unstimmigkeit eingehen, die durch § 105 Abs. 3 S. 2 JGG ins Recht hineingetragen wurde. Es gibt zahlreiche Fallkonstellationen,

119 BGHSt. 15, 224; BGH NSτZ 2015, 229; *Eisenberg*, JGG, 19. Auflage 2017, § 17 JGG, Rn. 29; *Laue*, NSτZ 2017, S. 687: »Entscheidend ist bei der Sanktionsauswahl und bei ihrer Bemessung allein die Persönlichkeit des Verurteilten; die Tat und ihre Schwere bilden nur den Anlass der Sanktion (...) oder dienen der Begrenzung der Sanktionsschwere.«

120 *Streng*, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2017, Rn. 447; *Ostendorf*, JGG, 10. Auflage, 2017, § 18 Rn. 6

121 BGH, 5 StR 524/15 LG Cottbus, Urteil vom 22. Juni 2016 = NSτZ 2016, 685 m. krit. Anm. *Laue* = JR 2017, 118 m. abl. Anm. *Henning Müller*.

in denen ein wegen Mordes verurteilter Heranwachsender bei Anwendung allgemeiner jugendstrafrechtlicher Prinzipien auf die über zehnjährige Jugendstrafe nach § 105 Abs. 3 S. 2 JGG am Ende in der Sanktionierung schlechter steht, als wenn er sogleich als Erwachsener nach Erwachsenenstrafrecht bestraft worden wäre.¹²² Dass der Gesetzgeber diese Strafe von bis zu fünfzehn Jahren jugendstrafrechtlichen Erziehungsgrundsätzen unterstellt hat, gereicht den Betroffenen also zum Nachteil. Wäre er als Erwachsener abgeurteilt worden, hätte seine Freiheitsstrafe milder ausfallen können. Hier ist nicht der Raum, diese Sonderfälle noch einmal im Detail zu erörtern. Ausführliche Fallstudien findet man in Aufsätzen von *Mitsch* in der Festschrift für *Werner Beulke* und im *Golddammers Archiv* aus dem Jahr 2013.¹²³ Insgesamt zeigen die Fallstudien, dass eine so exzessive Jugendstrafe wie die nach § 105 Abs. 3 S. 2 JGG weder mit dem Sonderstrafrecht des JGG noch mit den allgemeinen Strafzumessungsregeln des StGB harmoniert. Allein das wäre ein Grund, die Reform zu überdenken.

b. Der Katapultmechanismus

Der Gesetzgeber hat mit § 105 Abs. 3 S. 2 JGG *de facto* angeordnet, dass die betroffenen Heranwachsenden unter dem Deckmantel des Jugendstrafrechts nach Wertungen des Erwachsenenstrafrechts behandelt werden.¹²⁴

aa. Der Mechanismus zur Anwendung allgemeinstrafrechtlicher Schuldprinzipien

Zentraler Punkt des Katapultmechanismus ist der Verweis in § 105 Abs. 3 S. 2 JGG, dass der neue erhöhte Strafraum eine Mordtat, begangen bei ›besonderer Schwere der Schuld‹, voraussetzt. Die Gesetzesbegründung enthält keinerlei Vorgaben dazu, wie sich diese

122 Ein Teil der Fälle betrifft Ungereimtheiten in der Anwendung des Gebots der einheitlichen Sanktionierung bei gleichzeitiger Aburteilungen von Taten, die in unterschiedlichen Reifestufen begangen wurden, also den Mechanismus des § 32 JGG; *Mitsch*, Beulke-FS, 2015, S. 1181 (zur Anwendung von § 32 JGG); weitere Ungereimtheiten gibt es beim Vergleich der Sanktionsmaßstäbe zwischen Erwachsenen- und Jugendstrafe, wenn es um Tatteilnahmeregelungen und die Anwendung des § 28 Abs. 1 JGG auf den Teilnehmer geht; *Mitsch*, GA 2013, S. 137.

123 *Mitsch*, 2015 (Fn. 122), S. 1181; *Mitsch*, 2013 (Fn. 122), S. 137; zu den eklatantesten Fällen hieraus s. auch *Stvoboda* (Fn. 106)

124 Man kann auch von einem ›Quantensprung‹ in neue Strafdimensionen sprechen; so *Mitsch*, 2018 (Fn. 122), S. 1185ff.

besonders schwere Schuld eines jungen Täters bestimmen lässt, aber von Anfang an wurde diese Gesetzesformulierung als Verweis auf § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB diskutiert,¹²⁵ da es gerade auch die Fälle des § 57a Abs. 1 StGB waren, also Mordfälle bei besonderer Schwere der Schuld nach Erwachsenenmaßstäben, in denen die Diskrepanz zwischen der lebenslangen Freiheitsstrafe für Erwachsene und der maximal zehnjährigen Jugendstrafe für Jugendliche und Heranwachsende besonders augenfällig wurde.¹²⁶ Insgesamt sollte mit § 105 Abs. 3 S. 2 JGG (mutmaßlich) die »bemerkenswerte Sanktionslücke« zwischen der generellen »Strafrahmenobergrenze des JGG von zehn Jahren Jugendstrafe und der lebenslangen Freiheitsstrafe des allgemeinen Strafrechts« geschlossen werden.¹²⁷ Dementsprechend hat auch der BGH in seiner ersten Entscheidung zu dieser Norm vorgegeben, dass der Begriff der besonderen Schwere der Schuld an den für § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB entwickelten Maßstäben zu orientieren ist,¹²⁸ obwohl die dort angewendeten Maßstäbe schon für das Erwachsenenrecht weitgehend unklar sind, und obwohl diese Maßstäbe auf einem für das Jugendstrafrecht falschen Schuldbegriff basieren.¹²⁹ Der Erwachsenenschuldbegriff darf an der objektiven Tatseite, am objektiv verwirkten Tatumrecht anknüpfen, während es für jugendstrafrechtliche Schuld mehr auf die subjektiven und persönlichkeitsbegründenden Beziehungen des Täters zu seiner Tat ankommt, auf die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und auch auf Tatmotive.¹³⁰

Im Erwachsenenstrafrecht wollte der Gesetzgeber mit § 57a Abs. 1 StGB die Möglichkeit schaffen, auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe noch zwischen Schuldgraden zu differenzieren und damit im Wege der Strafvollstreckung Einzelfallgerechtigkeit bzw. eine schuldangemessene

125 Höynck, DVJJ, Schriftliche Stellungnahme im Rahmen der Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23.05.2012 zum Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung der jugendgerichtlichen Handlungsmöglichkeiten, BT-Drs. 17/9389 vom 24.4.2012, S. 4; zu finden unter http://www.dvjj.de/sites/default/files/medien/imce/documente/aktuelles/Stellungnahme_Hoeynck.pdf (zuletzt besucht am 26. Februar 2018).

126 MüKo/Laue, JGG, 3. Auflage, 2017, § 105 Rn. 36

127 Streng, Jugendstrafrecht, 4. Auflage, 2016, Rn. 439a

128 BGH NSrZ 2016, 685 m. abl. Anm. Laue = BGH JR 2017, 118 m. abl. Anm. Henning Müller

129 Henning Müller, JR 2017, 120, S. 121f.

130 BGHSt. 15, 224; BGH NSrZ 2014, 407 (408); Eisenberg, JGG, 19. Auflage 2017, § 17 JGG, Rn. 29

Tatbestrafung zu ermöglichen; - etwas, dass das Gesetz dies bei Mord mit der zwingenden Rechtsfolge ›Lebenslang‹ gerade nicht zulässt.¹³¹ Die Schwierigkeit besteht nun aber darin, einen Normalmaßstab von Schuld zu definieren, von dem ausgehend man zwischen Schuldgraden differenzieren könnte. Man könnte Mindestschuld-kategorien bilden und alles das, was über das Mindestmaß an Schuld hinausgeht, das zur Tatbestandserfüllung mindestens erforderlich ist, als besonders schwer einstufen,¹³² oder man könnte versuchen, Mindest- und Normalschuld-kategorien zu kreieren und davon ausgehend Kategorien für eine besondere Schwere der Schuld bestimmen.¹³³ All das hat der große Senat des BGH aber abgelehnt.¹³⁴ Eine Maßstab-sbildung nach Fixpunkten soll es nicht geben. Stattdessen hat sich der Große Senat auf die Aussage zurückgezogen, dass es für die Bemessung der besonderen Schwere der Schuld nur auf die Gesamtwürdigung aller Umstände im konkreten Einzelfall ankommt.¹³⁵ Zu berücksichtigen sei zum Beispiel, ob mehrere Mordmerkmale verwirklicht wurden, ob es mehrere Opfer gab, ob die Tat in besonderer Art oder Intensität begangen wurde oder unter besonderen Begleitumständen, wie der Gefährdung weiterer Menschen. Auch andere Straftaten, die tateinheitlich oder tatmehrheitlich zum Mord begangen wurden, sind im Erwachsenenstrafrecht relevant.¹³⁶

Insgesamt aber bleibt dieses Gesamtwürdigungskonzept vage.¹³⁷ Eigentlich ist es nicht mehr als eine Begründungsanweisung an die Gerichte, dezidiert darzutun, warum im Einzelfall schulderschwerende

131 Entwurf eines Siebzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes (17. StrÄndG), BT-Drs. 8/3218 S. 7; Rieke-Müller/Schady, Empfehlen sich Änderungen des § 57a StGB?, in: BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte (§§ 211-213, 57a StGB), Juni 2015, 750, S. 760

132 Der Mindestschuldansatz wird z.B. weiterhin vertreten von Schönke/Schröder-Stree/Kinzig, 29. Auflage 2014, § 57a StGB, Rn. 5; s. ferner BGH, NSrZ 1994, 540

133 Zur Idee einer Kategorie der »normativen Regeltatschuld« s. Nachweise bei BGH NSrZ 1995, 122 (123)

134 BGH NSrZ 1995, 122 (123)

135 BGH NSrZ 1995, 122 (123 f.)

136 Weitere Aspekte aus der Rechtsprechung sind z.B. die schuld-mindernde Berücksichtigung von Provokationen oder die Missachtung der Warnfunktion von Vorstrafen; MüKo/Groß, 3. Auflage 2016, § 57a StGB Rn. 19; Schönke/Schröder-Stree/Kinzig, 29. Auflage 2014, § 57a StGB, Rn. 5

137 Grünewald, FS-Bemman, 1998, S. 161, S. 171; Jahn/Kett-Straub, SrV 2010, 271, S. 273f.; Heine/Höpfel/Huber, GA 2008, S. 256; Heine/Höpfel/Huber, GA 2008, S. 256; SK-Schall, § 57a StGB Rn. 8a

Umstände vorlagen. Ansonsten fehlt jeder Maßstab für eine Kategorie der besonderen Schwere der Schuld, denn eine solche Kategorie lässt sich ohne Fixpunkte für Schuldmaße schlicht nicht bilden.¹³⁸

All diese Kategorisierungsprobleme werden nun über § 105 Abs. 3 S. 2 JGG ins Jugendstrafrecht hineingetragen; so als wäre es sogar für den subjektivierenden jugendstrafrechtlichen Schuldbegriff möglich, Mindest-, Normal- oder Schwerekategorien für individuelle Schuld zu finden. Tatsächlich ist aber schon der Gedanke, Schuldkategorien zu bilden, mit einem täterstrafrechtlichen Schuldbegriff des JGG nicht zu vereinbaren. Wie sollen denn eine charakterliche Haltung, eine persönliche Beziehung eines Täters zu seiner Tat in objektive Kategorien fassen? Wenn man § 105 Abs. 3 S. 2 JGG also überhaupt anwenden will (man könnte ihn aus meiner Sicht wegen dieses In-Sich-Widerspruchs auch für unanwendbar erklären), dann geht das nur, wenn man den jugendstrafrechtlichen Schuldbegriff gegen den Schuldbegriff des Erwachsenenstrafrechts austauscht, d.h. gegen einen an äußeren Tatumständen orientierten Schuldbegriff. Dann kann man für die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld die Maßstäbe des Erwachsenenstrafrechts zur Anwendung bringen, und zwar genau so, wie sie zu § 57a Abs. 1 StGB im Erwachsenenstrafrecht entwickelt wurden. Diesen Weg hat jetzt der BGH beschritten und in den entsprechenden Entscheidungen dann auch konsequenterweise nur noch objektive Tatumstände betrachtet, um die besondere Schwere der Schuld festzustellen.¹³⁹

Das Katapult besteht also darin, dass aufgrund der Fehlverweisung in § 105 Abs. 3 S. 2 JGG auf § 57a Abs. 1 StGB nun der betroffene Heranwachsende nach Maßstäben des Erwachsenenstrafrechts abgeurteilt wird, mit dem einzigen Vorteil, dass die Höchststrafe nach § 105 Abs. 3 S. 2 JGG auf fünfzehn Jahre Jugendstrafe lautet und nicht auf lebenslange Freiheitsstrafe. Hier wird Erwachsenenstrafrecht unter dem

138 Generell zur Forderung nach Bestimmung von Fixpunkten *Rieke-Müller/Schady*, 2015 (Fn. 131), S. 772ff.

139 BGH NSrZ 2016 (686); NSrZ 2017, 218 (219); BeckOK-*Schlehofer*, JGG, Stand 01.07.2017, § 106 Rn. 23 m; dazu übrigens sind die vom BGH zur Feststellung einer besonderen Schwere der Schuld entwickelten Richtlinien auch dann nur bedingt anwendbar. Da § 105 Abs. 3 S. 2 JGG die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld deziert auf den begangenen Mord bezieht, müssen z.B. andere Delikte, die in Tatmehrheit oder in Tateinheit hierzu begangen wurden, außer Betracht bleiben; *Mitsch*, 2015 (Fn. 122), S. 1181, 1182ff., 186f.; BeckOK-*Schlehofer*, JGG, Stand 01.07.2017, § 106 Rn. 23 f, 23i; *Laue*, NSrZ 2016, 687, S. 688.

Deckmantel einer neuen Jugendstrafkategorie ins Jugendstrafrecht eingeschleust. *De facto* findet ›im Gewande‹ der neuen Jugendhöchststrafe ein Austausch von Jugendstrafrecht gegen Erwachsenenstrafrecht statt.

bb. Alternative Lösungen – und ihre Kritik

Dieses Ergebnis hätte man auch offen anordnen können, indem man in § 105 Abs. 1 JGG eine Ausnahmeregelung kreiert, die diejenigen Heranwachsenden, die aber einen Mord begangen haben, der nach Erwachsenenschuldmaßstäben als Mord mit besonderer Schwere der Schuld bezeichnet werden müsste, von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Jugendstrafrechts herausnimmt. Diese Heranwachsenden könnten dann, wenn doch noch Reiferückstände bestehen bzw. wenn sie noch prägnant sind, unter die Regelung des § 106 Abs. 1 JGG fallen. Sie hätten dann nach Erwachsenenstrafrecht nur eine Höchststrafe von fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe zu erwarten.

Der Zusatz in § 105 Abs. 1 JGG, mit dem heranwachsende Mörder direkt zum Erwachsenenstrafrecht übergeleitet würden, könnte wie folgt lauten:

§ 105 JGG: Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende

(1) ¹Begeht ein Heranwachsender eine Verfehlung, die nach den allgemeinen Vorschriften mit Strafe bedroht ist, so wendet der Richter die für einen Jugendlichen geltenden Vorschriften der §§ 4 bis 8, 9 Nr. 1, §§ 10, 11 und 13 bis 32 entsprechend an, wenn

1. die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters bei Berücksichtigung auch der Umweltbedingungen ergibt, dass er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand, oder
2. es sich nach der Art, den Umständen oder den Beweggründen der Tat um eine Jugendverfehlung handelt.

²Handelt es sich bei der Tat um einen Mord und liegt besondere Schwere der Schuld (nach Maßstab des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) vor, so ist auf den Heranwachsenden das allgemeine Strafrecht nach Maßgabe des § 106 Abs. 1 JGG anzuwenden.

(2)...¹⁴⁰

Das Erstaunliche an einer solchen Lösung wäre, dass die hier nur kurz angerissenen Systembrüche bei der Anwendung des

¹⁴⁰ Vgl. bereits *Swoboda* (Fn. 106)

Allgemeinen Teils des StGB und bei der Anwendung der Sanktionierungsgrundsätze aus § 32 JGG bei mehreren Delikten in unterschiedlichen Reifestufen mit dieser Lösung entfallen. Auch die Maßstäbe des Erwachsenenstrafrecht zur Bestimmung der besonderen Schwere der Schuld aus § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB können nun direkt angewandt werden.

Aber diese Alternativlösung zum jetzigen § 105 Abs. 3 S. 2 JGG hat ein entscheidendes Problem: Ihr ist die Verfassungswidrigkeit auf die Stirn geschrieben. Die seltsame Limitierung des Mechanismus auf die Gruppe heranwachsender Mörder verstößt gegen das Gleichheitsgebot des Artikels 3 Abs. 1 GG. Es gibt keinen sachlichen Grund, den Weg ins Jugendstrafrecht nur den Personen zu versagen, die einen Mord mit besonderer Schwere der Schuld begangen haben, aber diejenigen, die einen besonders schweren Fall des Totschlags nach § 212 Abs. 2 StGB, Völkermord, ein tödliches Kriegsverbrechen, ein tödliches Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen haben, weiter nach Jugendstrafrecht abzuurteilen.¹⁴¹ Hier findet eine evidente Ungleichbehandlung von Personengruppen statt, die sich voneinander nicht wesentlich unterscheiden.¹⁴²

141 Das ist das Ergebnis einer Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG sowohl nach der neuen wie nach der alten Formel. Die alte Willkürformel lautet: »Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muss«; BVerfGE 1, 14 (52). Während die neue Formel lautet: Der Gleichheitssatz ist »vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten«. Trotz größeren Spielraums für den Gesetzgeber muss auch hier ein »einleuchtender Grund« für die Differenzierung vorgebracht werden; BVerfGE 55, 72 (88 f.); zu den Formeln s. BeckOK GG/Kischel, GG, Stand 01.06.2017, Art. 3 Rn. 28.

142 Die neueste Formel differenziert zwischen den Absätzen Art. 3 Abs. 1 und 3 GG. »[D]er Gesetzgeber [unterliegt] bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung. Diese Bindung ist umso enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. (...) Kommt als Maßstab nur das Willkürverbot in Betracht, so kann ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 nur festgestellt werden, wenn die Unsachlichkeit der Differenzierung evident ist. Dagegen prüft das BVerfG bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln oder sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, im Ergebnis nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können«; BVerfGE 88, 87 (96 f.); BeckOK GG/Kischel, GG, Stand 01.06.2017, Art. 3 Rn. 28.

IV. FAZIT

Zur Entwicklung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht ist abschließend zu sagen, dass der Erziehungsgedanke inzwischen trotz aller Versuche in Dissertationen und Lehrbüchern, ihm einen konkreten Gehalt zu geben, zur Beliebigkeit verkommen ist. Je nach Diskussionsbereich enthält der Begriff unterschiedliche Konnotationen. Wenn über die Erziehung durch Jugendstrafe oder bei der Verhängung von Jugendstrafe nachgedacht wird, dann wird Erziehung offenbar von den erzieherischen Maßnahmen im Jugendstrafvollzug aus gedacht und damit zur Begriffshülle für alle denkbaren repressiven oder insgesamt (zwangsweise angewandten) persönlichkeitsbeeinflussenden Maßnahmen im Vollzug. In dieser Gestalt ist Erziehung natürlich ein Eingriff in Grundrechte. In anderen Bereichen, in der Diskussion über ambulante Maßnahmen, milde Weisungen oder Zuchtmittel oder Diversion, ist Erziehung die Alternative zum Strafen oder ein Weg, mit dem der Strafanspruch des Staates durch Umleitung auf andere Maßnahmen zur Förderung der Persönlichkeitsentwicklung des Jugendlichen (hin zur Legalbewährung) beitragen kann. In dieser Bedeutung ist Erziehung als Alternativlösung zum Strafen ohne Eingriffscharakter, zumal die erzieherische Maßnahme erst einmal in Relation zum ansonsten aufgrund der Straftat erforderlichen Strafeingriff gestellt werden muss, auf den der Staat auch nicht so einfach verzichten darf. Gleichzeitig hat man es in der Diskussion um staatliche Erziehungseingriffe immer auch mit dem Widerspruch zu tun, dass zwar der zu Erziehende bzw. seine Eltern grundsätzlich einen Anspruch darauf haben, in der eigenen Persönlichkeitsentwicklung bzw. in der Ausübung des elterlichen Erziehungsrechts vom Staat in Ruhe gelassen zu werden, der Staat aber zugleich Garant dafür ist, dass der junge Mensch die Mindestbedingungen dafür vorfindet, dass er sich überhaupt frei entwickeln und seine Persönlichkeit in der Gesellschaft, in die er sich hinein entwickelt, frei entfalten kann.¹⁴³ D.h. Erziehung ist nicht nur ein Zwang, der einen jungen Menschen betrifft, sondern auch die Eröffnung von Chancen; und die Eröffnung von Chancen muss nicht an Grundrechten gemessen und für Erwachsene für verfassungswidrig erklärt werden.

¹⁴³ Budelmann, 2005 (Fn. 5), S. 35

Zusammenfassend ist Erziehung immer beides: Eingriff und Chance, Zwang und Unterstützung. Und genau dieser Widerspruch, der Erziehung ist, macht es unmöglich, Erziehung als Generalgedanken oder als Prozess an Grundrechten zu überprüfen. Überprüft werden kann immer nur eine einzelne, konkret als eingriffsintensiv erkannte Maßnahme, die erzieherisch begründet ist. Und diese Maßnahme ist auch nur dann Eingriff, wenn der Betroffene sie nicht will, wenn sie für ihn Zwang ist.

Wir bräuchten dringend eine klare Definition des Erziehungsgedankens, durch den Gesetzgeber oder auf der Ebene der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, damit die Diskussionsinhalte transparent werden. Momentan findet die Diskussion auf der Basis unterschiedlicher Erziehungsbegriffe, ohne einen gemeinsamen kleinsten Nenner statt. In diesem Beitrag wurde ein Erziehungsverständnis vorgestellt, das aus meiner Sicht funktional für das Jugendstrafrecht gute Dienste leisten würde. Dort umfasst der ›Erziehungsgedanke‹ alle Ideen, die alle darauf abzielen, dem Gedanken von Schuld und Vergeltung, also dem ›Gegenpol‹ des Erziehungsgedankens im Spannungsfeld zwischen Schuld und Erziehung, Kräfte entgegenzusetzen, die von der Schuldstrafe weg zu individualisierenden, mildernden, erzieherisch oder zumindest individualfördernd ausgerichteten Sanktionsformen hinführen. Dieses Bild gegenläufiger Kraftpole erleichtert aus meiner Sicht die Sanktionsbegründung. Selbst schwerste Sanktionen können sowohl mit Schuldgesichtspunkten als auch mit (entgegenwirkenden) erzieherischen Überlegungen unterlegt werden, ohne dabei einen Gleichlauf von Erziehung und Strafe propagieren zu müssen oder verschleiern zu müssen, dass in der Nähe der jeweiligen Extrempole die Kräfte des jeweils anderen Pols nur noch wenig Wirkung entfalten. Im Bereich des Schuld- und Strafpols gibt es kaum erzieherische Begründungskräfte, aber die, die wirken, sprechen für eine Milderung der aus Schuldgesichtspunkten zu verhängenden Strafe. Im Bereich des Erziehungspols, bei Bagatelldaten ansonsten unauffälliger junger Menschen, wirken kaum Vergeltungskräfte. Hier bleibt Raum, um mit Erziehungsmaßnahmen gezielt erzieherischen Fehlentwicklungen entgegenzusteuern, anstatt zu vergelten. Vergeltungsgedanken kommen in diesem Bereich nur ins Spiel, um zu erklären, warum überhaupt der Staat in irgendeiner Form reagieren und gegebenenfalls trotz guter Entwicklung doch ahnden, z.B. einen ›Denkzettel‹ verpassen muss.

Für die drei vorgestellten Diskussionsbereiche gilt aus meiner Sicht nun Folgendes:

(1) Der 3. Strafsenat des BGH hat zutreffend Bereiche identifiziert, in denen man unbedingt über die Verfassungswidrigkeit von Erziehungszuschlägen diskutieren muss, also erzieherisch begründeten Eingriffen, die über die Erfordernisse des staatlichen Strafanspruchs hinausgehen. Aber die Diskussion soll sich nicht nur auf Erziehungszuschläge gegen Erwachsene richten. Auch bei Jugendlichen halte ich diese Zuschläge für nach dem JGG unzulässig.

(2) Hinsichtlich der zu § 105 Abs. 1 JGG besprochenen Fragen ist anzuraten, dass die neuen neurowissenschaftlichen Erkenntnisse verarbeitet werden, egal ob nun durch ein Jungtäterstrafrecht bis 24 Jahren oder generell dadurch, dass berücksichtigt wird, dass junge Menschen eine biologisch begründete Tendenz zum Risikoverhalten zeigen und dass ihre Fähigkeit zur Selbstkontrolle noch ausgebildet wird.

(3) Mit Blick auf § 105 Abs. 3 S. 2 JGG, diesem trojanischen Pferd, das einem eine Erwachsenenstrafe als Jugendstrafe ›verkauft‹, tatsächlich aber in gleichheitswidriger Art und Weise bestimmte Heranwachsende wegen der besonders verstörenden Umstände ihrer Tat aus dem Jugendstrafrecht herauskatapultiert, kann ich nur erneut die Forderung aussprechen, diese Regelung wieder abzuschaffen. Der Gesetzgeber hat den Erziehungsgedanken hier nachhaltig dadurch geschwächt, dass er in den Bereichen, in denen die Jugendstrafe Anwendung findet, dem Vergeltungsgedanken und den damit automatisch verknüpften Belangen der positiven Generalprävention zusätzliches Gewicht verschafft hat. Es ist absehbar, dass bald alle Fälle von Morden, die über einen gedachten Normalfall hinausgehen, unter diese Regelung fallen werden; und dann werden sich die Straftarife unterhalb dieser Sonderkategorie von Morden nach oben anpassen. Diese Sogwirkung ist jetzt noch nicht statistisch nachweisbar, aber eintreten wird sie dennoch. Für die Gesellschaft bringt diese neue Jugendhöchststrafe nur symbolischen Nutzen; sie begünstigt allein die nachweisbar steigenden gesellschaftlichen Strafbedürfnisse, die aber, wenn man ihnen grenzenlos nachgibt, am Ende zur Auflösung des Jugendstrafrechts als mildes Sonderstrafrecht führen müssen.

KANN DER JUGENDVOLLZUG ERFOLGREICH ERZIEHEN UND STRAFEN?

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

mit dem Erziehungsgedanken steht und fällt das Jugendgerichtsgesetz (JGG). Erziehung ist übergeordnetes und ordnendes Prinzip, welches das gesamte Jugendrecht durchzieht. Dass die Jugendphase einen besonderen Lebensabschnitt darstellt, der geprägt ist von biologischen und sozialen Übergängen (Pubertät, Schule, Beruf, Elternhaus, Freundeskreis etc.) und damit auch abweichendes Verhalten als ›Übergangserscheinung‹ einhergeht (Kriminalität als ubiquitäres Phänomen), ist lange erkannt und führte schon z.B. in der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 zu einer eigenen strafrechtlichen Behandlung von Personen bis 14 Jahren. Besonders im ausgehenden 19. Jahrhundert wurde außerdem intensiv diskutiert, dass ein anderes Prinzip neben der Strafe, die Erziehung, für Jugendliche angemessener erschiene. Denn gerade der Strafaspekt wurde im Zusammenhang mit Prävention bzw. der Vermeidung weiterer Taten als kontraproduktiv eingeschätzt. So schrieb *Franz von Liszt* 1905: »Wenn ein Jugendlicher oder auch ein Erwachsener ein Verbrechen begeht und wir lassen ihn laufen, so ist die Wahrscheinlichkeit, dass er wieder ein Verbrechen begeht, geringer, als wenn wir ihn bestrafen.«¹

Auch wenn der Erziehungsgedanke im modernen Jugendrecht oberste Prämisse ist, beinhaltet gerade die Jugendstrafe als schärfste Sanktion weiterhin ein gehöriges Maß an Strafe und es stellt sich daher die Frage, welchen Zweck Erziehung und Strafe hier erfüllen und wie erfolgreich in diesem Zusammenhang Erziehung und Strafe

1 *Von Liszt*, Franz, Die Kriminalität der Jugendlichen. In: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Band 2, 1905, S. 338.

sein können. Ich möchte im Folgenden daher zunächst einige Überlegungen zum Verhältnis von Erziehung und Strafe anstellen, um diese dann zu messen an den aktuellen Zahlen zum Rückfall nach Jugendstrafe. Hierzu greife ich auf die Daten der bundesweiten Studie zur Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen zurück und möchte anschließend Ergebnisse einer eigenen Rückfalluntersuchung im Hessischen Jugendvollzug vorstellen. Am Ende wird deutlich, dass das Verhältnis von Erziehung und Strafe im Jugendvollzug ein schwieriges ist aber – auch in der Interpretation konkreter Ergebnisse – durchaus ein Spielraum und eine Chance für einen erfolgreichen Jugendvollzug existieren.

Lassen Sie mich beginnen mit einigen Überlegungen zur Herleitung der Ansprüche an die (Jugend)Strafe. Kriminalität und Terrorismus sind Top-Themen bei den Ängsten der Deutschen. Beide rangieren in einer aktuellen, repräsentativen Umfrage von EMNID (2017) auf den Plätzen drei und vier (nach Klima und Krieg). Gleichzeitig nimmt auch der Ruf nach härteren Strafen (d.h. mehr Strafvollzug, längere Haftstrafen bis hin zur Todesstrafe) in den letzten Jahren wieder zu. Das Heidelberger *John Stuart Mill Institut für Freiheitsforschung* zeigt diese Entwicklung anhand des Freiheitsindex 2014. Etwa ein Viertel der Deutschen befürwortet dabei die Wiedereinführung der Todesstrafe. *Heitmeyer* kann zeigen, dass schon über die Hälfte der Deutschen bei Sexualmorden gegen Kinder die Todesstrafe befürworten.² Mit einem Erstarken rechtspopulistischer Law-and-Order-Mentalität und der Fokussierung auf Kriminalität (insbesondere junger Migranten) in Deutschland, Europa und der Welt werden beide Entwicklungen in Zukunft wohl weiter zunehmen. Die Angst vor Kriminalität und das Strafbedürfnis der Gesellschaft bestimmen im hohen Maße auch die Frage nach den Strafzwecken. An staatliche Strafen werden in diesem Zusammenhang hohe Ansprüche gestellt. So sollen diese vergelten, Schuld ausgleichen, Sicherheit schaffen, Straftäter und Gesellschaft abschrecken, das Rechtsbewusstsein stärken sowie erziehen, bessern bzw. resozialisieren. So gesehen leben wir in Zeiten der ›Vereinigungstheorie‹, die absolute, relative und generalpräventive Lehre ›irgendwie‹

² Vgl. *Ostendorf*, Heribert: Der Missbrauch von Opfern zum Zwecke der Strafverschärfung. In: HRRS 2009, Heft 4, S. 158ff.

verbinden soll. Gerade Sicherheit *und* Resozialisierung sind explizit in den (Jugend)Strafvollzugsgesetzen der Länder als Aufgaben benannt. Auch wenn es von vornherein unrealistisch erscheint, mit staatlichen Strafen allen Strafzwecken gerecht zu werden, müssen diese bei Überlegungen zur Sinnhaftigkeit (auch) des Strafvollzuges berücksichtigt werden. Oder anders: Der Bürger als Souverän bestimmt mit seinen Gefühlen, Meinungen und Einstellungen auch die Priorisierung von Strafzwecken, Strafhöhen und Strafarten. Der Ruf nach Sicherheit und Vergeltung spielt dabei eine Rolle und kann nicht völlig von Ideen zur Resozialisierung überlagert werden. Wir müssen also für alle folgenden Überlegungen die Strafzwecke und die Akzentuierung dieser durch die Gesellschaft mitdenken.

Wie stellt sich nun das Verhältnis von Erziehung und Strafe im JGG dar? Wie schon erwähnt, hat das JGG seit seiner Einführung 1923 einen deutlichen Erziehungsauftrag. Das Verfahren ist nach § 2 JGG vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten. Die Maßnahmen staffeln sich entlang der Erziehungsmaßregeln, Zuchtmittel bis hin zur Jugendstrafe. Letztere soll zum einen wegen der Schwere der Schuld strafen, gleichzeitig aber auch erzieherisch wirken:

§ 17 (2) JGG: Der Richter verhängt Jugendstrafe, wenn (...) wegen der Schwere der Schuld *Strafe* erforderlich ist.

§ 18 (2) JGG: Die Jugendstrafe ist so zu bemessen, dass die erforderliche *erzieherische* Einwirkung möglich ist.

Dass dieses Verhältnis ein schwieriges war und ist, zeigt auch eine Aussage des Reichsjustizministers a.D. *Gustav Radbruch*, der bei Einführung des JGG auf die »unlösliche Verbindung strafender und erziehender Maßnahmen«³ hingewiesen hatte. Dabei griff er auf Debatten des Jugendgerichtstages 1912 in Frankfurt zurück, bei denen die bis heute bekannten Formeln des Verhältnisses auf den Punkt gebracht wurden. Damals fragten sich die Diskutanten, welche Prämisse gelten könne: Erziehung und Strafe, Erziehung neben der Strafe, Erziehung als Strafe, Erziehung in der Strafe, Erziehung durch Strafe oder gar Erziehung statt Strafe. Im Grunde ist dieses Verhältnis bis heute nicht geklärt und man hat sich darauf geeinigt, dass in der Jugendstrafe die Strafe nicht

3 Zitiert aus: *Radbruch*, Gustav, Strafrecht II. Bearbeitet durch Arthur Kaufmann. Müller: Heidelberg, 1998

aufgegeben, gleichzeitig aber auch erzogen werden soll. Oder anders: Das erkannte Übel der Strafe soll letztendlich einem guten Zwecke dienen. Aber kann das überhaupt funktionieren? Kann es eine strafende Erziehung oder eine erziehende Strafe geben?

Für diese Fragen lohnt ein Blick in die Erziehungswissenschaft, die sich seit ihrer Gründung mit beiden Konzepten – Erziehung und Strafe – beschäftigt. Zunächst ist dabei eine Definition bzw. Beschreibung von ›Erziehung‹ wichtig: Erziehung ist hier nicht das Herstellen und Machen, nicht die »Zurichtung von Subjekten«, sondern das Hervorbringen, die »selbstreflexive Selbstkonstitution von Subjekten«⁴. Autonom handlungsfähige, mündige Subjekte als Ziel der Erziehung können nicht hergestellt oder gemacht werden. Erziehung bedeutet explizit nicht das Erlernen von Fähigkeiten (ungleich Bildung oder anderer Prinzipien wie Hilfe, Förderung, Konditionierung), sondern die Schaffung von Bedingungen, um diese Prozesse zu unterstützen. Dies bedeutet aber nicht Anti-Pädagogik, d.h. die Kinder und Jugendlichen sich selbst überlassen, sondern es gilt: helfen und unterstützen, ermutigen und fördern, behüten und setzen von Grenzen. Grenzen setzen meint den Widerstand des Erziehers gegen Handlungen, Neigungen und Einstellungen, die er für schädlich oder schlecht hält. Das drastischste Mittel ist hierbei die Strafe. Allerdings: Strafen müssen

»eine aufbauende Komponente haben, mit der sich die Verletzung der Grenze und die Verletzung der Beziehung überwinden lässt. Sie müssen auf das Wiedergutmachen, Wieder-in-Ordnung-bringen der Situation verweisen. Die Strafe als Sühne, als Rache, als Schadenzufügen, als Abschreckung – sie alle haben in der Erziehung keinen Ort.«⁵

Für Strafen muss es also (auch) klare Regeln geben. In diesem Sinne soll Strafe gerecht, angemessen, konsequent, sinnvoll, nicht ausgrenzend und schädigend, auf den Fuß folgend, transparent, verständlich sein. Strafen sollte außerdem eine Warnung vorausgehen, sie sollten in einer ruhigen, sachlichen Weise vollzogen werden und

4 Herrmann, Ulrich, Verantwortung statt Entmündigung, Bildung statt Erziehung. In: ZEITSCHRIFT FÜR PÄDAGOGIK 33, 1987, S. 105-114.

5 Flitner, Andreas, Konrad, sprach die Frau Mama... Über Erziehung und Nicht-Erziehung. Beltz: Berlin, 1982, S. 86

einhergehen mit viel Verstärkung für Verhaltensweisen, die nicht mit dem bestraften Verhalten vereinbar sind.⁶

Erziehungswissenschaftlich wird also zum einen der Begriff der Erziehung vorsichtig und nicht inflationär genutzt. Zum anderen hat Strafe in der Erziehung einen sehr geringen und klar umrissenen Stellenwert. Die Verbindung von Erziehung und Strafe im JGG kann in diesem Zusammenhang als sehr kritisch betrachtet werden. Zumindest werden die oben beschriebenen Straf-Regeln nur unzureichend von dem staatlichen ›Straf-Prozess‹ und ›Straf-Vollzug‹ eingehalten. Dies wird noch deutlicher, wenn der ›strafende Ort‹ der Erziehung (d.h. das Gefängnis) vergegenwärtigt wird: Die Bedingungen im Jugendstrafvollzug (Stigmatisierung, Enge, Freiheitsbeschränkung, Einschüchterung, teilweise Gewalt, Stress, Erniedrigung etc. – also im Grunde der strafende Teil der Jugendstrafe) können als nicht förderlich bzgl. des Erziehungsgedankens angesehen werden. Ohne empirische Daten zu nutzen, also nur auf einer erziehungswissenschaftlichen Basis, müsste bzgl. des Erziehungs- bzw. Resozialisierungszieles der Strafvollzug als wenig erfolgreich betrachtet werden.

Wenn nun empirische Daten diesem Eindruck entgegengestellt werden, kann das zuvor gezeichnete Bild zunächst bestätigt werden. Als Beispiel dienen die Daten der bundesweiten Rückfalluntersuchungen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. Diese Studien wurden für einen Erhebungszeitraum von neun aufeinanderfolgenden Jahren durchgeführt. In drei Erhebungswellen wurde überprüft, ob Personen, die im jeweiligen Bezugsjahr (2004, 2007, 2010) verurteilt oder aus der Haft entlassen wurden, während der folgenden mindestens drei Jahre erneut straffällig geworden sind. Dies geschah auf Grundlage der Daten des Bundeszentralregisters und des Erziehungsregisters. Ausgewertet wurden hierzu sämtliche bundesweite Daten in dem jeweiligen Bezugsjahr zur Rückfallhäufigkeit im Hinblick auf Deliktsart, Sanktionsart und -höhe, Vorstrafen, Alter und Geschlecht der Sanktionierten. Wählt man das aktuelle Bezugsjahr 2010, in dem 938.196 Sanktionierte erfasst, d.h. entweder verurteilt oder aus der Haft entlassen wurden, sind die Jugendlichen

6 Vgl. z.B. *Becker, Wesley*, Spielregeln für Eltern und Erzieher – Lehrprogramm zur Führung von Kindern auf verhaltenspsychologischer Grundlage. Pfeiffer: München, 1974

in allen Bereichen (d.h. Jugendstrafe mit und ohne Bewährung, Jugendarrest und sonstige Entscheidungen des JGG) bzgl. eines Rückfalls am stärksten belastet. Insbesondere rangiert auf ›Platz eins‹ mit ca. 65 Prozent der Rückfall nach Entlassung aus dem Jugendvollzug.⁷ Ganz platt und oberflächlich betrachtet kann also angenommen werden, dass der Erziehungs- bzw. Resozialisierungsgedanke im Jugendstrafvollzug nur schwerlich einzulösen ist. Die theoretischen Annahmen der Erziehungswissenschaft zum Verhältnis von Strafe und Erziehung scheinen also nicht abwegig zu sein.

Eine andere Lesart der Daten ist allerdings ebenfalls denkbar bzw. möchte ich Ihnen anhand einer durchgeführten Rückfalluntersuchung im Hessischen Jugendvollzug zeigen, dass solche Zahlen auf den zweiten Blick auch anders interpretiert werden können. In unserer Untersuchung wollten wir bewusst von der verbreiteten ›Alles oder Nichts‹-Mentalität in der Wahrnehmung und Bewertung der Folgen einer Strafverbüßung im Gefängnis wegkommen. Es ging uns darum, über die verbreitete Wahl von einfachen Rückfallkriterien hinaus auf mögliche positive Veränderungen im Leben der Probanden zu achten. Zu diesem Zweck wurden verschiedene Analysekriterien an das Dokumentenmaterial herangetragen, um Veränderungen in der Quantität *und* Qualität der abgeurteilten Straftaten sowie der dazu gehörigen Strafen festzuhalten. Wir konnten somit einer weitverbreiteten These des ›Strafvollzug als Schule des Verbrechens‹ etwas entgegenstellen.

Ausgangspunkt der Hessischen Rückfallstudie war die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für den Jugendstrafvollzug 2008 (im Nachgang der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2006) inklusive der Einführung der Qualitätssteigerung und Wirksamkeitsüberprüfung der Angebote im Vollzug. In Hessen wurde dies in § 66 (1) HessJStVollzG gelöst: »Der Jugendstrafvollzug ist fortzuentwickeln. Maßnahmen zur Förderung der Gefangenen sind auf der Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse zu konzipieren, zu standardisieren und auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen.« 2008 erhielten das *Institut für Kriminologie der Universität Tübingen* und die *Arbeitsein-*

⁷ Vgl. Schlaglicht 1 auf Seite 7: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Legalbewahrung_strafrechtliche_Sanktionen_Kurzbroschuere.pdf?__blob=publicationFile&v=7 (zuletzt abgerufen am 08.03.2018)

heit Sozialpsychologie der Universität Marburg den Auftrag, den genannten § 66 mit Leben zu füllen, d.h. eine entsprechende Evaluation des Vollzuges und seiner Angebote vorzunehmen. Wir entschieden uns damals für einen quantitativen und einen qualitativen Forschungsansatz. Im Folgenden möchte ich die wichtigsten Ergebnisse und Interpretationen der Daten kurz vorstellen.

Zunächst zum quantitativen Teil, bei dem wir, ähnlich der oben genannten Bundesrückfallstatistik, ebenfalls Auszüge aus dem Bundeszentral- und Erziehungsregister ausgewertet haben. Im Vordergrund stehen bei einer solchen Auswertung die konkreten Fragen: Gibt es nach der Entlassung aus einer Justizvollzugsanstalt und im untersuchten Zeitraum von drei Jahren einen neuen Eintrag im Register, also einen Rückfall? Wie viele neue Einträge gibt es (Quantität), wie ist die Qualität des Eintrages im Vergleich mit den Einträgen vor der Inhaftierung zu werten? Wir untersuchten hierzu den kompletten Entlassungsjahrgang 2009 (n: 248, nur männliche Probanden) und berücksichtigten hier – wie auch bei der Bundesrückfallstudie – einen Dreijahresrückfallzeitraum. Um der Dimension des Rückfalls gerecht zu werden, wählten wir außerdem eine Rückfalldefinition mit drei Abstufungen jeweils bezogen auf die erfolgten Sanktionen:

- Rückfalldefinition 1: mindestens eine neue Verurteilung (einschließlich ›kleiner‹ Delikte wie Schwarzfahren);
- Rückfalldefinition 2: mindestens eine potentiell freiheitsentziehende Strafe mit Strafaussetzung zur Bewährung;
- Rückfalldefinition 3: mindestens eine unbedingte Jugend- bzw. Freiheitsstrafe.

Letztere meint also diejenigen, die innerhalb von drei Jahren tatsächlich wieder in den Strafvollzug zurückgekommen sind.

Zunächst ergab sich hier in der Summe ein ähnliches Bild, wie bei der bundesweiten Rückfalluntersuchung. Insgesamt 73,2 Prozent wurden rückfällig nach Definition 1 (vgl. Tabelle 1 unten). 51,6 Prozent nach Definition 2 und 29,7 Prozent nach Definition 3. Und: immerhin etwa 30 Prozent hatten tatsächlich gar keinen Eintrag mehr. Gemessen an der sehr schwierigen Klientel im Strafvollzug (hohe Risikofaktorenbelastung: frühe Gewalt-, Diskriminierungserfahrung, desorganisierte Wohnorte, delinquente Subkulturen, Schwierigkeiten in Schule,

Ausbildung und Beruf etc.) können diese Ergebnisse durchaus auch positiv bewertet werden. So gesehen haben »nur« etwa 30 Prozent nach Entlassung so schwere Straftaten begangen, dass diese wieder eine Jugend- bzw. Freiheitsstrafe erhalten hatten.

Die Rückfälligkeit ist nach Befunden von deutschen wie europäischen und internationalen empirischen Studien insbesondere auch vom Alter der untersuchten Probanden abhängig. Mit der Erhebung des zeitlich bestimmten Lebensalters erfassen wir einen Menschen in einer konkreten Lebensphase, die mitbestimmt ist durch einen Komplex von Faktoren und Dynamiken in der bisherigen Lebensgeschichte sowie deren Fortwirkungen als Teil des biopsychologischen Status des Probanden, als Teil der aktuellen Struktur und Dynamik des Lebensstils wie auch der Verhaltensmuster und Einstellungen und Werthaltungen sowie schließlich als Teil der Einflüsse des Umfeldes und der Umwelt. Die kriminologische Lebenslaufforschung lehrt, dass mit steigendem Alter (damit einhergehend steigende Bindungen und Kontrolle und langsamer Abbau von Risikofaktoren) kriminelles Verhalten abnimmt. Eben weil es stets und immer den »Alterseffekt« gibt, wird eine Justizvollzugsanstalt, deren Insassen im Schnitt zwischen 15 und 17 Jahre alt sind, selbst dann von außen her betrachtet höhere Rückfallquoten »produzieren« als eine andere Anstalt mit Insassen zwischen 18 und 21 Jahren (oder erst recht darüber hinaus). Dieser Alterseffekt zeigt sich auch in der Hessischen Rückfallstudie:

TABELLE 1: ENTLASSUNGSALTER UND AUSPRÄGUNG DER GERICHTLICH FESTGESTELLTEN RÜCKFÄLLIGKEIT DER PROBANDEN GEMÄSS DEN DREI VERWENDETEN RÜCKFALLDEFINITIONEN (ENTLASSUNGSJAHRGANG 2009)

ALTERSGRUPPE IN JAHREN	RÜCKFÄLLIGKEIT IN PROZENT NACH		
	RD 1	RD 2	RD 3
14 bis einschließlich 17	90,0 %	90,0 %	50,0 %
18 bis einschließlich 20	80,2 %	60,4 %	38,5 %
21 bis einschließlich 23	66,7 %	44,2 %	23,3 %
24 und älter	75,0 %	37,5 %	18,8 %
Alle Altersstufen	73,2 %	51,6 %	29,7 %

Die Rückfälligkeit geht linear von Altersgruppe zu Altersgruppe zurück. Diese Linearität bleibt erhalten, gleich ob man auf jede erneute Verurteilung nach Rückfalldefinition 1 abstellt oder auf mindestens eine erneute Verurteilung zu einer bedingten Bewährungsstrafe nach der Rückfalldefinition 2 oder schließlich auf mindestens eine erneute Verurteilung zu einer unbedingten Strafe (Jugendstrafe bzw. Freiheitsstrafe). Ähnliches gilt, wenn man sich die Vorstrafenbelastung der Probanden anschaut. Hier zeigt sich: je mehr Vorstrafen, desto häufiger auch ein Rückfall. Aus der Erkenntnis »je jünger und je mehr Vorstrafen, desto Auffälliger und Rückfallgefährdeter« kann auch abgeleitet werden, dass eine frühe staatliche erzieherische Einflussnahme auf problematische Lebensverläufe (in den Familien, Kitas, Schulen oder Kommunen) sehr sinnvoll erscheint.

In Tabelle 2 ist die Gruppe der Rückfälligen und deren Einträge, die vor der Inhaftierung ausgewertet werden konnten sowie die Einträge nach Entlassung (im Dreijahreszeitraum) abgebildet.

TABELLE 2: VERÄNDERUNGEN BEZÜGLICH DER ABGEURTEILTEN DELIKTE BEI DER TEILGRUPPE DER RÜCKFÄLLIGEN: VERGLEICH DER ZEITRÄUME BIS ZUR SOWIE NACH DER HAFTENTLASSUNG (ENTLASSUNGSJAHRGANG 2009)

Bezeichnung der Deliktsgruppe vor allem nach der Einteilung des StGB	Veränderungen in absoluten Zahlen Prozent	
Delikte gegen das Leben	1 → 0	(-) 100 %
Delikte gegen die sex. Selbstbestimmung	18 → 4	(-) 78 %
Delikte des Raubes und der räuberischen Erpressung	109 → 33	(-) 70 %
Delikte gegen die persönliche Freiheit	49 → 24	(-) 51 %
Gemeingefährliche Delikte	37 → 20	(-) 46 %
Delikte geg. die körperliche Unversehrtheit	184 → 109	(-) 41 %
Alle sonstigen Delikte	356 → 454	(-) 0,4 %
Alle erfassten Delikte zusammengefasst	1.154 → 644	(-) 44 %

Wie zu erkennen ist, hat sich in der Phase nach der Haftentlassung in den klassischen Haupt-Deliktsbereichen durchweg eine hohe bis merkliche Verringerung ergeben. Bei den in dieser Hinsicht an

dieser Stelle nicht weiter differenzierten relativ häufigen ›sonstigen Delikten‹, darunter (oftmals einfache) Eigentums- und Vermögensdelikte, war der numerische Rückgang vernachlässigbar klein, was allerdings nichts daran ändert, dass insgesamt mit rund 44 Prozent eine beachtliche Veränderung eingetreten ist. Es wird ersichtlich, dass der Rückfall quantitativ zu insgesamt weniger Delikten und auch qualitativ zu weniger schweren Delikten geführt hat. Unsere sehr detaillierte Auswertung der Registerauszüge zeigt, dass Rückfall zwar vorkommt, dieser aber oftmals schon Hinweise auf eine langsame Abwendung von kriminellen Verhalten – also hin zu weniger und leichterem Kriminalität bis hin zum Legalverhalten – gibt. Diese Erkenntnisse decken sich auch mit Ergebnissen der internationalen, kriminologischen Verlaufsforschung – und dieser Prozess wohlgermerkt bei einer sehr schwierigen und hochbelasteten Klientel.

Um die Ergebnisse des quantitativen Teils der Studie auf die konkrete Praxis des Strafvollzuges zu beziehen, wurde zusätzlich eine qualitative Ebene gewählt. Für diesen qualitativen Teil der Forschung standen drei Forschungsfragen und Methodiken im Vordergrund⁸:

1. Wie haben sich die jungen Gefangenen während der Haft verändert? Hierzu wurden 2009/2010 Interviews mit Inhaftierten am Anfang (n: 319) und 2011/2012 am Ende (n: 205) deren Haft mittels psychologisch orientierten Fragen für die Bereiche psychosoziale Persönlichkeitsentwicklung (Selbstkontrolle, Verantwortungsübernahme, Gewaltbereitschaft etc.), Fähigkeiten und Fertigkeiten (soziale Kompetenz, Qualifizierungen etc.), Strukturen nach der Haft (nicht-delinquente Netzwerke, Pläne etc.) geführt und ausgewertet. Als Kontrollgruppe dienten im selben Zeitraum Interviews mit Berufsschülern (n: 183 bzw. n:

8 An dieser Stelle werden die Ergebnisse des qualitativen Teils nicht ausführlich beschrieben. Für eine Darstellung des Gesamtprojektes, inklusive detaillierter Ergebnisse, sei auf folgende Veröffentlichung hingewiesen: *Coester, Marc / Kerner, Hans-Jürgen / Stellmacher, Jost / Issmer, Christian / Wagner, Ulrich, Die Evaluation des Hessischen Jugendstrafvollzugs. Hintergrund und Ergebnisse des Forschungsprojekts sowie Implikationen für die künftige Praxis und Forschung.* In: Marks, Erich / Steffen, Wiebke (Hrsg.): *Prävention und Freiheit. Zur Notwendigkeit eines Ethik-Diskurses.* Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2017, S. 229-270. Auch online: <http://www.praeventionstag.de/dokumentation/download.cms?id=2643>. (zuletzt abgerufen am 08.03.2018).

108).⁹ Daneben wurden, für eine Fremdeinschätzung, Betreuer im Sozialdienst befragt.

2. Welche Wirkung hatten die Maßnahmen während der Haft auf die jungen Gefangenen? Hierzu wurden Inhaftierte befragt, die an konkreten Maßnahmen im Vollzug teilgenommen bzw. nicht teilgenommen hatten.
3. Was beeinflusst die Legalbewährung nach der Entlassung? Hierzu wurde ein Bundeszentralregister Follow-Up nach anderthalb Jahren mit 144 der Entlassenen durchgeführt und ein Extremgruppenvergleich angestellt (gematchte Paare von zehn Rückfälligen und zehn Nichtrückfälligen ein Jahr nach Entlassung).

Die Ergebnisse aller Auswertungen entlang der drei Forschungsfragen zeigen: Die Einstellungen, Verhaltensabsichten und die Persönlichkeitsmerkmale der Probanden haben sich während der Haft breitflächig positiv entwickelt (Forschungsfrage 1). Ein Vergleich mit der psychosozialen Entwicklung von Berufsschülern legt nahe, dass dies nicht reifungsbedingt erklärt werden kann. Die Haft scheint daher im Durchschnitt keine systematischen Negativentwicklungen bewirkt zu haben. Bei vielen Maßnahmen (z.B. Computerkurse, ehrenamtliche Betreuung, Übergangsmangement, psychotherapeutische Angebote, schulische und berufliche Maßnahmen, gewaltpräventive Maßnahmen) konnten außerdem positive Effekte auf Einstellungen, Verhaltensintentionen und Persönlichkeitsmerkmale nachgewiesen werden (Forschungsfrage 2). Zuletzt war es nicht möglich, eine Vorhersage der Legalbewährung durch Selbst- und Fremdeinschätzung anzustellen (Forschungsfrage 3). Allerdings lassen sich in diversen Bereichen Unterschiede zwischen Aussteigern und Rückfälligen (>Extremgruppenvergleich<) erkennen. Besonders deutliche Effekte sind hier bei der schul- und berufsbezogenen Reintegration zu finden. Dies deutet die Wichtigkeit des Übergangsmagements, der Bewährungshilfe und sozialen Reintegration Entlassener in die Gesellschaft an.

9 Auf die methodischen Probleme der Forschung im Strafvollzug, insbesondere im Zusammenhang mit einer geeigneten Kontrollgruppe, kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Die Problematik wird insbesondere im Endbericht thematisiert: https://justizministerium.hessen.de/sites/default/files/media/hmdjie/jugstrvo_hessen_2009_endbericht_fi-nal_2015.pdf (zuletzt abgerufen am 08.03.2018).

Insgesamt geben die Ergebnisse der Hessischen Rückfallstudie Hoffnung, dass der Jugendvollzug zumindest teilweise auch dem Ziel der Erziehung bzw. Resozialisierung gerecht werden kann. Als Fazit könnte das Ergebnis des bisher vorgetragenen daher in etwa so lauten: Auch wenn es von vornherein unrealistisch erscheint, mit staatlichen Strafen allen Strafzwecken gerecht zu werden, müssen diese bei Überlegungen zur Sinnhaftigkeit (auch) des (Jugend)Strafvollzuges berücksichtigt werden. Eine Antwort auf die Frage, ob der Jugendvollzug erfolgreich erziehen *und* strafen kann, lässt sich nicht entlang der teilweise formulierten Pole im Diskussionspektrum zum Strafvollzug (von seiner kompletten Abschaffung (Abolitionismus) bis hin zum Repressionsgedanken eines ›more of the same‹) beantworten, sondern kann nur eine Konsenserklärung darstellen, die da lautet: Um den Strafzwecken und damit allen gesellschaftlichen Ansprüchen an die Haftstrafe gerecht zu werden, brauchen wir, ganz grundsätzlich, den Jugendvollzug, allerdings erst, nachdem alle anderen Reaktionsmöglichkeiten auf straffälliges Verhalten bis zuletzt ausgeschöpft sind (Strafvollzug als echte Ultima Ratio, d.h.: Ausweitung von Haftvermeidung, Vollzugslockerung und Kurzzustrafen sowie Verhinderung von Ersatzfreiheitsstrafen), Prävention (aber auch: die Perspektive der Opfer und alternative Konfliktlösungen) von Straftaten immer im Vordergrund steht, die Qualität der Angebote im Strafvollzug kontinuierlich erhöht wird und den besonderen (individuellen) Bedürfnissen von Straffälligen Rechnung trägt, die Übergänge und Schnittstellen (Straffälligen- und Bewährungshilfe) gestärkt werden und die ständige Weiterentwicklung, Modernisierung und Evaluation des Strafvollzuges sichergestellt sind. Mit diesem Blick lässt sich sowohl der Zweck der Strafe als auch der Erziehungsgedanke im JGG bestmöglich miteinander verbinden.

STRAFVERFAHREN GEGEN JUGENDLICHE UND HERANWACHSENDE FLÜCHTLINGE – BISHERIGE ERFAHRUNGEN

Die zunehmende Zahl von Flüchtlingen insbesondere in der zweiten Jahreshälfte 2015 haben nicht nur die mit der Registrierung, Unterbringung und Versorgung betrauten Behörden vor besondere Herausforderungen gestellt, sondern auch die Strafverfolgungsbehörden, die Gerichte und die Jugendgerichtshilfe. Der Beitrag soll aus der Sicht der Staatsanwaltschaft einen Überblick geben über die bisherigen Erfahrungen mit straffällig gewordenen unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen (UMF) bzw. unbegleiteten minderjährigen Ausländern (UMA – so die Bezeichnung in § 42 b SGB8, die allerdings auch die unter 14-jährigen Kinder erfasst, die für die Praxis der Staatsanwaltschaft keine Rolle spielen). Da der Begriff der UMA sich inzwischen weitgehend durchgesetzt hat, wird nur dieser Begriff nachfolgend gebraucht.

I. ZAHLEN ZUR ENTWICKLUNG

Im Zuständigkeitsbereich der Staatsanwaltschaft Karlsruhe (Stadt und Landkreis Karlsruhe) hat sich die Anzahl unbegleitet einreisender minderjähriger Flüchtlinge in den letzten Jahren drastisch erhöht. So hat sich ihre Zahl in Karlsruhe von 2013 zu 2014 in etwa verdoppelt. Von 2014 auf 2015 vervierfachte sich diese Zahl nochmals. Für das Jahr 2015 musste von ca. 1.000 UMA ausgegangen werden, die in Karlsruhe angekommen sind.¹

¹ Kriminalpolizei Karlsruhe, Protokoll der Jugendsachbearbeiterbesprechung vom 03.12.2015

Seit etwa September 2015 bis zum Jahresende war die Staatsanwaltschaft Karlsruhe mit einer unerwarteten Welle von Verfahren wegen ›illegaler Einreise‹ beschäftigt. Ursache hierfür war die Unterstützung der regulären Verwaltungskräfte in der LEA (Landeserstaufnahmestelle) in Karlsruhe bei der Registrierung von Flüchtlingen durch Polizeibeamte, die – anders als die Verwaltungskräfte – von Amts wegen verpflichtet sind, aufgrund des Anfangsverdachts der illegalen Einreise Ermittlungsverfahren einzuleiten.

Es wurde dabei aus pragmatischen Gründen für vertretbar gehalten, schon den Anfangsverdacht zu verneinen, wenn es sich um die Einreise aus einem Krisen- bzw. Kriegsgebiet (Syrien, Irak, Afghanistan) handelt, sodass davon auszugehen ist, dass der Strafausschließungsgrund des Art. 31 der Genfer Flüchtlingskonvention Anwendung findet. Bei ordnungsgemäßer Meldung in der LEA wurden daher keine Verfahren gegen Syrer, Iraker und Afghanen von der Polizei vorgelegt.

Auch die Bundespolizei legte aufgrund der am Hauptbahnhof Karlsruhe und am dortigen Busbahnhof durchgeführten Kontrollen der ankommenden Flüchtlinge Anzeigen an die Staatsanwaltschaft vor, allerdings ohne die skizzierte Ausnahme für Kriegsflüchtlinge, weil die kontrollierten Personen sich noch nicht ordnungsgemäß bei den Behörden (LEA) gemeldet hatten.

Angesichts der rasch wachsenden Zahlen wurde zeitnah noch im September 2015 eine Übereinkunft mit der Polizei erzielt, derartige Verfahren wegen illegaler Einreise und illegalen Aufenthalts ›verschlankt‹, also ohne förmliche Beschuldigtenvernehmung vorzulegen, wenn es sich lediglich um die illegale Einreise aus Krisenregionen handelte, die ohne weiteres der allgemeinen Übung folgend eingestellt werden. Dabei erfolgte die Einstellung zur Reduzierung eines nicht zielführenden Aufwands grundsätzlich nach § 153 Abs. 1 StPO (zur Vermeidung eines Eintrags im BZR, der bei Anwendung des § 45 Abs.1 JGG erfolgen müsste) und ohne Nachrichten von der Einstellung an die JGH und die Ausländerbehörde. Allein seit September bis Ende 2015 fielen in der Jugendabteilung der StA Karlsruhe ca. 800 derart ›vereinfachte Verfahren‹ der Bundespolizei und der Polizeikräfte in der LEA gegen Jugendliche und Heranwachsende an. Seit

Anfang des Jahres 2016 ist die Zahl derartiger Verfahren allerdings wieder sehr deutlich zurückgegangen.

II. DELINQUENTE UNBEGLEITETE MINDERJÄHRIGE AUSLÄNDER

Nur ein sehr kleiner Teil der jungen Flüchtlinge (im Alter von 14 bis 21 Jahren, also Jugendliche und Heranwachsende) ist – abgesehen von Formaldelikten nach § 95 AufenthaltsG – in strafrechtlich relevanter Weise aufgefallen und hat die Jugendgerichtshilfe (nachfolgend JGH) beschäftigt.

1. So hat die zuständige JGH-Süd des LRA Karlsruhe für das Jahr 2015 vermeldet, dass 119 Strafanzeigen gegenüber Asylbewerbern eingegangen sind, wovon sechs Verfahren UMA betrafen. Diese waren im St. Augustinusheim in Ettlingen untergebracht und wurden in der Parzivalschule in Karlsruhe beschult. Bis zur Volljährigkeit stehen sie unter der Vormundschaft des Kreisjugendamtes Karlsruhe.

2. Zahlen der JGH-Nord lagen nicht vor.

Die JGH der Stadt Karlsruhe hat eine sehr detaillierte Analyse der behandelten Fälle für die Jahre 2015 bis 2017 vorgenommen, deren genaue Wiedergabe hier den Rahmen sprengen würde.²

Zusammenfassend lassen sich für 2 0 1 5 folgende Zahlen festhalten:

Im Bereich der Jugendhilfe hat die Stadt Karlsruhe insgesamt 892 UMA in Obhut genommen. Durchschnittlich befanden sich ca. 430 junge Flüchtlinge (Jugendliche ohne Erziehungsberechtigte sowie Heranwachsende) im Rahmen von Hilfen zur Erziehung (vorläufige Inobhutnahme, Inobhutnahme, Pflegefamilien, Betreutes Wohnen) in Karlsruhe. Die JGH der Stadt Karlsruhe (ohne das Stadtamt Durlach) hat 318 Verfahren gegen insgesamt 234 Jugendliche (UMA) aus verschiedenen Herkunftsländern (ohne besondere Häufungen) abgeschlossen, die nur in 15 Fällen Mädchen betrafen. 196 der 318 erfassten Verfahren wurden von der Staatsanwaltschaft gemäß § 45 Abs. 1 JGG eingestellt. Darunter waren aufgrund der Praxis bis Herbst 2015 immerhin 105 Verfahren wegen unerlaubter Einreise, die übrigen

² Powerpoint-Präsentationen von Herrn Bertsch, Sachgebietsleiter der JGH Karlsruhe

Verfahren betrafen ganz überwiegend Bagatelldelikte des Ladendiebstahls und der Leistungserschleichung (»Schwarzfahren«) und sechs Verstöße gegen das BtMG.

35 Verfahren (überwiegend wegen Eigentumsdelikten) wurden gemäß § 45 Abs. 2 JGG eingestellt, 30 davon ohne Beteiligung der JGH mit schriftlicher Ermahnung durch die Staatsanwaltschaft. In fünf Verfahren wurden unter Beteiligung von Dolmetschern erzieherische Gespräche geführt und die Ableistung von gemeinnütziger Arbeit vermittelt. Nach den bisherigen Erfahrungen der JGH lernen die jungen Flüchtlinge innerhalb eines Jahres die deutsche Sprache in einem Umfang, der die für einen Beratungsprozess erforderliche Kommunikation ohne Dolmetscher ermöglicht.

Lediglich in zehn Verfahren (überwiegend wegen Eigentumsdelikten) wurde Anklage beim Jugendrichter erhoben bzw. Antrag auf Durchführung eines vereinfachten Jugendverfahrens gestellt, wobei je zwei Verfahren mit einer Verurteilung und mit einer Einstellung nach § 47 JGG erledigt wurden, während sechs Verfahren wegen Untertau-chens der Beschuldigten eingestellt werden mussten. Nur einer der Beschuldigten befand sich in Untersuchungshaft.

Fünf Verfahren (vier davon wegen Raub/räuberischer Erpressung) fanden vor dem Jugendschöffengericht statt, wobei in drei Fällen eine Jugendstrafe mit »Vorbewährung« und einmal ein Schuldspruch verhängt wurde. Zwei der Jugendlichen haben die Vorbewährungszeit positiv abgeschlossen und Bewährung erhalten, und einer ist »abgetaucht«, sodass die Bewährung versagt wurde. In einem Verfahren wurde der Jugendliche wegen gefährlicher Körperverletzung zu einem Arrest verurteilt.

Neben den oben genannten Verfahren gegen Jugendliche wurden 360 Verfahren gegen Heranwachsende abgeschlossen, nur 26 davon betrafen Frauen. Die Struktur dieser Verfahren ist ähnlich wie bei den Jugendlichen, allerdings fiel auf, dass keines dieser 360 Verfahren Raub oder räuberische Erpressung zum Gegenstand hatte und auch Körperverletzungsdelikte nur fünfmal vorkamen, sodass sich nur zwei Heranwachsende in U-Haft befanden und es lediglich in drei Fällen zu Anklagen zum Jugendschöffengericht kam.

Für die Jahre 2016 und 2017 ergab sich nach der tabellarischen Aufstellung der JGH der Stadt Karlsruhe folgende Entwicklung:

ABGESCHLOSSENE VERFAHREN 2017 GEGEN UMA

Verfahren Jugendliche	§ 45 Abs.1	§ 45 Abs.2	Sonst. Einst.	Verurteilung/ § 47 JGG	Weisungen / Auflagen	Jugendstrafe ohne Bew.	Jugendstr. mit Bew./ Vorbew. oder/ Schuldspruch	Arrest/allg. Strafr.
279	190	11	48	13/3	5	2	0/1/1	3/0

DELIKTSPEKTRUM

Verstoß gegen Ausl.Recht	Eigentumsdelikte	Gewaltdelikte	Verstoß gegen das BtmG	Leistungserschleichungen
144	55	11	7	83

ABGESCHLOSSENE VERFAHREN GEGEN HW. ASYLBEWERBER

Verfahren Hw	§ 45 Abs.1	§ 45 Abs.2	Sonst. Einst.	Verurteilung/ § 47 JGG	Strafbefehl/ allg. Strafr.	Jugendstrafe ohne Bew.	Jugendstr. mit Bew./ Vorbew. oder Schuldspruch	Arrest
343	175	13	93	16/1	21/3	0	4	1

DELIKTSPEKTRUM

Verstoß gegen Ausl. Recht	Eigentumsdelikte	Gewaltdelikte	Verstoß gegen das BtmG	Leistungserschleichungen
146	177	15	17	62

ABGESCHLOSSENE VERFAHREN 2016 GEGEN UMA

Verfahren Jugendliche	§ 45 Abs.1	§ 45 Abs.2	Sonst. Einst.	Verurteilung/ § 47 JGG	Weisungen/ Auflagen	Jugendstrafe ohne Bew.	Jugendstrafe mit Bew./ Vorbew. oder Schuldspruch	Arrest/allg. Strafr.
305	196	16	65	16/5	6	4	5	0/1

DELIKTSPEKTRUM

Verstoß gegen Ausl.Recht	Eigentumsdelikte	Gewaltdelikte	Verstoß gegen das BtmG	Leistungs- erschleichungen
141	67	14	10	56

ABGESCHLOSSENE VERFAHREN GEGEN HW. ASYLBEWERBER

Verfahren Hw	§ 45 Abs.1	§ 45 Abs.2	Sonst. Einst.	Verurteilung/ § 47 JGG	Strafbefehl/ allg. Strafr.	Jugendstrafe ohne Bew.	Jugendstrafe mit Bew./ Vorbew. oder Schuldspruch	Arrest
409	231	16	96	25/0	30/5	8	4	3

DELIKTSPEKTRUM

Verstoß gegen Ausl.Recht	Eigentumsdelikte	Gewalt-delikte	Verstoß gegen das BtmG	Leistungs- erschleichungen
157	114	26	17	73

III. ZUWEISUNGS- UND VERTEILUNGSPRAXIS

Die Zuweisungs- und Verteilungspraxis hat sich seit 01.05.2015 verändert.

Bis zum 01.05.2015 wurde allen in der LEA in Karlsruhe festgestellten unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen ein Vormund in Karlsruhe zugeteilt. Dann erfolgte die Entscheidung, ob ein Asylantrag Aussicht auf Erfolg hat oder ob es sich um einen ›Duldungsfall‹ handelt. Eine Verteilung erfolgte nur im Falle eines Asylantrages und dauerte dann in der Regel zwei bis drei Monate. Für die Duldungsfälle blieb die Stadt Karlsruhe auch weiterhin verantwortlich. Anfang 2016 war die Stadt Karlsruhe für ungefähr 140 Jugendliche und Heranwachsende im Rahmen einer Duldung aus dem bis zum 01.05.2015 geltenden Verfahren zuständig.

Seit dem 01.05.2015 werden alle in der LEA festgestellten UMA nur noch vorläufig in Obhut genommen, bis über die Zuweisung entschieden ist. Diese erfolgt über den vom Bundesamt für Migration festgelegten Schlüssel. Erst dann wurde und wird (am Ort der Zuweisung) ein Vormund bestellt.

Vor dem Hintergrund bundesweit steigender Flüchtlingszahlen wurde das neue ›Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher‹ mit der geänderten Rechtslage zur vorläufigen Inobhutnahme (§ 42a SGB8) verabschiedet, das zum 01.11.2015 in Kraft getreten ist. Danach werden Minderjährige nach ihrer Ankunft nur noch vorläufig in Obhut genommen. Die zeitnahe Bestellung eines Vormundes entfällt. Vielmehr prüft die Sozial- und Jugendbehörde (SJB) der Stadt Karlsruhe, ob die Voraussetzungen einer Verteilung vorliegen und meldet den UMA beim KVJS/Landesjugendamt Stuttgart an. Es erfolgt eine Zuweisung nach dem Königssteiner Schlüssel (BW 12,86 Prozent) durch das BVA (Bundesverwaltungsamt) an ein Bundesland und hier über den KVJS an einen Stadt- oder Landkreis. Erst wenn das auf diesem Weg bestimmte Jugendamt Kenntnis hat, wird ein Vormund bestellt, der den UMA nach Überstellung als gesetzlicher Vertreter betreut. Der vorgeschriebene Verfahrensweg sollte zwar nicht länger als 14 Werktage in Anspruch nehmen. In der Praxis kann es jedoch drei Wochen und länger dauern, bis ein (Amts-)Vormund bestellt ist. In

dieser Zeit ist das Jugendamt, das die vorläufige Inobhutnahme ausgesprochen hat, berechtigt und verpflichtet, alle Rechtshandlungen zum Wohl des Minderjährigen vorzunehmen. In der Praxis hat es in Karlsruhe bereits Fälle gegeben, in denen eine zeitnahe Benennung des Vormundes als gesetzlicher Vertreter im Ermittlungsverfahren gegen UMA nicht möglich gewesen ist und auf die vorläufige Vertretungsbefugnis der Sozial- und Jugendbehörde (SJB) Karlsruhe hingewiesen werden musste. Dies kann insbesondere in Verfahren, bei denen ein Jugendlicher sich in Untersuchungshaft befindet, den notwendigen Hilfeplanungsprozess für die Zeit nach der Hauptverhandlung erschweren.

Fallbeispiel ›Europabad-Fall‹

So gab es den ›Europabad-Fall‹ mit einem 16-jährigen Afghanen, der als UMA im Kinder- und Jugendhilfezentrum der Heimstiftung (Sybelheim) in Karlsruhe im Rahmen der vorläufigen Inobhutnahme untergebracht war und zusammen mit drei Wohngruppen an einem Sonntagnachmittag das gut gefüllte Europabad besuchte. Dort wurde er mehrfach gegenüber Mädchen im Alter von 12 bis 15 Jahren massiv übergriffig, sodass nach seiner Identifizierung dank der im Bad installierten Videokameras Haftbefehl wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern und Vergewaltigung erging. Der Vorfall hatte Konsequenzen für die Praxis der Freizeitgestaltung von UMA, die überwiegend aus einem anderen Kulturkreis kommen.

In jenem Fall war am Tag der Festnahme des Jugendlichen in Karlsruhe bereits ein Vormund in Schwäbisch Hall bestellt und seine Verlegung dorthin stand unmittelbar bevor, was allerdings den Ermittlungsbehörden und auch der JGH in Karlsruhe zunächst noch nicht bekannt war und erst geklärt werden musste. Der Jugendliche wurde zum Jugendschöffengericht angeklagt, das ihn Anfang März 2016 zu einer Jugendstrafe von einem Jahr verurteilte, die zur Bewährung ausgesetzt werden konnte. Nach seiner Haftentlassung nach Schwäbisch Hall soll die Bewährung beanstandungsfrei laufen.³

³ So die zwischenzeitliche Auskunft der als Vormund bestellten Mitarbeiterin des Jugendamtes Mitte April 2016.

Da es auswärts (noch) Engpässe bei der Unterbringung von UMA gab und gibt, werden diese teilweise auch noch nach der Umverteilung und Zuweisung weiter in Karlsruhe betreut (z.B. in mehreren Wohngruppen bei »Zefie«, dem Zentrum für individuelle Erziehungshilfen im Griesbachhaus und an anderen Standorten).

IV. EXKURS: ABWEICHENDE VOLLJÄHRIGKEIT IM HERKUNFTSLAND

Während man in Deutschland mit Vollendung des 18. Lebensjahres die Volljährigkeit erlangt, gelten in einigen Ländern andere Altersbestimmungen. So sind beispielsweise nach algerischem Recht Personen erst mit 19 Jahren volljährig. Es ist nicht abschließend geklärt, ob die Bestellung eines Vormundes als gesetzlicher Vertreter mit allen Rechten erforderlich ist, wenn der Betroffene/Beschuldigte in seinem Herkunftsland noch als minderjährig gilt. Im Familienrecht wurde diese Frage vom Oberlandesgericht Karlsruhe bejaht.⁴ Im Jugendstrafrecht ist dies zweifelhaft, da die §§ 1 Abs. 1, 67, 109 Abs. Nr. 1 JGG *lex specialis* sein dürften und Heranwachsende im Sinne des § 1 Abs. 2 JGG mit der Vollendung des 18. Lebensjahres eben nicht mehr eines Vormundes bedürfen.

Um etwaige Probleme zu vermeiden, wurde mit der Polizei in Karlsruhe vereinbart, dass der polizeiliche Sachbearbeiter bei der Sozial- und Jugendbehörde Karlsruhe, die in derart gelagerten Fällen regelmäßig die Bestellung eines Vormundes durch das Familiengericht veranlasst, den Namen desselben erhebt und mit dem entsprechenden Beiblatt der Strafanzeige an die StA übermittelt. Im Falle einer Anklageerhebung kann der Vormund als gesetzlicher Vertreter benannt und vom Gericht geladen werden, wenn dies für notwendig erachtet wird. In der Praxis dürfte diese Vereinbarung überwiegend bei algerischen Tatverdächtigen relevant sein, jedoch liegen hierzu noch keine Erfahrungen vor.

V. SPRACHPROBLEME/DOLMETSCHER

Die bisherige Einstellungspraxis der StA Karlsruhe bei Verfahren gegen UMA ist überwiegend einer gewissen Hilflosigkeit wegen

⁴ OLG Karlsruhe, Beschluss v. 23.7.2015, 5 WF 74/15.

der fehlenden Möglichkeiten zur Umsetzung von erzieherischen Maßnahmen aufgrund der Sprachprobleme geschuldet.

So wird äußerst großzügig nach § 45 Abs. 1 JGG verfahren und es gibt kaum Fälle einer Diversion gem. § 45 Abs. 2 JGG mit erzieherisch geeigneten Maßnahmen. So scheiterte zum Beispiel eine Diversion nach § 45 Abs. 2 JGG, mit der Arbeitsstunden geleistet werden sollten, am Fehlen einer geeigneten Einsatzstelle, an der einfache Arbeiten ohne Kenntnisse der deutschen Sprache verrichtet werden könnten. Die Hinzuziehung eines Dolmetschers wurde von der JGH richtigerweise für unverhältnismäßig erachtet, sodass das Verfahren am Ende gem. § 45 Abs. 1 JGG ohne Auflagen eingestellt wurde, was zu einer Ungleichbehandlung mit sprachkundigen Beschuldigten führt. Die Ableistung von Arbeitsstunden – insbesondere in der eigenen Unterbringungseinrichtung – sollte allerdings auch ohne Dolmetscher möglich sein, wie die Praxis zeigt.

Sofern eine sanktionslose Einstellung ohne jede erzieherische Maßnahme für nicht mehr vertretbar erachtet wird, kann es daher zur Anklage beziehungsweise einem Antrag nach § 76 JGG (mit entsprechendem Aufwand für die StA und das Gericht) kommen, was zur umgekehrten Ungleichbehandlung und Benachteiligung von UMA mit unzureichenden deutschen Sprachkenntnissen führt. Für die vom Gericht zu ergreifenden Maßnahmen besteht die Problematik allerdings im selben Maße: Bestimmte erzieherische Maßnahmen wie ein Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) oder ein Sozialer Trainingskurs sowie ähnliche Maßnahmen würden die Heranziehung eines Dolmetschers erforderlich machen.

Beispielsfall: Arrestvollstreckung

Auch die Vollstreckung eines Arrests kann an Sprachproblemen scheitern, wie ein Beispielsfall zeigt.

So wurde die Vollstreckung eines vom Jugenderschöffengericht im Zusammenhang mit einem Schuldspruch verhängten sogenannten ›Warnschussarrests‹ gem. § 16a JGG vom Vollstreckungsleiter der Jugendarrestanstalt Rastatt aufgrund fehlender Kenntnisse der deutschen Sprache abgelehnt. Er hatte den Arrest unmittelbar nach Vorführung des Verurteilten zunächst nach telefonischer Rücksprache mit der Staatsanwaltschaft lediglich

unterbrochen und dann – ohne Anhörung der Staatsanwaltschaft – von der weiteren Vollstreckung gem. § 87 Abs. 3 JGG abgesehen. Die Begründung des Vollstreckungsleiters – der Verurteilte könne nicht einmal die Sicherheitsbestimmungen verstehen, sich im Falle gesundheitlicher Probleme nicht verständlich machen und sei ohne Dolmetscher erzieherisch nicht erreichbar – ist zwar nachvollziehbar, führt aber zu der unhaltbaren Konsequenz, dass auf einen Verurteilten letztlich überhaupt nicht mehr erzieherisch eingewirkt werden kann. Es müssen daher in Zukunft die entsprechenden Voraussetzungen in der Arrestanstalt geschaffen werden, wenn man nicht in die Situation kommen möchte, eine unbedingte Jugendstrafe verhängen zu müssen, da erzieherisch sinnvolle Maßnahmen sich aufgrund von Sprachproblemen nicht umsetzen lassen.

Im konkreten Fall hat die Staatsanwaltschaft sofortige Beschwerde beim zuständigen Landgericht Baden-Baden eingelegt. Das Landgericht hat dieses Rechtsmittel mit Beschluss vom 24.11.2015 letztlich als unbegründet verworfen. Der Beschluss des Vollstreckungsleiters sei zwar rechtswidrig gewesen, weil die Voraussetzungen des § 87 Abs. 3 JGG fehlten (nur nach dem Urteil hervorgetretene Umstände hätten ein Absehen rechtfertigen können, vorliegend waren die Sprachprobleme jedoch offenkundig bekannt). Allerdings waren nach Unterbrechung des Arrests inzwischen über drei Monate verstrichen. Da nach § 87 Abs. 4 S. 2 JGG die Vollstreckung des Arrests nach § 16a JGG (Ungehorsamsarrest) nach Ablauf von drei Monaten nach Rechtskraft nicht mehr begonnen werden darf, hielt das Landgericht die weitere Vollstreckung des unterbrochenen Arrests für nicht mehr zulässig.

IV. IDENTITÄT/PERSONALIENFESTSTELLUNG

Regelmäßig haben Flüchtlinge keine gültigen Papiere des Heimatstaates. Die Polizei erfasst sie beim ersten Aufgriff beziehungsweise der ersten Kontrolle mit den von ihnen dann angegebenen Personalien unabhängig von der Glaubhaftigkeit oder Nachvollziehbarkeit. Diese Personalien werden als polizeiliche Führungspersonalien grundsätzlich in allen Strafanzeigen verwendet und auch nicht mehr geändert (es sei denn, dass echte amtliche Dokumente vorgelegt werden, was nach meiner Erfahrung praktisch nie der Fall ist), auch wenn später andere Personalien angegeben werden, die

schlüssig und nachvollziehbar erscheinen. So kommt es insbesondere bei Flüchtlingen zu Abweichungen zwischen den polizeilichen Führungspersonalien und den von mir sogenannten »Legalpersonalien« gemäß Antragstellung bei den zuständigen Behörden, die auch im Ausländerzentralregister (AZR) registriert werden und unter denen sich die Personen legal hier aufhalten.

Den teils gravierenden Abweichungen können Sprach- und Übersetzungsprobleme zugrunde liegen (Schreibweise/Verwechslung von Vor- und Familiennamen), aber auch das bewusste Benutzen verschiedener Alias-Personalien zur Verschleierung der Identität.

Bei verschiedenen (Alias-)Personalien kann es zu Zuständigkeitsproblemen (Alter/Personalien) kommen, da die Jugendabteilung der Staatsanwaltschaft regelmäßig nur für Kinder, Jugendliche und Heranwachsende zuständig ist und die Zuständigkeit sich nach dem ersten Buchstaben des Familiennamens richtet. Im Falle der Befassung des Gerichts ist dies ebenso relevant und kann zu Zuständigkeitsproblemen führen, wenn unklar ist, ob ein Angeschuldigter bei Begehung der Tat(en) über oder unter 21 Jahre alt war. Zudem ist bei Jugendlichen die Benennung und Beteiligung eines Erziehungsberechtigten erforderlich.

Altersfeststellung

a. Beim Jugendamt erfolgt die Feststellung und Festlegung des Alters regelmäßig durch eine »qualifizierte Inaugenscheinnahme«, da Flüchtlinge regelmäßig keine gültigen Ausweispapiere ihres Herkunftslandes mit sich führen.

b. Bei der Staatsanwaltschaft und beim Gericht kann das Alter gegebenenfalls durch die (zeit- und kostenaufwendige) Beauftragung eines Sachverständigen⁵ festgestellt werden. Allerdings besteht das Problem, dass regelmäßig eine Bandbreite bei der Altersfeststellung von plus/minus ein bis zwei Jahren vorliegt, sodass im Zweifel die Zuständigkeit des Jugendgerichts angenommen werden muss.

⁵ Zum Beispiel Prof. Dr. Kühn, Städtisches Klinikum Karlsruhe/Gutachtenambulanz der Kinderklinik.

Beispielfall:

In einem Beispielfall führte die Einholung eines Altersgutachtens allerdings zu einem als kurios zu bezeichnenden Verfahrensgang. Ein Beschuldigter wurde mit den plausibel erscheinenden polizeilichen Führungspersonalien (Jahrgang 1990) vorläufig festgenommen und als Erwachsener behandelt. Bei der Haftbefehlseröffnung behauptete der Beschuldigte, er sei Jahrgang 1999, was unplausibel erschien, sodass Anklage zum Strafrichter erhoben wurde.

Der Strafrichter hatte jedoch Zweifel hinsichtlich des Alters, sodass – von der Staatsanwaltschaft – ein Altersgutachten eingeholt wurde. Dieses hatte zum Ergebnis, dass es sich wahrscheinlich um einen jungen Mann von Anfang bis Mitte 20 handele, wollte jedoch ein Alter von knapp unter 21 Jahren nicht völlig ausschließen. Daraufhin wurde die Anklage zurückgenommen, das Verfahren an die Jugendabteilung abgegeben und Anklage zum Jugendschöffengericht erhoben. Dieses eröffnete das Verfahren beim Strafrichter (bei dem zunächst bereits Anklage erhoben worden war). Die Zweifel über das Alter (in jenem Fall Jahrgang 1990 gemäß der plausiblen Führungspersonalien versus Jahrgang 1999 gemäß der Behauptung des Beschuldigten bei der Haftbefehlseröffnung) legte das Jugendschöffengericht trotz Vorliegens des Altersgutachtens dahingehend aus, dass der angegebene Jahrgang 1999 völlig unplausibel sei, während der Jahrgang 1990 gemäß den polizeilichen Führungspersonalien mit den Feststellungen des Gutachters gut in Einklang zu bringen sei.

VII. ERREICHBARKEIT/VERLEGUNG/UNTERTAUCHEN

Die Staatsanwaltschaft hat regelmäßig bei Flüchtlingen, so auch bei UMA, damit zu kämpfen, dass Schriftstücke als unzustellbar zurückkommen (teilweise auch nur deshalb, weil im System die polizeilichen Führungspersonalien hinterlegt sind und nicht die in der jeweiligen Unterkunft bekannten ›Legalpersonalien‹ und diese in den maschinell erzeugten Anschreiben nicht berücksichtigt werden).

Aufgrund von Verlegungen und wegen des ›Untertauchens‹ können Beschuldigte (und Zeugen) nicht geladen werden, sodass es recht häufig zur Einstellung von Verfahren kommt (wobei sich dann aus Verhältnismäßigkeitsgründen die Frage stellt, ob eine Ausschreibung

zur Aufenthaltsermittlung überhaupt noch zielführend ist oder ob das Verfahren gleich gemäß § 45 Abs. 1 JGG oder § 153 Abs. 1 StPO eingestellt werden soll, weil eine zeitnahe erzieherisch sinnvolle Sanktionierung ohnehin nicht erfolgen kann).

Schließlich haben wir in Karlsruhe aufgrund der LEA noch das Sonderproblem, dass auswärtige Staatsanwaltschaften wegen dort begangener Taten die Verfahren gegen Jugendliche und Heranwachsende wegen des vermeintlichen neuen Wohnortes an die StA Karlsruhe abgeben, weil Beschuldigte nach Begehung der Tat zunächst an die LEA in Karlsruhe weitergeleitet worden sind, sich aber hier nicht dauerhaft aufhalten, sondern regelmäßig nach recht kurzer Zeit weiterverteilt worden sind oder sich gar nicht erst bei der LEA in Karlsruhe gemeldet haben, sodass die Staatsanwaltschaft Karlsruhe nicht (mehr) zuständig ist, weil weder der Tatort noch der Wohnort im Bezirk Karlsruhe liegt.

Gleichwohl stellt sich jedenfalls bei Bagatelldelikten die Frage, ob die Übernahme eines derartigen Verfahrens mit dem damit verbundenen Aufwand hier (Ermittlung bei der LEA, ob der Beschuldigte sich noch hier aufhält, gegebenenfalls Verfügung der Ablehnung der Übernahme) und bei der abgebenden Staatsanwaltschaft (Einstellung dort gemäß § 45 Abs. 1 JGG beziehungsweise § 153 Abs. 1 StPO oder gemäß § 154 f StPO mit Ausschreibung zur Aufenthaltsermittlung) abgelehnt wird oder ob aus pragmatischen Gründen in geeigneten Fällen ohne Prüfung des Aufenthalts zur Überprüfung der örtlichen Zuständigkeit sogleich eine Einstellung gem. § 45 Abs. 1 JGG bzw. § 153 Abs. 1 StPO erfolgt (was in der Jugendabteilung der Staatsanwaltschaft Karlsruhe präferiert wird).

VIII. FAZIT

Inzwischen ist die Zahl der neu eingereisten Flüchtlinge nicht zuletzt durch die Blockierung der sogenannten Balkanroute deutlich zurückgegangen, so dass die beschriebenen Herausforderungen auch aufgrund der bisher gesammelten Erfahrungen besser zu bewältigen sind.

Tim Burkert

ENTKRIMINALISIERUNG AUS VERTEIDIGERSICHT

1. EINLEITUNG

Zur Beschreibung der Forderung Entkriminalisierung aus Verteidigersicht möchte ich drei Ebenen der Kriminalisierung unterscheiden.

Auf der ersten Ebene die Kriminalisierung im engeren Sinne: Warum auch oder gerade aus Verteidigersicht Vorschriften gestrichen oder jedenfalls modifiziert werden müssen. Ein paar neue Gedanken kann ich vielleicht auf der zweiten Ebene beitragen: Wie wird abweichendes Verhalten eigentlich sanktioniert und liegt vielleicht darin erst die eigentliche Kriminalisierung in Form der Zuschreibung des Kriminellseins, der Art der Pönalisierung. Und schließlich werde ich zur dritten Ebene kommen, die ich als Stigmatisierung bezeichne: Welche sekundäre Wirkung geht von einer Sanktion aus und ist nicht erst diese Wirkung – eventuell überschießend – kriminalisierend?

Vorausschicken möchte ich zweierlei:

Ich argumentiere nicht empirisch, sondern ich gehe von meinen eigenen Beobachtungen aus und von dem, was ich im Austausch mit vielen Kolleginnen und Kollegen, aber auch mit Staatsanwältinnen und Richtern erfahren habe.

Normativ versuche ich mich auf allen drei Ebenen am Begriff der *Ultima Ratio* zu orientieren, und zwar in der Form, in der *Jahn* und *Brodowski*¹ versucht haben, den Begriff verfassungsrechtlich anwendbar zu machen. *Jahn* und *Brodowski* verlangen – verkürzt – für die grundrechtliche Rechtfertigung einer strafrechtlichen Sanktionierung zum einen eine konkrete Erforderlichkeitsprüfung, zum anderen den Schutz gewichtiger Gemeinwohlbelange durch die Sanktionsnorm.

¹ *Brodowski*, JZ 2016, S. 969ff.

Hintergrund dieser Bemühungen ist die Feststellung, dass die eigentliche Definition der Ultima Ratio praktisch ins Leere läuft, zwar immer mal wieder Erwähnung findet, von allen Anwendern – dem Gesetzgeber angefangen – genannt, aber nicht wirklich beachtet wird. Das Bundesverfassungsgericht hat unter Berufung auf den Ultima-Ratio-Grundsatz noch keine Sanktionsnorm für verfassungswidrig erklärt.

II.

Auf der ersten, materiell-rechtlichen Ebene spreche ich die Delikte an, die aus – meiner subjektiven – Verteidigersicht abgeschafft gehören. Ich unterscheide verschiedene Typen von Delikten.

1. Delikte ohne Unrechtseinsicht

In der Kommunikation mit Mandanten, aber auch mit anderen bemerke ich, dass bei bestimmten Delikten die Unrechtseinsicht fehlt – und dass ich das rational nachvollziehen kann und mir diese Einsicht gelegentlich auch fehlt. Wenn aber bei vielen die Einsicht fehlt, dass die Norm richtig ist, gehört sie jedenfalls zur Disposition gestellt.

a.

Das sind vor allen Dingen Verstöße gegen das BtMG. Man kann die Problematik weitgehend verwaltungsrechtlich lösen; für ein paar Regelverstöße – insbesondere den Handel am Reglement vorbei – bliebe das Strafrecht. Dazu ist viel diskutiert worden, auch auf einigen Strafverteidigertagen.

b.

Stefan *Buchen* hat die Problematik der Kriminalisierung von Schleusern angesprochen. Auch wenn es sicherlich Varianten der Schleusung gibt, bei denen eine Sanktionierung angebracht erscheint, ist die derzeitige Regelungsgrundlage schwierig. Sie knüpft nämlich an das Legalverhalten des betroffenen Ausländers an. Wenn dieser unerlaubt einreist, ist die Hilfe dazu als Schleusung strafbar, egal, ob dies aus familiärer oder freundschaftlicher Verbundenheit geschieht, aus ideeller Hilfsbereitschaft heraus, nur gegen Aufwand oder unter Ausnutzung der Zwangslage. Bei allen aus Idealismus handelnden

Helfern fehlt ebenso wie bei den »geschützten« Ausländern die Einsicht, Unrecht zu tun. Man ist im Gegenteil – nachvollziehbar – überzeugt, das Richtige zu tun.

Neben der Schleusung halte ich den Grundtatbestand des § 95 AufenthG für entbehrlich. Die meisten Varianten betreffen Verstöße gegen Ordnungsvorschriften und erfordern darüber hinaus von den Betroffenen eine Form der Selbstschädigung, wollen sie eine Strafbarkeit abwenden. Zu Recht ist die Flucht aus dem Gefängnis straffrei; das Untertauchen, um sich einer Abschiebung zu entziehen, aber soll bestraft werden. Hier wird im Ergebnis Strafrecht eingesetzt, um Zuwanderung zu steuern. Dafür gibt es andere Mittel – nämlich das Verwaltungsrecht – und man kann sich politisch jedenfalls streiten, ob das Bestrafen aufgetauchter untergetauchter Menschen ein wichtiger Belang des Gemeinwohls ist.

Ich habe dazu folgende Tatbestandsalternativen exemplarisch herausgegriffen:

§ 95 ABS. 1 NR. 6A AUFENTHG

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

6a.

entgegen § 56 wiederholt einer Meldepflicht nicht nachkommt, wiederholt gegen räumliche Beschränkungen des Aufenthalts oder *sonstige Auflagen* verstößt oder trotz wiederholten Hinweises auf die rechtlichen Folgen einer Weigerung der Verpflichtung zur Wohnsitznahme nicht nachkommt oder entgegen § 56 Abs. 4 bestimmte Kommunikationsmittel nutzt oder bestimmte Kontaktverbote nicht beachtet.

Wenn Sie diesen Satz mehrmals gelesen haben, können Sie vielleicht nachvollziehen, warum er abgeschafft gehört. Er ist unbestimmt, ein Sammelsurium von Tatbestandsalternativen. Es gibt dazu zwei obergerichtliche Entscheidungen:

Das OLG Hamm hob eine Verurteilung eines Ausländers auf, der gegen seine Meldepflichten verstoßen hatte. Er sollte sich täglich bei der Polizei melden, machte das aber wegen einer Meniskusoperation zwei Wochen lang am Stück mit Vorankündigung nicht. Warum die Aufhebung? Nicht etwa weil die Meldeauflage willkürlich und

schikanös war, sondern weil der Vorverstoß nicht ausreichend belegt war. Nicht etwa, weil einzelne Verwaltungsbeamte durch Erteilen von Auflagen Gesetzgeber spielen dürfen – die Auflage ist nämlich Strafbarkeitsvoraussetzung.

Aus demselben Grund – nicht hinreichend belegter Vorverstoß – hob das Kammergericht eine Verurteilung auf. Der Betreffende soll gegen die Auflage, keine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, verstoßen haben. Ja, ich habe auch länger gesucht, aber dort steht tatsächlich »gegen ... sonstige Auflagen«. Das ist allerdings nicht der Grund, warum das Kammergericht aufgehoben hat (weil zu willkürlich oder unbestimmt). Das Kammergericht hat sich vielmehr damit auseinandergesetzt, ob die Tätigkeit des Betreffenden als Hütchenspieler typischerweise eine selbständige oder unselbständige sei, dies dann offengelassen und darauf verwiesen, dass der Vorverstoß nicht hinreichend belegt sei.

§ 95 ABS. 1 NR. 7 AUFENTHG

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ...

7. wiederholt einer räumlichen Beschränkung nach § 61 Abs. 1 oder Absatz 1c zuwiderhandelt oder ...

Die Gebietsverstöße - ist es wirklich strafwürdig, wenn sich ein Mensch von A nach B begibt? Sinn und Zweck der geschützten Norm, nämlich des § 61 AufenthG, sind purer Populismus und bleiben der Ratio verschlossen. Wie will man einem jungen Guineer, Syrer, Kurden erklären, dass er zwar von Norderstedt nach Flensburg oder Lübeck, dorthin aber nicht über oder gar nach Hamburg fahren darf?

Die Vorschrift ist im Gegensatz zur vorigen bedeutend. Beleidigte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Ausländerbehörden sind gerne und schnell mit einer Anzeige dabei, wenn jemand ihr Territorium verlässt. Bundeslandgrenzen überschreitende Züge werden in bester Racial Profiling Manier darauf überprüft. Verteidigung dagegen ist zwar durchaus erfolversprechend, setzt aber Verteidigung voraus. Häufig werden die Verstöße mit Strafbefehlen zur Strecke gebracht.

Die unzähligen anderen Varianten, in denen sich ein Ausländer nach § 95 AufenthG strafbar machen kann, wenn er sich nur

ein bisschen anstrengt, blende ich aus und beschränke mich auf die Feststellung, dass die eine oder andere Anforderung sicherlich politisch diskutiert werden kann, ein Verstoß sicherlich auch sanktioniert werden kann, dafür aber Verwaltungsrecht zur Verfügung steht.

c. Antidopinggesetz

Noch einmal Nebenstrafrecht, diesmal etwas Neues. Seit dem 18.12.2015 schützt das Antidopinggesetz. Der Gesetzgeber muss sich selbst gefragt haben, wer oder was überhaupt geschützt werden soll, denn er beantwortet die Frage in § 1 des Gesetzes unter der Überschrift »Zweck des Gesetzes« gleich von sich aus:

Dieses Gesetz dient der Bekämpfung des Einsatzes von Dopingmitteln und Dopingmethoden im Sport, um die Gesundheit der Sportlerinnen und Sportler zu schützen, die Fairness und Chancengleichheit bei Sportwettbewerben zu sichern und damit zur Erhaltung der Integrität des Sports beizutragen.

Alles klar? Ist das nun eigentlich kumulativ gemeint oder alternativ? Straffbar ist es jedenfalls, wenn bestimmte Stoffe außerhalb von Wettbewerben in nicht geringer Menge – der Gesetzgeber hat sich an diesen schönen Begriff erinnert – zum Zwecke des Dopings beim Sport besessen werden. So en passant trifft man damit den, den man gerne trifft: Den Franz Biberkopf des 21. Jahrhunderts, der sich zum Pumpen im Studio verabredet. Stichwort Ultima Ratio, wichtige Gemeinwohlbelange: Nach Karl Lagerfeld reicht das Tragen einer Jogginghose aus, um die Kontrolle über sein Leben zu verlieren, aber rechtfertigt das eine Bestrafung?

Alternativen? Nimmt man die Gesundheit als Rechtsgut, fragt sich, warum das Ganze nicht unter dem Deckmantel des AMG gut aufgehoben war. Den Besitz nicht geringer Mengen hätte man auch dort strafbar stellen können, so wie den Besitz dann auch anderer Substanzen, die unter das AMG, nicht aber unter das BtMG fallen und von denen jeder bis heute tödliche Mengen straffrei besitzen darf. Paracetamol ist in Einzeldosen ab 7,5 gr tödlich. Das ist knapp eine handelsübliche Packung Paracetamol 500.

2. Delikte mit geringem Handlungs- oder Erfolgsunrecht

Hier ist an erster Stelle die Beförderungerschleichung (§ 265a StGB) zu nennen, zu der seit einigen Monaten wieder die Abschaffung diskutiert wird.

Das unerlaubte Entfernen vom Unfallort, § 142 StGB, oder vulgo die Unfallflucht als strafbares Verhalten ist ein permanenter Verstoß gegen den Nemo Tenetur (se ipsum accusare) Grundsatz. Der deutsche Verkehrsrechtstag forderte unlängst eine Einschränkung auf Fälle mit Personenschäden, inzwischen relativiert auf Personen- und hohe Sachschäden. Ich fordere die Abschaffung. Wer eine andere Person niederschlägt und flieht, darf straffrei flüchten; warum dies anders sein soll, wenn ein Auto oder gar Fahrrad im Spiel ist, leuchtet nicht ein. Dass im Einzelfall andere Rechtspflichten zum Tragen kommen, die zur Verwirklichung eines echten oder unechten Unterlassendeliktens führen können, macht deutlich, dass es keine Strafbarkeitslücke gibt. Soweit es um die bessere Ermittlung des Betroffenen geht: Die Tat mag ordnungswidrig bleiben.

Auch die Kriminalisierung von Exhibitionisten und anderen Personen, die mitunter skurril für die einen, eklig für die anderen daher kommen, ist ein Beispiel, wie sich Moralvorstellungen im Recht halten, aber nicht halten sollten, §§ 183, 183 a StGB.

Schaffen wir endlich die Bedrohung ab! Es dürfte sich bei § 241 StGB um die Vorschrift handeln, die derzeit am häufigsten falsch angewandt wird. »Ich fickte Deine Mutter« ist leider derber Sprachgebrauch, aber in den wenigsten Fällen als Ankündigung eines konkreten Verbrechens gedacht. Noch häufiger wird die Ankündigung, den anderen »platt zu machen« oder ähnliches als Bedrohung bestraft. Dies sprachlich einzuordnen und inhaltlich richtig zu bewerten – angekündigte Verletzung oder Tötung – ist regelmäßig willkürlich. Zudem dürfte das konkrete Verhalten – wenn es denn willkürlich strafwürdig erscheint – regelmäßig tateinheitlich mit einer Nötigung oder Körperverletzung im Zusammenhang stehen. Die isolierte Strafbarkeit ist also überflüssig.

3. Delikte mit hoher Sprengkraft

Jenseits der echten politischen Tatbestände wie § 89a StGB u.a. habe ich als Verteidiger besonders die §§ 113, 114 StGB im Blick. Es sind Straftatbestände, die beständig zur Anwendung kommen und bei denen die Messlatte zur Verurteilung gering hängt. Das ist systemisch bedingt: Belastungszeugen sind regelmäßig Polizeibeamte, die bereits bei der Berichtsfassung darüber entscheiden, ob wegen einer (vermeintlichen) Tat überhaupt ein Verfahren eingeleitet wird. Ist der Widerstand immerhin noch schwammig, da es gilt, aktives und passives Tun zu unterscheiden, ist dies beim § 114 StGB weggefallen. Die vermeintlich höhere Hürde des »tätlichen Angriffs« ist schnell genommen. Bereits im November 2017 und damit wenige Monate nach Einführung des § 114 StGB soll laut eines Urteils des Amtsgerichts Hamburg folgender Sachverhalt unter den Tatbestand fallen:

»Sodann trat der Polizeibeamte K. ... von schräg vorne an den Angeklagten heran. Mit lauten Worten wie ›Stopp, Polizei‹ ergriff er den Angeklagten im Nacken, um diesen wegen der Tat zu 1. vorläufig festzunehmen. Der Angeklagte K. stieß den Beamten K. mit beiden Händen kräftig gegen den Brustkorb, um diesen daran zu hindern.«

Ich hatte unter »Angriff« immer noch subsumiert, dass die Aktion vom Angeklagten ausgehen muss – gefehlt. Mindeststrafe dafür sind 3 Monate Freiheitsstrafe.

III.

Auf der zweiten Ebene komme ich zu dem, was wohl eher nicht mit Kriminalisierung zu bezeichnen ist, sondern Kriminalisierung im weiteren Sinne ist: die Art der Pönalisierung. Im Kern geht es nicht um das Ob des Strafens, sondern um Art und Höhe der Sanktion.

a. Besonders schwere Fälle/Qualifikationen

Der besonders schwere Fall bzw. die Qualifikation ist für den Gesetzgeber die ideale Möglichkeit, schnell und öffentlichkeitswirksam den Ruf nach härteren Strafen umzusetzen. Das ist nicht etwa praktisch folgenlos, wie ich es bei der Vorbereitung (bei Frau *Hoven*) im Materialheft gelesen habe, sondern im Gegenteil ausgesprochen effektiv.

a.

Wenn die Mindeststrafe für den Wohnungseinbruchsdiebstahl auf 1 Jahr angehoben wird – vgl. § 244 IV StGB – dann ist das von den Gerichten auch umzusetzen. Es ist zu prüfen, ob es sich um eine Privatwohnung handelt, ob diese dauerhaft genutzt wird und dies für den Tatverdächtigen erkennbar gewesen ist. Wenn ja, ist auf eine Mindeststrafe von 1 Jahr Freiheitsstrafe zu erkennen – ohne dass ein minder schwerer Fall möglich wäre. In der Systematik heißt das auch, dass diese Strafe regelmäßig nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden soll.

Was hier zum Tragen kommt, ist der Versuch, Opfergefühl zu objektivieren. Während typischerweise die Tatfolgen im Rahmen der Feststellung des Erfolgsunrechts bei der Strafzumessung und damit auf der Rechtsfolgenseite erörtert werden, werden sie hier verallgemeinert im objektiven Tatbestand verankert. Das ist systemwidrig, führt aber zu einem Mehr an Verurteilung.

b.

Die Gewerbsmäßigkeit ist regelmäßiger Gast bei den besonders schweren Fällen. Fast immer dann, wenn es um ein Vermögensdelikt oder Geldbeschaffungsdelikt geht – wie z.B. dem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln – liegt dieses Tatbestandsmerkmal in der Rechtsprechung regelmäßig vor, sofern es sich nicht um eine vereinzelt Tat handelt. Aus einer regelhaften Geldstrafe wird so schnell die Freiheitstrafe.

c.

Die gefährliche Körperverletzung: Leuchtet es wirklich ein, dass immer dann, wenn sich zwei Menschen und mehr an einer Schlägerei beteiligen, eine gefährliche Körperverletzung vorliegt, ohne Bewertung der tatsächlichen Gefährlichkeit des Tuns? Dass fast immer dann, wenn irgendein Gegenstand eingesetzt wird, dieser als gefährliches Werkzeug bewertet wird? Ich beziehe mich hier nicht auf die Revisionsrechtsprechung, sondern auf Anklagen und amtsgerichtliche Urteile. Sollte man es nicht bei echten Waffen und ggf. immer gefährlichen Werkzeugen belassen? Kann alles andere nicht bei der Strafzumessung im Rahmen des Grundtatbestandes – der Freiheitsstrafe ja immerhin bis zu 5 Jahren zulässt – berücksichtigt werden?

2. §§ 153, 153a StPO, 59a StGB

Im Ermittlungsverfahren ist für § 153a StPO die Zustimmung des Gerichts erforderlich; im strafrechtlichen Hauptverfahren die Zustimmung der Staatsanwaltschaft. Warum muss das so sein? Warum soll ein Gericht jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, nicht sogar mit Urteil und gegen den Willen des Staatsanwaltes einstellen können: Mag dieser ins Rechtsmittel gehen. Aus Verteidigersicht wäre ein Einstellungsurteil wegen Geringfügigkeit der Schuld und damit auch die weitgehende Möglichkeit des Absehens von Strafe eine wichtige Möglichkeit, eine Pönalisierung des Mandanten zu vermeiden. Es mag dann ein sozialetisches Unwerturteil geben, es gibt aber keine Verurteilung. Es mag unsystematisch sein, dies an einer Opportunitätsvorschrift und in der StPO festzumachen. Systematischer wäre es, die Einstellung bei geringer Schuld mit und ohne Geldbuße in einen neuen § 59a StGB zu fassen.

3. Das besondere öffentliche Interesse

Wie oft geschieht es, dass es keinen oder keinen wirksamen Strafantrag gibt oder dass dieser in der Hauptverhandlung zurückgenommen wird. Was folgt, ist keine Einstellung des Verfahrens, sondern das spontane Bejahen des besonderen öffentlichen Interesses durch die Staatsanwaltschaft und zwar aus einem ganz bunten Strauß von Motiven heraus, sicherlich gelegentlich auch verfahrensfremden. Das besondere öffentliche Interesse muss deshalb ab dem Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung einer Überprüfung durch die Gerichte unterliegen – was übrigens durch die dazu ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE 51, 177, 187] nur grundsätzlich ausgeschlossen sein soll, mithin also ausnahmsweise doch zulässig ist.

4. Strafbefehlsverfahren

Verzichten wir am besten ganz auf Strafbefehle. Der Strafbefehl mag – unter Mitwirkung eines Verteidigers – gelegentlich geeignet sein, um auf eine öffentliche Hauptverhandlung und die damit verbundene Stigmatisierung und Prangerwirkung verzichten zu können. So wie er angewandt wird, flächendeckend mit um die 600.000 Strafbefehlsverfahren pro Jahr, führt er zu einer Vielzahl von Sanktionierungen, ob-

wohl gerade einmal ein hinreichender Tatverdacht bestehen muss. Ausweislich des statistischen Bundesamtes wurden in 2016 etwa 140.000 Einsprüche gegen Strafbefehle eingelegt. Das würde bedeuten, dass in etwa 75 Prozent der Strafbefehlsverfahren – oder in absoluten Zahlen – etwa 450.000mal pro Jahr jemand rechtskräftig strafrechtlich sanktioniert wird. Dass Menschen den Strafbefehl nicht verstehen, den sie ohne Verteidiger zugestellt erhalten, und die Geldstrafe, die verhängt wird, oft als Geldbuße und das Ganze als Ordnungswidrigkeitenverfahren missverstehen, haben wir als Verteidiger täglich zur Kenntnis zu nehmen. Die kurze Frist zur Einspruchseinlegung von zwei Wochen tut ihr Übriges. Jenseits des im Strafbefehlsverfahren ausreichenden einfachen, also nicht notwendigen dringenden Tatverdachts bleibt, dass auch Angaben zum Einkommen oft nur geschätzt werden, die verhängte Geldstrafe also nicht nur dem Grunde, sondern auch der Höhe nach zweifelhaft ist.

IV. STIGMATISIERUNG

Das ist der dritte Bereich, in dem ich als Verteidiger eine Schlechterstellung von Menschen erlebe, die nicht auf die Sanktionierung als solche, sondern auf ihre Folgen zurück geht. Ich nenne diesen Bereich ›Stigmatisierung‹, weil er nicht mehr das Erkenntnisverfahren, sondern die Vollstreckung und andere Folgen betrifft.

1. Die Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe

Wenn Geldstrafen nicht vollstreckt werden können, wird de facto automatisch Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt. Die Voraussetzungen dafür sind in den §§ 459 ff. der StPO reguliert. Voraussetzung nach § 459e Abs. 2 StPO ist, dass die Geldstrafe nicht eingebracht werden kann. Wir können in der Praxis feststellen, dass die Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe immer dann angeordnet wird, wenn die Geldstrafe nicht beigebracht wird und nicht nur dann, wenn sie nicht beigebracht werden kann. Tatsächlich könnte sie nach den Vorschriften des Justizbeitreibungsgesetzes vollstreckt werden. Die Beitreibung erfolgte sodann durch die Gerichtskassen nach Maßgabe der Vorschriften der ZPO: Es kann ein Gerichtsvollzieher losgeschickt und es kann eine Vermögensauskunft eingeholt werden: Geschieht dies jemals?

Nein, das Gesetz wird sehr großzügig ausgelegt. Die Rechtsprechung dazu meint, dass Mahnungen nicht erforderlich sind und bei nicht pünktlicher Ratenzahlung davon ausgegangen werden kann, dass die Geldstrafe auf absehbare Zeit nicht vollstreckt werden kann. Nicht einmal Vollstreckungsversuche sind nach dieser Auffassung notwendig (OLG Nürnberg, 03.08.2007, 1 Ws 472/07).

2. Die Nicht-Post-Öffner

Zitat Bernd-Dieter *Meier*:

»Besondere Belastungen (i.e. der Justiz) gehen hingegen von der kleinen Teilgruppe der wiederholt auffälligen Personen aus, die wieder und wieder mit Bagatelltaten in Erscheinung treten. Welche Gründe im Einzelfall hinter der Mehrfachauffälligkeit stehen, ist, auch wenn es von kriminologischem Interesse ist, für die Justiz ohne Belang; prekäre Lebensverhältnisse mögen ebenso eine Rolle spielen wie Interesse- und Gedankenlosigkeit, Drogenprobleme, die desintegrierenden Auswirkungen vorangegangener Sanktionen oder der Wunsch nach mehr Aufmerksamkeit. Mehrfachauffälligkeit bedeutet für die Justiz, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht wird. Dass eine Einstellung nicht mehr in Betracht kommt, dass angeklagt und verhandelt wird und dass im Ergebnis förmliche Sanktionen verhängt werden: Geldstrafe, Bewährungsstrafe und irgendwann wegen der schlechten Prognose auch eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung.«²

Jemand öffnet erst nach Ablauf der Wochen- oder Zwei-Wochen-Frist seine Post. Der Strafbefehl oder der Widerrufsbeschluss: Sie sind rechtskräftig. Die übliche Rechtsmittelfrist in Strafsachen von einer, gelegentlich zwei Wochen ist deutlich zu kurz. Widerrufene Bewährungen müssen mit der sofortigen Beschwerde auch noch nach zwei oder vier Wochen angefochten werden können, ebenso wie die Einspruchsfrist nach einem Strafbefehl und die Rechtsmittelfrist gegen ein strafrechtliches Urteil einen Monat betragen kann. Rechtssicherheit und Rechtskraft sind sicherlich wichtig; Einzelfallgerechtigkeit ist es auch.

² Bernd-Dieter Meier, Bagatellkriminalität: Freiheitsstrafe ist keine Lösung, FS für Dieter Rössner 2015, S.305

3. Register

Das Bundeszentralregistergesetz enthält in § 32 Abs. 2 BZRG u.a. die Bestimmung, dass Verurteilungen zu Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen oder bis zu 3 Monaten Freiheitsstrafe nicht ins Führungszeugnis aufgenommen werden, sofern keine andere Strafe im Register eingetragen ist. Andere Verurteilungen werden gemäß §§ 33, 34 BZRG nach einer bestimmten Frist nicht mehr ins Führungszeugnis aufgenommen. Wenn man so will, bestimmt das Register also, wann jemand kriminell ist oder nicht. Das macht das BZRG an Strafhöhen fest. Die Höhe der Strafe richtet sich nach Strafraumen und die sind in den letzten Jahren oft genug nach oben angepasst worden. Das BZRG wurde allerdings – jedenfalls seit 1976 – nie angepasst. Das ist überfällig.

Wie wäre es also, wenn Verurteilungen zu Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen und Verurteilungen bis zu 6 Monaten Freiheitsstrafe zukünftig nicht ins Führungszeugnis aufgenommen werden? Wenn alle Verurteilungen zu Bewährungsstrafen nach 3 Jahren nicht mehr ins Führungszeugnis aufgenommen werden?

V. AUSBLICK

Die von mir aufgeworfenen Punkte sind Beispiele. Es gibt viele andere Straftatbestände, die entrümpelt werden können; es gibt auch andere Strafzumessungsregeln oder Verfahrensvorschriften, die modifiziert werden können.

Auch wenn es unbequem und aussichtslos erscheint, halte ich es für wichtig, dass gerade wir als Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger, die den unmittelbaren Kontakt zu den vom Strafrecht Betroffenen haben, die Verschärfungen nicht einfach akzeptieren, sondern in Frage stellen. Ich halte es für wichtig, immer wieder den Blick auf vermeintliche Selbstverständlichkeiten zu richten und die dadurch aufgeworfenen Probleme den Gerichten vorzutragen. Viele dieser Erwägungen sind jedenfalls im Rahmen der Strafzumessung von Bedeutung. Wenn das Bundesverfassungsgericht tatsächlich noch keine strafrechtliche Norm wegen Verstoßes gegen das Ultima-Ratio-Prinzip für verfassungswidrig erklärt hat, dann liegt das vielleicht auch daran, dass wir das in den vergangenen Jahrzehnten zu wenig

gerügt haben. Erste Möglichkeit könnte sein, Verfassungsbeschwerde bei einer Verurteilung nach § 4 AntiDopG zu erheben.

Ziel muss es aber auch sein, in der rechtspolitischen Diskussion aus unserer Position als Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger heraus der Vernunft eine Stimme gegen populistische Forderungen zu geben und nicht vor der so scheinenden Beratungsresistenz der Politik zu resignieren, sondern vielmehr die überfällige Entrümpelung des Strafrechts einzufordern.

ENTKRIMINALISIERUNG UND ENTRÜMPELUNG DES STRAFRECHTS – AUS SICHT EINER AMTSRICHTERIN

EINLEITUNG

Ich möchte drei Bereiche herausgreifen, für die ausgehend von meiner alltäglichen Berufspraxis als Richterin für Erwachsenensachen am Amtsgericht Hamburg/St. Georg dringend Handlungsbedarf im Sinne einer Entrümpelung bzw. Entkriminalisierung besteht.

Und zwar möchte ich hier die Regelung des § 184f StGB (Ausübung der unerlaubten Prostitution) thematisieren, die Regelungen der §§ 29 ff. BtMG bezogen auf Cannabis und die Regelung des § 265a StGB bezogen auf den Komplex Beförderungerschleichung.

Argumente für eine Entrümpelung bzw. Entkriminalisierung ergeben sich insbesondere bei einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Rechtsgut, dessen Schutz die strafbewehrte Norm dienen soll, sowie aus dem Charakter des Strafrechts als ultima ratio. Weitere Begründungsansätze für eine Entkriminalisierung können sich ergeben, wenn man die anerkannten Strafzwecke in den Blick nimmt.

AUSÜBUNG DER UNERLAUBTEN PROSTITUTION § 184f STGB

§ 184f StGB stellt die Ausübung der unerlaubten Prostitution unter Strafe.

Der Normtext lautet:

»Wer einem durch Rechtsverordnung erlassenen Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen, beharrlich zuwiderhandelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bestraft.«

Es geht hier also um sogenannte Sperrgebietsverstöße. In meinem Zuständigkeitsbereich in Hamburg/St. Georg befindet sich rund um den Hansaplatz der Drogenstrich. Für diesen Bereich existiert eine Sperrgebietsverordnung, nach der es untersagt ist, der Prostitution nachzugehen. Regelmäßig gehen in allen Erwachsenenstrafabteilungen des Amtsgerichts Hamburg/St. Georg Strafbefehlsanträge sowie Anklagen wegen Verstößen nach § 184f StGB ein.

Ein exemplarisches Verfahren ist das von Frau J. Sie ist Ende 50 und von jahrzehntelanger Drogensucht gesundheitlich stark einträchtig. Sie hat eine Wohnung, bezieht eine kleine Rente und finanziert sich durch Ausübung der Prostitution im Sperrgebiet den Drogenkonsum und mittlerweile auch die regelmäßig anfallenden Geldstrafen wegen Verstößen gegen § 184f und § 265a StGB.

Argumente für eine Entkriminalisierung

Geschütztes Rechtsgut des § 184f StGB ist nach herrschender Meinung das Allgemeininteresse an der Vermeidung von mit der Prostitution verbundenen Belästigungen und Gefahren. Bereits hier stellt sich die Frage, um welche Gefahren es sich konkret handelt. Wer wird dadurch ernsthaft gefährdet, dass Frau J. auf dem Straßenstrich sexuelle Dienstleistungen anbietet, außer dass sie sich ggf. selbst gefährdet. Dass der Straßenstrich für die Anwohnerinnen und Anwohner mit Belästigungen verbunden ist, ist sehr gut vorstellbar. Allerdings sind solche bloßen Belästigungen nicht ausreichend, insbesondere im Hinblick auf den Charakter des Strafrechts als ultima ratio, um damit einen strafbewehrten Rechtsgüterschutz zu begründen.

Darüber hinaus ist im Hinblick auf die Regelung des § 184f StGB zu berücksichtigen, dass mit Erlass des Prostitutionsgesetzes im Jahre 2002¹ die Sittenwidrigkeit der Prostitution abgeschafft wurde und es erklärtes Ziel des Gesetzgebers war, der Rechtlosigkeit und Diskriminierung von Prostituierten zu begegnen. Es ist auch im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nachvollziehbar, dass die Ausübung von Prostitution in Sperrgebieten für die Prostituierten kriminelles Unrecht

¹ ProstG, BGBl. I 2001, 3983

ist, während Freier lediglich eine Ordnungswidrigkeit begehen. Im Hinblick auf die mit Strafrecht verfolgten Zwecke ist kritisch anzumerken, dass es der Abschreckung der rechtstreuen Bevölkerung von der Ausübung der unerlaubten Prostitution nach meinem Dafürhalten nicht bedarf. Es sind schon sehr spezielle Lebensbedingungen, die dazu führen, dass Menschen der unerlaubten Prostitution im Sperrgebiet nachgehen. Die Betroffenen selbst werden durch die Existenz der Strafnorm nicht von der Ausübung der unerlaubten Prostitution abgehalten, da sie sich in einer extremen Zwangslage befinden, in der ein Gesetzesverstoß das geringere Problem ist, verglichen mit dem Suchtdruck und der finanziellen Notlage. Da tendenziell Geldstrafen ausgeurteilt werden, fällt es schwer, diesen Strafen eine positive spezialpräventive Wirkung zu attestieren, da nicht erkennbar ist, wie durch die Vollstreckung einer Geldstrafe die Fähigkeit und der Wille der Verurteilten zu verantwortlicher beziehungsweise normenkonformer Lebensführung vermittelt werden soll.

In Anbetracht der genannten Umstände wäre daher eine ersatzlose Streichung dieser Norm rechtspolitisch wünschenswert.

§§ 29ff BTMG BEZOGEN AUF CANNABIS

Bereits seit längerem bestehen rechtspolitische Bestrebungen, den Konsum von Cannabis zu legalisieren. Eine umfassende und aus meiner Sicht begrüßenswerte Gesetzesinitiative hat die Bundestagsfraktion der GRÜNEN 2015 angestoßen. Mit Unterstützung der LINKSFRAKTION haben die GRÜNEN den Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes in den Deutschen Bundestag eingebracht.² Dort werden die bekannten, aus meiner Sicht überzeugenden Argumente, die für eine Legalisierung sprechen – wie z.B. die fehlende Wirksamkeit der Prohibitionspolitik angesichts des massenhaften Konsums von Haschisch und Marihuana, die effektivere Durchsetzung des Gesundheits- und Jugendschutzes in der Legalität durch Implementation von Regulierung und Kontrolle, das Recht auf Rausch sowie die fragwürdige Ungleichbehandlung der Suchtmittel Alkohol und Cannabis angesichts der mit übermäßigem Alkoholkonsum verbundenen gesundheitlichen Schäden und gesellschaftlichen Folgekosten – anschaulich zusammengefasst.

² Bt-Drs. 18/4204

Da die Ahndung von Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz bezogen auf Cannabis zum Massengeschäft am Amtsgericht Hamburg/St. Georg zählt, würde eine Entkriminalisierung in diesem Bereich eine deutliche Entlastung bedeuten, die angesichts der knappen Ressourcen ermöglichen würde, Zeit und Energie in andere (relevantere) Verfahren zu investieren.

§ 265a StGB (BEFÖRDERUNGERSCHLEICHUNG)

Die Entkriminalisierung des Erschleichens von Leistungen ist eine alte Forderung, die dringend umgesetzt werden sollte. Ergänzend zu den bekannten Argumenten möchte ich aus meiner persönlichen Empirie hinzufügen, dass die überwiegende Anzahl der Menschen, die wegen des Vorwurfs des Erschleichens von Leistungen angeklagt sind, sich in einer sozialen bzw. finanziellen Notlage befindet. Die Bundeszentralregisterauszüge von langjährig drogenabhängigen Menschen weisen häufig neben Verurteilungen wegen Beschaffungskriminalität auch Verurteilungen wegen Beförderungerschleichung auf. Verfahren richten sich auch regelmäßig gegen obdachlose Menschen, die beispielsweise in den Wintermonaten die öffentlichen Verkehrsmittel nutzen, um sich aufzuwärmen. In diesen Fällen wird absolut augenfällig, dass die strafrechtliche Verurteilung nicht geeignet ist, die eigentlichen Probleme, Obdachlosigkeit, Drogensucht, Armut, nachhaltig zu lösen, sondern diese vielfach verschärft.

Auch unter dem Aspekt des Strafrechts als ultima ratio ist eine strafbewehrte Sanktionierung der Beförderungerschleichung nicht geboten.

Ich halte es daher für sinnvoll, die Beförderungerschleichung als Straftatbestand ersatzlos zu streichen. Stattdessen sollten nachhaltige Maßnahmen, wie beispielsweise die Vergabe von Sozialtickets, endlich realisiert werden.

ENTRÜMPELUNG UND ENTKRIMINALISIERUNG

*Es ist der Grundfehler unserer Zeit,
die Strafgesetze zu vervielfältigen und
das kriminelle Gebiet zu weit auszudehnen.*

Carl J.A. Mittermaier (1819)¹

Es gibt Orte, an denen sich im Laufe der Jahre, Dekaden und Generationen immer mehr Gegenstände ungeklärter Nützlichkeit ansammeln. Immer mehr kommt hinzu, wird gehortet, aber nicht wirklich gehegt und gepflegt – es wird auch kaum etwas aussortiert, weil man zuerst nicht weiß, wozu es vielleicht noch mal gut sein könnte, und weil man es dann vergisst. Bis es eines schönen Tages einfach alles zu viel wird. Auch das Strafrecht können wir uns als einen solchen Ort vorstellen: Laufend kommen neue Tatbestände und ganze strafrechtliche Nebengesetze hinzu, ohne dass dem Strom des Zusätzlichen eine nennenswerte Subtraktion des Unbrauchbaren gegenübersteht. Und auch hier nähern wir uns dem Punkt, an dem einfach alles zu viel wird.

Die letzten Entrümpelungsaktionen sind schon viel zu lange her. Denkwürdig zwar das Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30. Januar 1946,² die Abschaffung der Todesstrafe 1949 (Art. 102 GG) und, ab 1968,

*Der Autor dankt Johannes Feest für die kritische Durchsicht einer früheren Fassung.

1 *Mittermaier*, Carl Josef Anton, Über die Grundfehler der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern, Bonn 1819

2 Mit einem Schlag aufgehoben wurden u.a. folgende Tatbestände: Hochverrat (§§ 80, 82–86 StGB in der Fassung vom 20. September 1945), Nötigung von Verfassungsorganen (§ 81), Landesverrat (§ 87), Mitgliedschaft in einem fremden Wehrdienst (§ 88), Sabotagehandlungen an Verteidigungsmitteln (§§ 89–91), Offenbaren von Staatsgeheimnissen (§ 92), Verunglimpfung des Reichspräsidenten (§ 94), Hochverrat gegen einen ausländischen Staat (§ 102), Beleidigung von Organen oder Vertretern ausländischer Staaten (§ 103), Aufforderung zum militärischen Ungehorsam (§ 112), Verunglimpfung des Staates oder der NSDAP und seiner/ihrer Symbole (§§ 134a, 134b), Fahnenflucht (§§ 140, 140a, 140b), Anwerben für fremden Wehrdienst (§ 141a), Wehrpflichtentziehung (§ 142, 143, 143a), Verunglimpfung des Andenkens Gefallener (§ 189 Abs. 3), Zerstörung der Fruchtbarkeit auf Verlangen (§ 226b), Munitionsdiebstahl (§ 291), Bruch des Amtsgeheimnisses (§ 353a) und Erwerb von Heeres- oder Marineuniformen (§ 370 Abs. 3).

die unvollendet gebliebene Große Strafrechtsreform, der wir immerhin die Abschaffung der Zuchthausstrafe, des Arbeitshauses und der strafrechtlichen Kategorie der Übertretungen verdanken³ – und die zudem auch einige Abschnitte im Besonderen Teil des StGB ganz gut entstaubte.⁴ Seither aber reißt der Strom der Neukriminalisierungen nicht ab.⁵ Da wird modernisiert und entformalisiert (»flexibilisiert«), vor allem aber expandiert.⁶ Streichungen von Tatbeständen sind seltene Ausnahmen.⁷

Mittlerweile ist jedoch eine gewisse Ungeduld zu spüren. Die Strafrechtswissenschaft hat bemerkt, dass die Überlastung des Systems das filigrane Gebäude des rechtsstaatlichen Strafverfahrens ins Wanken bringt und das Feilschen um den besten Deal im Begriff steht, den Strafprozess nachhaltig zu entstellen, während der Gesetzgeber die

3 Nach Inkrafttreten des Ordnungswidrigkeitengesetzes (1952) wurde zunächst auf die Schaffung neuer Übertretungstatbestände im StGB sowie auf Vergehenstatbestände mit ausschließlicher Geldstrafenbewehrung verzichtet; der entscheidende Schritt war der Transfer der verbliebenen Verkehrsübertretungen vom Kriminal- in das Ordnungsrecht im Jahre 1968. Der Rest der Übertretungen verschwand zum Jahresbeginn 1975 durch die Aufhebung des 29. Abschnitts des StGB und die Beseitigung der Übertretungen des Bundesneben- und des Landesstrafrechts, die teils zu Vergehen hoch-, teils zu Ordnungswidrigkeiten heruntergestuft, ansonsten der Landesgesetzgebung überlassen oder ersatzlos gestrichen wurden.

4 Den Startschuss gab die Entkriminalisierung vieler Verkehrsdelikte im Zuge des EGOWiG (1968); als »überfällige Entrümpelung des StGB« (Hirsch, Hans J., in: GS Hilde Kaufmann, Berlin: DeGruyter 1986, S. 131) folgte mit dem 1. StrRG vom 25.06.1969 die Aufhebung der Strafbarkeit des Ehebruchs und der Kuppelei, der Sodomie und der einfachen Homosexualität (sowie des privilegierten Tötungstatbestands des Zweikampfs); das 3. StrRG vom 20.05.1970 brachte eine gewisse Liberalisierung des Demonstrationsstrafrechts und das 4. StrRG vom 27.11.1973 reformierte dann noch die Sittlichkeitsdelikte (§§ 171 ff. StGB) und schnitt sie auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung zu.

5 ausführlich Beck, Tobias A., Die Auswirkungen der Großen Strafrechtsreform auf die Gesetzgebung im Kernstrafrecht seit 1975. Fortführung oder Aufgabe der Reformgrundsätze? Berlin: Logos, 2016

6 Vormbaum, Thomas, Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik. Berlin: LIT 2011, S. 32

7 Als der Tatbestand der Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten (§ 103 StGB) mit Wirkung zum 1. Januar 2018 aufgehoben wurde, argumentierte man sehr edel und geradezu radikaldemokratisch mit der Gleichheit aller Menschen und dem Anachronismus der Strafbarkeit von »Majestätsbeleidigungen«. Tatsächlich war es wohl eher ein Einzelfall, bei dem es darum ging, einem türkischen Präsidenten ein Abwehrmittel gegen eine Schmähung zu nehmen. Dass der Anachronismus nur vorgeschoben war, erhellt auch aus der Tatsache, dass die »Majestätsbeleidigungs«-Vorschrift des § 90 StGB (Verunglimpfung des Bundespräsidenten) aus der Diskussion herausgehalten wurde und nach wie vor intakt ist. So auch: Schultz, Mandy, »Grußaugust, Wandervogel«, Majestätsbeleidigung ist Bürgerpflicht, in: FREISPRUCH, Heft 10, März 2017, S. 1 - 3.

Lage mit einem Strom von Kleinbuchstaben-Gesetzen noch weiter verschlimmbessert, die er einem uninformierten Publikum als Fleißnachweis zu präsentieren sucht. Was hingegen fehlt, sind neue Gedanken über die Rolle des Strafrechts in Gegenwart und Zukunft.

Die Notwendigkeit einer Verschlankung des Strafrechts steht außer Frage. Erst vor kurzer Zeit verband *Arthur Kreuzer*⁸ seine Kritik der vergangenen Legislaturperiode mit dem Stoßseufzer »Reformiert endlich das Strafrecht!«, und *Wolfgang Mitsch*⁹ konstatierte, dass es »ohnehin an der Zeit« sei, »überflüssigen Strafrechtsballast abzuwerfen.« Als Kenner der Rechtswirklichkeit hinter dem schönen Schein des *law in the books* fordert *Wolfgang Heinz*¹⁰ schon länger, es nicht bei der Vervielfältigung von prozessualen Notbehelfen zu belassen, sondern endlich materiellrechtliche Reformen in Angriff zu nehmen und darüber hinaus auch außerstrafrechtliche Regelungsmechanismen ernsthaft in Erwägung zu ziehen. *Last not least* weckte eine Kölner Tagung über »Entbehrliche Tatbestände« Hoffnungen auf eine reduktionistische Wende. Immerhin hatte eine Umfrage nicht weniger als 74 Tatbestände ergeben, die von mindestens zwei Strafrechtswissenschaftler*innen für verzichtbar gehalten worden waren.¹¹

In der Politik freilich spürt man von einem solchen *wind of change* bislang kaum einen Hauch, so dass wir uns – von jedem Aktualitätsdruck entlastet – der Reflexion nicht nur über das hier und heute politisch Durchsetzbare, sondern auch über das Mögliche und das Wünschbare widmen können. Also der ganzen Bandbreite von der *Entrümpelung* über die *Entkriminalisierung* bis hin zur *Ersetzung* des Strafrechts durch Humaneres, Klügeres und Besseres.

8 *Kreuzer*, Arthur, Reformiert endlich das Strafrecht! DIE ZEIT 27.12.2017 <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2017-11/kriminalpolitik-grosse-koalition-strafrecht-kriminologie/komplettansicht> (Zugriff 28.07.2018)

9 *Mitsch*, Wolfgang, Der unmögliche Zustand des § 130 StGB. KRiPoZ, 2018, 198-203, S. 198

10 *Heinz*, Wolfgang, Der schöne Schein des Strafrechts, Konstanz 2010, S. 36 http://www.uni-konstanz.de/FuF/Jura/heinz/Heinz_Schoener_Schein_StrafR.pdf (Zugriff: 28.07.2018)

11 *Hoven*, Elisa (2017a), Was macht Straftatbestände entbehrlich? Plädoyer für eine Entrümpelung des StGB, ZStW 2017, 334-348; *dies.* (2017b), Entbehrliche Straftatbestände, DRiZ 2017, 280-285. Bedauerlicherweise konnte dort (und kann auch hier, von ganz wenigen Erwähnungen abgesehen) nicht auf die Problematik des ausufernden Nebenstrafrechts eingegangen werden.

I. ENTRÜMPELUNG

Verzichtbar sind erstens die sogenannten toten Tatbestände,¹² die entweder *durch politische Entwicklungen überholt* sind wie die Verschleppung (§ 234a StGB) und die Politische Verdächtigung (§ 241a StGB) oder *durch technische Entwicklungen* (wie die Verletzung amtlicher Bekanntmachungen nach § 134 StGB und die Variante des Scheckkartenmissbrauchs in § 266 b StGB). Zweitens natürlich auch die *irrelevanten Kuriositäten* wie die Störung einer Bestattungsfeier (§ 167a StGB), der unbefugte Gebrauch von Pfandsachen (§ 290 StGB), die Gefährdung von Schiffs-, Kraft- oder Luftfahrzeugen durch Bannware (§ 297 StGB), die Gefährdung einer Entziehungskur (§ 323b StGB) und der Vertrauensbruch im öffentlichen Dienst (§ 353a StGB). Darüber hinaus gehören aber wohl noch mindestens zwei weitere Fallgruppen in diese Kategorie, nämlich die redundanten Tatbestände und die Bagatelldelikte.

Redundante Tatbestände

Manchmal verspürt der Gesetzgeber ein tagespolitisch motiviertes Bedürfnis, eine bestimmte Erscheinungsform eines Delikts, das bereits strafbar ist, nach der Devise ›doppelt genäht hält besser‹ noch einmal extra (in einem eigenständigen Paragraphen) zu erwähnen. Das war 1938 so, als aus aktuellem Anlass der Tatbestand des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer eingeflochten wurde, und das ist heute noch so, wenn bestimmte Formen der Nötigung und der Körperverletzung noch einmal extra vertatbestandlicht werden.

Von der Nutzung der Strafgesetzgebung für gesellschaftspolitische Akzentsetzungen dieser Art ist jedoch abzuraten. Nicht nur, weil es für derlei die vielen nicht-legislativen Optionen politischer Initiativen, Wertungen und Aktionsprogramme gibt, sondern vor allem, weil redundante Kriminalisierungen zu einer Re-Materialisierung des Formalrechts tendieren, die sowohl der Arbeitsteilung zwischen legislativer Bestimmung des Strafrahmens und dessen justizieller Ausfüllung im Einzelfall zuwiderläuft als auch tendenziell die Gleichheit aller vor dem Gesetz in Frage stellt.

¹² Hoven, 2017a (Fn. 10)

Insofern wäre angesichts der Existenz der Raub- und der Tötungs-Tatbestände (§§ 249 ff., 211 ff.) der Verzicht auf § 316a StGB (Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer) eher ein Gewinn. Dasselbe Sparsamkeitsgebot – *lex parsimoniae* – sollte auch für die §§ 113, 226a und 237 StGB gelten (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte; Verstümmelung weiblicher Genitalien, Zwangsheirat), deren Unrechtsgehalt auf entsprechende Weise schon durch die §§ 224-226 und 240 StGB abgedeckt ist.

Dagegen ließe sich einwenden, dass von einer Aufhebung der fraglichen Vorschriften das falsche Signal ausginge. Das ist insofern richtig, als das eben logischerweise die Kehrseite der erwünschten Propagandawirkung symbolischer Gesetzgebung ist: Wer Strafgesetzgebung nicht so sehr im Hinblick auf dauerhaften notwendigen Rechtsgüterschutz betreibt, sondern vor allem im Hinblick auf den Augenblickseffekt im Akt der Gesetzgebung selbst, riskiert natürlich einen entgegengesetzten Symboleffekt in der Stunde der Rücknahme. Nun ist die Politik aber keineswegs darauf angewiesen, einfach abzuwarten, wie ein solcher Akt verstanden oder missverstanden wird. Regierungen, Parlamente und Parteien verfügen über privilegierte Möglichkeiten, sich der Öffentlichkeit mitzuteilen und Missverständnissen vorzubeugen. Die Aufhebung redundanter Vorschriften erfolgt ja nicht im luftleeren Raum, sondern kann und sollte inhaltlich begründet und diskursiv vorbereitet, begleitet und nachbereitet werden. Insofern ist das Dauerargument von Reformgegnern, diese oder jene Aufhebung von objektiv überflüssigen oder kontraproduktiven Gesetzen könnte in der Öffentlichkeit falsch verstanden werden, wenig überzeugend. Wer etwas Richtiges zu tun unterlässt, weil er glaubt, die Menschen würden es falsch verstehen, hat meist andere Motive für seine Haltung, die er mit diesem Argument verschleiert – oder hat tatsächlich selber etwas nicht verstanden.

Bagatellen

Vor allem ist es Zeit, Bagatellunrecht kategorisch aus der Sinnprovinz der Kriminalität auszuschließen. Anläufe dazu gab es immer wieder – einschließlich Bundesratsinitiativen, Petitionen und Gesetzesentwürfen von Oppositionsparteien im Bundestag. Dass all das bislang fruchtlos blieb, ist bedauerlich. Nicht umsonst wird das Strafrecht

immer wieder auch als das schärfste Schwert des Staates bezeichnet – als Instrument, das nicht zur Beseitigung von bloßen Störungen der Ordnung und auch nicht zur Behebung jeglicher Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit taugt, sondern dessen Einsatz der Ahndung schwersten Unrechts vorbehalten ist. Man zückt das Schwert ja nicht bei jeder Kleinigkeit: *de minimis non curat lex*.¹³

Die Kriminalstrafe als außergewöhnliche staatliche Macht-Demonstration wirkt gegenüber Bagatelldelikten – meist von sozial desintegrierten und verarmten Individuen und eher aus Planlosigkeit und situativer Überforderung denn rechtsfeindlicher Absicht begangen – deplatziert, übertrieben, und in der Praxis oftmals völlig grotesk.¹⁴

Massendelikte mit typischerweise geringem Unrechtsgehalt sind zum Beispiel:

- der *Ladendiebstahl* und die Unterschlagung geringwertiger Sachen (§§ 242, b, 246, 263 StGB; dazu Albrecht et al. 1992 a, b, 1996);

13 Die Kriminalstrafe darf erst da zum Zuge kommen, wo es um die Ahndung von Taten geht, die »in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben unter Menschen unerträglich« sind (BVerfGE 88, 208, 257 f.). Das ergibt sich schon – in der Theorie zumindest – aus den bekannten strafrechtswissenschaftlichen Grundsätzen, die hinter den Stichworten vom fragmentarischen Charakter, von der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität des Strafrechts stehen und die allesamt in dem Gebot kulminieren, dass der Staat nur dann zum Mittel der Kriminalisierung greifen darf, wenn alle anderen Mittel erschöpft sind und sich als wirkungslos erwiesen haben. Für die Vorbeugung und Bearbeitung allgemeiner Risiken und Störungen im gesellschaftlichen Prozess gibt es das Zivil- und das Verwaltungsrecht mit seinem hochdifferenzierten und keineswegs zahnlosen Instrumentarium (von Auflagen, Betriebsschließungen, Bußgeldern und der Rücknahme von Erlaubnissen und Genehmigungen über Schadensersatz, Schmerzensgeld und Störerhaftung bis zur Zwangsvollstreckung).

14 Hinzu kommt: Als Demonstration machtvoller Vergeltung ist die Kriminalstrafe zugleich ein Offenbarungseid. Wie hilflos ist es doch, auf die heiße Grausamkeit eines schweren Verbrechens nicht klüger, nicht humaner und nicht effektiver zu reagieren, als mit der kalten Grausamkeit der Wiedervergeltung.

- das *Schwarzfahren* (Beförderungerschleichung nach § 265a StGB)¹⁵
- der *Konsum von Cannabis und anderen Freizeitdrogen* mit allem, was an Anbau, Erwerb, Weitergabe, Besitz usw. sozialtypisch dazugehört;¹⁶
- die *Unfall- bzw. Fahrerflucht* (§ 142 StGB Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort)¹⁷ und

15 Das Schwarzfahren ist sozusagen das Falschparken der Autolosen. Dennoch ist dieses bloße Ordnungswidrigkeit, jedes fahrscheinloses U-Bahn-Fahren hingegen schon eine Straftat. Das macht keinen Sinn. Meist sind es junge Leute (denen man auch nichtstrafrechtliche Denkkzettel verpassen kann und sollte) oder es sind Arme und Desorganisierte, die einerseits auf den öffentlichen Nahverkehr angewiesen sind, andererseits aber weder die Fahrschein noch die erhöhten Beförderungsentgelte und die Geldstrafen zahlen können und dann (immerhin zu Tausenden) die Gefängnisse in unserem reichen Land bevölkern. Ihr aus der Not geborenes Verhalten ist kein schweres Unrecht und mithin keine Kriminalität. Entkriminalisierung ist hier das Gebot der Stunde. Und auch die ebenso ungerechte wie unsoziale und überaus unzweckmäßige Institution der Ersatzfreiheitsstrafe (§ 43 StGB) kann und muss gleich mit abgeschafft werden (*Feest, Johannes, Weg mit der Ersatzfreiheitsstrafe* (§ 43 StGB). Eine Petition mit Fußnoten. In: *Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, 2016, S. 491-494).

16 Der Freizeitgebrauch von Drogen ist im Rechtsstaat erst dann eine Angelegenheit des Strafrechts, wenn Dritte geschädigt werden. Für den Fall des Alkoholkonsums ist das im deutschen Recht grundsätzlich angemessen geregelt, für den Konsum von BtMG-Drogen (noch) nicht. Die Entkriminalisierung der Konsumsphäre in Portugal (2001) hat durch die Herabstufung zur Ordnungswidrigkeit schon manches verbessert; dem Recht auf Selbstbestimmung über die private Lebensgestaltung entspricht aber erst die Legalisierung (*Husak, Douglas, Drugs and Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992; *Nestler, Cornelius, Das Verbot weicher Drogen*, in: *ZStW* 2017, S. 467 - 472, *Böllinger, Lorenz, Aufstieg und Fall des Cannabis-Verbots*, *NEUE KRIMINALPOLITIK* 30, 2018, S. 239-257). – Übrigens sind außerstrafrechtliche Wirkmechanismen auch gesundheitspolitisch effektiver: Während die Anti-Raucher-Politik funktioniert (die Zahl der Raucher geht zurück und die verbliebenen rauchen weniger und leichtere Zigaretten; *Pierce, J.P. et al. (2011) Prevalence of Heavy Smoking in California and the United States, 1965-2007. JAMA: THE JOURNAL OF THE AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION*, 2011; 305 (11): 1106 DOI: 10.1001/jama.2011.334), hat der Krieg gegen die Drogen trotz enormer Kosten in den vergangenen Dekaden weder die Ware verknappen noch die Zahl der Konsumenten verringern können (*Werb, Dan et al., The temporal relationship between drug supply indicators: an audit of international government surveillance systems*. In: *BMJ Open* 2013 <http://bmjopen.bmj.com/content/3/9/e003077>). Möglicherweise ist es also weniger die Intensität als die Intelligenz einer Drogenpolitik, die über den Erfolg entscheidet. Und das Schwert des Strafrechts ist hier, wie so oft im Bereich menschlichen Verhaltens, nicht die beste Wahl.

17 Der zivilrechtliche Zweck des § 142 StGB ließe sich auch ohne Strafrecht erreichen. Dafür gibt es Vorbilder im europäischen Ausland – oder auch Konzepte wie das eines neutralen Online-Melderegisters, das das Verweilen am Unfallort entbehrllich macht und die Schadensregulierung einleitet, ohne dass der Verursacher sich direkt (entgegen dem *nemo tenetur* Grundsatz) der Strafverfolgung aussetzen muss (*Kubatta, Ziva, Zur Reformbedürftigkeit der Verkehrsunfallflucht* (§ 142 StGB). Göttingen: Universitätsverlag, 2008).

- die *Verletzung der Unterhaltspflicht* nach § 170 StGB¹⁸;
- das *Eigendoping* (§ 4 Anti-Doping-Gesetz);¹⁹
- das *Herunterladen von Musikstücken* für den privaten Gebrauch (§ 106 Urheberrechtsgesetz).²⁰

Außerdem erreichen auch viele Ärgernisse und Störungen *der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung* nicht mehr einfach so den notwendigen Grad der Erheblichkeit. Gute Kandidaten für eine legalisierende oder zumindest transformierende (d.h. zur Ordnungswidrigkeit herabstufende) Entkriminalisierung sind zum Beispiel die Doppelehe bzw. doppelte Lebenspartnerschaft (§ 172 StGB), der Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173 StGB), Exhibitionistische Handlungen (§ 183 StGB), Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183a StGB), Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184 f. StGB), Tierpornographie (§ 184a 2. Alt. StGB), Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (§ 184b StGB) und Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 StGB).

Damit wollen wir die Vorschläge zur Entrümpelung dann aber auch schon vorläufig abschließen. Zwar gibt es noch die verfassungswidrigen, die systemwidrigen und die rechtsgutslosen Tatbestände, ganz zu schweigen von Lobby-Tatbeständen und denen im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen,²¹ doch kann man sich sicherlich lange darüber streiten, in welchen Fällen die zum Begriff des Gerümpels

18 Mit dem § 170 StGB macht sich die Strafjustiz zum Büttel von Jugend- und Sozialämtern, was aber den Unterhaltsberechtigten nicht unbedingt hilft – im Gegenteil kann die Bestrafung des Unterhaltspflichtigen leicht alles noch weiter verkomplizieren. Es zahlt sich letztlich für niemanden aus, mit der Brechstange in ein Gebiet hineinzuregieren, von dem das Strafrecht wenig versteht und wo es wenig Konstruktives bewirken, aber viel Schaden anrichten kann.

19 Diese Vorschrift ignoriert das Subsidiaritätsprinzip zugunsten einer vielleicht populären, aber praktisch folgenlosen Regelung (näher: *Bott, Ingo & Mitsch*, Wolfgang, Sinn und Unsinn der Strafbarkeit des Dopings. KRiPoZ H. 3 2016, S. 159-168; Kreuzer 2017 (Fn. 7)).

20 Ein Lobby-Gesetz: von der Musikindustrie mittels einer Kampagne (»Raubkopierer sind Verbrecher«) unter Außerachtlassung des Subsidiaritätsgrundsatzes durchgedrückt (*Albach, Gregor*, Zur Verhältnismäßigkeit der Strafbarkeit privater Urheberrechtsverletzungen im Internet. Norderstedt: BoD 2015). Angesichts der Kanonen, mit denen man hier auf die Spatzen privater nicht-kommerzieller Aktivitäten schießt, aber auch angesichts der Existenz zivilrechtlicher Möglichkeiten, mit entsprechenden Problemen besser und effektiver umzugehen, ein Fall von Überkriminalisierung.

21 Hoven 2017a (Fn. 10)

gehörende (gewisse) Evidenz der Entbehrlichkeit vorliegt und in welchen nicht.²²

II. ENTKRIMINALISIERUNG

Kandidaten für eine Entkriminalisierung sind alle Straftatbestände, die:

1. vom Unrechtsgehalt her nicht strafwürdig sind, und
2. deren legitimes Regelungsziel ebenso gut oder besser ohne Strafrecht erreicht werden kann.

Diese beiden Grundsätze unterscheiden den freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat von allen anderen Regierungsformen. Nur hier kann und muss die Existenzberechtigung von Strafgesetzen von ihrer Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne abhängig gemacht werden, und nur hier ist das Strafrecht (deshalb) auch subsidiär im Verhältnis zu anderen Regelungsformen. Idealerweise ist das Strafrecht im freiheitlichen Rechtsstaat eben kein Steuerungsmittel wie jedes andere auch, sondern darf nur als *ultima ratio* zum Einsatz kommen – hat also dort nichts verloren, wo mildere Sanktionen genügen oder wo es überhaupt andere Mittel gibt, um ein legitimes Ziel ebenso gut oder sogar besser zu erreichen. Strafgesetze, die über dieses erforderliche Maß hinaus existieren, sind zurückzunehmen. Nimmt man das alles ernst (von der Verfassungsrechtsprechung werden all diese Fragen gerne zugunsten einer Proklamation gesetzgeberischer Prärogativen weiträumig umfahren; für die Wissenschaft gibt es aber keinen Grund, es ihr gleichzutun), dann melden sich automatisch einige starke Kandidaten für eine Entkriminalisierung, nämlich jedenfalls in den Kategorien:

22 So kann man zum Beispiel den Tatbestand der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB) aus gutem Grund für einen Verstoß gegen die Menschenwürde und die allgemeine Handlungsfreiheit (Artikel 1 und 2 GG), für einen Verstoß gegen die Akzessorietätsregeln (strafbare Beihilfe zu strafloser Haupttat) und gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und aus diesen und noch mehr Gründen für verfassungswidrig und daher durchaus entbehrlich halten. Dennoch würde es angesichts des starken Rückhalts, den sie ganz offenbar im Wertehimmel weiter Bevölkerungskreise (und insbesondere in Kirchenkreisen) genießt, womöglich wenig goutiert werden, § 217 StGB als Gerümpel zu bezeichnen.

1. Private Unerwünschtheiten

Es gibt einen Kernbereich freier individueller Lebensgestaltung, der frei sein muss von allen Versuchen strafrechtlicher Steuerung. Das ist auch von der Verfassungsrechtsprechung wiederholt betont worden, wenngleich es an einer Präzisierung von Inhalt und Grenzen in der Strafrechtswissenschaft (wie in der Rechtsprechung selbst) noch mangelt.²³ Der Grundgedanke ist freilich klar. Der Staat kann sich zum Beispiel zum Ziel setzen, den Fleischkonsum der Bevölkerung (aus Gründen des Umwelt- und des Gesundheitsschutzes) zu senken und kann dafür alle möglichen Aktivitäten der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, des Umweltbundesamtes usw. finanzieren, aber er darf keine strafbewehrten Schnitzel- und keine Frikadellenverbote erlassen. Dasselbe gilt im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat natürlich auch für die Selbstbestimmung in Bezug auf das persönliche Erscheinungsbild (Kleidung, Frisur etc.), auf Freizeitaktivitäten (Chillen oder Motocross), auf die sexuelle Orientierung (homosexuell, heterosexuell, bisexuell) und auf die Religionszugehörigkeit.²⁴ Zu diesem strafrechtsfreien Bereich privater Lebensgestaltung kann die Selbstbestimmung über die Gestaltung des eigenen Lebensendes nicht ausgenommen bleiben. Zum Kernbereich menschlicher Autonomie gehört mithin auch die Antwort, die ein Mensch auf die ganz persönliche Frage findet, wie er zum Suizid steht und ob und gegebenenfalls welche Hilfe er zur Beendigung des eigenen Lebens in Anspruch nehmen möchte.

Die pauschale Strafdrohung des § 217 (Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung) ist überaus widersprüchlich. Erstens war es erklärte Absicht des Gesetzgebers, die Selbstbestimmung am Lebensende vor ungewollter Beeinflussung zu bewahren; doch verboten wird gerade die Realisierung der Hilfe, die das mündige Individuum am Lebensende ausdrücklich will. Zweitens ist es systemwidrig (und

²³ Greco, Luis, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 2008, S. 234–238

²⁴ Letzteres gab es natürlich zur Zeit des Augsburger Religionsfriedens (1555) noch lange nicht (*cuius regio eius religio*), aber auch Vorletzteres gibt es noch nicht lange (man gehe zurück in das Jahr 1957 und lese dafür BVerfGE 6, 389 zum Recht des Staates auf Kriminalisierung der Homosexualität: was vor einem halben Jahrhundert noch strafbar war, ist heute gutes Recht und legitimer Lebensstil, geschützt von Art. 1, 2 und 3 des Grundgesetzes).

widerspricht zudem der Logik), eine Hilfeleistung strafbar zu machen, wenn die Handlung, zu der die Hilfe geleistet wird, selbst nicht strafbar ist. Die Tatsache ihrer »Geschäftsmäßigkeit« selbst kann es ja wohl nicht sein – denn Ärzte helfen in aller Regel nicht unentgeltlich und es gibt keinen Grund, sie in diesem schwierigen Bereich auf *pro bono* zu verpflichten. Sollte das Kriterium der Geschäftsmäßigkeit andeuten, dass der Gesetzgeber etwas gegen unseriöse Geschäftemacher unternehmen wollte, dann wäre das natürlich in Ordnung. Aber wozu dann auch die seriösen Helfer bestrafen? Und warum sollte zur Verhinderung unseriöser Akteure nicht das Vereins- und Gewerbe-recht als schnelleres und effektiveres Mittel genügen?

Das Gegenargument der Befürworter des § 217 StGB gegen die holländische Regelung in den Artikeln 293 II und 294 II nStGB (es könne zu Implementierungsproblemen kommen und so ein Gesetz könnte missverstanden werden) überzeugt nicht, denn das sind übliche Probleme, gegen die auch etwas getan werden kann. Auch kann es kein Trost sein, dass sich z.B. Palliativmediziner, die dem Wunsch eines Sterbenden nach Assistenz beim Suizid nachkommen wollen, »nicht in jedem Fall strafbar machen«.²⁵ In Holland jedenfalls gibt es klare Regeln (Einschaltung von Ärzten, Hinterfragung des Suizid-Entschlusses unter Erörterung von Alternativen, Kontrolle des gesamten Prozesses durch eine ansonsten nichtbeteiligte Person usw.). Demgegenüber kann die deutsche Lösung mit ihrer pauschalierenden Strafbarkeit nur ein Resultat haben: Ungeachtet einer möglicherweise hohen Zahl berechtigter Sterbewünsche bleibt die Zahl assistierter Suizide extrem niedrig. Das ergibt dann sicherlich niedrigere Suizidraten als etwa in Holland,²⁶ doch dahinter würde sich ein höchst problematischer Lebensschutz auf Kosten derjenigen verbergen, die gegen ihren Wunsch zum Weiterleben und Weiterleiden gezwungen würden.

Auch in § 218 StGB kolonialisiert der strafende Staat einen privaten Bereich der Lebensgestaltung. Die Schärfe des Konflikts um das Grundrecht auf Abtreibung hat zwar seit der Herabstufung vom

²⁵ Tolmein, Oliver & Radbruch, Lukas, Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: Balanceakt in der Palliativmedizin. DEUTSCHES ÄRZTEBLATT 114, 2017, S. 627-634

²⁶ Boer, Theo A., Dialectics of lead: fifty years of Dutch euthanasia and its lessons. INTERNATIONAL JOURNAL OF ENVIRONMENTAL STUDIES, 25 January 2018

Verbrechen zum Vergehen (1969) und der Einführung der Fristenlösung mit Beratungspflicht und Wartefrist (1994) abgenommen. Die prinzipielle Ungerechtigkeit gegenüber den schwangeren Frauen blieb aber bestehen. Normalerweise hat das strafrechtliche Verbot, etwas zu tun (zu stehlen, zu rauben, zu töten), keine langdauernden und lebensverändernden Folgen für die Normadressaten. Insofern ist das Verbot der Abtreibung etwas Besonderes. Denn das Verbot abzutreiben zwingt die Schwangere in eine unendliche Folge weiterer Entscheidungen, die ihr gesamtes Leben verändern. Das geht gegen den Kern der Selbstbestimmung darüber, wie und als wer eine Person leben möchte. Kein Strafgesetz sollte zum Austragen einer Schwangerschaft zwingen. Es mag ein bevölkerungspolitisches Interesse (und eine weltanschauliche Wertorientierung) an der Geburt werdenden Lebens geben – eine rechtsstaatliche Begründung, dem Embryo eine eigenständige Rechtspersönlichkeit zuzuschreiben und damit ein Recht auf Geborenwerden erscheint hingegen sophistisch – nicht mehr und nicht weniger als die von der Rechtsprechung kreierte Idee einer Pflicht des Staates zum Erlass von Strafgesetzen zur Verhinderung von Abtreibungen. Grundrechte sollen die Staatsmacht begrenzen, nicht begründen oder erweitern.

Das Werbeverbot für Abtreibungen (§ 219a StGB) soll das Unrecht von Abtreibungen demonstrativ unterstreichen – deren ethisch-moralische Problematik soll sichtbar bleiben. Das mag als Ziel der Politik legitim sein und kann auf vielfältigen Wegen auch implementiert werden. Aber es sollte nicht auf strafrechtlichem Wege passieren und es sollte auch nicht auf einem Weg geschehen, der das Recht verletzt, sich und andere über ärztliche Leistungen umfassend zu informieren. Marktschreierische und irreführende Werbung ist Ärztinnen und Ärzten aufgrund allgemeiner Regeln sowieso untersagt. Dafür bedarf es keiner Sondervorschrift dieser Art.²⁷ Dem Staat und gesellschaftlichen Gruppen wie den Kirchen bleibt es unbenommen, für ihre gesellschaftspolitischen Zielvorstellungen einzutreten und auch zu werben, solange sie die Rechte der Frauen respektieren. Die Strafdrohungen der §§ 218 bis 219a StGB aber sind mehr als nur einfach entbehrlich.

²⁷ Bähr, Julia, Straffrei, aber geächtet. Wie scheinheilig die Debatte um § 219a geführt wird. FAZ 24.2.2018, S. 11

Zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört auch die sexuelle Orientierung. Das ist für die Homosexualität inzwischen ja geklärt. Menschen mit einer pädosexuellen Veranlagung (sog. Kernpädagogie) sind allerdings in einer tragischen Situation: Ihre Veranlagung ist nun einmal da und als Teil ihrer Persönlichkeit zu respektieren – andererseits dürfen sie ihre sexuelle Orientierung nicht praktisch werden lassen (§ 176 StGB Sexueller Missbrauch von Kindern). Ob der komplexe Knoten dieses Dilemmas kommunikativ-helfend und betreuend aufgelöst werden kann oder am besten doch mit dem scharfen Schwert des Strafrechts durchschlagen werden sollte, ist Gegenstand einer mit Schärfe geführten Kulturkriege²⁸ – also einer Form der (kriminal-) politischen Auseinandersetzung, bei der von der Wissenschaft vor allem erwartet wird, dass sie die Vorannahmen der Krieger nicht in Frage stellen möge.²⁹

2. Polizeiwidrige Gefährdungen ökonomisch-ökologischer Art

Die Tendenz zur Konstruktion großflächiger ökonomisch-ökologischer Rechtsgüter und zur Kriminalisierung ihrer (potentiellen) Gefährdung beförderte bestimmte Verhaltensweisen im Laufe weniger Jahrzehnte vom Status bloßen Verwaltungsungehorsams über das Neben- bis in das Kernstrafrecht, wo es allerdings auf die Frage nach der Eignung und Erforderlichkeit ausgerechnet des Strafrechts im Vergleich zum Verwaltungsrecht keine rechte Antwort weiß. Ganz unabhängig von der Frage, welche strafrechtsbegründende oder -begrenzende Funktion dem Rechtsgutbegriff selbst (noch

28 Hunter, James Davison, *Culture Wars: The Struggle to Define America*. New York: Basic Books 1991

29 Zur Empirie: Sandfort, Theodorus & Brongersma, E., & van Naerssen, A., *Male intergenerational intimacy*. New York: Haworth Press 1991, Lautmann, Rüdiger, *Die Lust am Kind. Porträt des Pädophilen*. Hamburg: Ingrid Klein 1994, Rind, Bruce & Tromovitch, Philip & Bauserman, Robert, *A Meta-Analytic Examination of Assumed Properties of Child Sexual Abuse Using College Samples*. *PSYCHOLOGICAL BULLETIN* Vol. 124, 1, 1998, S. 22-53, Ulrich, Heather M.; Randolph, Mickey; Acheson, Shawn, *Child Sexual Abuse: A Replication of the Meta-analytic Examination of Child Sexual Abuse by Rind, Tromovitch, and Bauserman (1998)*. *THE SCIENTIFIC REVIEW OF MENTAL HEALTH PRACTICE: objective investigations of controversial and unorthodox claims in clinical psychology, psychiatry and social work (SRMHP) 2005*; grundsätzlicher zum Spannungsverhältnis von Jugendschutz und Selbstbestimmung vgl. Lenz, Hannah, *Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher und paternalistische Intentionen*. Baden-Baden: Nomos 2017.

oder wieder) zukommen kann oder sollte,³⁰ erscheint eine Befreiung des Strafrechts von dieser Last deshalb schon auf Grund des Ultima-Ratio-Grundsatzes angezeigt. Jedenfalls wäre es eine lohnende Aufgabe nachzuforschen, ob und wie sich etwa die §§ 264a und 329 StGB (Kapitalanlagebetrug; Gefährdung schutzbedürftiger Gebiete) und Ähnliches durch effektive Reaktionen auf bloßes Verwaltungsunrecht ersetzen lassen.³¹

3. Politische Polizeiwidrigkeiten

Zwar kann die Konstruktion von Straftatbeständen zwecks Kriminalisierung politisch unerwünschter Meinungsäußerungen und Aktivitäten im ‚Vorfeld des Vorfelds‘ von Rechtsgutsverletzungen auf eine lange (präkonstitutionelle) Tradition zurückblicken, doch sollte der Gesetzgeber im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat der Versuchung widerstehen, etwas, das von der Sache her bloßes Polizeirecht ist, zu einer eigenständigen Straftat aufzublasen. Das gilt auch und gerade für manche heiligen Kühe des Sicherheits- und Präventionsstaats wie

- das Verbreiten von Propagandamitteln (§ 86) und das Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (§ 86a);
- die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat (§ 89a StGB), die Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Straftat (§ 89b StGB) und die Terrorismusfinanzierung (§ 89c StGB);
- die Tatbestände betreffend kriminelle und terroristische Vereinigungen im Inland und im Ausland (§§ 129, 129a, b StGB) einschließlich ihrer prozessualen Anhängsel und
- die Volksverhetzung (§ 130 StGB) sowie die Beschimpfung von

30 *Hefendehl*, Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht. Köln u.a.: Heymann 2002, *Greco* 2008 (Fn. 23), *Engländer*, Armin, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht? ZStW 137, 2015, S. 616-634

31 Für detaillierte Ausführungen zum Wirtschaftsstrafrecht und einen (schön optimistisch gestimmten) Ausblick auf die Modernisierung des Strafrechts im Kooperationsstaat siehe *Kubiciel*, Michael, Unentbehrliches Wirtschaftsstrafrecht, entbehrliche Tatbestände. ZStW 129, 2017, S. 473-491; *ders.*, Was wird aus dem Strafrecht? Koalitionsregierung und Kriminalpolitik – die Wissenschaft muss mit der Betrachtung der Wirklichkeit beginnen und ihre Leitbilder anpassen. FAZ 15.2.2018, S. 6).

Bekanntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen (§ 166 StGB).

Der Rechtsstaat sollte mit dem Verbot von Symbolen vorsichtig sein.³² Aber auch mit dem Verbot von Karikaturen – selbst wenn diese bei den Betroffenen Anstoß erregen. Aktuell wird in der Öffentlichkeit vor allem die Abschaffung von § 166 StGB gefordert.³³ Im Grunde wird die inkriminierte Äußerung bei derlei *potenziellen Gefährdungsdelikten* erst zur Straftat, nachdem sie getätigt wurde und dann die Einschätzung erlaubt, dass sie den öffentlichen Frieden gefährden oder stören könnte – etwa weil eine Anstoß nehmende Person einer Gruppe angehört, bei der die Behörden mit einer Störung des öffentlichen Friedens rechnen können. Die berühmt-berüchtigte Kategorie des ›öffentlichen Friedens‹ ermöglicht aber gar keine Abgrenzung straflosen und strafbewehrten Verhaltens; sieht man das kriminelle (!) Unrecht in so etwas wie einer drohenden Trübung der Sicherheitserwartungen bei einer Mehrzahl von Bürger*innen, dann bleibt das als Unrechtsbegründung immer noch zirkulär (soll diese doch nur durch eine Unrechtstat eintreten können, die deswegen als Unrechtstat gilt, weil sie für die Veranlassung einer solchen Eintrübung geeignet ist). Es gälte aber, den Unrechtsgehalt der Äußerung selbst zu begründen und ihn nicht durch den vermeintlichen Unrechtsgehalt des potentiellen Gefährdungserfolgs zu substituieren. Die Bemühtheit der Konstruktionen, die hier vorgeschlagen werden, zeigt allerdings schon, dass solche potentiell anstoßerregenden mündlichen oder schriftlichen Äußerungen im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen in Wirklichkeit gar keine Angelegenheit für das Kriminalrecht, sondern allenfalls schlichte Polizeiwidrigkeiten darstellen.

A fortiori gelten die gegen § 166 sprechenden Argumente auch für den Fall des § 130 StGB (Volksverhetzung). Wo mit einem Einzelfallgesetz das Bezweifeln oder Bestreiten ganz bestimmter historischer Vorgänge strafbedroht ist (§ 130 III StGB), verletzt man das Grundrecht auf Meinungsfreiheit. Das kann durchaus kontraproduktiv wirken, indem es *prisoners of conscience* schafft und ist vor allem

32 Reuter, Dirk, Verbotene Symbole. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zum Verbot von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen in § 86a StGB. Baden-Baden: Nomos 2005

33 Becker, Markus, Warum Blasphemie dazugehört. SPIEGEL-ONLINE 09.01.2015

ungerecht. Von den Problemen einer seinerzeit rein polizeitaktisch motivierten Strafgesetzgebung wie im Fall des § 130 IV StGB ganz zu schweigen.

III. ERSETZUNG

Beschränkt man sich darauf, das Strafrecht Tatbestand für Tatbestand durchzumustern, dann verliert man leicht den Überblick und kommt vor allem womöglich nie zu den Fragen von grundsätzlicher Bedeutung. Kaum jemand verschwendet heutzutage noch einen Gedanken an die Frage, ob es vielleicht etwas gibt, das »besser als Strafrecht, das sowohl klüger als auch menschlicher als das Strafrecht wäre«. ³⁴

Dabei gäbe es für eine prinzipielle Kritik der strafenden Vernunft genügend Ansatzpunkte:

Der *erste* ist ein diskurstaktischer und gewissermaßen strafrechtspolitischer. Er besteht in der Erkenntnis, dass es eines Gegenpols zur tendenziell unbegrenzt strafwilligen Kriminalpolitik bedarf, und dass dieses Gegengewicht (nur) eine an Freiheit und Gerechtigkeit orientierte Strafrechtswissenschaft sein kann. Aufgabe der Wissenschaft ist die Kritik, nicht die Förderung staatlichen Strafens: »In der Sache bedeutet dies eine abolitionistische Perspektive, also eine Perspektive der Entkriminalisierung«. ³⁵

Der *zweite* ist ein historisch-genealogischer. Das System peinlicher Strafen – und damit ›unser‹ Strafrecht mit der Freiheitsstrafe und in manchen Staaten auch mit der Todesstrafe – entstand aus dem Umgang mit Sklaven und anderen Unfreien. ³⁶ Im frühen Mittelalter war so etwas für Freie noch undenkbar. Unter freien Menschen gab es als Reaktion z.B. auf Tötungen keine Eingriffe in Leib, Leben oder Bewegungsfreiheit des Täters. Die Folge von Unrecht bestand in Sühneverträgen und Sühneleistungen zwischen den beteiligten Sippen. Es gab

³⁴ Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 1932, S. 403. Vielleicht ist es die Angst vor der Antwort, die uns zurückhält. Im Erfolgsfall hätten wir ja nach unseren eigenen Prinzipien gar keine andere Wahl, als unverzüglich eine umfassende Entkriminalisierung in Gang zu setzen. Dieser Prozess wäre nicht auf einzelne Strafbestimmungen begrenzt, sondern es ginge ums Ganze. Und der Gedanke ist dann doch ein bisschen unheimlich.

³⁵ Vormbaum 2011 (Fn. 5), S. 41

³⁶ Sellin, Thorsten, Slavery and the Penal System. New York, Oxford: Elsevier, 1976

also Verpflichtungen, die zu erfüllen waren, und wenn die Leistungen erbracht waren, gab es wieder Frieden, wobei die leistende Partei per »Gleichheitseid« zum Ausdruck brachte, dass die erbrachte Leistung im umgekehrten Fall auch ihr selbst genügen würde: »Umarmung und Friedenskuss konnten den Sühnevorgang beschließen.«³⁷ Erst im Hochmittelalter kam es zur Ausdehnung des Sklavenrechts auf Freie, die dadurch allmählich zu Untertanen einer sich absolutistisch gebärdenden Herrschaft wurden. Untertanen blieben die Menschen dann bis zur Etablierung demokratischer Verhältnisse. Zur vollständigen Emanzipation gehört auch die Überwindung des Strafrechts durch ein menschenwürdiges System von Unrechtsfolgen.

Der *dritte* ist ein soziologischer. Strafrecht trifft noch heute vor allem die die Armen, die Angehörigen von Minderheiten, die Benachteiligten, die Unterdrückten, die Zurückgebliebenen, die Gestörten und die anwaltlich unzulänglich Vertretenen. Gegen diese Menschen holt die Gesellschaft mit der Strafe nach, was sie für sie zu tun versäumte. Man macht sich keine Vorstellung von der Art, wie mit den vielen Millionen Häftlingen, die es heute weltweit gibt, faktisch umgegangen wird – eher wie mit Tieren oder Sachen und jedenfalls bei weitem nicht so, wie es die Menschenwürde und die von den Vereinten Nationen beschlossenen Mindeststandards für die Behandlung von Gefangenen – die seit Dezember 2015 so genannten Nelson Mandela Rules – fordern.

Der *vierte* ist ein politikwissenschaftlicher. Das Strafrecht ist klassisches Subordinationsrecht. Für die Steuerung gesellschaftlicher Prozesse durch Befehl und Gehorsam ist der Staat in einer Demokratie aber nur noch sehr begrenzt legitimiert und befähigt. Der Wandel vom autoritären Subordinations- zum kooperativen Verhandlungsstaat wird auch vor der Rahmung und Regelung von Konflikten nicht haltmachen.

Der *fünfte* ist ein rechtssoziologischer. Die aktuelle Entwicklung des Strafrechts zeigt zugleich die Grenzen seiner Modernisierbarkeit. Versuche, das Strafrecht von konditionaler auf Zweckprogrammierung umzustellen und es durch den Einbau von Rückkopplungsme-

³⁷ Schmidt, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 3. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1983, S. 24

chanismen (reflexives Recht) zu einem hochflexiblen Steuerungsinstrument zu machen, sind mit der freiheitsschützenden und strafbegrenzenden Funktion des liberalen Strafrechts unvereinbar. Besser geeignet wäre hier ein Koordinationsrecht, das auf der Rechtsfolgenreihe dann nicht mit Strafe, sondern mit *smart sanctions* und *soft power* arbeitet.

Der *sechste* ist ein ideengeschichtlicher. Im liberalen Rechtsstaat sind alle Eingriffe in die Freiheitssphäre der Bürger so gering wie möglich zu halten. Der Satz *Cesare Beccarias*,³⁸ dass jeder Akt der Herrschaft eines Menschen über einen Menschen, der nicht aus unausweichlicher Notwendigkeit folgt, tyrannisch ist, gilt auch und gerade für die Normen des Strafrechts. Was nicht unbedingt erforderlich ist, ist nicht verhältnismäßig, ist nicht *ultima ratio*, ist nicht verfassungsgemäß, ist nicht erlaubt und nicht zu tolerieren.

Der *siebte* ergibt sich aus der Krise des Gefängnisses. Wenn es sich herausstellt, dass die Freiheitsstrafe im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat nicht mehr zulässig, nicht mehr zeitgemäß oder auch nur nicht mehr gewollt ist und abgeschafft gehört,³⁹ dann wäre damit auch die Frage nach der Notwendigkeit des Strafrechts (implizit und im negativen Sinne) beantwortet. Denn als Nachfolgerin der früheren Körper- und Leibesstrafen ist die Freiheitsstrafe das, was das Strafrecht wesentlich von anderen Sanktionen in anderen Rechtsge-

38 *Beccaria, Cesare*, Über Verbrechen und Strafen. Frankfurt a.M.: Insel 1764/1966, S. 52

39 Der Gefängnisstrafe liegen drei Annahmen zugrunde: Erstens, dass es vertretbar ist, Menschen zur Vergeltung ihrer Missetaten in Zellen einzusperrern – in Zellen, notabene, die manchmal nicht viel anders als Käfige aussehen und jedenfalls in der Regel wie Käfige funktionieren; zweitens, dass eine Kombination der *pains of imprisonment* mit Hilfsangeboten geeignet ist, Straftäter von künftigen Delikten abzuhalten; drittens, dass die Freiheitsstrafe ein notwendiges Übel darstellt, um die Sicherheit der Bevölkerung nicht aufs Spiel zu setzen. Erstens verhält sich aber die Käfighaltung von Menschen zur Menschenwürde wie Feuer zu Eis; zweitens gleicht auch noch die beste Hilfe durch psychologische Fachdienste allenfalls die Haftschäden aus (manchmal erreichen sie mehr, meistens weniger) und drittens erfordert die öffentliche Sicherheit zwar tatsächlich Freiheitsentzug bei den *dangerous few*: doch da geht es nicht um Strafe, sondern um Sicherung, also menschenwürdige Unterbringung in nicht-strafendem, respektvollen Ambiente. Dass Zellengefängnisse und Käfighaltung dann ausgeschlossen sind, versteht sich von selbst. Dessen ungeachtet ist es an der Zeit, das Gefängnis als Strafsanktion abzuschaffen und es, wie die kanadischen Quäker in ihrer *Minute on Prison Abolition* (1981) vorschlugen (Minute on Prison Abolition (1981) Approved by Canadian Yearly Meeting of the Religious Society of Friends in 1981 <http://quakerservice.ca/wp-content/uploads/2011/05/CYM-Minute-on-Prison-Abolition.pdf> (Zugriff 28.07.2018)), so bald und so beharrlich wie möglich durch nicht-punitiv, lebensbejahende und versöhnende Antworten zu ersetzen.

bieten unterscheidet. Mit *Klaus Lüderssen*⁴⁰ kann man davon ausgehen, dass ein Strafrechtssystem, das sich vom Gefängnis befreit haben wird und deshalb nur noch die Geldstrafe kennt, »das eigentliche Odium des öffentlichen Strafens bereits abgestreift haben wird und die Verschmelzung dieses Systems mit anderen Systemen, welche um Zweckrationalität und Gewährleistung von Autonomie im staatlich-gesellschaftlichen Umgang mit schweren Interessenverletzungen bemüht sind, kein Problem mehr sein wird.« – »Die zu Ende gedachte Aufklärung könnte also zur Abschaffung der Strafe schlechthin führen.«

Der *achte* ist ein utopisch-gedankenexperimenteller, den einst *Gerhard Mauz*⁴¹ formulierte, als er schrieb:

»Es muss nicht bis zum Ende aller Tage angeklagt und verurteilt werden. Über die Verstöße gegen unsere Vereinbarungen, die wir Gesetze nennen, als hätten wir sie wie Moses vom Berge herabgebracht, kann auch solidarisch verhandelt, sie können auch leidenschaftslos ausgetragen werden (so jedenfalls, dass nicht noch mehr Leid entsteht, so schon gelitten wird). – Es setzt dies nur voraus, dass wir darauf verzichten, über Menschen zu befinden; dass wir uns dazu entschließen, mit ihnen, für sie und damit auch für uns nach Lösungen zu trachten. – Eine Utopie? Eine Utopie ist wohl eher die Vorstellung, es könne unsere Mühe um den Austrag der Konflikte, die im Zusammenhang mit unseren Vereinbarungen entstehen, für alle Zeit im Anklagen und Verurteilen am Ziel sein – in einem Recht, das über uns richtet. Eine Utopie ist doch wohl eher die Vorstellung, wir könnten für alle Zeit damit am Ziel sein, dass wir strafen.«

Der *neunte* ergibt sich aus der Tatsache der Existenz von radikalen Alternativen zum Strafen, die bereits ihr Funktionieren unter Beweis gestellt haben. *Restorative* und *Transformative Justice* zeitigen

40 *Lüderssen*, Klaus, Abschaffen des Strafens? Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1995, S. 415

41 *Mauz*, Gerhard, Das Spiel von Schuld und Sühne. Die Zukunft der Strafjustiz. Düsseldorf: Diederichs, 1975, S. 7

meist bessere Ergebnisse als der traditionelle Gang des Strafrechts.⁴² Es gibt eben auch andere *reordering rituals* als nur den Strafprozess - wie zum Beispiel Wahrheits- und Versöhnungskommissionen, Täter-Opfer-Ausgleich, *Restorative* und *Transformative Justice*, und weitere können erfunden werden. Das Strafrecht ist eng und autoritär, indem es nach dem Normbruch, dem Schuldigen und der Strafe sucht. Es geht aber auch anders. Zum Beispiel können die Opfer im Mittelpunkt stehen und das, was sie erlitten haben, ebenso wie das herausgearbeitet werden könnte, was zu einer Wiedergutmachung oder zu einer verbesserten Veränderungen der Situation erforderlich wäre – und erst dann wäre zu fragen, wer was dazu beisteuern könnte, sollte, müsste. Spätestens beim ›Sollte‹ wird dann auch ausführlich über die Verpflichtungen des ›Täters‹ gesprochen. Ihm wird jedenfalls nichts gegen seinen Willen auferlegt. An ihm wird auch nichts ›vollzogen‹, schon gar keine Strafe. Es geht nicht um Rache, sondern um *restoration* und *transformation* durch eine Übereinkunft zwischen allen *stakeholders*. Es ist die Kraft des den Täter stützenden und fordernden Kollektivs, das ihn für verantwortlich hält und dem gegenüber er sich verantwortlich fühlt.⁴³

42 Sherman, Lawrence W., Strang, Heather, Mayo-Wilson, Evan, Woods, Daniel J., Ariel, Barak, Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review. *JOURNAL OF QUANTITATIVE CRIMINOLOGY* 31, 1, 2015, S. 1-24; Sherman, Lawrence W., Strang, Heather, Barnes, Geoffrey, Woods, Daniel J., Bennett, Sarah, Inkpen, Nova, et al., Twelve experiments in restorative justice: the Jerry Lee program of randomized trials of restorative justice conferences. *JOURNAL OF EXPERIMENTAL CRIMINOLOGY* 11, 4, 2002, S. 501-540; Braithwaite, John, *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press 2002; Braithwaite, John, Principles of restorative justice, in: Andrew von Hirsch et al., eds., *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart 2003

43 Das funktioniert natürlich nur bei Freiwilligkeit von Tätern und Opfern. Für die anderen Fälle muss vielleicht das traditionelle Prozedere bereitstehen. Kein Opfer wäre zur Kommunikation mit den Tätern gezwungen, kein Täter wäre der *community* ausgeliefert – es gäbe jederzeit die Möglichkeit des Hinüberwechslens in das Gerichtsverfahren. Die Gerichte aber könnten also wieder sorgfältig und skrupelhaft arbeiten. - Wolfgang Naucke (Naucke, Wolfgang, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff. Wiesbaden: F. Steiner, 1985), Klaus Lüderssen (Lüderssen 1995 (Fn. 38)) und Winfried Hassemer (Hassemer, Winfried, Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer. Berlin: Ullstein 2009) waren wesentlich skeptischer gegenüber der Ersetzung staatlichen Strafrechts durch eine originär gesellschaftliche Konfliktregelung als etwa Alessandro Baratta (1988) und Nils Christie (Christie, Nils, Conflicts as Property. *BRITISH JOURNAL OF CRIMINOLOGY, DELINQUENCY AND DEVIANT SOCIAL BEHAVIOUR*, 17, 1977, S. 1-15). Aber auch Baratta plädierte (ähnlich wie Naucke) für ein Minimalstrafrecht, und selbst Christie (Christie, Nils (2016) Fünf drohende Gefahren für Restorative Justice. *TOA-MAGAZIN* 1, 2016, S. 4-9) war in späteren Jahren dafür zu haben: eben als *ultima ratio*, wenn es anders nicht ging (vgl. zu allem auch Braithwaite 2002, 2003 (Fn. 40)).

Strafgesetze entstehen aus einem von vielen Akteuren beeinflussten Prozess selektiver Thematisierung, einem Prozess des Sortierens, Assoziierens, Hervorhebens, Weglassens und Dramatisierens, wodurch das Phänomen, das man bekämpfen will, in gewisser Weise erst seine passende Form, wenn nicht sein Wesen, erhält. Diese Rahmung ist nicht alternativlos, so wie die kriminelle Karriere eines Individuums nicht alternativlos ist, sondern ebenfalls durch eine andere Rahmung eine andere Richtung nehmen könnte. Nach einer Phase der Anbetung des Staates und seines Strafrechts im neunzehnten und zwanzigsten Jahrhundert ist man heute nüchterner und kann schon Bescheid wissen über die kontraproduktiven Folgen der Kriminalisierung. Und da es bei längerem Nachdenken nicht einmal unwahrscheinlich ist, dass es – entschlösse man sich denn, den Betrieb der Strafgesetzgebung, Strafjustiz und des Strafvollzugs einfach einzustellen – statt eines Anstiegs einen Rückgang der Verhaltensweisen gäbe, die wir jetzt als kriminell bezeichnen, läge es in unser aller Interesse, sich wieder verstärkt mit den Grundfragen sozialer Ordnung und sozialer Kontrolle auseinanderzusetzen. Dass ausgerechnet die Institution des Strafrechts (geschweige denn des Gefängnisses) wegweisend für die Zukunft sein sollte, darf nicht nur bezweifelt, es sollte auch verhindert werden.

REFORMBEDARF IM RECHT DER BEFANGENHEITSANTRÄGE, BESETZUNGSRÜGEN UND BEWEISANTRÄGE?

ANMERKUNGEN ZU REFORMVORSCHLÄGEN DES 2. STRAFKAMMERTAGES 2017

I. EINFÜHRUNG

Versucht man, der Strafprozessreform ein Gesicht zu geben, so stößt man – in erster Linie – auf Rechtspolitiker, Strafrechtswissenschaftler und Strafverteidiger. Strafrichter und erst recht Staatsanwälte melden sich auf diesem Felde kaum zu Wort. Eine Ausnahme stellt der sogenannte bundesweite Strafkammertag dar, der am 26.09.2017 zum zweiten Mal stattgefunden hat. Über die Art und Weise des Auftretens des Strafkammertages und des Zustandekommens seiner Beschlüsse ist einiges Kritische gesagt worden (u.a. von der Redaktion der Zeitschrift STRAFVERTEIDIGER¹ und von *Thomas Fischer*²). Das soll jedoch nicht das Thema der vorliegenden Untersuchung sein. Jedenfalls haben sich an besagtem Tag fast 80 Vorsitzende von Strafkammern sowie Vorsitzende und Beisitzer von OLG-Strafsenaten zusammengefunden, um über die Zukunft des Strafprozesses zu diskutieren. Als Ergebnis ihrer Besprechungen haben sie zwölf ›Kernvorschläge‹ formuliert, die einer praxisgerechten Verbesserung des Strafverfahrens und Erleichterung der Wahrheitsfindung dienen sollen.³ Die ersten drei dieser Vorschläge lauten wie folgt:

1 LTO v. 09.11.2017

2 DIE ZEIT Nr. 46/2017, S. 14

3 Vgl. die vom OLG Bamberg veröffentlichte Pressemitteilung Nr. 15/2017 vom 26.09.2017 bzw. den Wiederabdruck der Kernvorschläge bei *Sandherr*, DRiZ 2017, 338, S. 341.

- Nach Befangenheitsanträgen – vor und während der Hauptverhandlung – soll die Hauptverhandlung bis zum übernächsten Verhandlungstag, mindestens aber für zwei Wochen fortgesetzt werden können.
- Die Entscheidung über Besetzungsrügen findet im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens statt, wobei die sofortige Beschwerde keine aufschiebende Wirkung entfaltet und die vom Beschwerdegericht getroffene Entscheidung für das Revisionsverfahren bindend ist.
- ›Ins Blaue hinein‹ gestellte Beweisanträgen sollen durch erhöhte gesetzliche Anforderungen an deren Begründung unterbunden werden.

Man sieht, dass die Vorschläge zentrale Themen des Strafprozesses betreffen und – nicht überraschend – Rechte der Angeklagten, die die Rechtsstellung der Angeklagten im Kern betreffen, einschränken sollen. Das Recht, Befangenheits- und Beweisanträge zu stellen sowie das Recht, die Besetzung des Gerichts zu rügen, gehören zum Kernbestand der Rechte von Angeklagten. Andererseits können auch diese Rechte dazu missbraucht werden, den Strafprozess zu sabotieren, wenn man nämlich entsprechende Anträge stellt, obgleich es dafür – auch aus Sicht des Antragstellers – keinen nachvollziehbaren Grund gibt. Vor diesem Hintergrund haben der Gesetzgeber und die Rechtsprechung das Recht der Befangenheitsanträge, das Recht der Beweisanträge und das Recht der Besetzungsrügen über die vergangenen fast anderthalb Jahrhunderte sorgfältig austariert. Schon deshalb sollten Eingriffe in diese Rechtsinstitute nur behutsam vorgenommen werden und überhaupt nur dann, wenn ihre Notwendigkeit klar zutage liegt. Besteht also die Notwendigkeit, das Strafverfahrensrecht in dem vom Strafkammertag vorgeschlagenen Sinne fortzuentwickeln?

II. WÜRDIGUNG DER DREI VORSCHLÄGE

1. Befangenheitsanträge

Zum ersten Vorschlag, der Möglichkeit, nach Befangenheitsanträgen die Hauptverhandlung bis zum übernächsten Verhandlungstag, mindestens aber für zwei Wochen fortzusetzen:

Nach geltendem Recht gilt für Befangenheitsanträge, die *in* der Hauptverhandlung gestellt werden und deren Entscheidung die Unterbrechung der Hauptverhandlung erfordert, dass eine Fortsetzung der Hauptverhandlung möglich ist, bis die Entscheidung ohne Verzögerung der Hauptverhandlung erfolgen kann; spätestens ist bis zum Beginn des übernächsten Hauptverhandlungstages zu entscheiden (§ 29 Abs. 2 S. 1 StPO). Zudem muss der Vorsitzende demjenigen, der ein Befangenheitsgesuch anbringen möchte, trotz § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StPO nicht sogleich Gelegenheit hierzu geben; es reicht aus, wenn der Antrag noch im Laufe desselben Hauptverhandlungstages gestellt werden kann: Der Vorsitzende ist nicht verpflichtet, dem Ablehnenden unverzüglich Gelegenheit zur Anbringung des Ablehnungsgesuchs zu geben, vielmehr kann er dies im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis nach § 238 Abs. 1 StPO auf einen späteren Zeitpunkt desselben Hauptverhandlungstages verschieben.⁴ Zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Ablaufs der Hauptverhandlung kann es hier für ein Gericht, das das gegebene Instrumentarium beherrscht, eigentlich nicht kommen.

Bei Befangenheitsanträgen, die *weiträumig vor* der Hauptverhandlung gestellt werden, ergibt sich naheliegenderweise auch kein Problem. Wirklich problematisch gestalteten sich – bislang – alleine die sogenannten Fünf-vor-Neun-Ablehnungsanträge, also Ablehnungsanträge, die *kurz vor* Beginn der Hauptverhandlung gestellt werden. Der Umgang mit ihnen gestaltete sich regelmäßig deshalb problematisch, weil § 29 Abs. 2 S. 1 StPO nicht gilt (weil die Anträge nicht *in* der Hauptverhandlung gestellt werden), so dass nach § 29 Abs. 1 S. 1 StPO seitens des Gerichts vor der Entscheidung

⁴ MK/StPO-Conen/Tsambikakis § 25 Rn. 25; KK/StPO-Scheuten § 25 Rn. 8 f.; Meyer-Goßner/Schmitt § 25 Rn. 9; Breidling in: FS v. Heintschel-Heinegg 2015, S. 80; Stollenwerk DRiZ 2015, 138, S. 141; Drees NSτZ 2005, 184, S. 185f.

über den Ablehnungsantrag nur unaufschiebbare Handlungen vorgenommen werden dürfen. Dazu gehört insbesondere die Verlesung des Anklagesatzes sicherlich nicht.⁵ In diesen Fällen sah sich das Gericht bislang also gezwungen, die Hauptverhandlung noch vor Beginn der Verlesung des Anklagesatzes zu unterbrechen. Die von der Rechtsprechung erwogene analoge Anwendung des § 29 Abs. 2 S. 1 StPO wird man als rechtlich unvertretbar anzusehen haben.⁶ Mit dem am 24.08.2017 in Kraft getretenen ›Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens‹ hat der Gesetzgeber aber auch hier Abhilfe geschaffen: Nach § 29 Abs. 1 S. 2 StPO n.F. kann die Hauptverhandlung in diesen Fällen nunmehr durchgeführt werden, bis der Staatsanwalt den Anklagesatz verlesen hat. Zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Hauptverhandlung kann es hier also eigentlich auch nicht mehr kommen: Die Sache wird aufgerufen, die Anwesenheit wird festgestellt, der Anklagesatz wird verlesen – und dann unterbricht man eben, wobei die Dauer der Unterbrechung davon abhängt, wie schnell eine Entscheidung des zuständigen Richters oder der zuständigen Kammer erreicht werden kann.⁷

Es ist also seit dem 24.08.2017 eine Rechtslage gegeben, die es dem mit der aktuellen Regelung vertrauten Vorsitzenden stets ermöglicht, die Hauptverhandlung zumindest ohne wesentliche Beeinträchtigung zu beginnen und bis einschließlich der Verlesung des Anklagesatzes fortzusetzen. Angesichts dessen irritiert doch etwas, dass der Strafkammertag nur einen Monat später den genannten Vorschlag formuliert. Es wirkt ein bisschen so, als ob der Gesetzgeber der Strafjustiz hier helfend die Hand reicht – und sie versucht, sich gleich den ganzen Arm zu nehmen. Man kann weitere Kritik an dem ersten Kernvorschlag des Strafkammertages üben,

- dass nämlich die vorgeschlagene Neuregelung es theoretisch ermöglichen würde, zehn oder sogar zwölf Hauptverhandlungstage

5 BGH NJW 2003, 2396, 2397; Meyer-Goßner/*Schmitt* § 29 Rn. 4; *Breidling* in: FS v. Heintschel-Heinegg 2015, S. 84

6 Die Analogie in Betracht ziehend BGH NJW 2003, 2396; Meyer-Goßner/*Schmitt* § 29 Rn. 8; *Stollenwerk* DRiZ 2015, S. 138; wie hier *Breidling* in: FS v. Heintschel-Heinegg 2015, S. 84

7 Die Annahme von *Sandherr* (DRiZ 2017, 338, S. 339), die »bisherige Gesetzeslage« könne zu »haarsträubenden Verzögerungen« führen, erscheint überholt.

- mit möglicherweise befangenen Richtern weiterzuverhandeln;⁸
- dass der Effizienzgewinn in den Fällen, in denen die Ablehnung zu Unrecht erfolgte, gleichwohl sehr begrenzt wäre, weil die Entscheidung ohnehin getroffen werden muss;⁹
- dass aber der Effizienzverlust in den Fällen, in denen die Ablehnung zu Recht erfolgte, umso größer ausfällt, je länger weiterverhandelt worden ist.¹⁰

Mir geht es hier allerdings an erster Stelle darum, zu zeigen, dass der Strafkammertag mit seinem ersten Kernvorschlag eine Neuregelung propagiert, die schlicht nicht erforderlich ist, um dem Interesse der Strafjustiz an einem halbwegs geordneten Hauptverhandlungsbeginn und -ablauf gerecht werden zu können.

2. Besetzungsrügen

Zum zweiten Kernvorschlag, der Entscheidung über Besetzungsrügen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens, wobei die sofortige Beschwerde keine aufschiebende Wirkung entfalten und die vom Beschwerdegericht getroffene Entscheidung für das Revisionsverfahren bindend sein soll:

Die geltenden Regeln zum Umgang mit Besetzungsrügen – die §§ 222a, 222b StPO – sind so übel nicht. Das Gericht hat es bekanntlich in der Hand, etwaigen Anträgen der Verteidigung auf Unterbrechung der Verhandlung zum Zwecke der Vorbereitung der Besetzungsrüge vorzubeugen, indem es dafür sorgt, dass die Besetzung den Verfahrensbeteiligten spätestens eine Woche vor Beginn der Hauptverhandlung mitgeteilt wird. Denn der BGH versteht § 222a Abs. 2 StPO so, dass dem Antragsteller regelmäßig eine Woche zur Verfügung stehen

8 Hierauf weisen auch *Gercke, Jahn* und *Pollähne* hin (LTO v. 09.11.2017). Die von *Gercke/Jahn/Pollähne* a.a.O. gezogene Schlussfolgerung, dass »dies mit Blick auf die Bedeutung des unbefangenen gesetzlichen Richters der verfassungskräftigen Forderung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz wohl kaum gerecht wird«, teile ich indes nicht: Da die Hauptverhandlung ohnehin wiederholt werden muss, wenn die Ablehnung Erfolg hat, dürfte der Grundsatz des gesetzlichen Richters unberührt sein. Aber unbefriedigend ist eine derart lange Phase der Unsicherheit darüber, ob das weiterverhandelnde Gericht am Ende auch das Urteil sprechen wird, allemal.

9 *Kudlich* ZRP 2018, 9, S. 11. Es gilt – auch hier – der allgemeine Grundsatz, dass Arbeit regelmäßig nicht dadurch weniger wird, dass man sie aufschiebt.

10 *Gercke/Jahn/Pollähne* LTO v. 09.11.2017

muss zur Prüfung, ob die Besetzung ordnungsgemäß ist.¹¹ Wird dann zu Beginn der Hauptverhandlung erklärt, dass eine Besetzungsrüge erhoben werden soll, so kann das Gericht die Hauptverhandlung bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache fortsetzen, bevor es überhaupt Gelegenheit gibt, die Rüge zu stellen (vgl. § 222b Abs. 1 S. 1 StPO).¹² Mit der Entscheidung kann es – so jedenfalls die justizfreundliche h.M. – in Entsprechung zu § 29 Abs. 2 StPO sogar noch länger zuwarten, falls eine frühere Entscheidung zu einer Verzögerung der Hauptverhandlung führen würde.¹³ Freilich: So oder so muss sich das Gericht zeitnah mit der Frage beschäftigen, ob es ordnungsgemäß besetzt ist. Eine erhebliche Beeinträchtigung der Hauptverhandlung kann sich daraus aber nicht nur deshalb nicht ergeben, weil dem Gericht die genannten zeitlichen Spielräume zur Verfügung stehen, sondern auch deshalb, weil aufgrund der bei Besetzungsrügen bestehenden Begründungsnotwendigkeit der Prüfstoff für das Gericht klar umgrenzt ist (vgl. § 222b Abs. 1 S. 2 StPO).

Abgesehen also von jenen Fällen, in denen das Gericht ›selbst schuld‹ ist an einer etwaigen Verfahrensverzögerung, weil es nämlich die frühzeitige Besetzungsmitteilung versäumt hat, ist nach alledem nicht ersichtlich, dass das geltende Recht die Gerichte übermäßig strapaziert. Angesichts dessen wird man eine derart gravierende Umgestaltung des Rechts der Besetzungsrügen, wie sie der Strafkammetag vorschlägt, alleine zum Wohle saumseliger Gerichte nicht ernsthaft befürworten können. Man kann weitere Kritik auch an diesem zweiten Kernvorschlag des Strafkammetages üben,

- dass nämlich die vorgeschlagene Neuregelung gleichsam eine Enklave im Revisionsrecht etablieren würde,¹⁴
- dass die Letztentscheidungskompetenz für Besetzungsrügen, die Strafsachen betreffen, die vor der großen Strafkammer verhandelt werden, vom BGH auf die Oberlandesgerichte über-

11 BGH NJW 1980, 2364, 2365; ebenso *Stollenwerk* DRiZ 2015, 138, S. 140; weiter gehend *Ranft* NJW 1981, 1473, 1477; einschränkend *Meyer-Gofßner/Schmitt* § 222a Rn. 22

12 BGH NSz 2014, 668, 670; MK/StPO-*Arnoldi* § 222b Rn. 11; *Stollenwerk* DRiZ 2015, 138, S. 140

13 LR-*Jäger* § 222b Rn. 31; KK-*Gmel* § 222b Rn. 11; *Meyer-Gofßner/Schmitt* § 222b Rn. 10; *Stollenwerk* DRiZ 2015, 138, S. 140

14 Ähnlich die Stellungnahme Nr. 53/2017 des DAV (›Fremdkörper im Revisionsrecht‹).

gehen würde, was zu einer uneinheitlicheren Rechtsprechung führen würde¹⁵

- und dass die Ausklammerung aus dem Revisionsrecht vermehrte Verfassungsbeschwerden provozieren dürfte, deren Folgen etwaige an anderer Stelle erzielte Effizienzgewinne zumindest teilweise neutralisieren dürften.¹⁶

Mir geht es hier allerdings auch hinsichtlich des zweiten Kernvorschlages an erster Stelle darum, zu zeigen, dass der Strafkammertag eine – weitere – Neuregelung propagiert, die schlicht nicht erforderlich ist.

3. Beweisanträge

Zum dritten Vorschlag, ›ins Blaue hinein‹ gestellte Beweisanträge zu unterbinden, indem die Anforderungen an ihre Begründung erhöht werden:

Was sind ›ins Blaue hinein‹ gestellte Beweisanträge? Nun, dazu muss man sich zunächst klarmachen, dass es seit jeher als statthaft gilt, im Wege des Beweisantrags eine Beweiserhebung zu fordern, deren Erfolg man nur für möglich hält.¹⁷ Wenn möglich erscheint, dass das bezeichnete Beweismittel die behauptete Beweistatsache belegen kann, so handelt es sich grundsätzlich um einen statthaften Beweisantrag. Das ist auch gut so, denn wenn die Möglichkeit besteht, dass Tatsachen bekannt werden, die für die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage erheblich sind, so sollte man dem nachgehen. Für die Annahme, ein Beweisantrag sei ›ins Blaue hinein‹ gestellt, verbleibt damit nur ein ganz schmaler Bereich – jener Bereich nämlich, in dem ein Erfolg der Beweiserhebung nicht einmal als möglich bzw. als reine Spekulation erscheint.

Woher weiß man das? Nun, der Antragsteller weiß natürlich, ob er Grund für die Annahme hat, dass das Beweismittel Auskunft über die Beweistatsache geben kann. Das Gericht weiß das erst einmal

¹⁵ *Gercke/Jahn/Pollähne* LTO v. 09.11.2017

¹⁶ So sinngemäß *Gercke/Jahn/Pollähne* LTO v. 09.11.2017 und die Stellungnahme Nr. 53/2017 des DAV (abrufbar über die Homepage des DAV).

¹⁷ BGH NJW 1966, 2174, 2176 f.; NJW 1983, 126, 127; NJW 1987, 2383, 2385; NSrZ 2002, 383; NSrZ 2013, 536, 537; *Meyer-Gößner/Schmitt* § 244 Rn. 20; *Alsberg/Dallmeyer* Rn. 99

nicht, zumindest nicht, solange der Antragsteller den Grund nicht benennt, der ihn bewegen hat, diese Beweistatsache mit diesem Beweismittel zu verknüpfen. Das kann das Gericht vor Probleme stellen. Aber braucht man eine Verschärfung des § 244 StPO, um mit diesen Problemen zurecht zu kommen? Nein, braucht man nicht. Die Rechtsprechung weiß seit jeher mit Beweisanträgen umzugehen, die ›ins Blaue hinein‹ bzw. ›aufs Geratewohl‹ gestellt zu sein scheinen.¹⁸ Seit etwa 25 Jahren werden die damit verbundenen Probleme in erster Linie unter dem Stichwort Konnexität diskutiert: Der Antragsteller muss den Konnex, den Zusammenhang zwischen Beweismittel und Beweistatsache deutlich machen, so die Rechtsprechung.¹⁹

Es geht mir an dieser Stelle nicht darum, die Konnexitätsrechtsprechung zum Allheilmittel zu erklären.²⁰ Es geht mir nur darum, zu zeigen, dass der Strafkammertag mit seiner dritten Forderung die gesetzliche Lösung eines Problems vorschlägt, das die Rechtsprechung selbst schon gelöst hat.²¹ Auch hier irritiert insofern der Hilferuf nach dem Gesetzgeber. Auch hier propagiert der Strafkammertag eine Neuregelung, die schlicht nicht erforderlich ist.

III. SCHLUSSBETRACHTUNG

Ich fasse zusammen und versuche, einen Blick in die Zukunft zu werfen: Leicht haben es Gerichte, die sich konfrontiert sehen mit Ablehnungsanträgen, mit Besetzungsrügen oder mit Beweisanträgen, die ›ins Blaue hinein‹ gestellt zu sein scheinen, nicht. Das geltende Recht bietet den Gerichten aber ein Instrumentarium, das es ihnen ermöglicht, die Hauptverhandlung ohne erhebliche Beeinträchtigungen zu beginnen und durchzuführen, solange die Gerichte sich ein

18 Zur diesbezüglichen – vorwiegend älteren – Rechtsprechung vgl. Alsb^{erg}/*Dallmeyer* Rn. 101
19 BGH NJW 1994, 1294, 1295; NSrZ 2006, 585, 586; NJW 2011, 1239, 1240; NSrZ 2014,
282; *Meyer-Gößner*/Schmitt § 244 Rn. 21a; Alsb^{erg}/*Dallmeyer* Rn. 121ff.

20 Grundsätzlich sollte es m. E. genügen, wenn der Antragsteller dem Gericht irgendeinen Anhaltspunkt dafür mitteilt, dass das Beweismittel zur Klärung der Beweistatsache beitragen kann (vgl. Alsb^{erg}/*Dallmeyer* Rn. 139). Teilweise hat der BGH die Darlegungsanforderungen hier m.E. zu weit getrieben (z. B. BGH NJW 2008, 3446, 3447; NJW 2012, 2212, 2213).

21 Ebenso die Stellungnahme Nr. 53/2017 des DAV (abrufbar über die Homepage des DAV) sowie *Gercke/Jahn/Pollähne* LTO v. 09.11.2017; *Kudlich* ZRP 2018, 9, S. 10; *Fischer* DIE ZEIT Nr. 46/2017, S. 14

gewisses Mindestmaß an Mühe geben,

- bei den Ablehnungsanträgen durch Nutzung der Möglichkeiten zum einstweiligen Weiterverhandeln und durch zeitnahe Einbindung der zuständigen Kammer bzw. des zuständigen Richters,
- bei den Besetzungsrügen durch frühzeitige Mitteilung der Besetzung und sodann Nutzung der Möglichkeiten zum einstweiligen Weiterverhandeln und
- bei Beweisanträgen, die ›ins Blaue hinein‹ gestellt zu sein scheinen, durch sachgerechte Anwendung der Konnexitätsrechtsprechung.

So gesehen muss man dem Strafkammertag vorwerfen, einer Strafprozessreform das Wort zu reden, die fundamentale Rechte der Angeklagten beschränkt, um den Gerichten ein bequemerer Prozessieren zu ermöglichen. Soweit die Vorschläge des Strafkammertages ihren Hintergrund in schlechten Arbeitsbedingungen innerhalb der Justiz haben mögen (Stichwort: Überlastung der Justiz), ist dem Strafkammertag zu empfehlen, »selbstbewusst für die eigene Qualitätssicherung einzutreten« – so die Empfehlung des DAV in seiner Stellungnahme zu den Vorschlägen des zweiten Strafkammertages.²² Das ist zugegebenermaßen noch keine Lösung. Es ist nachvollziehbar, wenn Vorsitzende, die eine Verhandlung mit großer Gründlichkeit und Objektivität führen, frustriert sind, wenn ihnen ihre kostbare Zeit auch noch mit sinnfreien Anträgen gestohlen wird. Dennoch: Die Lösung kann nicht die Beschränkung prozessualer Rechte der Angeklagten sein. Vom BVerfG hören wir – im Zusammenhang des § 121 Abs. 1 StPO – immer wieder, dass die nicht nur kurzfristige Überlastung eines Gerichts *niemals* Grund sein kann für die Anordnung der Haftfortdauer.²³ Man sollte daraus einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dergestalt ableiten, dass die nicht nur kurzfristige Überlastung der Gerichte niemals Grund sein kann für die Einschränkung prozessualer Rechte der Angeklagten.

²² Stellungnahme Nr. 53/2017 (abrufbar über die Homepage des DAV)

²³ Vgl. zuletzt BVerfG, Beschl. v. 20.12.2017 - 2 BvR 2552/17

Kann man hoffen, dass sich die Rechtspolitik an dieser Maxime orientieren wird? Das ist unwahrscheinlich. Schon das »Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens« aus dem vergangenen August folgt – im Vergleich etwa mit den Vorschlägen der vom BMJV einberufenen Expertenkommission – sehr weitgehend den auf einen schlanken Strafprozess zielenden Wünschen aus der Strafjustizpraxis. Wird die große Koalition ihre Arbeit fortsetzen, so wird auch die dem zugrunde liegende Haltung weiter die Rechtspolitik dominieren. Im zwischen CDU, CSU und SPD ausgehandelten Koalitionsvertrag etwa heißt es: »Wir vereinfachen weiter die Ablehnungsmöglichkeiten von missbräuchlichen Befangenheits- und Beweisanträgen. Besetzungsrügen sollen künftig in einem Vorab-Entscheidungsverfahren entschieden werden.« Das ist, was die Befangenheits- und Beweisanträge angeht, noch sehr unkonkret. Die Richtung aber ist mit dem formulierten Ziel – Vereinfachung von Ablehnungsmöglichkeiten – deutlich zu erkennen. Und was den Passus angeht, dass über Besetzungsrügen künftig in einem Vorab-Entscheidungsverfahren entschieden werden soll, trägt der Koalitionsvertrag bereits die Handschrift des entsprechenden Vorschlages des Strafkammertages. Für alle diejenigen, die an einem die Rechte der Angeklagten schützenden Strafprozess interessiert sind, gilt also weiterhin, wachsam zu sein und Widerstand zu leisten gegen eine Erosion der Rechte der Angeklagten.

NACH DER REFORM IST VOR DER REFORM: NOTWENDIGKEIT EINER GESAMTNOVELLIERUNG DER STPO?

I. DAS GEWICHT DER ENTWICKLUNG DES STRAFPROZESSRECHTS

Die Entwicklung des deutschen Strafverfahrensrechts in den vergangenen 67 Jahren seit dem sog. Vereinigungsgesetz vom 12.09.1950, mit dem die StPO nach der Zeit des Nationalsozialismus neu gefasst wurde, hat ein Gewicht. Es beträgt 883 Gramm. Die genannte Zahl bezeichnet die Gewichtszunahme der Kommentierungen zur StPO in dem von *Otto Schwarz* begründeten Standardwerk zwischen der 14. Auflage von 1951 und der aktuellen Ausgabe. In relativen Zahlen hat sich nach diesem Maßstab der Umfang der Strafprozessrechtsmaterie nahezu um den Faktor 3,5 vervielfacht, wobei die Parameter der Schriftart, Typengröße und Papierdicke noch unberücksichtigt sind. Aufschlussreich sind auch folgende Zahlen: Die reformierte StPO von 1950 umfasste 487 Paragraphen, darunter 52 mit Buchstabenbezeichnungen versehene. Dem stehen Stand 2018 663 Vorschriften gegenüber, darunter 205 »eingeflickte«. Die Zahl der ändernden Gesetze betrug in den ersten 72 Jahren seit dem erstmaligen Inkrafttreten der StPO bis zum Vereinigungsgesetz 29. In dem einige Jahre kürzeren Zeitraum sind seitdem 206 Änderungsgesetze hinzugekommen.

Die Rechtsanwendung – und ich spreche hier in erster Linie aus Sicht der Tatgerichte – hat mit diesen zahlreichen Änderungen zu kämpfen. Die Strafprozessordnung in ihrer heutigen Form ist nicht nur den hohen Anforderungen, die von gesellschaftlicher und politischer Seite an eine moderne Strafjustiz gestellt werden, nicht mehr adäquat, sondern droht aufgrund ihrer hohen Komplexität und geringen inneren Konsistenz die mit der Kodifizierung von Normen verbundene Erwartung an Rechtsstaatlichkeit ins Gegenteil zu verkehren: Ein hohes Maß an Ausdifferenziertheit des Rechts bei einem gleichzeitigen Mangel an innerer Systematik befördert – das liegt auf der Hand – das Entstehen von Rechtsanwendungsfehlern.

II. DEFIZITÄRE STRAFVERFAHRENSRECHTSETZUNG

Seitens der Rechtspolitik wird dieser *systemischen* Problematik des Strafverfahrensrechts kaum Beachtung geschenkt. Zwar wird Rechtspolitik im politischen und öffentlichen Raum weitgehend mit Kriminalrechtspolitik identifiziert. Deren Anspruch erschöpft sich allerdings überwiegend in einer anlassabhängigen Nutzung des materiellen und prozessualen strafrechtlichen Instrumentariums, um kurzfristig auf tatsächliche oder vermeintliche Missstände zu reagieren. Aus dem Bereich des materiellen Strafrechts ließen sich dafür gerade aus der vergangenen Legislaturperiode zahlreiche Beispiele nennen, auf die ich hier nicht näher eingehen kann. Im Bereich des Verfahrensrechts wurden mit dem Bericht der Reformkommission von Oktober 2015 schon im Ausgang eher insuläre und wenig ambitionierte Reformvorschläge unterbreitet, deren ohnehin geringe reformatorische Kraft im weiteren Gang des Gesetzgebungsverfahrens weitgehend verloren ging. In manchen Punkten wurde der Anspruch des Gesetzes, das Strafverfahren »effektiver und praxistauglicher« auszugestalten, aus Sicht der Tatgerichte eher konterkariert, etwa was die neu geschaffene Möglichkeit eines Eingangsstatements der Verteidigung (§ 243 Abs. 5 S. 2), das Erfordernis eines vorgelagerten Erörterungstermins über den Gang der Hauptverhandlung mit u.U. zahlreichen Nebenklagevertretern (§ 213 Abs. 2), die Verpflichtung zu laufenden tatsächlichen Hinweisen (§ 265 Abs. 2) und die wenig stringente Einführung der obligatorischen audiovisuellen Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen (§ 136 Abs. 4) anbelangt. Die wenigen von gerichtlicher Seite begrüßten Änderungen, namentlich im Befangenheitsrecht (§ 26 Abs. 1 S. 2, § 26a Abs. 1 Nr. 2, § 29 Abs. 1) und Beweisantragsrecht (§ 244 Abs. 6), werden in ihrer praktischen Anwendung keinerlei spürbaren Effizienzgewinn bringen.

Verfehlt wurde auch der ambitionierte Anspruch, das Recht der Vermögensabschöpfung neu und besser verständlich auszugestalten. Durch die starke Ausweitung der Einziehungsmöglichkeiten (§§ 73a, 73b, 76a Abs. 1, Abs. 4 StGB), auch außerhalb eines Bezugs zur konkret in Rede stehenden Tat, die regelmäßige Klärung und Befriedigung zivilrechtlicher Ansprüche von Geschädigten im Strafvollstreckungsverfahren (§§ 459g ff.) und die Schließung von Ermessensspielräumen

der Tatgerichte (insbes. durch die Streichung des § 73c StGB a.F.) wird das Strafverfahren unter dem griffigen Motto, der Straftäter dürfe aus seiner Tat keinen Vorteil ziehen und Geschädigte sollten unmittelbar finanzielle Kompensation für erlittene Schäden erlangen, mit prozesualen Nebenschauplätzen überfrachtet. Der Kern der tatgerichtlichen Aufgabe – die Wahrheitserforschung – wird dadurch zunehmend an den Rand gedrängt. Wie die Gerichte z.B. in großen Wirtschaftsverfahren mit einer Vielzahl von Drittbetroffenen und Geschädigten mit den weitreichenden Beteiligungsrechten von Einziehungsbeteiligten und Nebenbetroffenen (§§ 424 ff., § 438) praktisch umgehen sollen, mag man sich gar nicht ausmalen.

III. NOTWENDIGKEIT EINER GESAMTREFORM

Reden wir über Reformbedürftigkeit im Strafverfahrensrecht, so ist es notwendig, das Gesamte des Kriminalrechts im Blick zu behalten. Ein Strafverfahren, das es jedem recht machen soll – den Beschuldigten und Verteidigern, den Opfern und ihren rechtlichen und psychosozialen Beiständen, den Anspruchsberechtigten, den Medien und nicht zuletzt der Öffentlichkeit –, ein Strafverfahren, das zugleich in immer höherem Maße Komplexität verarbeiten soll und hierfür, gemessen am zunehmenden Fallaufkommen, immer weniger Ressourcen zur Verfügung hat, ein Strafverfahren, das aber auch hohen rechtsstaatlichen Prozessmaximen verpflichtet sein soll, steht in einem Zielkonflikt, der für die Tatgerichte kaum auflösbar ist. Will man das Strafverfahrensrecht nachhaltig stärken, so darf man sich nicht mit punktuellen Änderungen begnügen und in immer tieferen Ausdifferenzierungen verlieren. Es ist vielmehr erforderlich, das Strafverfahrensrecht vor dem Hintergrund gegenwärtiger rechtstatsächlicher Anforderungen von seinen verfassungsrechtlichen Bezügen her neu zu denken und systematisch zu ordnen. Die Strafprozessordnung muss wieder aus sich heraus – und nicht nur über den Umweg des Erforschens partikularer, mitunter auch divergierender Judikate der Obergerichte – erschließbar und für erfahrene Tatrichter einem intuitiven Verständnis zugänglich werden. Dass dies gegenwärtig nicht der Fall ist und wo einige Schwerpunkte einer solchen notwendigen Systematisierung liegen könnten, möchte ich an ausgewählten Beispielen illustrieren.

1. Das Recht des Ermittlungsverfahrens

Zurecht gilt das Ermittlungsverfahren als ein entscheidendes Stadium des Strafverfahrens, dessen Bedeutung gerade auch für die Verteidigung nicht hoch genug eingeschätzt werden kann. Diese zentrale Funktion spiegelt sich nicht ansatzweise in der Dogmatik des Gesetzes. Die Ermittlungsbefugnisse selbst sind über mehrere Bücher und Abschnitte der StPO verstreut und entbehren der inneren Konsistenz. Warum etwa Eingriffe in Art. 13 GG mittels technischer Mittel in einer hochdifferenzierten Weise geregelt und nur zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten zulässig sind, physische Eingriffe in dasselbe Grundrecht hingegen zur Verfolgung von Bagatelldelikten und sogar Ordnungswidrigkeiten ohne weitere qualifizierte Anordnungsvoraussetzungen erfolgen dürfen, lässt sich nur historisch erklären. Der Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen ist unübersichtlich, lückenhaft und nicht frei von Widersprüchen. Die Anzahl »eingeflickter« Paragraphen ist im Recht des Ermittlungsverfahrens so groß wie nirgendwo sonst. Die von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Leitlinien erscheinen auf gesetzlicher Ebene nur im Recht der technischen Überwachungsmaßnahmen, wo sie den Befugnissen die Gestalt ausufernder Dienstweisungen verleihen, nicht aber bei den herkömmlichen Maßnahmen. Schließlich ist gerade das Ermittlungsverfahren stetiger Gegenstand rechtspolitischer Forderungen nach einer Ausweitung von Befugnissen. In den Hintergrund gerät dabei die Frage, ob eine verfassungskonforme Ausgestaltung einzelner Befugnisse nur um den Preis nicht mehr praxistauglicher Komplexität zu haben ist. Weniger kann manchmal mehr sein. Bestehende Regelungslücken, etwa betreffend den Einsatz von V-Leuten und die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation, sollten geschlossen werden. Schließlich erscheint auch das Recht der Untersuchungshaft reformbedürftig. Die gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Verhängung von Untersuchungshaft, ihre Ausgestaltung, insbesondere was die belastende Anordnung von Trennungen anbelangt, und die Subsidiarität der Haft gegenüber alternativen Möglichkeiten der Verfahrenssicherung werden in der Praxis viel zu selten mit der gebotenen Sorgfalt behandelt. Untersuchungshaft, namentlich auch

nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens, darf – das ist dogmatisch so selbstverständlich wie aus praktischer Sicht idealistisch – kein Mittel der Effizienzsteigerung sein.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollte das Recht des Ermittlungsverfahrens in einem eigenen Buch versammelt, sollten die einzelnen Maßnahmen unter Berücksichtigung ihrer rechtstatsächlichen Relevanz und Eingriffsintensität aufeinander abgestimmt, und sollte das diesbezügliche Rechtsschutzsystem harmonisiert sein.

2. Der Schutz grundrechtssensibler Bereiche

Dass die Erforschung der materiellen Wahrheit im Zentrum des Strafverfahrens stehe, aber nicht ›um jeden Preis‹ erfolgen dürfe, gehört seit langem zu den unverfügbaren Grundsätzen des Strafprozessrechts. Allein, wie hoch der zulässige Preis letztlich sein dürfe, wo genau die ›normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren‹ verlaufen, lässt sich aus dem Gesetz nicht mit Bestimmtheit erschließen. Immerhin hat das BVerfG in jüngerer Zeit eine gewisse Aufmerksamkeit für den Schutz grundrechtssensibler Bereiche geschaffen und teilweise einfachgesetzliche Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gefordert. Darüber hinaus hat es festgestellt, Ausnahmen vom Grundsatz der Wahrheitserforschung bedürften der Legitimierung, der Gesetzgeber sei bei der Schaffung von Schutzräumen für Berufsgeheimnisträger nicht völlig frei. Eine schlüssige, aus sich heraus verständliche Systematik des Schutzes grundrechtssensibler Bereiche ist damit nicht vorgegeben und wurde bislang nicht umgesetzt. Die Zusammensetzung des Katalogs der Berufsgeheimnisträger in § 53, die jeweilige Reichweite des Schutzes, die Häufigkeit der Änderung dieser Norm sowie die defizitäre Abstimmung zum Schutz der Berufshelfer nach § 53a und zu § 203 StGB vermitteln den Eindruck interessengeleiteter politischer Kompromisse. Warum einfachgesetzliche kernbereichsschützende Kautelen zwar bei einem heimlichen Eindringen in Wohnraum mit technischen Mitteln, nicht aber bei einem offenen physischen Eindringen – Stichwort: Tagebuchentscheidung – oder bei einem Überwachen von Räumlichkeiten, die Wohnungen gleichstehen oder

aber bei einem heimlichen Überwachen im Freien notwendig sind, bedarf recht feinsinniger Unterscheidungskraft, obwohl der hinter den Schutzgebot stehende Gedanke doch recht einfach und einleuchtend ist. Der Schutz grundrechtssensibler Bereiche ist im einfachen Recht aber nicht nur lückenhaft, sondern auch unnötig verstreut geregelt, was sich mit etwas juristischer Kreativität leicht ändern ließe. Das alles hält den Gesetzgeber nicht davon ab, die entsprechenden Vorschriften der StPO in systemsynkretistischer Weise z.B. auf das Polizeirecht und Recht der Nachrichtendienste zu übertragen, wo der Gedanke der Zeugnisverweigerung schon im Ansatz fehlt.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollte der Schutz grundrechtssensibler Bereiche in stimmiger, systemspezifischer und vor allem abschließender Weise in einem eigenen Abschnitt der allgemeinen Vorschriften, da für das Strafverfahren insgesamt maßgeblich, geregelt sein.

3. Die Verwertungsverbote

Die Problematik der Beweisverwertungsverbote stellt eines der umstrittensten und dogmatisch schwierigsten Themen des Strafverfahrensrechts dar. Trotz einer kaum überschaubaren Zahl rechtswissenschaftlicher Erörterungen hierzu entbehrt die Thematik nach wie vor einer schlüssigen dogmatischen Grundlage. Der zumeist unausgesprochen zugrunde gelegte Disziplinierungsgedanke trägt nur bedingt, denn eine Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden kann auch auf anderem Wege erreicht werden, ohne dass dem Straftäter daraus ein Vor- oder Nachteil erwächst. Zugleich stellt die Anwendung von Beweisverwertungsverböten für die erkennenden Gerichte eine erkenntnistheoretische Zumutung und Unmöglichkeit dar, da ›verbotenes Wissen‹ als Vor-Urteil im hermeneutischen Sinne letztlich eben doch in die Beweiswürdigung einfließt, wenn andere Beweismittel im Lichte des ›verbotenen Wissens‹ gewürdigt werden. Ein schlüssiges Konzept der Beweisverwertungsverböte erfordert eine prozedurale Flankierung dergestalt, dass ›verbotenes Wissen‹ dem erkennenden Gericht von vornherein nicht zur Kenntnis gelangt. Im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts ist das nicht zu bewerkstelligen. Da Beweisverwertungsverböte den verfassungsrechtlich verankerten

Grundsatz der Wahrheitserforschung einschränken, ist in jedem Fall eine abschließende gesetzgeberische Entscheidung darüber geboten und darf diese nicht der Rechtsprechung überlassen bleiben. Entsprechend der Regelung bei den absoluten Revisionsgründen wäre es z.B. denkbar, besonders schwere Verfahrensverstöße enumerativ zu benennen und daran zwingende gesetzliche Konsequenzen zu knüpfen, etwa das Entstehen eines Verfahrenshindernisses. Im Übrigen könnte der Gesetzgeber vertypete Strafmilderungsgründe als obligatorischen oder fakultativen Ausgleich für Belastungen schaffen, die dem Angeklagten tatsächlich aus Verfahrensfehlern erwachsen sind.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten die Konsequenzen von Verfahrensfehlern bei der Beweiserhebung abschließend gesetzlich geregelt sein.

4. Der Opferschutz

Deutschland verfügt schon seit einiger Zeit über ein im internationalen Vergleich hohes Niveau bei der Opferschutzgesetzgebung. In der Folge kriminologischer und viktimologischer Erkenntnisse in den 1970er und 1980er Jahren hat im deutschen Rechtskreis das Bewusstsein dafür zugenommen, dass Opfer von Straftaten nicht vorrangig als Beweismittel wahrgenommen werden sollen, sondern auch in ihrer Eigenschaft als Verletzte. Seit dem Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten von 1976 hat sich dieser Paradigmenwandel in einer Vielzahl gesetzgeberischer Bemühungen niedergeschlagen. Aus Praktikersicht problematisch ist dabei, dass diese gesetzlichen Regelungen über eine Vielzahl von Gesetzen (StGB, StPO, JGG, GVG, JVEG, ZSHG, GewSchG, OEG, KJHG, OASG) und Verwaltungsvorschriften (vgl. etwa RiStBV Nr. 4c, 19 Abs. 1, Nr. 19a, 135 Abs. 3, Nr. 221, 222, 235, 248 Abs. 2) verstreut sind. Auch in der StPO fehlt bislang eine übersichtliche, anwendungsfreundliche und homogene Regelung der Opferrechte. Das 3. Opferrechtsreformgesetz hat an diesem Befund nichts geändert. Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, die entsprechenden Regelungen für die Anwendungspraxis übersichtlicher und besser verständlich zu strukturieren, um bestehende Implementierungsdefizite zu verringern.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten opferschützende Vorschriften stärker (etwa im Kontext des derzeit 4. Abschnitts des Fünften Buchs) gebündelt werden.

5. Die Regelung gerichtssinterner Zuständigkeiten

Besondere Schwierigkeiten, Unsicherheiten und Lästigkeiten bereitet den Tatgerichten die wenig stimmige und nicht selten kontrainuitive Rechtslage zur gerichtssinternen Zuständigkeit für bestimmte Verfahrenshandlungen. So ist wenig eingängig, warum die Verlesung eines von einem privaten Sachverständigen erstellten schriftlichen Gutachtens durch das Gericht in voller Besetzung durch einen zu begründenden Beschluss anzuordnen ist (§ 251 Abs. 1), für die Verlesung eines behördlichen Gutachtens hingegen eine Verfügung des Vorsitzenden ausreicht (§ 256 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, b). Nicht weniger dunkel bleibt, warum die Bestellung des Pflichtverteidigers in der Regel durch den Vorsitzenden erfolgt (§ 141 Abs. 4 S. 1), hingegen durch das Gericht, wenn es sich um eine Haftsache handelt (§ 141 Abs. 4 S. 2 Hs. 2), wobei je nach Verfahrenssituation das Gericht in der Besetzung innerhalb oder außerhalb der Hauptverhandlung gemeint sein kann. In der Praxis wird hier mehr oder minder nach Belieben verfahren. Darüber, warum über die Rüge der besonderen Zuständigkeit nach § 6a das Tatgericht einschließlich der Schöffen, über den Besetzungseinwand gem. § 222b das Gericht in berufsrichterlicher Besetzung (§ 222b Abs. 2 S. 1) und über den dogmatisch ähnlich gelagerten Fall des gesetzlichen Ausschlusses eines seiner Mitglieder das Gericht in berufsrichterlicher Besetzung ohne Mitwirkung des betroffenen Richters (§ 27 Abs. 1 und 2) entscheidet, lässt sich füglich spekulieren. Die Frage, ob über einen in der Hauptverhandlung gestellten Antrag auf Aufhebung oder Außervollzugsetzung des Haftbefehls das Gericht einschließlich der Schöffen im Rahmen der Hauptverhandlung oder nur die Berufsrichter außerhalb derselben zu entscheiden haben, ist heillos und sinnlos umstritten, während die nämliche Entscheidung am Ende der Hauptverhandlung nach gängiger Praxis nur durch den Vorsitzenden erfolgt. Und warum werden rechtliche und tatsächliche Hinweise eigentlich durch den Vorsitzenden erteilt (§ 265), wo sie doch auf einer Würdigung des Inbegriffs der Hauptverhandlung durch das gesamte Gericht beruhen müssen? Die Beispiele ließen sich

unproblematisch fortsetzen. Damit soll nicht gesagt sein, dass es für solche Differenzierungen nicht Gründe gebe oder sich solche finden ließen. Eine einheitliche Handhabung würde aber mit einem Effizienzgewinn einhergehen, ohne dass dadurch Rechtspositionen Verfahrensbeteiligter verschlechtert würden. So könnten verfahrensleitende und -gestaltende Entscheidungen generell dem Vorsitzenden übertragen werden und erst auf Beanstandung - wie schon heute in § 238 Abs. 2 vorgesehen - und evtl. zusätzlich auf Verlangen der beisitzenden Richter einen gerichtlichen Beschluss erforderlich machen. Fragen, die den gesetzlichen Richter betreffen, sollten generell außerhalb der Hauptverhandlung durch einen anderen Spruchkörper abschließend geklärt werden.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten gerichtliche Zuständigkeiten mit Blick auf den hohen Rang des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des gesetzlichen Richters in möglichst einfacher und transparenter Weise ausgestaltet sein, um Rechtsanwendungsfehlern, an die sich weit reichende Konsequenzen knüpfen können, nach Möglichkeit vorzubeugen.

6. Organisationsregelungen

Die Organisation gerade umfangreicher Strafverfahren verlangt den Tatgerichten ein hohes Maß an organisatorischem Geschick, Fingerspitzengefühl und Geduld ab. Die Gerichte stehen dabei in der Pflicht, oft gegenläufigen Interessen gleichermaßen Rechnung tragen zu müssen: dem Wunsch nach dem Verteidiger der Wahl, Verhinderungen von Zeugen und Sachverständigen, dem Beschleunigungsgebot, namentlich in Haftsachen. Im idealen Fall folgt der Gang der Hauptverhandlung einer harmonischen Choreografie, bei der ein Schritt schlüssig auf den anderen folgt. Bei einer Vielzahl von beteiligten Strafverteidigern, Sachverständigen und anderen Verfahrensbeteiligten ist aber schon das Finden einer ausreichenden Anzahl von Verhandlungsterminen oft mit großen Hindernissen verbunden. In der Folge behelfen sich die Gerichte mit halben Verhandlungstagen, Schiebeterminen und werden Hauptverhandlungen über lange Zeiträume gestreckt, mit der unangenehmen Konsequenz, dass mehrere Verfahren parallel verhandelt werden müssen. Kommt es

zu unvorhergesehenen Entwicklungen, Befangenheitsanträgen, umfangreichen Beweisanträgen, droht das fragile Konstrukt bei allem redlichen Bemühen zu kollabieren. Natürlich wird diese Anfälligkeit der Verfahrensplanung auch für Zwecke der Verteidigung ausgenutzt - ich möchte das gar nicht mit einer Wertung verbinden. Ich bin aber der Auffassung, dass es sich um eine echte Schwäche des Strafverfahrens handelt, wenn größtmögliche Flexibilität, Einsatzbereitschaft und Fürsorge der Gerichte nicht ausreichen, um zu verhindern, dass Verfahren aus organisatorischen Gründen scheitern oder aber – das kommt dem beinahe gleich – ihren Abschluss durch einen zwar konsensualen aber ›faulen‹ Kompromiss finden. Konkret: Die Möglichkeit, die Hauptverhandlung im Regelfall nur drei Wochen zu unterbrechen (§ 229 Abs. 1), ist bei der Komplexität zahlreicher heutiger Verfahren unzeitgemäß und viel zu kurz. Die neu geschaffene Pflicht der Gerichte, den Gang der Hauptverhandlung in einem ›kommunikativen Prozess‹ mit den Verfahrensbeteiligten vorzubesprechen, erhöht den Organisationsaufwand, anstelle ihn zu verringern. Die ebenfalls neu geschaffenen Beteiligungsrechte der Anspruchsberechtigten stellen die Gerichte vor bislang noch unge löste organisatorische Anforderungen. Generell: Man kann nicht immer nur mehr Rechte für Verfahrensbeteiligte schaffen und es den Tatgerichten überlassen, damit prozessual irgendwie umzugehen.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten mit der Komplexität des Verfahrens umfangreichere Gestaltungsspielräume für die Gerichte bei der Einhaltung von Verfahrensförmlichkeiten und Befugnisse zur Durchsetzung organisatorischer Anordnungen korrelieren.

7. Das Rechtsmittelverfahren

Am Beispiel des Rechtsmittelverfahrens – genauer: der im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen zahlreichen und äußerst differenziert ausgestalteten Rechtsmittelverfahren im deutschen Strafprozessrecht – lässt sich vielleicht am deutlichsten ablesen, wie weit das einfache Recht über die verfassungsrechtlich gebotenen rechtsstaatlichen Standards hinausgeht, und in welchem Maße hier Vereinfachungspotenzial besteht. Nach verfassungsrechtlichen Maßstäben fordert das Rechtsstaatsprinzip

»dass jeder Rechtsstreit um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen irgendwann ein Ende findet (vgl. bereits BVerfGE 1, 433 [437]). Wann dies der Fall ist, entscheidet das Gesetz. (...) Insofern reicht es grundsätzlich aus, ist in einem Rechtsstaat aber auch als Minimum zu sichern, dass die Rechtsordnung eine einmalige Möglichkeit zur Einholung einer gerichtlichen Entscheidung eröffnet. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, unter Abwägung und Ausgleich der verschiedenen betroffenen Interessen zu entscheiden, ob es bei einer Instanz bleiben soll oder ob mehrere Instanzen bereitgestellt werden und unter welchen Voraussetzungen sie angerufen werden können (vgl. BVerfGE 54, 277 [291]). Ein Instanzenzug ist von Verfassungs wegen nicht garantiert. (...) Im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens nimmt das verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutzsystem (...) ein verbleibendes Risiko falscher Rechtsanwendung durch das Gericht in Kauf.«

Über diese Leitgedanken des BVerfG aus der ›Lissabon-Entscheidung‹ zur gebotenen Reichweite effektiven Rechtsschutzes geht das System der Rechtsbehelfe in der StPO, das mehrfache, teilweise ineinander verschränkte und sich überlagernde Überprüfungen gerichtlicher Entscheidungen erlaubt, weit hinaus. Ob die Bereitstellung zweier Rechtsmittelinstanzen gegen amtsgerichtliche Urteile oder die zweifache gerichtliche Überprüfungs­möglichkeit staatsanwaltlicher Ermittlungsmaßnahmen rechtsstaatlich unverzichtbar ist, sollte man hinterfragen. Besonders problematisch erscheint mir aber, dass das gegebene System Expertise, die zu einer besseren, richtigeren, gerechteren Rechtsanwendung beitragen könnte, nicht einfordert, sondern ungenutzt lässt. Wenn es zutrifft, dass Tatgericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung gleichermaßen Organe der Rechtspflege sind, ist es unausgewogen und ineffizient, die Verantwortung für das Gelingen des Strafprozesses allein dem ersteren aufzutragen. Dass in einem aufwändigen und fairen Verfahren herbeigeführte tatgerichtliche Urteile auf eine nicht näher spezifizierte Sachrüge hin wegen eines rechtlichen Gesichtspunkts, der weder im erstinstanzlichen Verfahren jemals thematisiert noch im Rechtsmittelverfahren von einem Verfahrensbeteiligten je gerügt wurde, aufgehoben werden, führt das vom BVerfG hervorgehobene Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden ad absurdum. Generell ist das heutige Strafverfahrensrecht viel zu

wenig auf die substanzielle Arbeit an der Wahrheitserforschung und viel zu sehr auf die formalistische Erfüllung von Vorgaben oder auch nur vermeintlichen Wünschen der obergerichtlichen Rechtsprechung angelegt. Bei Lichte betrachtet tun wir in der Hauptverhandlung recht merkwürdige Dinge: Wir protokollieren, dass Vorkommnisse *nicht* stattgefunden haben, weisen auf rechtliche Gesichtspunkte hin, die hinlänglich diskutiert wurden und jedem Verfahrensbeteiligten völlig klar sind, lassen vorsichtshalber Plädoyers und das letzte Wort wiederholen, weil uns unklar ist, wann von einem Wiedereintritt auszugehen ist, verlesen ohne Erkenntnisgewinn eng bedruckte tabellarische Listen mit DNA-Mustern und führen aufwändige Videoübertragungen durch, weil wir nicht wissen, ob der BGH den Verzicht auf diese Form der Unterrichtung des Angeklagten noch akzeptiert. Zunehmende Verunsicherung über dem Gesetz nicht zu entnehmende und oft genug divergierende Anforderungen der Revisionsgerichte prägt die tägliche Arbeit der Tatgerichte, während die Revisionsführer zugleich ein Fehlen gebotener Sicherheit hinsichtlich des revisionsgerichtlichen Überprüfungsmaßstabs beklagen. Vor diesem Hintergrund und angesichts der enorm gewachsenen Komplexität des materiellen Strafrechts ist nicht nur eine klarere gesetzliche Fassung des revisionsgerichtlichen Kontrollmaßstabs geboten, sondern auch ein stärkeres Zusammenwirken aller Organe der Rechtspflege zur Herbeiführung richtiger Rechtsanwendung. Rügeobliegenheiten im Hauptverfahren und Begründungspflichten im Rechtsmittelverfahren stellen geeignete prozessuale Mittel dar, das Gewicht der immer schwieriger werdenden Rechtsanwendung auf mehrere Schultern zu verteilen und insgesamt bei einer geringeren Beanspruchung von Ressourcen bessere Ergebnisse zu erzielen.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten den Verfahrensbeteiligten korrelierend zu ihren Beteiligungsrechten auch Pflichten für das Gelingen des Verfahrens obliegen, deren Wahrnehmung bei der Inanspruchnahme von Rechtsmitteln zu berücksichtigen ist.

8. Datenschutzrechtliche Vorschriften

In keinem anderen Bereich des Rechts klaffen normativer Anspruch und tatsächliche Handhabung so weit auseinander wie im Recht des Datenschutzes. Bedingt durch die dynamische Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und seine erst nach und nach erfolgende dogmatische Erschließung stellt sich das einfache Datenschutzrecht häufig unübersichtlich und unsystematisch dar. Der Dschungel der datenschutzrechtlichen Vorschriften der StPO belegt diesen Befund eindrucksvoll. Praktisch zentrale Vorschriften, wie die zur wechselseitigen Übermittlung personenbezogener Daten zwischen den verschiedenen Sicherheitsbehörden (§ 161 Abs. 2 und 3, § 477 Abs. 2 S. 2 und 3, § 481) sind aus ihrem inneren Zusammenhang gerissen und an wenig prominenten Stellen schwer auffindbar verortet. Das gesamte Achte Buch gilt Praktikern als ›rotes Tuch‹, das man nur anfasst, wenn es unbedingt sein muss. Die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs bringt zudem zahlreiche neue datenschutzrechtliche Herausforderungen mit sich, die bislang erst teilweise erkannt und bewältigt sind. Aktuelle Beispiele aus anderen Bereichen der Sicherheitsgesetzgebung zeigen dabei, dass eine einigermaßen systematische und aus sich heraus verständliche und erschließbare Kodifizierung des Datenschutzrechts möglich ist.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten sämtliche datenschutzrechtlichen Vorschriften in einem eigenen Abschnitt und systematisch geordnet nach datenschutzrechtlichen Grundsätzen versammelt werden.

IV. STRAFVERFASSUNGSRECHT UND GESTALTUNGSSPIELRAUM

Die exemplarisch genannten Defizite und darauf gründenden Reformansätze verfügen über einen gemeinsamen Nenner: Das – um einen von *Matthias Jahn* geformten Begriff zu benutzen – »Strafverfassungsrecht«. Strafprozessrecht, so formulierte das BVerfG bereits im Jahre 1972, ist »angewandtes Verfassungsrecht«. Es gibt heute kaum einen Bereich des Strafverfahrens, der nicht in hohem Maße von verfassungsrechtlichen – und, man muss ergänzen: menschenrechtlichen – Maßstäben geprägt ist. Ausgehend von diesen Maßstäben müsste durch eine Gesamtreform das Strafverfahrensrecht neu entwickelt und

dabei neu geordnet werden. Ausgehend von den insoweit gebotenen Mindeststandards müsste darüber nachgedacht werden, wo es bei diesen sein Bewenden haben soll und wo einfachrechtlich höhere Standards wünschenswert sind. Ausgehend vom ›Unverfügbaren‹, über das heute in ungleich höherem Maße Klarheit herrscht als vor 140 Jahren, müsste der Bereich des Gestaltbaren neu bestimmt und mit juristischer Kreativität und einem Sinn für das Praktische neu ausgefüllt werden. Das Verfahrensrecht muss – um eine weitere Formulierung von *Winfried Hassemer* zu verwenden – in vielen Bereichen des »prozeduralen Popanz« entkleidet werden und stattdessen mehr auf tatsächliche Wirkmächtigkeit zielende Substanz gewinnen. Verfahrensrecht sollte mehr sein als ein Konvolut schwer durchschaubarer Spielregeln für taktische und letzten Endes ineffiziente Scharmützel zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung. Es sollte berechtigten Interessen einen praktisch wirksamen und deshalb auch klar umgrenzten prozessualen Rahmen bereitstellen, eine Form, die tatsächlich schützt und nicht nur unnütze Komplexität und Verwirrung stiftet. Dies wäre zugleich eine Chance, dem Strafverfahren wieder mehr Raum für Tatsächliches zu geben; der zentralen Aufgabe der Wahrheitserforschung, »ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann«, wieder größere Aufmerksamkeit zu widmen; die ›dienende‹ Funktion des Verfahrensrechts wiederherzustellen. Dem häufig beklagten Defizit – nicht minder wünschenswerter aber erfahrungsgemäß schwer erreichbarer – guter Gesetzgebung im Bereich des materiellen Strafrechts könnte so zugleich die Schärfe genommen werden. Dasselbe gilt für die allfälligen Klagen der Justizverwaltung über Ressourcenknappheit. Denn gute Rechtsanwendung bedarf nicht in erster Linie einer größeren Zahl von Verwaltern des Mangels, sondern eines zeitgemäßen und praktikablen rechtlichen Handwerkszeugs.

NACH DER REFORM IST VOR DER REFORM

EIN BLICK AUF DAS ERMITTLUNGSVERFAHREN

Am 24.8.2017 ist – in weiten Teilen – das ›Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens‹ v. 17.8.2017¹ in Kraft getreten. Die Oppositionsparteien im seinerzeitigen 18. Deutschen Bundestag haben den Verfahrensgang des Gesetzes heftig kritisiert, insbesondere den Umstand, dass Vorschläge und Änderungsanträge für die Aufnahme neuer Ermittlungsmethoden in die StPO (Quellen-TKÜ, § 100a Abs. 1 Satz 2 StPO / Online-Durchsuchung, § 100b StPO) den Abgeordneten erst sehr spät zugeleitet worden waren. Gerade die Strafverteidiger kritisieren, sicher nicht ganz zu Unrecht, dass der erhoffte ›große Wurf‹ einer Reform der StPO mit diesem Gesetz (noch) nicht gelungen sei. Gleichwohl gilt es nun, den Neuregelungen in der justiziellen und anwaltlichen Praxis Leben einzuhauchen, um den Zielvorgaben des Gesetzes – Effektivierung und Praxistauglichkeit – zu entsprechen.

Die Konzentration soll in diesem Beitrag auf insgesamt fünf Gesichtspunkten liegen, die auch nach dem Inkrafttreten des StPO-Reformgesetzes weiterhin bestehenden Reformbedarf signalisieren: der Formulierung eines Katalogs von Leitsätzen und Prinzipien an der ›Spitze‹ des gesetzlichen Regelwerks der in ihren Grundfesten aus dem Jahr 1877 stammenden ›Strafprozessordnung‹ (I.), der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für das Verbot der Tatprovokation (II.), der (zum 1.1.2020 in Kraft tretenden) Ausweitung der audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung des Beschuldigten (§ 136 Abs. 4 StPO) (III.), der Etablierung eines eigenen Antragsrechts für den

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau und leitet dort seit 2010 die dem Lehrstuhl angegliederte Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP).

¹ BGBl. I, 3202

Beschuldigten auf Beiordnung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren (§ 141 Abs. 3 Satz 4 StPO) (IV.) und der Aufnahme von Anbahnungsgesprächen zwischen einem Beschuldigten und einem potentiellen Verteidiger in den Schutzbereich der §§ 148, 160a StPO (V.).

I. AUFNAHME EINES KATALOGS VON LEITSÄTZEN UND VERFAHRENSGRUNDSÄTZEN AN DIE ›SPITZE‹ DER STRAFPROZESSORDNUNG

Der deutschen Strafprozessordnung fehlt seit jeher ein festgeschriebenes *Gesamtkonzept* – sie beginnt mit Regelungen zur »sachlichen Zuständigkeit der Gerichte« (§§ 1-6a StPO) und zum »Gerichtsstand« (§§ 7-21 StPO), für ein prozessuales ›Drehbuch‹ sicherlich nicht ganz fernliegend. Dieser Einstieg wird allerdings dem Anspruch an eine alle Stadien eines Strafverfahrens determinierende ›Prozessordnung‹ letztlich nicht gerecht. Ein Vorschlag, der sich leider im Rahmen der Beratungen der 2014/2015 vom BMJV eingesetzten StPO-Expertenkommission nicht durchsetzen ließ, ist daher die Formulierung grundlegender programmatischer Ziele, Leitlinien, Verfahrensgrundsätze und Prozessmaximen, die den unmittelbar ins prozessuale Detail gehenden Vorschriften der StPO vorangestellt werden.

Modellcharakter für einen solchen ›Katalog‹ könnte insoweit das »1. Hauptstück – Das Strafverfahren und seine Grundsätze« der österreichischen StPO haben. Normiert sind dort sehr grundlegende Leitlinien und Strukturen: *Das Strafverfahren* (§ 1 StPO), *Amtwegigkeit* (§ 2 StPO), *Objektivität und Wahrheitserforschung* (§ 3 StPO), *Anklagegrundsatz* (§ 4 StPO), *Gesetz- und Verhältnismäßigkeit* (§ 5 StPO), *Rechtliches Gehör* (§ 6 StPO), *Recht auf Verteidigung* (§ 7 StPO), *Unschuldsvermutung* (§ 8 StPO), *Beschleunigungsgebot* (§ 9 StPO), *Beteiligung der Opfer* (§ 10 StPO), *Geschworene und Schöffen* (§ 11 StPO), *Mündlichkeit und Öffentlichkeit* (§ 12 StPO), *Unmittelbarkeit* (§ 13 StPO), *Freie Beweiswürdigung* (§ 14 StPO), *Vorfragen* (§ 15 StPO), *Verbot der Verschlechterung* (§ 16 StPO), *Verbot wiederholter Strafverfolgung* (§ 17 StPO). Auch wenn nicht alle Überschriften und Inhalte auf den deutschen Strafprozess vollumfänglich übertragbar sind – ein tragfähiges *Modell*, dessen Lektüre sich lohnt und auf dessen Basis sich diskutieren lässt, stellen die vorgenannten Vorschriften sicherlich dar.

II. GESETZLICHE GRUNDLAGE FÜR DIE TATPROVOKATION

Anstoß für Überlegungen hinsichtlich der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für das Verbot der Tatprovokation gibt der am 7.2.2018 veröffentlichte Koalitionsvertrag² der Regierungsparteien CDU/CSU und SPD im 19. Deutschen Bundestag, bei dem sich in Zeile 5.780 unter der Hauptüberschrift »Verfahrensrecht« (5.774) u.a. der Eintrag findet, dass der »gesetzgeberische Handlungsbedarf einer Rechtsgrundlage für die Tatprovokation« geprüft werden soll. Dass die für die Abfassung dieses Koalitionsvertrages politisch Verantwortlichen an dieser Stelle den Zusatz »Verbot der« [Tatprovokation] lediglich vergessen haben, bleibt zu hoffen.

Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Rechtsgrundlage für das Verbot der Tatprovokation und – in dem Zusammenhang fast noch wichtiger – für die Voraussetzungen und vor allem auch die Grenzen des Einsatzes von V-Personen (vgl. § 45 Abs. 2 Nr. 4 BKAG n.F.³; § 20g Abs. 2 Nr. 4 BKAG a.F.⁴) ist bereits hinreichend vorgetragen worden.⁵ In den Verhandlungen der vom BMJV eingesetzten StPO-Reformkommission, die im Oktober 2015 ihre Vorschläge für eine effektivere und praxistauglichere Gestaltung des Strafverfahrens vorgelegt hat,⁶ wurde das Thema ebenfalls sehr grundlegend erörtert; am Ende

2 www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html

3 Gesetz zur Neustrukturierung des Bundeskriminalamtgesetzes v. 1.6.2017, BGBl. I, 1354

4 Eingeführt durch das Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt v. 25.12.2008 (BGBl. I S. 3083, 3085) m.W.z. 1.1.2009: »Einsatz von Privatpersonen, deren Zusammenarbeit mit dem Bundeskriminalamt Dritten nicht bekannt ist (Vertrauensperson)«.

5 BVerfG, NStZ 2000, 489, 493 m. Anm. Rogall; BGH, NStZ 1995, 513, 515 f. m. Anm. Lillie/Rudolph; BGH, JZ 1995, 970, 972 m. Anm. Fezer, Esser, Lockspitzel und V-Leute in der Rechtsprechung des EGMR: Strafrechtliche Ermittlungen jenseits der StPO – außerhalb des Gesetzes?, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Abschied von der Wahrheitssuche, 2012, S. 197ff.; MüKo-StPO/Günther, 2014, § 110a Rn. 29; SK-StPO/Wolter/Jäger, 5. Aufl. 2016, § 110a Rn. 3a; LR/Hauck, Bd. 3, 26. Aufl. 2014, § 110a Rn. 11; Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 7. Aufl. 2015, Rn. 4220; Fischer/Maul, NStZ 1992, 7, S. 10; Duttge, JZ 1996, 556, S. 563f.; Lagodny, StV 1996, 167, S. 171f.; Eschelbach, StV 2000, 390, S. 391f.; Gercke, StV 2017, 615, S. 625f.; Kudlich, ZRP 2018, 9, S. 12; vgl. auch Weisser, NZWiSt 2018, 59, S. 63; einen Überblick zum Streitstand bei: Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 424

6 BMJV, Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens (Oktober 2015); zugänglich über www.bmjv.de

sprach sich eine ganz knappe Mehrheit der Mitglieder *für* die Notwendigkeit und Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für das Verbot der Tatprovokation aus.⁷ Bedauerlicherweise hat dieser Reformvorschlag dann allerdings nicht mehr den Weg ins Gesetzgebungsverfahren gefunden – auf dem langen, gleichwohl zur Vermeidung der Diskontinuität in aller Eile zurückzulegenden Weg vom RefE über den RegE zum Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages und von dort – nach Abstimmung mit den Länderinteressen im Bundesrat – (zurück) ins Plenum des deutschen Parlaments, ist so mancher bereits inhaltlich abgestimmter und konsentierter Vorschlag der Expertenkommission auf der Strecke geblieben.⁸

Zu hoffen ist jedenfalls, dass die oben beschriebene Ankündigung im Koalitionsvertrag nicht wieder die leidige Diskussion über die Differenzierung zwischen einer ›rechtsstaatswidrigen‹ und einer rechtsstaatlich (noch) ›zulässigen‹ Tatprovokation wiederbelebt. Nach welchen Kriterien eine Tatprovokation zu bemessen ist, hat der EGMR hinreichend klar judiziert; wann ein verdecktes Ermitteln noch zulässig ist ebenfalls.⁹ Wenn nach diesen Kriterien eine Tatprovokation vorliegt, verstößt sie gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK), sie ist rechtsstaatswidrig und damit unisono unzulässig. Es gibt in diesem Zusammenhang keinen einzigen Fall oder Ansatzpunkt aus der Judikatur des EGMR, der die Idee der Eröffnung einer Art rechtsstaatlichen ›Zwischen- oder Grauzone‹ befeuern könnte: Wird von Seiten der Strafverfolgungsbehörden provoziert, so ist dieses Verhalten stets rechtsstaatswidrig; wird nicht

7 BMJV (Fn. 6), S. 18 (Nr. 6: 11/8/2), Begründung: S. 84-87

8 Freilich werden auch heute noch Forderungen nach einer gesetzlichen Regelung der Folgen rechtsstaatswidriger Tatprovokation laut, darunter *Kudlich*, ZRP 2018, 9, S. 12

9 EGMR, Lüdi/Schweiz, Urt. v. 15.6.1992, Nr. 12433/86, § 49, NJW 1992, 3088 = StV 1992, 499; EGMR, Teixeira de Castro/Portugal, Urt. v. 9.6.1998, Nr. 25829/94, §§ 36 ff., NSTZ 1999, 47 = StV 1999, 127; EGMR, Ramanauskas/Litauen, Urt. v. 5.2.2008, Nr. 74420/01, § 55; EGMR, Lagutin u.a./Russland, Urt. v. 24.4.2014, Nr. 6228/09, u.a., § 92; EGMR, Furcht/Deutschland, Urt. v. 23.10.2014, Nr. 54648/09, § 48; EGMR, Scholer/Deutschland, Urt. v. 18.12.2014, Nr. 14212/10, § 78; EGMR, Matanović/Kroatien, Urt. v. 4.4.2017, Nr. 2742/12, § 123; EGMR, Grba/Kroatien, Urt. v. 23.11.2017, Nr. 47074/12, § 100; EGMR, Ramanauskas/Litauen (No. 2), Urt. v. 20.2.2018, Nr. 55146/14, § 56

provoziert, so ist das Verhalten grundsätzlich zulässig.¹⁰ Der Begriff »rechtsstaatswidrige Tatprovokation« ist damit ein klassischer Pleonasmus; das Adjektiv »rechtsstaatswidrig« soll lediglich die Unzulässigkeit des jeweiligen Handelns plakativ untermauern.

Geht man rechtsvergleichend auf die Suche nach einem möglichen Vorbild für eine *gesetzliche* Regelung des Verbots der (rechtsstaatswidrigen) Tatprovokation, so führt der Weg wieder über die südlichen Landesgrenzen hinaus. Österreich hat in § 5 seiner Strafprozessordnung unter der Überschrift »Gesetz und Verhältnismäßigkeit« mehrere relevante Leitlinien und Grundsätze für das Strafverfahren niedergelegt.¹¹ Neben einem klaren Bekenntnis zur Gesetzmäßigkeit der Beweiserhebung (Abs. 1) und der Ausformulierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (Abs. 2) normiert Absatz 3 des § 5 der österreichischen StPO den Leitsatz, dass es unzulässig ist, »Personen zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens [...] widerstreitender Weise zu verleiten, oder durch heimlich bestellte Personen zu einem Geständnis zu verlocken«.

Das sind klare Bekenntnisse, die man sich auch für den deutschen Strafprozess und seine »Ordnung« wünschen würde. Allein der politische Wille und Weg zu einer gesetzlichen Grundlage sind weit. Es fehlte in den Beratungen der Kommission schon die Einigkeit darüber, wo denn ein solches Verbot innerhalb der deutschen Strafprozessordnung zu verorten wäre, denn – und hier holt uns das Vorgesagte (I.) wieder ein – im Gegensatz zur österreichischen Strafprozessordnung verfügt das deutsche Modell bedauerlicherweise nicht über einen Katalog von Grundsätzen und Prinzipien – aber das lässt sich ändern.

10 EGMR, Ramanauskas/Litauen (Fn. 9), § 54; EGMR, Furcht/Deutschland (Fn. 9), § 47; EGMR, Scholer/Deutschland (Fn. 9), §§ 77 f. Zur Umsetzung: BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14 u.a., NJW 2015, 1083 = NSTZ 2016, 49 = StRR 2015, 221 m. Anm. *Tsambikakis*; BGH, Urt. v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, NSTZ 2014, 277; BGH, Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15, BGHSt 60, 238 = NSTZ 2015, 541; BGH, Urt. v. 10.6.2015 – 2 StR 97/14, BGHSt 60, 276 = NJW 2016, 91 m. Anm. *Eisenberg*; BGH, Beschl. v. 19.1.2016 – 4 StR 252/15, NSTZ 2016, 232; BGH, Urt. v. 7.12.2017 – 1 StR 320/17, NSTZ 2018, 355 (speziell zur »mittelbaren Provokation«) m. Anm. *Esser* = StV 2018, S. 358 m. Anm. *Conen*. Siehe ebenfalls: OLG Bamberg, Beschl. v. 21.7.2014 – 3 Ss 86/14, NSTZ 2015, 55; siehe zudem OGH, Entsch. v. 26.1.2016 – 14 Os 113/15x; OGH, Urt. v. 7.10.2015 – 15 Os 89/15

11 Österreichische Strafprozessordnung v. 1975, BGBl. Nr. 631/1975; zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2018 v. 15.5.2018 (dazu bereits oben unter I.)

III. BILD-TON-AUFZEICHNUNG DER BESCHULDIGTENVERNEHMUNG¹²

Eine ganz wesentliche durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens geschaffene Neuregelung ist die Ausweitung und Konkretisierung der Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren.¹³

Die Möglichkeit einer solchen Aufzeichnung besteht bereits nach der ›alten‹ und zunächst auch weiterhin geltenden Gesetzeslage. Diese bleibt vorerst maßgeblich, denn die durch die StPO-Reform geschaffenen Änderungen treten bedauerlicherweise erst zum 1.1.2020 in Kraft.¹⁴ Nach aktueller Gesetzeslage ist es über § 163a Abs. 1 StPO sowohl für die Polizei als auch für die Staatsanwaltschaft möglich, eine Vernehmung des Beschuldigten in Bild und Ton aufzuzeichnen. Dies ermöglicht der in § 163a Abs. 1 Satz 2 StPO aufgenommene Verweis auf § 58a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und 3 StPO sowie auf § 58b StPO. Diese ›Kann‹-Regelung läuft allerdings in der derzeitigen Praxis weitgehend leer.

Die schon im Rahmen der Beratungen der StPO-Expertenkommission hoch kontrovers diskutierte Notwendigkeit einer Ausweitung der Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung hat nun endlich in § 136 Abs. 4 StPO (in der ab 1.1.2020 geltenden Fassung) Aufnahme gefunden. Danach bleibt es grundsätzlich in Satz 1 bei der schon jetzt bestehenden Möglichkeit (›kann‹) einer Bild-Ton-Aufzeichnung der Vernehmung des Beschuldigten vor ›Gericht‹ und über Anpassungen der Verweisungen in § 163a StPO auch vor der Polizei und der Staatsanwaltschaft.

Neu ist aber die in Satz 2 aufgenommene Verpflichtung (›ist‹) einer solchen Aufzeichnung unter den dort genannten Voraussetzungen.

¹² Die nachfolgenden Erläuterungen und Überlegungen spiegeln den wissenschaftlichen Beratungsstand zum Zeitpunkt des 42. Deutschen Juristentages in Münster (AG 7) am 3. März 2018 wider. Die 2018 an der Universität Passau abgeschlossene Dissertation von *Anne-gret Michel* (Die audiovisuelle Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren) führt viele der hier lediglich aufgeworfenen Fragestellungen einer rechtlichen Klärung zu.

¹³ Zusammenfassend: *Krause*, KRIMINALISTIK 2017, 532, S. 535f.; zu den Vorteilen einer solchen Regelung *von Galen*, ZRP 2016, 42, S. 43

¹⁴ Vgl. Art. 18 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens (Fn. 1)

Explizit genannt ist der in der Praxis sicherlich relevante Fall des »vorsätzlich begangenen Tötungsdelikts« (§ 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StPO) – wobei aber selbst in dieser Konstellation eine Aufzeichnung nur dann erforderlich ist, wenn ihr weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen.

Ebenfalls neu und verpflichtend ist eine solche Bild-Ton-Aufzeichnung zur besseren Wahrung schutzwürdiger Interessen von Personen unter 18 Jahren (§ 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 *lit. a* StPO) oder von Beschuldigten, die *erkennbar unter eingeschränkten geistigen Fähigkeiten oder einer schwerwiegenden seelischen Störung leiden* (§ 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 *lit. b* StPO). In diesen Fällen ist eine Aufzeichnung allerdings nur dann zwingend, wenn die jeweiligen schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen durch eine solche Aufzeichnung *besser gewahrt* werden können, was gerade bei Jugendlichen (Nr. 1) erhebliche Unsicherheiten für die praktische Handhabung der Norm mit sich bringt.

Die Befürworter einer Ausdehnung der Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung haben sich auf dem 39. Strafverteidigertag in Lübeck mit dem spektakulären Fall des Bauern *Rudi Rupp* nachdrücklich zu Wort gemeldet,¹⁵ bei dem eklatante prozessuale Mängel in der Erstvernehmung der Angehörigen letztlich dazu geführt haben, dass diese im weiteren Verlauf falsche Geständnisse ablegten (was später zum Ausschluss einer Entschädigung nach § 6 Abs. 1 StrEG führte). Konkret soll mit einer audiovisuellen Aufzeichnung der Nachweis erleichtert werden, welchen Inhalt die gegenüber einem Beschuldigten polizeilich vorgenommene Belehrung hatte (§ 163a Abs. 4 Satz 1, 2 StPO), dass der Beschuldigte sie verstanden hat und wie seine Reaktion auf die Belehrung ausgefallen ist. Aber es geht – wie der Fall *Rudi Rupp* sehr deutlich macht – bei der audiovisuellen Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung neben der eigentlichen Dokumentation des Verfahrens und dem Schutz des Beschuldigten vor unzulässigem Druck der Strafverfolgungsbehörden auch und vor allem um eine essentielle Verbesserung der materiellen Wahrheitsfindung – *dem* strategischen Ziel jedes Strafverfahrens.

¹⁵ Vgl. die Beiträge von *Knispel* (S. 55ff.) und *Altenhain* (S. 181ff.), in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Welche Reform braucht das Strafverfahren – Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages (Lübeck, 2015)

Diskutieren lässt sich die Frage, ob der Beschuldigte unter den Voraussetzungen des § 136 Abs. 4 Satz 1 StPO n.F. durch eine Verweigerung der Einwilligung verhindern kann, dass es zur audiovisuellen Aufzeichnung seiner Vernehmung kommt. Nach der jetzt getroffenen gesetzlichen Regelung ist die Einwilligung des Beschuldigten allerdings nicht erforderlich. Verhindern kann der Beschuldigte letztlich die audiovisuelle Aufzeichnung seiner Vernehmung nur dadurch, dass er diese komplett verweigert.

Über den Verweis in § 136 Abs. 4 Satz 3 StPO wird § 58a Abs. 2 StPO in Bezug genommen. Es geht dort im Wesentlichen um das Verfahren der Akteneinsicht (Satz 3). Im Übrigen sind allerdings der formale Ablauf, d.h. die konkrete Art und Weise der Aufzeichnung selbst nicht näher geregelt. Erforderlich ist die Ausfertigung eines schriftlichen Protokolls über die Vernehmung, wobei allerdings keine Vollverschriftlichung erforderlich, sondern ein Inhaltsprotokoll ausreichend ist (§§ 168b Abs. 2 iVm §§ 168, 168a StPO). Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass die Aufzeichnung selbst später als Protokoll unter den Voraussetzungen des neuen § 254 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann.

Eine der größten Herausforderungen für die ab dem 1.1.2020 mit dieser Vorschrift ›zwingend‹ konfrontierte Praxis wird die Klärung der Frage sein, ob Verstöße gegen die Norm zu einem Beweisverwertungsverbot führen.¹⁶ Denkbar wäre dies etwa für die vollständige Missachtung der Aufzeichnungspflicht bei einem objektiv vorliegenden Verdacht für ein »vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt« – sei es durch eine bewusst missbräuchliche oder auch nur fehlerhafte Einstufung der konkreten Verdachtslage auf ein unterhalb der vorsätzlichen Tötung anzusiedelndes Delikt, um die Vernehmung nicht aufzeichnen zu müssen. Was geschieht bei technischen Fehlern im Rahmen der Aufzeichnung, etwa beim Fehlen einer Sequenz? Schon hier wird deutlich, dass viele prozessuale Fragen der audiovisuellen Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung noch gesetzlich geregelt werden müssen.

¹⁶ So *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646, S. 2648 für den Fall von bewusstem, willkürlichem oder auf genereller Weisung beruhendem Unterlassen der Aufzeichnung.

Allein aus dem Fehlen einer solchen audiovisuellen Aufzeichnung oder dem Fehlen von bestimmten Förmlichkeiten wird man zwar nicht immer und automatisch auf ein Beweisverwertungsverbot schließen können. Klar ist aber auch, dass sich aus der Nichteinhaltung der Norm Folgen für die Beweiswürdigung und den Beweiswert belastender Angaben des Beschuldigten ergeben müssen – sonst stehen wir schon jetzt vor der Geburt eines prozessualen Papiertigers.

Umso überraschender ist der Umstand, dass die Begründung des Gesetzes ausdrücklich davon spricht, dass es sich bei § 136 Abs. 4 StPO um eine reine ›Ordnungsvorschrift‹ handeln soll.¹⁷ Es ist zu hoffen und auch zu erwarten, dass sich die Gerichte über diese Klassifizierung hinwegsetzen und § 136 Abs. 4 StPO über kurz oder lang als harte Beweiserhebungsregelung interpretieren werden. Jede andere Kategorisierung wäre dem Wesen des § 136 StPO (inzwischen) fremd, nachdem sich der BGH nach jahrzehntelanger Negierung des den Beschuldigten schützenden Charakters des § 136 Abs. 1 StPO im Jahr 1992 endlich dazu durchringen konnte, die Norm auch mit einem Beweisverwertungsverbot zu flankieren.¹⁸

Der bereits angesprochene reformierte § 254 Abs. 1 StPO stellt den verlängerten Arm der Neuregelung des § 136 Abs. 4 StPO dar, indem er die Möglichkeit der Vorführung einer solchen Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung aus dem Ermittlungsverfahren in der Hauptverhandlung *zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis* zulässt. Eine solche Vorführung war bislang nur

17 Vgl. BT-Drucks. 18/11277 v. 22.2.2017, S. 27; dagegen bereits: *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646, S. 2648

18 BGH, Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91; BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 (unter Aufgabe der früheren Rspr., BGHSt 31, 395); BGH, Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, NJW 2013, 2769, 2771: »Ein Verwertungsverbot liegt jedoch stets dann nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren zu sichern. So verhält es sich hier. Die von § 136 I 2 StPO geschützten Beschuldigtenrechte gehören – wie dargelegt – zu den wichtigsten verfahrensrechtlichen Prinzipien. Durch sie wird sichergestellt, dass der Beschuldigte nicht nur Objekt des Strafverfahrens ist, sondern zur Wahrung seiner Rechte auf dessen Gang und Ergebnis Einfluss nehmen kann.«; vgl. aber auch BGH, Urt. v. 22.11.2001 – 1 StR 220/01, NJW 2002, 975, 976: »Wer bei Beginn der Vernehmung auch ohne Belehrung gewusst hat, dass er nicht auszusagen braucht, ist allerdings nicht im gleichen Maße schutzbedürftig wie derjenige, der sein Schweigerecht nicht kannte. Er muss zwar nach §§ 136 I 2, 163a IV 2 StPO belehrt werden. Jedoch gilt hier das Verwertungsverbot ausnahmsweise nicht.«

bei entsprechend aufgezeichneten Zeugenvernehmungen gemäß § 255a StPO möglich. § 254 Abs. 1 StPO lässt ohne jede weitere Einschränkung sowohl richterliche, staatsanwaltschaftliche als auch polizeiliche Vernehmungen im Ermittlungsverfahren als mögliche Gegenstände einer Bild-Ton-Aufzeichnung zu (»einer Vernehmung«; vgl. dagegen: »richterliches Protokoll«). Ziel ist es, dass sich die Beteiligten in der Hauptverhandlung einen deutlich besseren, verlässlicheren Eindruck vom Ablauf der Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren machen können.

»Nach der Reform ist vor der Reform«: Schon die wenigen Ausführungen zum neuen § 136 Abs. 4 StPO lassen erkennen, dass die vom Gesetzgeber letztlich verabschiedete Regelung hinter den Vorschlägen zurückbleibt, die die Expertenkommission seinerseits für die Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung formuliert hatte.¹⁹

Der zum 1.1.2020 in Kraft tretende § 136 Abs. 4 StPO kann letztlich nicht mehr sein als ein ›*Einstieg*‹ in ein umfassendes gesetzliches Programm zur Dokumentation des Ermittlungsverfahrens und der späteren Hauptverhandlung. Die Regelung greift mit der Beschränkung auf »*vorsätzlich begangene Tötungsdelikte*« schon in der Sache deutlich zu kurz; offensichtlich soll hier nur ein prozessuales ›*Experimentierfeld*‹ etabliert werden (darauf deutet auch die nach fünf Jahren vorgesehene Evaluierung hin).²⁰ Die Regelung muss ausgeweitet werden – mindestens auf alle Verbrechenstatbestände.

So ist schon die jetzige sachliche Beschränkung (Nr. 1) auf *vorsätzlich begangene Tötungsdelikte* nicht nachvollziehbar. Allerdings wird möglicherweise gerade dieser Aspekt dem aus der Praxis bekannten kriminologischen Phänomen des ›Overcharging‹ einen gewissen Einhalt

19 BMJV (Fn. 6), S. 17f.: »4. Dokumentation des Ermittlungsverfahrens: Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen sollten jedenfalls bei schweren Tatvorwürfen oder bei einer schwierigen Sach- oder Rechtslage im Regelfall audiovisuell aufgezeichnet werden. Die Vernehmung sollte nach den hierfür geltenden Regelungen zusätzlich protokolliert werden« (12:9:0); zur Begründung: S. 67ff.; dazu auch *Conen*, ANWB Online 2017, 640, S. 642f.

20 Siehe BT-Drucks. 18/11277 v. 22.2.2017, S. 24: »Sollte sich die audio-visuelle Dokumentation der Beschuldigtenvernehmungen in diesem Bereich nach Maßgabe des genannten Ziels der Verbesserung der Wahrheitsfindung bewähren, was fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes evaluiert werden wird, kann über eine Ausweitung der Aufzeichnungspflicht auch auf andere schwere Straftaten nachgedacht werden«.

bieten.²¹ Möglicherweise überlegen sich die Ermittlungsbehörden bei Fällen, die nicht eindeutig einem Tötungsdelikt zuzuordnen sind (man denke an den ›Schlag mit dem Bierkrug‹) in Zukunft etwas genauer, ob sie von einem Tötungsdelikt ausgehen, weil damit die entsprechende Aufzeichnungspflicht verbunden wäre. Allein dieses Beispiel macht deutlich, wie schwer es fallen wird, bestimmte Konstellationen der Aufzeichnungspflicht zu unterwerfen und andere nicht. Kriminalistisch ist jedenfalls nicht erkennen, warum gerade nur im Bereich des vorsätzlich begangenen Tötungsdelikts ein Bedarf an einer Dokumentation der prozessualen Abläufe bestehen soll.

Das für die Praxis größte Problem ist allerdings die zeitliche Einschränkung des Anwendungsbereichs der Dokumentationspflicht auf die ›Vernehmung‹ des Beschuldigten. Nur für dieses ›schmale Zeitfenster‹ innerhalb der ersten Stunden nach der Kontaktaufnahme der Polizei mit dem Tatverdächtigen besteht unter den weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm eine Pflicht zur audiovisuellen Aufzeichnung. Diese Konstruktion birgt die nicht gerade fernliegende Gefahr, dass Aussageinhalte durch der offiziellen Vernehmung vorgelagerte oder auch nachfolgende informelle (›informativische‹) Gespräche zu Tage gefördert werden.

Will man ernsthaft mit der Videodokumentation eine Verbesserung der Wahrheitsfindung und des Beschuldigtenschutzes erreichen, wird man letztlich an strikten Verbotsregelungen in Bezug auf die Beweisverwertung nicht umhin kommen. Die jetzt vom Gesetzgeber getroffene Regelung ist in ihrer Tendenz zu begrüßen, letztlich aber halbherzig. Art und Umfang der audiovisuellen Aufzeichnung sind in einem weiteren Reformschritt gesetzlich näher auszuformulieren. § 136 Abs. 4 StPO muss um konkrete Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote erweitert werden. Insbesondere ist ein Umgehungsverbot (›Vernehmung‹) zur Vermeidung informeller Vorgespräche gesetzlich vorzusehen.

21 Zum Begriff: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung/*Ignor*, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 12: »Die Staatsanwaltschaft nimmt in eine Anklage von vornherein fragliche Vorwürfe nur deswegen auf – oder stellt sie nicht nach § 170 Abs.2 StPO, sondern gem. §§ 154, 154a StPO ein –, um ihr ›Fallenlassen‹ im Rahmen einer späteren Verständigung als Entgegenkommen anzubieten.«; ferner *Salditt*, ZStW 115 (2003), 570, S. 572; *Weider*, STRaFo 2003, 406, S. 408; *Leipold*, NJW-Spezial 2004, S. 183.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Beschränkung bzw. gar den Ausschluss der Dokumentationspflicht (»und der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen«) sind von der justiziellen Praxis eng zu interpretieren. Dem Einwand einer fehlenden Aufzeichnungsmöglichkeit als »äußerer Umstand« ist der (geplante) flächendeckende Einsatz von sog. »Body-Cams« bei der Polizei entgegenzuhalten, die zumindest hilfsweise als Aufzeichnungsgeräte herhalten können. Im Regelfall wird die Polizei die Vernehmung bis zur Verbringung des Beschuldigten in die polizeilichen Räumlichkeiten aufzuschieben haben, wo aufgrund der Opferschutznovellen der letzten Jahre bereits eine hinreichende technische Ausstattung zur Verfügung steht.

Besonders problematisch gestaltet sich die Frage des Akteneinsichtsrechts in Bezug auf audiovisuelle Aufzeichnungen der Beschuldigtenvernehmung. Die Neuregelung des § 136 Abs. 4 StPO verweist gerade nicht auf die Vorschrift des § 58a Abs. 3 StPO, mit der ein Beschuldigter (ebenso wie ein aussagepflichtiger Zeuge) die Herausgabe einer digitalen Kopie seiner Vernehmung verhindern könnte (an deren Stelle träte eine Verschriftlichung der Aussage und die Herausgabe als Protokoll). Hintergrund ist letztlich, den Strafverfolgungsbehörden eine Verschriftlichung der Aufzeichnung zu »ersparen«. Faktisch stellt man den Beschuldigten dann vor die Entscheidung: audiovisuelle Aufzeichnung ohne Möglichkeit, deren Herausgabe an Akteneinsichtsberechtigte zu verhindern – oder Aussageverweigerung.

IV. RECHT AUF EFFEKTIVE VERTEIDIGUNG / BEIORDNUNG EINES VERTEIDIGERS IM ERMITTLUNGSVERFAHREN (§ 141 ABS. 3 STPO)

Ein weiterer neuralgischer Punkt im Konzept einer »effektiven Verteidigung«, der nur unzureichend im Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens Berücksichtigung gefunden hat, ist der effektive Zugang des Beschuldigten zum Verteidiger im Ermittlungsverfahren (gerade in der sog. »ersten Stunde«). Die beharrlich wiederholten Forderungen, die nun endlich mit einer Reform des § 141 Abs. 3 StPO einhergegangen sind, haben ihre Basis in einer Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Dieser hatte schon in seinem viel beachteten *Salduz-*

Urteil im Jahr 2008 einen effektiven Zugang des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren zu seinem Verteidiger gefordert.²²

Aufsehen erregt hatte die Thematik insbesondere durch einen Beschluss des 5. Strafsenats des BGH v. 20.10.2014:²³ Die wegen eines Tötungsdelikts ursprünglich per Haftbefehl gesuchte Beschuldigte wurde vor ihrer Vernehmung ordnungsgemäß über ihr Recht auf Verteidigerkonsultation belehrt. Bei einer späteren Vernehmung vor dem Haftrichter und erneuter korrekter Belehrung verzichtete sie auf die Bestellung eines Verteidigers. Auf Vorhalt eines Ausschnitts aus dem polizeilichen Vernehmungsprotokoll räumte die Beschuldigte schließlich die gegen sie erhobenen Vorwürfe ein. Einen Verteidiger hatte der Ermittlungsrichter im konkreten Fall allerdings erst nach Anordnung und Vollzug eines Haftbefehls beigeordnet. Der seinerzeitige Kernsatz des Urteils aus dem Jahr 2014 –

»Der BGH hat bereits mehrfach entschieden, dass nach geltendem Recht (§ 141 Abs. 3 S. 2 StPO) auch mit Bedacht auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK keine Pflicht besteht, dem Beschuldigten bereits frühzeitig im Ermittlungsverfahren, etwa beginnend mit dem dringenden Verdacht eines (auch schweren) Verbrechens, einen Verteidiger zu bestellen. Dies gilt auch dann, wenn ein Haftbefehl besteht.«

– kann jedenfalls nach der 2017 getroffenen gesetzlichen Neuregelung so keinen Bestand mehr haben. Dieser an schonungsloser Offenlegung der bisherigen Praxis nicht zu überbietende Satz hatte die Praxis aufhorchen lassen und war deshalb auch zum Anknüpfungspunkt einer von der StPO-Expertenkommission mit sehr deutlicher Mehrheit geforderten Neuregelung des § 141 Abs. 3 StPO geworden.²⁴ Nach Abschluss der Beratungen hatte der EGMR im Urteil *Ibrahim u.a./Vereinigtes Königreich*²⁵ nochmal betont, wie elementar wichtig

22 EGMR, Salduz/Türkei, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, § 55

23 BGH, Beschl. v. 20.10.2014 – 5 StR 176/14, NJW 2015, 265

24 BMJV (Fn. 6), S. 16: »1.6 Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren / 1.6.1 Dem Beschuldigten sollte im Ermittlungsverfahren das Recht eingeräumt werden, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen.« (19:2:0) / »1.6.2 Für die Entscheidung über die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren sollte der Ermittlungsrichter zuständig sein.« (21:0:0); zur Begründung: S. 43ff.

25 EGMR [GC], Ibrahim u.a./UK, 13.9.2016, Nr. 50541/08 et al.

der Zugang zum Verteidiger im Ermittlungsverfahren als Garantie einer insgesamt effektiven Verteidigung und zur Gewährleistung eines insgesamt fairen Verfahrens ist (Art. 6 Abs. 1, Art. 6 Abs. 3 *lit.* b, c EMRK).

Nach der bis zum 23. August 2017 gültigen Regelung bestand für die Staatsanwaltschaft ein Antragsmonopol. Es war also für den Ermittlungsrichter nicht möglich, abgesehen von der in § 140 Abs. 1 Nr. 4, § 141 Abs. 3 Satz 5 StPO geregelten Sonderkonstellation der *Vollstreckung* von Untersuchungshaft, dem Beschuldigten ohne einen Antrag der Staatsanwaltschaft einen Verteidiger im Ermittlungsverfahren zu bestellen. Als Reaktion auf eine Verfügung des LG Limburg aus dem Jahr 2011,²⁶ das sich selbstbewusst über das Antragsmonopol der Staatsanwaltschaft mit einem direkten Bezug auf Art. 6 EMRK hinweggesetzt hatte, wurde dann in der Expertenkommission eine Reform des § 141 Abs. 3 StPO mit großer Mehrheit befürwortet.

Die sodann im RefE für das StPO-Reformgesetz getroffene Regelung sah vor:

»Zur Antragstellung ist auch der Beschuldigte berechtigt; sein Antrag ist bei der Staatsanwaltschaft zu stellen, die ihn unverzüglich dem nach Absatz 4 Satz 2 zuständigen Gericht zur Entscheidung vorlegt. Das Gericht, bei dem eine richterliche Vernehmung durchzuführen ist, bestellt dem Beschuldigten einen Verteidiger, wenn die Staatsanwaltschaft dies beantragt oder wenn die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint.«

Eine deutliche Abschwächung des Antrags-Modells erfolgte schon in dem nach diversen politischen Beratungen ergangenen Regierungsentwurf:

»Das Gericht, bei dem eine richterliche Vernehmung durchzuführen ist, bestellt dem Beschuldigten einen Verteidiger, wenn die Staatsanwaltschaft dies beantragt oder wenn die Mitwirkung eines Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint.«

²⁶ LG Limburg (Große Strafkammer), Verfügung v. 27.11.2012 – 5 AR 33/12, NStZ-RR 2013, 87; dazu *Burhoff*, ZAP Nr. 5 v. 28.2.2013, 249, S. 251

Die schließlich im StPO-Reformgesetz getroffene Regelung ist der neue § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO zur notwendigen Verteidigung bei ›*richterlichen Vernehmungen*‹ im Ermittlungsverfahren²⁷. Die Neuregelung geht grundsätzlich insofern in die richtige Richtung, als sie das Antragsmonopol der Staatsanwaltschaft dahingehen aufweicht, dass nun auch das Gericht dem Beschuldigten einen Verteidiger bestellen kann, wenn die Mitwirkung des Verteidigers aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint.

Nicht umgesetzt hat allerdings der Gesetzgeber die – von der StPO-Expertenkommission mit deutlicher Mehrheit – erhobene Forderung nach einem – parallel zu demjenigen der Staatsanwaltschaft – eigenständigen *Antragsrecht* des Beschuldigten, über das dieser dann auch nach einer entsprechenden Anpassung des § 136 Abs. 1 StPO zu belehren wäre.²⁸ Die Neuregelung bleibt daher auf halbem Wege stecken und ihre ›Praxistauglichkeit‹ wird insbesondere davon abhängen, ob und inwieweit Gerichte die ihnen obliegende Fürsorgepflicht für den Beschuldigtenschutz wahrnehmen und in Eigeninitiative und -verantwortung aufgrund »der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten« diesem einen Verteidiger bestellen. In den wenigsten Fällen wird der Beschuldigte jedenfalls selbst auf die Idee kommen, eine entsprechende ›Anregung‹ zu formulieren oder kundzutun.

Bemerkenswert ist allerdings der Umstand, dass der Gesetzgeber eine Verpflichtung des Gerichts zur Bestellung des Verteidigers formuliert, wenn eben die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, und damit zugleich eine gerichtliche Sonderzuständigkeit gegenüber der in § 141 Abs. 4 StPO getroffenen Regelung normiert.

Zu kritisieren an der Vorschrift bleibt ferner, dass sie sich zwar auf alle ›*richterlichen Vernehmungen*‹ (s.o.) erstreckt, aber eben zeitlich damit auch auf diese und ihre Durchführung beschränkt bleibt. Relevant werden dürften in der Praxis vor allem die Vorführung des Beschuldigten in einem Termin, in dem richterlich über die Anordnung

27 Zur umstrittenen Frage, ob die Vorschrift ihrem Wortlaut nach auch für richterliche Vernehmungen in der Hauptverhandlung gelten könnte: *Schlothauer*, StV 2017, 557, S. 557f.

28 Mit Kritik hieran: BRAK, Stellungnahme Nr. 17/2017, S. 5; siehe auch *Conen*, AnwBl Online 2017, 640, S. 643; *Singelstein/Derin*, NJW 2017, 2646, S. 2650

von Untersuchungshaft entschieden werden soll (§§ 115, 128 StPO).²⁹ Das ist an sich eine deutliche Erweiterung gegenüber dem bislang einzigen Fall formal notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, den jetzt § 141 Abs. 3 Satz 5 StPO iVm § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO regelt: die ›Vollstreckung‹ von Untersuchungshaft oder einer einstweiligen Unterbringung (›unverzüglich nach Beginn‹). Gerade die Frage, wann eine Mitwirkung des Verteidigers geboten erscheint, wird allerdings eine später, stets im konkreten Einzelfall, zu beurteilende Fragestellung sein. Praxisrelevante Fälle dürfen hier auch solche sein, bei denen es um die richterliche Vernehmung eines Zeugen geht. Die Neuregelung differenziert gerade nicht danach, wer ›Objekt‹ der richterlichen Vernehmung ist. Sie gilt für die Vernehmung des Beschuldigten und die eines Zeugen gleichermaßen. Das eröffnet gerade bei sich abzeichnenden Beschränkungen des Konfrontationsrechts (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) eine Möglichkeit und auch prozessuale Pflicht, dass ein Richter auch ohne Antrag der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten einen Verteidiger bestellt.³⁰

Hält ein Gericht die Mitwirkung eines Verteidigers bei einer Vernehmung für geboten und bestellt es diesen gerade aus diesem Grund, so folgt daraus zwingend, dass für den Zeitraum der Vernehmung der Verteidiger nicht nur ein Recht sondern eine ›Pflicht‹ zur Anwesenheit und zur Ausübung seines Fragerechts besitzt. Darauf deutet jedenfalls die Formulierung »Mitwirkung« in § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO hin. Die konkreten Abläufe müssen und werden sich allerdings in der Praxis erst noch einspielen. Für die Frage der Verwertbarkeit belastender Angaben wird man auf die allgemeinen Regeln zur Annahme von Beweisverwertungsverböten bei richterlichen Vernehmungen zurückgreifen müssen. Denkbar ist auch, dass bei einem evidenten Mitwirkungsgebot des Verteidigers, aber bei gleichzeitigem Absehen des Gerichts von einer Beiordnung, ein Beweisverwertungsverbot für eine vom Beschuldigten getätigte belastende Aussage angenommen

29 Vgl. AG Stuttgart, STRAFO 2018, 114 (Termin zur Eröffnung eines Haftbefehls)

30 Vgl. BGH, Beschl. v. 25.7.2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93 = NJW 2000, 3505 m. Anm. Gleß, NJW 2001, 3606 = NSTZ 2001, 212 m. Anm. Kunert = SrV 2000, S. 593; EGMR, Schatschaschwili/Deutschland (GK), Urt. v. 15.12.2015, Nr. 9154/10 (Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK bei mangelnder Möglichkeit des Angeklagten und der Verteidigung die Geschädigten und zugleich einzigen Zeugen, auf deren Aussagen sich die Verurteilung stützt, zu befragen; vgl. aber auch das Kammer-Urteil v. 17.4.2014 (keine Verletzung).

werden kann. Auch hier wird sich die gerichtliche Praxis allerdings die sog. Widerspruchslösung kaum aus der Hand nehmen lassen.

V. EINBEZIEHUNG VON ANBAHNUNGSGESPRÄCHEN IN DEN SCHUTZBEREICH DER NICHT ÜBERWACHTEN KOMMUNIKATION

Weiteren Reformbedarf offenbart die StPO bei der Einbeziehung von sog. Anbahnungsgesprächen in den Schutzbereich einer effektiven Strafverteidigung – ein Thema, das ebenfalls von der StPO-Expertenkommission diskutiert wurde – aber gar nicht erst den Weg ins Gesetzgebungsverfahren gefunden hat.³¹

Das Problem ist einerseits bei § 148 StPO zu verorten, der in seinem Absatz 1 dem Beschuldigten, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, den schriftlichen und mündlichen Verkehr mit dem Verteidiger garantiert. Die Formulierung lässt offen, ob für die Eröffnung dieser uneingeschränkten Freiheit der Kommunikation bereits eine Mandatierung vorliegen muss. Darauf deutet zumindest die Wortwahl »mit dem Verteidiger« hin. Wirft man einen Blick auf § 160a StPO (Maßnahmen bei zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsgeheimnisträgern), so ist auch dort in Absatz 1 eine Ermittlungsmaßnahme untersagt, die sich »gegen eine in § 53 StPO genannte Person« richtet. Auch insoweit ließe sich vordergründig argumentieren, dass es sich bei dieser Person um einen bereits mandatierten Verteidiger handeln muss. Ein hinreichender Schutz des Anbahnungsgesprächs wird letztlich von beiden Vorschriften nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht.³² Das überrascht durchaus, weil hier zeitlich die sensible Phase der Kontaktaufnahme eines Beschuldigten zu einem möglichen Verteidiger tangiert wird. Gerade in dieser frühen Phase befindet sich der Beschuldigte häufig noch in einer Druck- und Stresssituation, weil er im

31 BMJV (Fn. 6), S. 16: »1.7 Einbeziehung von Anbahnungsgesprächen zwischen Rechtsanwälten und Beschuldigten in den Schutzbereich des § 148 StPO / Mündlicher Verkehr im Anbahnungsstadium zwischen Rechtsanwälten und Beschuldigten sollte in den Schutzbereich des § 148 StPO einbezogen werden.« (18:3:0); zur Begründung: S. 47ff.

32 Vgl. dazu auch OLG München, Beschl. v. 30.4.2012 – 4 Ws 74/12, NStZ-RR 2012, 294: »Der im Zeitpunkt der Zusendung der Briefe bestehende sogenannte Anbahnungsfall stellt kein erforderliches Verteidigungsverhältnis dar und ist auch einem solchen nicht gleichzustellen. Denn dem Missbrauch wäre Tür und Tor geöffnet, wenn die JVA verpflichtet wäre, den Schriftverkehr für eine Vielzahl von Anbahnungsgesprächen ohne Kontrolle zuzulassen.«; siehe auch LG Düsseldorf, Beschl. v. 15.12.2015 – 12 KLS 31/15, § 5 (juris), BeckRS 2016, 00041.

Unklaren darüber ist, wer für ihn seine rechtlichen Interessen wahrnehmen kann und wird.

Die Thematik ist im menschenrechtlichen Kontext zu verorten, konkret im sachlichen Schutzbereich des von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützten Anspruchs auf Achtung des Privatlebens. Selbstverständlich spielen auch Aspekte der effektiven Verteidigung eine Rolle, wie sie in Art. 6 Abs. 3 *lit. c* EMRK zum Ausdruck kommen. Aber auch unionsrechtlich ist die Thematik determiniert, durch Art. 3 der Richtlinie 2013/48/EU zum Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand im Strafverfahren³³, die im Wesentlichen skizziert, welche Art des Zugangs zu einem Rechtsbeistand die Vertragsstaaten der Union garantieren müssen. Art. 3 Abs. 1 RL normiert, dass die Mitgliedstaaten der Union sicherzustellen haben, dass verdächtigen und beschuldigten Personen das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand so rechtzeitig und in einer solchen Art und Weise zukommt, dass die betroffenen Personen ihre Verteidigungsrechte praktisch und wirksam wahrnehmen können. Schon diese Forderung lässt nur den Schluss zu, dass auch die Anbahnungsphase hinreichend gegen staatliche Überwachung geschützt sein muss, so dass später noch eine effektive Verteidigung möglich ist. Es leuchtet schlicht nicht ein, warum in dieser Phase eine Überwachung des Verkehrs einer zur Verteidigung bereiten Person und dem Beschuldigten zulässig sein soll, wenn später unzweifelhaft jegliche Beschränkungen der Kommunikation auch in Form einer Überwachung zu unterbleiben haben.

Art. 3 Abs. 2 RL 2013/48/EU sagt ausdrücklich, dass verdächtige oder beschuldigte Personen unverzüglich Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten können. Die Art und Weise der Gewährleistung dieses Zugangs ist näher in Absatz 3 dargelegt. Auch diese Vorschriften sagen zwar nicht explizit, dass die Anbahnungsphase von ihnen erfasst ist; dies ließe sich aber durch den EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) klären.

³³ Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2013 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. EU Nr. L 294 v. 6.11.2013, S. 1).

Art. 4 RL 2013/48/EU schützt 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. Auch hier ließe sich zwar vom Wortlaut her argumentieren, dass eine entsprechende Mandatierung erforderlich ist. Ein solcher Ansatz wird allerdings unter dem Gesichtspunkt der Effektivität dem Regelungszweck der Richtlinie in keiner Weise gerecht.

Auch vor einer abschließenden Klärung der Frage durch den EuGH besteht ein Reformbedarf im nationalen Recht. Das Erfordernis eines praktischen und wirksamen Zugangs zum Rechtsbeistand durch die Richtlinie 2013/48/EU muss bereits auf nationaler Ebene überdacht und entsprechend in der StPO verankert werden. Damit würde man nicht zuletzt auch der Rechtsprechung des EGMR zum Recht auf effektive Verteidigung aus Art. 6 EMRK (siehe etwa das Urteil *Petrov/Bulgarien* aus dem Jahr 2011)³⁴ Rechnung tragen. Ziel muss die Stärkung der Position des Beschuldigten sein, insbesondere bei der Gewährleistung und Wahrung der ihm durch § 137 StPO gewährleisteten Rechte. Auch geht es hier letztlich um eine praktische Umsetzung der Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Schließlich sprechen wir über die praxistaugliche Ausgestaltung des Verfahrensrechts insgesamt. Es macht evident keinen Sinn, übereilt oder gar künstlich eingegangene Mandatierungen später wieder zu lösen, wenn die Gespräche nicht den erwarteten Verlauf nehmen. Etwaige Missbräuche ließen sich in der Praxis durch § 115 Abs. 1 Nr. 1 OWiG sanktionieren.

Bemerkenswert ist, dass sich in der Rechtsprechung bereits Tendenzen abzeichnen, auch die Anbahnungsphase in den Schutzbereich der nicht überwachten Kommunikation zwischen Verteidiger und Beschuldigtem einzubeziehen. Der BGH hat 2014 klargestellt, dass das berufsbezogene Vertrauensverhältnis, das zu schützen § 53 StPO beabsichtigt, auch das entsprechende Anbahnungsverhältnis umfasse.³⁵

34 EGMR, *Petrov v. Bulgarien*, Urt. v. 23.6.2011, Nr. 20024/04, § 47: »(...) the Court found that it is problematic to deprive a pre-trial detainee of legal assistance even if during the relevant period he or she does not make any statements that are later used to convict him or her.«

35 BGH, Beschl. v. 18.2.2014 – StB 8/13, NJW 2014, 1314

Diesen Ansatz hat der BGH zwei Jahre später bestätigt, insbesondere hinsichtlich des Normzwecks des § 53 StPO.³⁶

Ein weiteres Indiz für einen Wandel in der Rechtsprechung in Bezug auf den Schutzgehalt von Anbahnungsgesprächen liefert der Beschluss des LG Düsseldorf v. 15.12.2015 – 12 KLS 31/15, der klarstellt, dass die Grundsätze, nach denen dem Verteidiger Dolmetscherkosten zu erstatten sind (Art. 6 Abs. 3 *lit.* e EMRK, Art. 3 Abs. 3 GG), auch für den Fall gelten, dass ein Wahlverteidiger den Mandanten in Begleitung eines Dolmetschers zu einem Anbahnungsgespräch in der JVA aufsucht. Der einschränkende Zusatz, dies gelte jedenfalls dann, wenn eine Bevollmächtigung des Wahlverteidigers tatsächlich erfolge, es also nicht bei dem fruchtlosen Werbeversuch bleibe, betrifft nur die konkrete Fragestellung der Dolmetscherunterstützung.

Bis zu einer Ergänzung des § 148 StPO durch den Gesetzgeber bleibt Strafverteidigern letztlich in der Praxis nur die Option, zunächst einen Anbahnungssprechschein für ein überwachtes Gespräch zu beantragen.³⁷ Soweit Gerichte und Staatsanwälte dem zum Teil nur bei gleichzeitig vorliegender expliziter Aufforderung durch den Beschuldigten zustimmen, ist eine entsprechende Hartnäckigkeit des Verteidigers gefordert.³⁸ Letzter Ausweg bleibt die behelfsmäßige Erteilung einer Vollmacht an den Verteidiger durch den Beschuldigten, die dann zur Folge hat, dass die Überwachung entfällt und gegebenenfalls die Mandatserteilung später wieder aufgehoben werden kann.³⁹ Von postalischer Kommunikation ist dagegen weiterhin grundsätzlich abzuraten, ggf. könnte man mit dem Zusatz »Mandatsanbahnung« auf die Schutzbedürftigkeit der Kommunikation hinweisen.⁴⁰ Eine zuverlässige Vertraulichkeit der Kommunikation ist letztlich nur durch eine Ergänzung des § 148 StPO und des § 160a StPO zu erreichen.

36 BGH, Beschl. v. 4.2.2016 – StB 23/14, NSrZ 2016, 740, 741

37 *Burhoff* (Fn. 5), Rn. 2427; *Bosbach*, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2015, S. 22f.; *Bockemühl*, Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 7. Aufl. 2018, Kap. 1 Rn. 19; AnwK-StPO/*Krekeler/Werner*, 2010, § 148 Rn. 4; vgl. auch *Meyer-Goßner/Schmitt*, 61. Aufl. 2018, § 148 Rn. 4 m.w.N. (speziell zu den Missbrauchsmöglichkeiten)

38 *Bosbach* (Fn. 37), S. 22

39 *Burhoff*, (Fn. 5), Rn. 2428; siehe auch *Bockemühl* (Fn. 37), Kap. 1 Rn. 19

40 Näher: *Burhoff* (Fn. 5), Rn. 2427

Der RefE des BMJV – Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens (RefE) v. 27.5.2016 hatte folgende Regelung für einen neuen § 148 Abs. 2 StPO vorgeschlagen:⁴¹

»(2) Gespräche in der Anstalt zwischen dem inhaftierten Beschuldigten und einer nach § 138 Absatz 1 als Verteidiger in Betracht kommenden Person, die der Aufnahme eines Verteidigungsverhältnisses dienen, dürfen nicht überwacht werden. Dies gilt nicht, sofern der Zweck der Inhaftierung oder die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt gefährdet werden.«

Gefolgt ist der Gesetzgeber diesem Vorschlag allerdings nicht.

VI. FAZIT

»Nach der Reform ist vor der Reform« – auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017 bleiben zahlreiche rechtsstaatliche Baustellen in der StPO, von denen hier nur wenige beleuchtet werden konnten. Der Koalitionsvertrag der Regierungsparteien im 19. Deutschen Bundestag setzt allerdings ganz andere Schwerpunkte als die hier herausgegriffenen Themen: effektiverer und praxistauglicher Beschuldigtenschutz steht derzeit einfach nicht auf der politischen Agenda. Umso wichtiger sind die auf der Ebene der Europäischen Union angestoßenen strafprozessualen Harmonierungsmaßnahmen (Richtlinien) und das in ihnen verborgene Argumentationspotential einzuschätzen. Parallel und flankierend dazu ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte fortwährend auf ihren Rezeptionsbedarf zu überprüfen.

⁴¹ *Basar/Schiemann*, KRiPoZ 2016, 177, S. 188f.

DIE ENTSTEHUNG DER VERTEIDIGERKULTUR IN DEUTSCHLAND, IHRE ZERSTÖRUNG UND IHRE LANGSAME RÜCKGEWINNUNG

Wer kennt heute noch Phillipp Jakob Siebenpfeiffer, Johann Wirth, Friedrich Schüler oder Heinrich Karl Savoye, Rechtsanwälte und Initiatoren der ersten deutschen Massendemonstration, des Hambacher Festes Ende Mai 1832, mit über 30.000 Teilnehmern. Es ging da um bürgerliche Freiheiten und um die Erhaltung der Errungenschaften des französischen Rechts, das im Rheinland unter französischer Herrschaft eingeführt worden war und nun den Rheinländern wieder genommen werden sollte: der Code Civil mit allen Individualfreiheiten und das moderne Strafprozessrecht mit Schwurgerichten sowie einer öffentlichen und mündlichen Hauptverhandlung. Mit Fug und Recht lässt sich sagen: Die demokratische Bewegung des Vormärzes und der 1848er Revolution kämpfte für die freie Republik und für den Parteienprozess im Strafrecht.

Am 6. Dezember 1848 beschloss das Plenum der Frankfurter Nationalversammlung auch den § 179 der Reichsverfassung¹:

»(1) In Strafsachen gilt der Anklageprozess.

(2) Schwurgerichte sollen jedenfalls in schweren Strafsachen und bei allen politischen Vergehen urtheilen.«

Die Paulskirchen-Verfassung trat zwar nie in Kraft, aber die von ihr ausgehende Dynamik führte zur Reform des Strafprozesses in den deutschen Partikularstaaten. Fast alle führten auch Schwurgerichte nach französischem Vorbild ein: Kurhessen, Bayern, Braunschweig, Hannover, Württemberg, Baden, Oldenburg und Sachsen. Selbst Preußen, wo schon die vom König oktroyierte Verfassung von 5. Dezember 1848 die Schwurgerichte vorsah, erließ am 3. Januar 1849 eine ›Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffent-

¹ Reichsverfassung vom 28. März 1849, RGBl. S. 101

lichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen. Im eroberten Elsass-Lothringen, im linksrheinischen Preußen, in Bayern und Hessen galt ohnehin bis 1879 der Code d' Instruction Criminelle mit dem französischen Schwurgericht.

Als nach Gründung des Deutschen Reichs ein einheitliches Strafprozessrecht formuliert werden musste – in Mecklenburg-Strelitz, Mecklenburg-Schwerin, Schaumburg Lippe und Lippe-Deilmold galt nach wie vor der gemeinrechtliche Inquisitionsprozess² – gingen die verschiedenen Staats- und Prozessanschauungen weit auseinander. Der 1873 von der Regierung vorgelegte erste Entwurf³ sah nicht einmal ein Beweisantragsrecht der Parteien vor, den Umfang der Beweisaufnahme sollte allein das Gericht bestimmen. *Rudolf von Gneist* fand es daher noch »sehr euphemistisch, einen solchen Prozess einen halben Anklageprozess« zu nennen⁴. Außerdem sollten die Staatsanwaltschaften die Aufsicht über die Gerichte ausüben.

Nach dieser extrem reaktionären Vorlage setzte der Reichstag zur Entwicklung eigener Vorstellungen eine »Reichsjustizkommission« ein, der führenden Köpfe der Nationalliberalen angehörten: Otto Bähr, Johannes von Miquel, Rudolf von Gneist, Eduard Lasker und der sächsische Generalstaatsanwalt von Schwarze. Die Kommission sah in allen vorliegenden Entwürfen »dem Erfordernis einer gerechten Rechtspflege nur unzureichend Rechnung getragen«, daher könnten sie alle wegen »einseitiger Bevorzugung der Anklage auf das Prädikat eines Rechtsverfahrens keinen Anspruch machen«.⁵

Auf Bismarck wirkte diese Kommission wie ein rotes Tuch; im Juli 1875 erlegte er seinem Staatskanzleichef Rudolf Delbrück auf, ihr keinerlei Zugeständnisse zu machen und lieber die ganze Justizreform scheitern zu lassen.⁶ Auch wenn es nicht soweit kam, konnte sich die Kommission doch in vielen Punkten nicht durchsetzen.

2 Vgl. Reichstagsverhandlungen, 2. Legislaturperiode, II. Session, 3. Band (1874/75) S. 127/128

3 Abgedruckt in: GA 21 (1873), S. 5ff.

4 *von Gneist*, Vier Fragen zur deutschen Strafprozessordnung (1874), S. 6

5 Reichstags-Drucksache 2. Wahlperiode Nr. 10, S. 1876.

6 Otto *Pflanze*, Bismarck: Der Reichskanzler (1998), S. 75.

Die am 21. Dezember 1876 verabschiedete Strafprozessordnung⁷ war nur ein Kompromiss zwischen liberalen und autoritären Staats- und Prozessvorstellungen. *Karl Binding* sprach daher von »Stück- und Flickwerk« und nannte den neu konstruierten Strafprozess mit der Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichts und den eingeschränkten Gestaltungsmöglichkeiten der Parteien eine »hässliche Bastardform«.⁸ Trotz dieser unfreundlichen Aufnahme bei liberalen Juristen hat die schließlich am 1. Februar 1877 verabschiedete Reichs-Strafprozessordnung im Hinblick auf rechtsstaatliche Sicherungen und schützende Formen Standards geschaffen, die in der Folgezeit nie wieder erreicht wurden und erst recht nicht heute.

Flankiert wurde die Prozessordnung von dem am 27. Januar 1877 verkündeten Gerichtsverfassungsgesetz, das in § 79 ein echtes Schwurgericht vorsah, mit zwölf Geschworenen für die Schuldfrage und drei Richtern für die Straffrage. Gerichtsverfassungsgesetz, Strafprozessordnung und Anwaltsrecht wurden das Fundament für eine neue Generation von Strafverteidigern.

Die am 1. Juli 1878 verordnete Rechtsanwaltsordnung beseitigte nämlich alle Beschränkungen für die Zulassung zur Anwaltschaft und machte aus dem von Friedrich II. aus Misstrauen gegen die Advokaten geschaffenen Beamtenberuf ›Justizkommissar‹ den freien Beruf ›Rechtsanwalt‹. Da nach der Neuorganisation der Justiz im Rahmen der Reichsjustizgesetze der Richterberuf auf freiheitliche Juristen abschreckend wirkte – sie hatten nach Studium und Referendarzeit eine rund zehnjährige Probezeit ohne Bezahlung und ohne richterliche Unabhängigkeit zu durchlaufen – strebten Freidenker und Demokraten unter den Juristen vermehrt in die Anwaltschaft. Juden konnten bis dahin nur Anwalt werden, wenn sie sich der Karrieretaufe unterzogen, wie zum Beispiel der Trierer Advokat Heinrich Marx (Vater von Karl), der, nachdem sein Wohnsitz preußisch geworden war, seine Zulassung nur durch die Taufe retten konnte. Zahlreiche Gesetze, die öffentliche Ämter vom religiösen Bekenntnis unabhängig machten, änderten daran nichts, sie wurden in der Praxis unterlaufen. Erst die 1879 in Kraft getretene Rechtsanwaltsordnung ermöglichte Juden

7 Vom 1. Februar 1877 (RGBl, 253)

8 Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 2. Band (1915), S. 208

den ungehinderten Zugang zu dem bis dahin öffentlichen Amt, fortan freien Beruf.

In den folgenden Jahrzehnten wurde »Rechtsanwalt« der bevorzugte Beruf jüdischer Akademiker. Sie stellten im Kaiserreich zehn Prozent aller Jura-Studenten, bei einem Bevölkerungsanteil von gerade mal 0,8 Prozent, und da ihr Eintritt in die Justiz nach wie vor schwierig war, drängten sie in die Anwaltschaft.

Die Justizbürokratie hatte sich mit dem freiheitlichen Strafprozess, den Schwurgerichten und dem Beweisrecht der Verteidigung nie abgefunden. Aber Versuche, beides abzuschaffen scheiterten 1885, 1894, 1908 und 1913 an der Reichstagsmehrheit. Den Deutschen Juristentag beschäftigten die Schwurgerichte 1872, 1886 und 1892.⁹ Dass die Zahl ihrer Gegner von Mal zu Mal stieg, lag weniger an schlechten Erfahrungen, als vielmehr an einem verstörenden Mentalitätswechsel in der Richterschaft.

Die Stunde der Exekutive schlug mit der Notverordnungspraxis der zwanziger Jahre. Die tiefgreifendsten und bis heute nachwirkenden Änderungen brachte dabei die Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924,¹⁰ nach dem erst wenige Wochen amtierenden Justizminister »Emminger-Verordnung« genannt. Sie hatte bei seinem Amtsantritt schon fertig in der Schublade gelegen, verfasst vom Abteilungsleiter im Justizministerium Dr. Dr. Erwin Bumke, später Reichgerichtspräsident (1929 bis 1945). Nach dem unruhigsten Jahr der Republik mit Ruhrgebietsbesetzung und anschließendem Ruhrkampf, galoppierender Inflation, Reichswehreinmarsch und Absetzung des Ministerpräsidenten in Sachsen sowie Hitlerputsch in München, erhielt die Regierung des Stresemann-Nachfolgers Wilhelm Marx am 8. Dezember 1923 umfangreiche Kompetenzen zur Beseitigung der verschiedenen Notstände. Daraufhin schaffte sie als erstes die bei der Justizbürokratie so verhassten Schwurgerichte ab, installierte den Einzelrichter in Strafsachen als neue Spruchinstanz und beschnitt das Beweisrecht der Verteidigung. Der Strafrechtslehrer *Robert von Hippel* nannte das »einen völligen Umsturz unserer Gerichtsverfassung mit erheblichen Eingriffen auch

⁹ Verhandlungen des 22. DJT Bd. 2, 1892, S. 1

¹⁰ RGBl. I, 15

in das Strafverfahren«. ¹¹ Auch die Notverordnungspraxis der Regierungen Brüning, Papen und Schleicher blieb nicht ohne Einfluss auf das Strafprozessrecht. Die mit der »Diktatur der Armut« begründeten vier Verordnungen dienten, wie der prominente Strafverteidiger *Max Hirschberg* belegte, weniger der Ersparnis als dem Bestreben, »den Strafprozess weit hinter 1877 zurückzuwerfen«. ¹²

Trotz der verschlechterten rechtlichen Bedingungen hatte sich in der Weimarer Republik eine nie wieder erreichte Verteidigerkultur entwickelt – und das obwohl die rechtslastige Justiz ausgesprochen verteidigerfeindlich agierte, womöglich auch gerade deshalb. Verschiedentlich kam es zu Ausschlüssen von Verteidigern, für die es keine gesetzliche Grundlage gab. Hans Litten war schon mehrfach ausgeschlossen worden, bevor er im Felsenecke-Prozess am 19. Januar 1932 spektakulär von Justizwachtmeistern aus dem Saal getragen wurde. ¹³

In der ausufernden politischen Justiz der 14 Weimarer Jahre führten insbesondere Alfred Apfel, Max Hirschberg, Philipp Loewenfeld, Paul Levi, Hans Litten, Rudolf Olden und Kurt Rosenfeld den oft vergeblichen Kampf um die Republik; gegen Justiz, Militär und diverse rechtsradikale Terrororganisationen, von denen die SA nur eine war.

Engagierte Anwälte findet man im Vorstand der Liga für Menschenrechte, wo sie Kampagnen gegen die Todesstrafe führten, als Publizisten der linksliberalen Presse – Erich Eyck als stellvertretender Chefredakteur der *VOSSISCHEN ZEITUNG* und Rudolf Olden in gleicher Funktion beim *BERLINER TAGEBLATT*, und als Autoren kleinerer meist pazifistischer Gazetten wie *DAS TAGEBUCH*, *DAS ANDERE DEUTSCHLAND*, *WELTBÜHNE*, sowie »*DIE JUSTIZ*«, *ZEITSCHRIFT ZUR ERNEUERUNG DES RECHTSWESENS*.

Die hier Beschriebenen prägten zwar das Anwaltsbild in der Reichshauptstadt, sie stellten aber nur eine Minderheit der Juristenschaft dar. Daneben gab es eine deutschnational geprägte Justiz, die

¹¹ Der deutsche Strafprozess (1941), S. 53

¹² Die Verschlechterung der Strafrechtspflege durch Notverordnungen, in: Die Justiz, Bd. VIII (1932/33) S. 122, 127

¹³ Vgl. C. von Brück, Ein Mann, der Hitler in die Enge trieb. Ein Dokumentarbericht, 1975, S. 29

sich gegen alle Demokratisierungsbestrebungen immun zeigte, voran das Reichsgericht. Dieses deckte jede Machenschaft des Militärs; die Zusammenarbeit der Reichswehr mit umstürzlerischen Banden rechtfertigte es mit ›Staatsnotstand‹, und Mordkommandos, welche mutmaßliche Verräter der schweren Rechtsverstöße im Militär nach so genannten Femeprozessen umbrachten, billigte es ›Staatsnotwehr‹ zu. Republikanische und demokratische Journalisten, die das illegale Treiben der Reichswehr öffentlich machten, verurteilte das Reichsgericht als Landesverräter. Anlässlich der Verurteilung von Fritz Küster und Berthold Jacob im so genannten Ponton-Prozess prägte es im einzigen in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Urteil wegen »publizistischen Landesverrats«¹⁴ den denkwürdigen Satz: »Der Grundsatz, dass das Wohl des Staates in seiner Rechtsordnung festgelegt sei und sich in deren Durchführung verwirkliche, ist abzulehnen«. Der Strafverteidiger und Publizist *Rudolf Olden* kommentierte diese Rechtsprechung später treffend: »Von hier stammt jene Verrottung des Rechts und des Rechtsgefühls, die den obersten Gerichtshof noch sehr weit bis zur nationalsozialistischen Verdrehung aller Rechtsbegriffe führt, bis zur Legitimierung des Mordes, wenn er nur dem Staatswohl dient«.¹⁵

Im Leipziger Weltbühnen-Prozess am 17. und 19. November 1931 prallten die zwei Juristenwelten aufeinander.¹⁶ Auf der einen Seite der für Landesverratsverfahren zuständige Reichsanwalt Paul Jorns, der, wie verschiedene Prozesse nach und nach ans Licht brachten, als Untersuchungsführer gegen die Mörder Rosa Luxemburgs und Karl Liebknechts die Täter schamlos begünstigt und ihnen sogar die Flucht mit falschen Papieren ermöglicht hatte¹⁷ (nach Gründung des Volksgerichtshofs 1934 wurde er dessen erster Chefankläger), und neben ihm der für politische Prozesse zuständige 4. Strafsenat mit den Reichsgerichtsräten Baumgarten, Drechsler, Driver, Dr. Sonntag sowie dem Landgerichtsdirektor Hertel. Auf der anderen Seite der Schranke der Angeklagte Carl von Ossietzky mit seinen vier Verteidigern: Max Alsberg, Alfred

14 RGSt 62, S. 65

15 *Olden*, *Hitler der Eroberer*, 1984, S. 147

16 Zu dem Verfahren vgl. I. Müller/ G. Jungfer, 70 Jahre Weltbühnenurteil, NJW 2001, S. 3461ff.

17 Vgl. H. und E. *Hannover*, *Politische Justiz 1918-1933*, 1966, S. 203ff.

Apfel, Rudolf Olden und Kurt Rosenfeld, wie Ossietzky schrieb, »vier Juristenköpfe, die eine schwer zu berechnende Summe von Qualität verkörpern«. Die vier waren grundverschieden: ein Wissenschaftler, ein Verbandsfunktionär, ein Journalist und ein Politiker, ihr politisches Spektrum reichte von konservativ-liberal bis sozialistisch. Aber drei Dinge hatten sie gemeinsam: Sie waren alle glänzende Juristen, erfolgreiche Strafverteidiger und allesamt jüdischer Herkunft. Die fünf Richter dagegen verband nicht nur ihre deutschnationale Gesinnung, sondern auch die Tatsache, dass sie sämtlich beide juristischen Examina nur mit »ausreichend« bestanden hatten.¹⁸ Eine Verständigung war nicht möglich, das Ergebnis war absehbar. Ossietzky wurde wegen »Spionage« zu 18 Monaten Gefängnis verurteilt und später im Dritten Reich deswegen erneut inhaftiert, bis zu seinem Tode am 4. Mai 1938. Apfel, Olden und Rosenfeld waren vielleicht enttäuscht, aber keineswegs überrascht.

Alsberg hingegen war erschüttert. Er war politisch weniger exponiert als seine drei Mitstreiter, aber so etwas wie die Galionsfigur der Berliner Anwaltschaft jener Zeit. Der 1877 in Bonn geborene Alsberg war einer der erfolgreichsten Anwälte der Weimarer Republik, Honorarprofessor der Berliner Universität und bedeutender Fachautor.¹⁹ Er galt als glänzender Redner, seine Plädoyers waren berühmt für die Einbeziehung sozialer und psychologischer Hintergründe. Bis heute unübertroffen sind seine drei Miniaturen »Das Weltbild des Strafrichters«, »Die Philosophie der Verteidigung« und »Das Plädoyer«. Sein Theaterstück »Voruntersuchung« wurde 1931 von Robert Siodmak verfilmt und sein Schauspiel »Konflikt« hatte noch am 9. März 1933 mit Albert Bassermann und Tilla Durieux in den Hauptrollen Premiere am Deutschen Theater. *Bernt Engelmann*²⁰ nennt Alsberg ein Musterbeispiel für die enge Verbindung von freiem Beruf, Wissenschaft, Kunst und Literatur. Auch Alfred Apfel, Martin Beradt, Erich Eyck, Rudolf Olden und Kurt Tucholsky – Juristen und außerdem Schriftsteller, Publizisten und Journalisten – standen für eine nie wieder erreichte Verbindung von Recht und Geist.

18 Vgl. die tabellarischen Lebensläufe der Richter in: F. K. Kaul, *Geschichte des Reichsgerichts* Bd. IV, 1971, S.261ff.

19 Statt vieler: *Justizirrtum und Wiederaufnahme*, 1913; *Der Beweis Antrag im Strafprozess*, 1930; unzählige Aufsätze und Urteilsanmerkungen in der *Juristischen Wochenschrift*.

20 *Engelmann*, *Deutschland ohne Juden*, Köln 1988, S. 399

Die Nationalsozialisten und vor allem deren Führer hatten nie etwas für das Juristische übrig und die zahlreichen Prozesse, die seine »Kampfzeit« begleiteten, und an denen er häufig als Zeuge, nicht selten auch als Angeklagter beteiligt war, haben sein Verständnis für Rechtsregeln nicht gerade gefördert. »Kein vernünftiger Mensch verstehe überhaupt die Rechtslehren, die die Juristen sich – nicht zuletzt aufgrund des Einflusses von Juden – zurechtgedacht hätten«, verriet *Hitler* in vertraulicher Runde. In der Juristenausbildung müsse jeder vernünftige Mensch »ein vollendeter Trottel« werden, er wolle »alles tun, um das Rechtsstudium... so verächtlich zu machen wie nur irgend möglich«.²¹ Von Verträgen, Rechtsvorschriften, gar einer Verfassung hielt der Führer nichts; nicht einmal von selbst erlassenen Gesetzen wollte er sich einengen lassen. Vor allem fehlte ihm jedes Verständnis für Humanität, Zivilisation und Rechtskultur. Gegen alles ihm Missliebige forderte er »brutale Gewalt« und »barbarische Rücksichtslosigkeit«. Die »sogenannte Humanität« war für ihn nur »Ausdruck einer Mischung von Dummheit, Feigheit und eingebildetem Besserwissen«²². »Der mystische Vorgang, dass der Staat sich selbst Fesseln anlegt«, beschrieb *Olden* das Rechtsempfinden Hitlers, »sich durch Geschriebenes bindet, dem Schwachen eine Waffe gibt und sich ihr unterwirft – der Inbegriff der Zivilisation – ist ihm widerlich, erscheint ihm pervers, der Ordnung, die allein ihm verständlich ist, in einer ärgerlichen Weise zuwider«.²³ Dieses pervertierte Rechtsdenken wurde in weiten Kreisen der Juristenschaft geteilt, jedenfalls in der Rechtslehre, die des Führers Rechtsdenken zum obersten Gesetz erklärte. Mit der »Ausmerzungen« – ein viel gebrauchtes Wort in juristischen Abhandlungen jener Jahre –, mit der Vertreibung und Ermordung der jüdischen, demokratischen und sozialistischen Juristen, immerhin eines Fünftels des Berufsstandes, verschwand der Rechtsgedanke gänzlich aus Deutschland.

Natürlich war in der neuen Ordnung kein Platz mehr für eine freie Advokatur. »Genauso wie der Richter muss der Anwalt eine Staatsperson sein«,²⁴ hatte *Hitler* rasoniert und Justizminister *Thierack* schrieb in

21 H. *Picker*, Hitlers Tischgespräche, Bonn 1951, S. 211/213

22 *Hitler*, Mein Kampf, Zwei Bände in einem Band, München 1933, S. 571

23 *Olden*, 1935 (1984) (Fn. 15), S. 147

24 Zit. n. T. *Krach*, Jüdische Rechtsanwälte in Preußen, München 1991, S. 124

seinem (einzigen) Anwaltsbrief, der Rechtsanwalt sei nunmehr »eingliedert in die Gemeinschaft der Rechtswahrer und hat seine frühere Stellung als einseitiger Interessenvertreter verloren«. An Stelle des einst von Rudolf von Ihering propagierten Kampfes um das Recht, der nun angeblich »als Parteienstreit die Wahrheitsfindung gefährdet«, propagierte *Heinrich Henkel*, führender Strafprozessualist im Dritten Reich wie in der Bundesrepublik, die »Gleichrichtung der Verfahrenskräfte«²⁵ und fragte, »ob im Strafverfahren überhaupt noch ein weiteres Organ, der Verteidiger, notwendig oder auch nur sachdienlich sei.«²⁶ Der Nazi-Starverteidiger *Alfons Sack* drückte die »Gleichrichtung« volkstümlich aus: »Richter, Staatsanwälte und Verteidiger« müssen »Kameraden einer Rechtsfront, ...gemeinsame Kämpfer um die Erhaltung des Rechts sein ... Die Gleichschaltung ihrer Aufgaben muss ihre praktische Zusammenarbeit und Kameradschaft verbürgen.«²⁷

Nachdem 1945 alle anderen Fronten zusammengebrochen waren, hat die Rechtsfront als einzige gehalten. Die jüdischen Juristenkollegen waren zum großen Teil tot. Viele – wie Max Alsberg – hatten sich das Leben genommen, noch mehr waren ermordet worden, viele der Vertriebenen blieben im Exil, nur wenige kamen zurück. Was nicht zurückkehrte waren Geist und Rechtskultur, denn nachhaltiger noch als die Menschen waren ihre Theorien und Ideen, ihre wissenschaftlichen Programme und Pläne vertrieben und vernichtet worden. Die Lehrstühle der jüdischen Professoren blieben mit ihren Nachfolgern besetzt, ihre Bücher hatte man aus den Bibliotheken geworfen und größtenteils verbrannt, ihre intellektuelle Hinterlassenschaft wurde ignoriert oder gar weiterhin diffamiert, wie die der ›Positivisten‹ Hermann Kantorowicz und Hans Kelsen.

Max Alsbergs Standardwerk, ›Der Beweisanspruch im Strafverfahren‹, ein leidenschaftliches Plädoyer für das Beweisrecht des Strafverteidigers als dessen einziger Waffe, war auf dem von *Carl Schmitt* veranstalteten Kongress »Das Judentum in der Rechtswissenschaft« vom Göttinger Strafrechtsprofessor *Karl Siegert* als typisch

25 H. *Henkel*, Das deutsche Strafverfahren, 1943, S. 227

26 A.a.O.

27 A. *Sack*, Der Strafverteidiger und der neue Staat, Berlin 1935, S. 106

»jüdischer Zersetzungsversuch« genannt worden.²⁸ Nach dem Aufruf dieser Konferenz zur Entfernung »jüdischer Literatur« war es aus den Bibliotheken aussortiert und makuliert worden, und, was fast noch schlimmer ist, in der Bundesrepublik wurde es dem Berliner Oberstaatsanwalt *Karl-Heinz Nüse* zur Überarbeitung gegeben. 1983 erschien die 5. Auflage, nun von einem konservativen Strafrichter, dem Vorsitzenden am Kammergericht *Karlheinz Meyer*, fortgeführt, verhunzt, verstümmelt und mit entgegengesetzter Tendenz. Vor fünf Jahren ist die 6. Auflage erschienen, von drei jüngeren Juristen aktualisiert, aber nicht restauriert.

Nach dem Krieg hatte die deutsche Juristenschaft geschlossen die Bemühungen der Besatzungsmächte, die deutsche Rechtsordnung zu entnazifizieren, sabotiert. Da Amerikaner, Engländer und Franzosen in ihren Besatzungszonen jeweils Teile ihres Strafprozessrechts eingeführt hatten, restaurierte der bundesdeutsche Gesetzgeber 1950 mit dem sogenannten »Vereinheitlichungsgesetz«²⁹ die StPO »auf der Grundlage des guten alten Rechts«,³⁰ d.h. man nahm im Wesentlichen den Zustand der ausgehenden Weimarer Republik wieder auf. Die Schwurgerichte, die in der amerikanischen Zone gegründet worden waren, wurden durch die Schöffengerichte der Emminger-Verordnung (sechs Laienrichter, drei Berufsrichter) ersetzt. Der badi-sche Generalstaatsanwalt *Karl S. Bader* – selbst kein alter Nazi, aber in den Nachkriegskosens eingebunden – beschrieb das so:

»Nach 1945 mit großer Vehemenz auftauchenden Versuchen, englische und amerikanische Rechtsgrundsätze einzuführen, mussten aus Gründen einer sinnvollen Rechtskontinuität entgegengetreten werden.«³¹

Die 1950 für spätere Zeiten angekündigte Reform ließ lange auf sich warten, da, wie es im Regierungsentwurf des Vereinheitlichungsgesetzes hieß, »übereilte Änderungen sich in verhängnisvoller Weise auswirken und dem Ansehen der deutschen Rechtspflege Abbruch

28 Das Judentum in der Rechtswissenschaft, Ansprachen, Vorträge und Ergebnisse, Heft 1, 1936

29 Gesetz vom 12.9.1950, BGBl. I, S. 455, 629

30 E. Kern, Die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung und des Strafverfahrens, MDR 1950, S. 588

31 Bader, Die Wiederherstellung rechtsstaatlicher Garantien im deutschen Strafprozess nach 1945, Festschrift für Heinrich Pfenninger, S. 7

tun würden«. ³²

Mitte der sechziger Jahre schien es dem Justizministerium, das wie ein neues Forschungsprojekt des Ministeriums belegt, viel nazi-verseuchter war, als wir immer vermutet hatten, ³³ an der Zeit, die Reform anzugehen. Denn nach dem Auschwitz-Prozess der Jahre 1963/65 ³⁴ und der ersten großen Verjährungsdebatte des Bundestages im Jahr 1964, ³⁵ in deren Folge der Beginn der Verjährung von Mord um fünf Jahre verschoben wurde, sah es so aus, als würden die bundesdeutschen Staatsanwaltschaften die Morde der Nazizeit ernsthaft angehen. Man rechnete im Justizministerium mit einer ganzen Welle großer NS-Prozesse, daher entschloss man sich, mit einer, wie es hieß »kleinen Strafprozessnovelle« ³⁶ – in Wirklichkeit war sie viel größer – die Rechte der Verteidigung zu stärken. Die notwendige Verteidigung wurde ausgebaut, ³⁷ das Akteneinsichtsrecht erweitert und der bis dahin überwachte Verkehr zwischen Verteidiger und inhaftiertem Beschuldigten von allen Beschränkungen befreit. Richterliche Vernehmungen wurden parteiöffentlich gemacht, die Richterablehnung erleichtert; Hinweis- und Belehrungspflichten für Polizei und Staatsanwaltschaft eingeführt sowie zwei neue Institute zur Erweiterung des rechtlichen Gehörs geschaffen: Schlussanhörung und Schlussgehör vor Anklageerhebung. Schließlich verbesserte die Novelle sogar das traditionell sehr restriktive Recht der Wiederaufnahme des Verfahrens, indem sie der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit nahm, einen die Wiederaufnahme anordnenden Beschluss anzufechten. ³⁸

Als 1974 klar war, dass es trotz der am 4. August 1969 beschlossenen Verlängerung der Verjährungsfrist für Mord von 20 auf 30 Jahre, zu keiner Lawine von Prozessen wegen Mordtaten der Nazizeit, sondern allenfalls noch zu vereinzelt Verfahren kommen würde, entschloss man sich zu einer Totalrevision des Strafprozessrechts, freilich mit

32 BT-Drs. 4/187

33 M. Görtemaker/ C. Safferling, Die Akte Rosenberg, 2016

34 Vgl. H. Langbein, Der Auschwitzprozess. Eine Dokumentation, 2 Bände, 2004

35 Dokumentiert in: Deutscher Bundestag, Zur Verjährung nationalsozialistischer Verbrechen, 1. Bd. (Zur Sache 1/80) S. 49ff.

36 Strafprozessänderungsgesetz vom 19.12.1964, BGBl I, 1067

37 Z.B. in allen Verfahren vor dem Landgericht und nach dreimonatiger U-Haft.

38 § 372 Abs. 2 StPO

ganz anderer Tendenz als 1964. Das Erste Strafverfahrenreformgesetz (StVRG) sollte der »erste Schritt auf dem Wege zu einer umfassenden Reform des Strafverfahrensrechts«³⁹ sein. Es beseitigte das gerichtliche Ermittlungsverfahren und übertrug die Befugnisse des Untersuchungsrichters auf die Staatsanwaltschaft. Das führte zu erheblichen Gewichtverschiebungen, die mit der in Artikel 6 Abs. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantierten Waffengleichheit nur schwer vereinbar sind. Außerdem kassierte das Gesetz fast alle erst zehn Jahre zuvor geschaffenen Verteidigungsmöglichkeiten, insbesondere Schlussanhörung und Schlussgehör und schaffte die großen Schwurgerichte der Emminger-Reform gänzlich ab. Seither gibt es nur noch Strafkammern, die fälschlicherweise Schwurgericht genannt werden.

Auch der für das Frühjahr 1975 anberaumte Prozess gegen Andreas Baader, Ulrike Meinhof, Jan-Carl Raspe und Gudrun Ensslin warf seine Schatten voraus. Dem 1. StVRG, das am 1. Januar 1975 in Kraft treten sollte, wurde kurz vor Weihnachten 1974 eilig ein »Ergänzungsgesetz«⁴⁰ angefügt, das den Ausschluss des Strafverteidigers aus dem Verfahren vorsah (§§ 138 a und b), die Höchstzahl der Verteidiger auf drei (§ 137 Abs. 1 Satz 2) beschränkte und die Verteidigung mehrerer Angeklagter durch denselben Strafverteidiger (§ 146) verbot.

In politischen Strafprozessen hatte es in der deutschen Geschichte schon vereinzelt Verteidigerausschlüsse extra legem gegeben. Hans Litten hatte⁴¹ ich bereits erwähnt. Den DDR-Anwalt Friedrich Karl Kaul hatte man wegen angeblich mangelnder Unabhängigkeit in Kommunistenprozessen von der Verteidigung ausgeschlossen (einige Jahre später hob das Bundesverfassungsgericht Kauls Ausschluss auf, wie auch den späteren Otto Schilyls aus dem Stammheim-Prozess). Offenbar sah man im Dezember 1974 schon Konfrontationen mit der Verteidigung voraus, jedenfalls wollte man Vorsorge treiben, und tatsächlich wurden mit der neuen Vorschrift schon im Vorfeld der am 21. Mai 1975 eröffneten Hauptverhandlung die Verteidiger Baaders,

39 BT-Drs. 7/551, S. 31

40 Gesetz vom 20. Dezember 1974, BGBl. I, S. 3686

41 KG, JW 1933, 484

Croissant, Groenewold und Ströbele, ausgeschlossen.⁴²

Größte Auswirkungen auf das Stammheim-Verfahren und andere sogenannte Terroristenprozesse hatte der mit dem »Anti-Terror-Gesetz« vom 18. August 1976⁴³ neu geschaffene und wegen des Rückwirkungsverbots auf die Taten der Angeklagten gar nicht anwendbare § 129 a StGB (terroristische Vereinigung). Er wurde zum Schlüssel für eine Fülle strafprozessualer Sonderregelungen. Bei einem Verdacht nach § 129 a wurden die Errichtung von Straßenkontrollstellen (§ 111 StPO) mitsamt der sogenannten Schleppnetzfahndung (§ 163 d), die Rasterfahndung (§ 98 a), die Durchsuchung ganzer Gebäudekomplexe (§ 103 Abs. 1 Satz 3), die haftgrundlose Untersuchungshaft (§ 112 Abs. 3), der erleichterte Verteidigerausschluss (§ 138 a Abs. 2) und die Kontrolle der Verteidigerpost (§ 148 Abs. 2) möglich.

Am 28. April 1977 wurden nach 192 Verhandlungstagen die Urteile gegen die drei übrig gebliebenen Angeklagten Baader, Enslin und Raspe verkündet: Jeweils drei Mal lebenslänglich.⁴⁴ Mit dem Ende dieses Verfahrens waren weder die Gewalttaten der RAF noch die ständigen Strafprozessrechtsänderungen beendet. Mit der Ermordung des Generalbundesanwalts Siegfried Buback, des Bankiers Jürgen Ponto und des Arbeitgeberpräsidenten Hans-Martin Schleyer, erreichte der Terror im Herbst 1977 seinen Höhepunkt und setzte sich in den 80er Jahren mit der Ermordung des Siemens-Managers Karl Heinz Beckurts, des Diplomaten Gerold von Braunmühl (1986), des Vorstandssprechers der Deutschen Bank Alfred Herrhausen (1989) und des Treuhandchefs Detlev Karsten Rohwedder (1991) bis zur Auflösung der RAF im Jahr 1992 fort.

Im »deutschen Herbst« des Jahres 1977, während der Entführung des Arbeitgeberpräsidenten Schleyer, verhängte die Regierung eine Kontaktsperre über die einsitzenden RAF-Mitglieder, die insbesondere gegen die Verteidiger wirkte, indem sie ihnen jeden Kontakt mit den

42 Mit Beschluss v. 3.2.1975 wurde zunächst die Bestellung zu Pflichtverteidigern zurückgenommen; am 22.4., 2.5. und 13.5.1975 wurden die Verteidiger dann einzeln ausgeschlossen. Vgl. C. Croissant, K. Groenewold, U.K. Preuß, O. Schily, C. Ströbele, Politische Prozesse ohne Verteidigung?, 1976, S. 101 f.

43 BGBl. I, S. 2181

44 2 StE 1/74; vgl. dazu: M. Schmehl, Die Terroristenverfahren in Stammheim, in: Das Oberlandesgericht Stuttgart, 2004, S. 63ff.

einsitzenden Mandanten unmöglich machte. Da dieser Grundrechtseingriff keine gesetzliche Grundlage hatte, beschlossen Bundestag und Bundesrat binnen zweier Tage das Kontaktsperre-Gesetz vom 30. September 1977.⁴⁵ Man vergisst heute leicht, dass es noch immer in Kraft ist, da es an unscheinbarer Stelle platziert⁴⁶ und seit seinem Inkrafttreten vor 40 Jahren nie angewandt wurde. Zwar gab es die erwähnte ungesetzliche Kontaktsperre, aber seit Geltung des Gesetzes keine mehr.

Typisch für die sogenannten ›Anti-Terror-Gesetze‹ war die extreme Kürze der Beratungen im Bundestag. Am 1. Juni 1978 hatte sich Bundeskanzler *Schmidt* gegen eine ›uferlose Gesetzgebung‹ zur Bekämpfung des Terrorismus ausgesprochen, erklärt, dass man keine neuen Gesetze brauche und sich gegen die »ewigen Basteleien« am Strafprozessrecht ausgesprochen.⁴⁷ Eine Woche später, am 8. Juni 1978, spät abends, lag dem Bundestag ein neues ›Anti-Terror-Paket‹ vor. Das Bundestagsprotokoll verzeichnet dazu folgende Worte der Vizepräsidentin *Renger*: »Wir stimmen jetzt über Artikel 1 Nr. 13 in der Ausschussfassung ab. Wer dem zuzustimmen wünscht, den bitte ich um das Handzeichen. – Gegenprobe! – Enthaltungen? Einstimmig so angenommen. Ich rufe nunmehr Punkt 1 Nr. 14 – 34 und Punkt 2 – 9 in der Ausschussfassung sowie Einleitung und Überschrift auf. Wer dem zuzustimmen wünscht, den bitte ich um ein Handzeichen. – Gegenprobe! – Enthaltungen? – Einstimmig so beschlossen, in zweiter Beratung angenommen. Wir treten nunmehr in die dritte Beratung ein. Wird dazu noch einmal das Wort gewünscht? – Das ist nicht der Fall. Wir kommen zur Schlussabstimmung. Wer dem Gesetz als Ganzen zuzustimmen wünscht, den bitte ich, sich zu erheben. – Gegenprobe! – Enthaltungen? Das Gesetz ist einstimmig so angenommen.«⁴⁸

Der Bundestag hatte damit binnen zwei Minuten, in zweiter und dritter Lesung, das sechste strafprozessändernde Gesetz seit 1975 beschlossen und wie seine Vorläufer brachte es neue Beschränkungen der Verteidigung. Es strich kurzerhand ihre Befugnis, mit der Vorlage von Beweismitteln deren Verwertung zu erzwingen. Nach dem neuen

45 BGBl. I, S. 1877

46 In den §§ 31 bis 38a EGGVG

47 Vgl. *Müller, Ingo*, VORGÄNGE 34/1978, S. 14

48 BT-Prot. 8. Wahlperiode S. 7550

§ 245 StPO ist die Beweisaufnahme »auf alle vom Gericht vorgeladenen und auch erschienenen Zeugen und Sachverständigen sowie auf die sonstigen ... vom Gericht oder der Staatsanwaltschaft (also nicht von der Verteidigung) herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken«; ein offenkundiger Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 d der Europäischen Menschenrechtskonvention, die jedem Angeklagten das Recht garantiert, »die Ladung und Vernehmung der Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen« zu bewirken. Außerdem wurden nicht nur die Erleichterungen der Richterabweisung aus der Strafprozessnovelle 1964 beseitigt, sondern die Abweisung des befangenen Richters zusätzlich erschwert.

Das neue Abweisungsrecht sollte Missbräuchen, wie sie angeblich im Stammheim-Prozess vorgekommen seien, künftig vorbeugen. Dabei hatte gerade dort erst die 72. Abweisung⁴⁹, ausgerechnet durch einen der berechtigten »Zwangsverteidiger«, erwiesen, wie befangen der Vorsitzende Richter Prinzing tatsächlich war. Darin sahen die Gesetzesbegründer des Justizministeriums aber, dass »das für die Funktion der Justiz höchst bedeutsame Institut der Richterabweisung wegen Besorgnis der Befangenheit eine missbräuchliche Handhabung« ermögliche.

Mit den ständigen Änderungen von Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozessordnung hatte das deutsche Strafverfahren schließlich einen Zustand erreicht, der sich sogar zum Vorwand für Abschiebungen eignete. Dem langjährigen Vorsitzenden der Rechtsanwaltskammer des türkischen Bezirks Mus, Serafettin Kaya, der nach Verteidigungen vor einem türkischen Militärgericht selbst inhaftiert und gefoltert wurde und dem eine Anklage vor einem solchen Gericht bevorstand, verweigerte, wie die FRANKFURTER RUNDSCHAU am 9. Dezember 1982 berichtete⁵⁰, das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge das Asyl mit der bemerkenswerten Begründung:

»Dem Bundesamt liegt ein umfangreiches Gutachten des Max-Planck-Institutes vor, das unter anderem auch eine synoptische Gegenüberstellung des türkischen Militärstrafverfahrensrechts

49 E. Foth, Im Prozess prallten zwei Welten aufeinander, ZRP 2008, S. 269

50 Nr. 285/1982.

mit der deutschen Strafprozessordnung enthält. Dieser Vergleich zeigt eine weitgehende Übereinstimmung, teilweise sogar eine liberalere Ausgestaltung des türkischen Militärverfahrensrechts ...«.

Die Bundesanwaltschaft machte ausgiebig vom Verteidigerausschluss Gebrauch und beantragte ihn gegen nahezu jeden Verteidiger in Terroristenverfahren, jedenfalls wenn er es wagte, aus der Rechtswahrerfront auszuscheren. Daneben liefen gegen alle irgendwie linksverdächtigen Anwälte Straf- und Ehrengerichtsverfahren, 1977 allein gegen die Rechtsanwälte Eschen, Elfferding, Ehrig, Goy, Groenheit, Heinisch, Hoffmann, Moser, Panka, Reme, Schöndienst, Spangenberg und Stroebele (Berlin), Groenewold, Köhnke, Maeffert und Rogge (Hamburg), Maiergünther (Kiel), Düx, Golzem, Kempff, Knöss, Koch, Kopp, Oberbinder, von Plottnitz, Riedel, Themming und Weidenhammer (Frankfurt), Becker und Härdle (Heidelberg), Baier (Mannheim), Heldmann (Darmstadt), Arnsberger, Croissant, Müller und Newerla (Stuttgart), Gildemeier (Augsburg), Bahr-Jendges, Hannover und Tönnies (Bremen), Arnold, Bendler, Langmann, Montag, Niepel, Wächtler und Wolff (München) sowie Fischer (Köln). *Hans-Heinz Hellmann* berichtete, die Anschuldigungsschriften der Staatsanwaltschaft seien bei ihm »regelmäßig wie die Ergänzungslieferungen für die Gesetzessammlungen eingegangen«.

Meist wurden harmlose, keineswegs strafbare Handlungen zum Anlass für Ausschlüsse, Ehrengerichts- und Strafverfahren genommen. Klaus Croissant hatte z.B. dem Nachrichtenmagazin DER SPIEGEL ein Interview mit seinem Mandanten vermittelt – Unterstützung einer terroristischen Vereinigung. Christian Stroebele warf man vor, seinen Mandanten mit Du und Vornamen angesprochen und »sich in Form und Inhalt seiner Äußerungen der kriminellen Vereinigung angeglichen zu haben«. Überhaupt war die Auseinandersetzung um das Strafprozessrecht auf niederstes Niveau gesunken. Nachdem ein von Werner Holtfort gegründeter Arbeitskreis Grundsätze für die Verteidigertätigkeit aufstellte und sich dabei auf programmatische Schriften Franz von Liszts, Max Alsbergs und Max Güdes (des ehemaligen Oberbundesanwalts und CDU-Rechtspolitikers) bezog, diffamierten ihn Richterbund, Anwaltverein und Wissenschaftler um Professor *Ernst Ludwig Schreiber* (Göttingen) diese als »marxistisch« und »ostzonal«.

Da sich Strafrechts- und Ehrengerichtsverfahren gegen Strafverteidiger richteten, gründeten sich lokale und regionale Strafverteidigervereinigungen und –initiativen zum Widerstand gegen die Repressalien und gegen die immer neuen ›Anti-Terror-Gesetzes-Pakete‹, die weniger der inneren Sicherheit dienten, als vielmehr dem Abbau von Verteidigungsrechten im Strafprozess. Im Mai 1977 trafen sich die Verteidigerinitiativen zum 1. Strafverteidigertag in Hannover. Das Treffen wurde vom Deutschen Anwaltverein nach Kräften sabotiert und auf dem 2. Strafverteidigertag, Anfang Mai 1978 in Hamburg, beschlossen die 350 Teilnehmer, »einen bundesweiten Zusammenschluss aller konsequent liberalen Rechtsanwälte herbeizuführen«. Am 10. und 11. Februar 1979 gründete sich dann die »bundesweite Anwaltsvereinigung zur Verteidigung der freien Advokatur«, die wenig später in Anknüpfung an die Tradition des Republikanischen Richterbundes den Namen »Republikanischer Anwaltsverein« annahm.

Verfasst hatte alle Strafprozess-Gesetze der 70er- und auch 80er Jahre der zuständige Referent, später Abteilungsleiter im Bundesjustizministerium Professor *Peter Rieß*, der sich die Tilgung aller rechtsstaatlicher Garantien aus der StPO zu Lebensaufgabe gemacht hatte. Dabei verfolgte er, wie er 1979 verriet,⁵¹ noch viel weitergehende Pläne: In Strafrichter-Sachen ein vereinfachtes Verfahren ohne Beweis-antragsrecht, Verwertung polizeilicher Vernehmungen im Hauptverfahren und Beseitigung des Richtervorbehalts bei allen Grundrechtseingriffen.

1982 bot sich ihm Gelegenheit, diese Vorstellungen in Gesetzesform zu fassen. Die Justizminister des Bundes und der Länder beschlossen damals, in allen Verfahren vor Amtsrichter und Schöffengericht, als mehr als 95 Prozent aller Strafsachen,

- das Beweisrecht der Verteidigung gänzlich abzuschaffen,
- polizeiliche Vernehmungsprotokolle als vollgültige Beweismittel zu werten,
- von der Verlesung schriftlicher Beweisstücke abzusehen,
- dem Verteidiger außer dem Schlussplädoyer jede Äußerung

⁵¹ *Rieß*, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag, 1979, S. 155 ff.

- untersagen zu lassen,
- der Verteidigung jeden Einfluss auf das Protokoll zu nehmen,
- die Sprungrevision abzuschaffen,
- die Revision gegen Berufungsurteile zulassungspflichtig zu machen,
- im Berufungsurteil die Bezugnahme auf den Anklagesatz zuzulassen,
- dem Verteidiger auch im Berufungsverfahren jede Äußerung untersagen zu lassen -und
- die Revision gegen Berufungsurteile zulassungspflichtig zu machen.

Dazu ist es bekanntlich nicht mehr gekommen, aber am 22. April 1991 nahm die Justizministerkonferenz einen neuen Anlauf zur Durchsetzung der inzwischen als ›Horrorliste‹ bekannten Strafprozessverschlechterungen. Anders als bei seinen 16 Vorgängergesetzen gab es einen Aufschrei in der Öffentlichkeit. Der Vorsitzende des Anwaltvereins *Erhard Senninger* sah »unter dem Vorwand des Rechtspflegeaufbaus in Ostdeutschland ungeniert die Axt an die Wurzel des Rechtsstaats gelegt«, der Richterbands-Vorsitzende *Hans-Josef Pelz* nannte das eine »Nacht-und-Nebel-Aktion«, alle juristischen Vereinigungen und 91 Strafrechtslehrer protestierten. Peter Rieß' größter Coup war gescheitert.

Befremdlich und unwürdig fand ich, wie man jahrelang den geschworenen Feind jeder Strafverteidigung bei Strafverteidigertagen hofierte.

Sei es, dass Hölderlin Recht hat und, wo die Gefahr am größten, das Rettende nachwachsen. Sei es, dass 1968 und die Folgezeit für alle Beteiligten ein großer Lernprozess war. Festzustellen ist jedenfalls, dass trotz eklatanter Verschlechterungen der Strafprozessordnung sich die Möglichkeiten der Strafverteidigung seither erheblich verbessert haben.

Die Lehren von Stammheim haben einen Professionalisierungsschub bei deutschen Strafverteidigern ausgelöst. Sie gründeten eine inzwischen angesehene Strafprozess-Zeitschrift, veranstalten Strafverteidigertage, übernahmen die Meinungsführerschaft in Strafprozessfragen und setzten den Fachanwalt für Strafrecht durch. Die einst

als Linksanwälte beschimpften mutierten zu hoch angesehenen Strafverteidigern. Kein bedeutendes Wirtschaftsstrafverfahren ohne einen aus diesem Kreise. Einer wurde Justizminister in Hessen, ein anderer gar Bundesinnenminister und manche Sottise des Stammheim-Prozesses, wie Rupert von Plottnitz: »Heil, Dr. Prinzing« oder Otto Schilys »Ihre Robe wird immer kürzer und das Krokodil darunter immer sichtbarer« haben sie später sicher bereut.

Aber auch die Richterschaft hat seither einen Mentalitätswandel durchgemacht, wie sie der Rechtshistoriker *Dieter Simon* beschreibt:

»Eine neue Generation von Richtern trat in Erscheinung, sie waren politisch interessiert, aber nur mäßig engagiert. Sonst wären sie nicht Richter geworden. Aber mit den neuen Richtern und den Pensionierung der letzten alten hielt ein neuer Ton Einzug in die Gerichtssäle, eine neue Sensibilität breitete sich aus.«⁵²

Man begegnet einander inzwischen auch im Strafprozess mit mehr Respekt als in den siebziger Jahren und schöpft die Repressionsmöglichkeiten nicht mehr voll aus. *Claus Roxin* schreibt seit 50 Jahren im Vorwort zur populären DTV-Ausgabe der StPO, dem Strafprozessrecht »symptomatische Bedeutung für den Geist einer Rechtsordnung zu«, bei dem Zustand, den die StPO in den letzten 40 Jahren erreicht hat, ein beängstigender Gedanke. Glücklicherweise ist es nicht so; unsere Rechtsordnung einschließlich der Strafjustiz ist erheblich rechtsstaatlicher als unsere verhunzte Strafprozessordnung.

⁵² *Simon*, Zäsuren im Rechtsdenken, in: M. Broszat (Hrg.), Zäsuren nach 1945. Essays zur Periodisierung der deutschen Nachkriegsgeschichte, 1990, S. 164

Ergebnisse & Resolutionen des 42. Strafverteidigtages

ERGEBNISSE DER AG 1

DIE HAFTANSTALT ALS GEFÄHRLICHER ORT

1. Auch wenn das Vollzugsziel ‚Resozialisierung‘ als Verfassungsprinzip verankert ist, gibt es erheblichen Handlungsbedarf, um den Anspruch des Einzelnen auf Wiedereingliederung durchzusetzen. Die Einführung von Resozialisierungsgesetzen, die dem Einzelnen einen Rechtsanspruch auf Wiedereingliederung geben und die »Lücke« zwischen Justizvollzug und Bewährungshilfe schließen, müssen in allen Bundesländern eingeführt werden.

2. Auch wenn eine völlige Abschaffung der Freiheitsstrafe insgesamt nicht möglich erscheint, solange keine Abschaffung des geltenden Schuldstrafrechts erfolgt, müssen die Strafverteidiger weiterhin kritisch diskutieren, ob (Freiheits-)Strafe dauerhaft als Reaktionsmöglichkeit auf strafrechtliche Verfehlungen in unserer Strafrechtsordnung bestehen bleiben muss oder alternative Reaktionen zur Verfügung stehen.

3. Bestrebungen einzelner Bundesländer, den Schutz der Allgemeinheit als Ziel des Strafvollzugs unter Zurückdrängung des Resozialisierungsgedankens zu etablieren, lehnen wir ab. Die Strafverteidiger lehnen ein solches »Marketing« mit nur angeblicher Resozialisierung im Vollzug ab.

4. Politische Bestrebungen jedweder Art, den Anwendungsbereich des offenen Strafvollzugs zurückzudrängen, lehnen wir ab. Angesichts der bundesweit extrem geringen Missbrauchsquoten bei Vollzugslockerungen besteht dazu kein Anlass. Im Gegenteil muss eine Erweiterung des offenen Vollzugs erfolgen.

5. Der Vollzug von Freiheitsstrafen muss auf ein Mindestmaß reduziert werden. In Sinne eines solchen reduktionistischen Ansatzes müssen folgende Maßnahmen durch den Gesetzgeber umgesetzt werden:

- Stärkung der Verwarnung mit Strafvorbehalt;
- Vermeidung der Vollstreckung kurzer Freiheitsstrafen, Ersetzung von Freiheitsstrafe bis 1 J. durch gemeinnützige Arbeit;
- Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe, hilfsweise deren Vermeidung durch gemeinnützige Arbeit;

- generelle Halbstrafentlassung bei Ersttätern, § 57 Abs. 2 StGB, und Regelaussetzung bei neutraler oder unsicherer Prognose, § 57 Abs. 1, 2 StGB);
- Einschränkungen des Widerrufs bei Strafaussetzung zur Bewährung bei bloßen Weisungs- und Auflagenverstößen.

6. Um die Suizidrate in den Justizvollzugsanstalten zu senken, muss die Kontaktmöglichkeit zwischen JVA und Anwalt verbessert werden. Die Bereitschaft dazu wird nur wachsen, wenn in jeder JVA geeignete Suizidpräventionsräume vorhanden sind, die »besonders gesicherte Hafträume« ersetzen, in denen ein menschenwürdiger Strafvollzug unmöglich ist. Auch der Kontakt zum Haftrichter aus der JVA heraus muss zwecks Suizidprävention in der Untersuchungshaft verbessert werden (kurzfristige Aufhebung von Beschränkungen, sofern erforderlich).

ERGEBNISSE DER AG 2

FÜHRUNGSAUFSICHT

Führungsaufsicht hat positive Potentiale, wenn sie ihre Funktion zu helfen und zu begleiten mit angemessener Ausstattung erfüllen kann.

Besorgnis bereitet, dass die repressiven Ziele der Führungsaufsicht überhand nehmen und somit das eigentliche Ziel zu helfen und zu begleiten in den Hintergrund tritt.

Es ist eine Entwicklung zu beobachten, dass im Einzelfall ein Weisungscocktail gemixt wird, der rechtlich nicht mehr mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu vereinbaren ist. Kriminologisch setzt dieser die Mitwirkungsbereitschaft der Probanden herab und führt zu Überforderungssituationen.

Die Rolle der Polizei ist im Zusammenspiel zwischen Führungsaufsicht und Überwachungskonzepten der Länder (z.B. HEADS oder KURS) vollkommen unregelt. Die Führungsaufsicht muss als gesetzlich geregelte Maßregel den als bloße Verwaltungsvorschrift ausgestalteten Überwachungskonzepten vorgehen. Die Führungsaufsicht darf nicht durch polizeiliche Entscheidungen konterkariert werden.

Die Führungsaufsicht darf nicht durch Ausgestaltungen als Hausarrest zur kleinen Schwester der Sicherungsverwahrung verkommen.

Vergleichbar zur Regelung des § 67e StGB ist auch bei der Führungsaufsicht eine regelmäßige Überprüfung des Fortbestands im Rahmen einer gerichtlichen Anhörung erforderlich. Das ist ein Fall der notwendigen Verteidigung.

Die Wirkungsweise und Berechtigung der Strafvorschrift des § 145a StGB ist nicht belegt und bedarf einer wissenschaftlichen Überprüfung. Hinsichtlich der Legitimierung bestehen erhebliche Zweifel.

ERGEBNISSE DER AG 3

DIE WIRKLICHKEIT LEBENSLANGER FREIHEITSSTRAFEN

Die lebenslange Freiheitsstrafe kommt einer Vernichtungsstrafe gleich, die in ihrer Absolutheit einen Fremdkörper im System des Strafzumessungsrechts darstellt. Die notwendige Reform erscheint dabei mit einer ebenfalls zwingend notwendigen Reform des Mordtatbestandes untrennbar verknüpft.

Die »Lebenslänglichen« bilden trotz relativ geringer Verurteilungszahlen eine vergleichsweise große Gruppe im Strafvollzug. Mehr als zehn Prozent der »Lebenslänglichen« versterben im Vollzug, viele werden zum Sterben entlassen.

Der Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe führt in der Regel zu einer irreparablen Schädigung der Persönlichkeit oder der Gesundheit der Gefangenen. Bei sogenannten Langzeitgefangenen ist ein körperlicher und seelischer Verfall festzustellen; insbesondere die unbestimmte Dauer der absoluten Strafe hat schwerwiegende psychische Auswirkungen auf die von einer solchen Strafe Betroffenen.

Die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe findet keine rechtspolitische oder kriminologische Rechtfertigung. Sie zerstört die Verurteilten eher, als sie auf ein Leben ohne Straftaten nach Verbüßung des Freiheitsentzugs vorzubereiten.

Die lebenslange Freiheitsstrafe gehört daher abgeschafft.

ERGEBNISSE DER AG 4 PRE-CRIME, CRIME UND ÜBERWACHUNG

In den letzten Jahren ist eine deutliche Zunahme digitaler Ermittlungs- und Überwachungsmethoden in- und außerhalb des Strafverfahrens festzustellen. Die Bestrebungen der Sicherheitsbehörden gehen dahin, Straftaten mit Hilfe von technischen Mitteln nicht nur im Nachhinein zu verfolgen, sondern bereits im Vorfeld zu verhindern. In diesem Zusammenhang werden immer neue Rechtsgrundlagen für erweiterte Grundrechtseingriffe geschaffen, die technische Ausstattung der Sicherheitsbehörden aufgerüstet und immer mehr Daten gesammelt und verarbeitet.

Diese Entwicklung erfordert eine kritische Begleitung und eine breite gesellschaftliche Diskussion. Es gilt zu verhindern, dass die Freiheitsrechte zugunsten eines vermeintlichen Mehr an Sicherheit immer weiter eingeschränkt werden. Der Weg zu anlasslos erfolgenden oder flächendeckend durchgeführten Maßnahmen der automatisierten Erfassung und Auswertung von Daten muss weiterhin versperrt bleiben.

FÜR DEN ANWENDUNGSBEREICH DER ONLINE-DURCHSUCHUNG IST ZU FORDERN:

- Ziel muss eine verfassungsrechtliche Überprüfung der Norm sein;
- Beschränkung des Katalogs der Straftaten, die eine Online-Durchsuchung ermöglichen sollen auf die Vorgaben des BVerfG;
- strikte Beachtung der gesetzlichen Vorgaben wie Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips;
- keine umfassende Untersuchung des informationstechnischen Systems,
- Beschränkung der gewonnenen Daten auf diejenigen, die für das jeweilige Strafverfahren relevant sind;
- Sicherstellung durch eine vorgelagerte Prüfung, dass die Erfassung von »kernbereichsrelevanten Informationen« ausgeschlossen ist;
- deutliche Ausweitung der Protokollierungspflicht bezüglich der Durchführung der Maßnahme

FÜR DIE ANWENDUNG DER QUELLEN-TKÜ IST ZU FORDERN:

- Streichung des § 100a Abs. 1 Satz 3 StPO

FÜR DIE VORRATSDATENSPEICHERUNG IST ZU FORDERN:

- Die durch das Gesetz zur verdachtslosen Vorratsdatenspeicherung ermöglichte Massenerfassung sämtlicher Kontakte und Bewegungen der gesamten Bevölkerung ist nicht mit den Grundrechten vereinbar und verstößt eklatant gegen europäisches Recht. Das Gesetz ist deshalb aufzuheben.

Für den Anwendungsbereich des Predictive Policing ist festzustellen:

- Die Wirksamkeit der aktuell bereits in mehreren Bundesländern angewendeten Systeme ist fraglich. Die Gefahr einer immer weiteren Ausweitung der Methoden des Predictive Policing unter Einbeziehung auch von personenbezogenen Daten in diesen Systemen drängt sich im Sicherheitsstaat auf.
- Ein Blick in die USA zeigt, dass diese Systeme geeignet sind, massive Eingriffe in Freiheitsrechte einer Vielzahl von Personen zu bewirken und sich einer normativen Kontrolle entziehen.
- Abweichendes Verhalten kann nicht mit Algorithmen beantwortet werden, sondern bedarf eines verantwortungsbewussten Umgangs der Gesellschaft mit den sozialen Ursachen der Kriminalität.

ERGEBNISSE DER AG 5

DIE AUFWEICHUNG DES ERZIEHUNGSPRINZIPS IM JUGENDSTRAFRECHT DURCH SCHULD- UND FEINDSTRAFRECHTLICHE TENDENZEN

1. Der Zurückdrängung des Erziehungsgedankens bei der Verhängung von Jugendstrafen wegen Schuldschwere ist entschieden entgegenzutreten. Die insoweit uneinheitliche und widersprüchliche höchstrichterliche Rechtsprechung sollte auf ein einheitliches und nachvollziehbares Konzept des Erziehungsgedankens rekurrieren. Die Regelung des § 105 Abs. 3 Satz 2 JGG, durch den das Höchstmaß

verhängbarer Jugendstrafe auf 15 Jahre angehoben wurde, ist abzuschaffen, da die Regelung verfassungsrechtlich bedenklich ist und die Gefahr einer Sogwirkung im Hinblick auf die weitere Eskalation der Höhe verhängter Jugendstrafen birgt.

2. Für straffällig gewordene jugendliche und heranwachsende Flüchtlinge sind ihrer Situation angemessene ambulante Maßnahmen zu entwickeln und zur Verfügung zu stellen, um auch für diese Gruppe den Erziehungsgedanken effektiv zur Geltung zu bringen.

3. Für die Umsetzung der Richtlinie EU 2016/800 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, ist in erster Linie zu fordern, dass die einzuführenden Verfahrensrechte unterschiedslos auf Jugendliche und Heranwachsende Anwendung finden. Im Hinblick auf die umzusetzende Ausweitung der Voraussetzungen der Pflichtverteidigung und die Vorverlegung des Bestellungszeitpunkts auf das Ermittlungsverfahren ist sicherzustellen, dass jugendstrafrechtlich spezifisch qualifizierte Verteidiger bestellt werden. Die Anwaltschaft muss diesbezüglich Verantwortung übernehmen und ein Konzept zur Bereitstellung entsprechend qualifizierter Verteidiger entwickeln, welches auch die Transparenz der Auswahlentscheidung sicherstellt.

4. Unbedingte Jugendstrafen dürfen erst dann verhängt werden, wenn alle anderen Reaktionsmöglichkeiten auf strafrechtliches Verhalten vollständig ausgeschöpft sind. Jugendstrafvollzug kann dabei nur dann zielführend sein, wenn die Qualität der erzieherischen Angebote im Strafvollzug kontinuierlich erhöht wird und den individuellen Bedürfnissen der straffällig gewordenen Jugendlichen und Heranwachsenden Rechnung trägt.

5. Die in den letzten Jahrzehnten in das Jugendstrafverfahren implementierten Opferschutzrechte bedürfen der einschränkenden Interpretation und sind in ihrer Geltung dem Maßstab des § 2 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 2 Abs. 2 JGG zu unterwerfen. Sie müssen endlich kritisch empirisch evaluiert und gegebenenfalls revidiert werden. Die Einziehung von Wertersatz ist mit dem Erziehungsgedanken unter keinem Gesichtspunkt in Einklag zu bringen, weshalb diese aus dem Jugendstrafrecht zu entfernen ist.

ERGEBNISSE DER AG 6

ENTKRIMINALISIERUNG UND ENTRÜMPELUNG

Der Strafverteidigertag 2017 hatte das Motto »Schrei nach Strafe« und befasste sich viel mit der Verteidigung gegen die immer neu hinzukommenden Strafvorschriften sowie gegen die Verschärfungen bereits bestehender Straftatbestände.

Wir wollen deshalb nicht immer nur defensiv und rückwärtsgerichtet diskutieren, sondern offensiv für Entkriminalisierung in die gesellschaftliche Debatte eintreten. Aus einem »Schrei nach Strafe« der Repression solle ein »Schrei nach Freiheit« der Entkriminalisierung werden.

Im Anschluss an die »Bremer Erklärung« des Strafverteidigertages 2017 haben wir aus bereits geführten Entkriminalisierungsdebatten gelernt, Alternativen zur Durchdringung unserer Gesellschaft mit Sanktionen überdacht und letztlich konkrete Vorschläge für die Abschaffung von Straftatbeständen aus dem StGB und aus Nebengesetzen diskutiert und erarbeitet.

WIR FORDERN, FOLGENDE VORSCHRIFTEN UNBEDINGT ABZUSCHAFFEN:

- § 89 a StGB, Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat
- Widerstand gegen und tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte (§§ 113, 114 StGB)
- unerlaubtes Entfernen vom Unfallort, § 142
- exhibitionistische Handlungen, § 183
- Ausübung der verbotenen Prostitution, § 184 f
- Sexuelle Belästigung aus Gruppen, 184 i und j
- Schwangerschaftsabbruch, § 218 - § 219 a
- Bedrohung, § 241
- Diebstahl geringwertiger Sachen, unbefugter Gebrauch eines KfZ, Entziehung von elektr. Energie, §§ 248 a bis c (Owi reicht)-
- Erschleichen von Leistungen, § 265a

- § 29 BtMG
- § 95, 96 AufenthG
- § 4 AntiDopG

AUF DEN PRÜFSTAND GEHÖREN:

- § 30 I 3, § 89b, § 89c
- § 90, § 104, § 109, § 121, § 127, § 129, § 129a, § 129b, § 133, § 134, § 136, § 138, § 140, § 145, § 145a
- § 152b, § 166, § 167, § 167a, § 168, § 172, § 173, § 177, § 184, § 184c, § 184g, § 185 ff., § 201a, § 217
- § 226a, § 237, § 238, § 244 IV, § 261
- § 264, § 264a, § 265, § 266b, § 288, § 289, § 292, § 293, § 297, § 303 II, III, § 316, § 316a, § 323a, § 323b, § 352, § 353, § 353a, § 353d

ERGEBNISSE DER AG 7

STPO – NACH DER REFORM IST VOR DER REFORM:

1. Ein „gesetzgeberischer Handlungsbedarf einer Rechtsgrundlage für die Tatprovokation“ (vgl. Koalitionsvertrag) besteht nicht – für ein gesetzliches Verbot der Tatprovokation dagegen aber sehr wohl. Ein gedanklicher Einstieg könnte hier die Regelung des § 5 Abs. 3 öStPO sein.

2. Die durch das *Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens* erfolgte Einführung des (ab 1.1.2020) geltenden § 136 Abs. 4 StPO kann nicht mehr sein als ein „Einstieg“ in ein umfassendes gesetzliches Programm zur Dokumentation des Ermittlungsverfahrens [und der Hauptverhandlung].

- a. Die Regelung greift mit der Beschränkung auf „vorsätzlich begangene Tötungsdelikte“ deutlich zu kurz; offensichtlich soll hier nur ein „Experimentierfeld“ etabliert werden, dieses muss ausgeweitet werden (mindestens auf alle Verbrechenstatbestände).
- b. Art und Umfang der audiovisuellen Aufzeichnung sind gesetzlich näher auszuformulieren.

- c. Die Tatbestände zur Einschränkung („und der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen“) sind eng zu interpretieren. Dem Einwand einer fehlenden Aufzeichnungsmöglichkeit als „äußerer Umstand“ ist bspw. der (geplante) flächendeckende Einsatz von sog. „bodycams“ bei der Polizei entgegenzuhalten.
- d. § 136 Abs. 4 StPO ist als harte Beweiserhebungsregelung zu interpretieren und stellt keine bloße „Ordnungsvorschrift“ dar. Jede andere Kategorisierung wäre dem Wesen des § 136 StPO (inzwischen) wesensfremd.
- e. § 136 Abs. 4 StPO ist zu erweitern um konkrete Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote. Insbesondere ist ein Umgehungsverbot („Vernehmung“) vorzusehen.
- f. Mit dem fortgeschrittenen Verlust einer Trennung von Ermittlungs- und Hauptverfahren und verstärkten Transfers ist die Qualitätssicherung und Dokumentation der im Ermittlungsverfahren erfolgenden Beweiserhebungen geboten. Diese zwingt zur audiovisuellen Dokumentation der Beschuldigten- als auch Zeugenvernehmungen verbunden mit einem umfassenden Akteneinsichtsrecht des Verteidigers.

3. Zu der durch § 148 StPO geschützten Kommunikation zwischen Verteidiger und Beschuldigtem gehören auch die Anbahnungsgespräche. Hierzu bedarf es einer klarstellenden gesetzlichen Regelung in § 148 StPO [und § 160a StPO].

4. Das Recht auf umfassende Einsicht in den elektronischen Datenbestand und damit in den gesamten Metadatenstamm, um die Vollständigkeit zu prüfen. Hierfür muss die Stellung eines Beweisantrags ohne konkreten Verdacht („ins Blaue hinein“) zulässig sein, um eine etwaige Manipulation oder sonstige Veränderung des Datenstamms nachweisen zu können.

5. Insbesondere die diskutierten ersten drei Forderungen des zweiten Strafkammertages 2017 werden zurückgewiesen. Die Dichotomie für mehr Effizienz kann nicht mit der Beschneidung prozessualer Beschuldigtenrechte einhergehen. Die Grenzen des Rechtsstaats werden andernfalls überschritten.

RESOLUTION ZUR LAGE DER INHAFTIERTEN KOLLEGINNEN UND KOLLEGEN IN DER TÜRKEI

- angenommen vom Plenum des 42. Strafverteidigertages am Sonntag, 4. März 2018

Bereits vor einem Jahr hat der Strafverteidigertag auf die untragbare Situation der Kolleginnen und Kollegen in der Türkei hingewiesen. 300 Anwält*innen, fast ausnahmslos Strafverteidiger*innen, befanden sich damals in Haft. Heute sind es fast doppelt so viele, gegen mehr als anderthalb Tausend wird strafrechtlich ermittelt.

Angesichts dessen stoßen Äußerungen der Bundesregierung auf Unverständnis, man »hoffe auf rechtsstaatliche Verfahren«, wenn es um inhaftierte deutsche Staatsbürger geht. Der Strafverteidigertag stellt fest: Ohne Strafverteidigung und ohne freie Advokatur *kann* es keinen Rechtsstaat geben.

Mit großer Sorge betrachten die Teilnehmer*innen des 42. Strafverteidigertages den weitgehenden Abbau von Verteidigungs- und Beschuldigtenrechten in der Türkei. Per Dekret wurden zentrale Verteidigungsrechte abgeschafft: Verteidigergespräche dürfen mitgeschnitten, Post geöffnet, unliebsame Verteidiger nach Gutdünken abgesetzt werden; Beschuldigten wird der Zugang zu einer anwaltlichen Vertretung ihrer Wahl verwehrt, die Untersuchungshaft wurde auf bis zu sieben Jahre ausgedehnt, Polizeibeamte bei körperlichen Übergriffen gegen Verhaftete straffrei gestellt.

Viele Anwält*innen in der Türkei haben Angst, einen Mandanten zu verteidigen, dem die Werbung für oder die Mitgliedschaft in einer »terroristischen Vereinigung« vorgeworfen wird, weil dies regelhaft die Ausweitung des Vorwurfs auf die Verteidigung mit sich bringt. Eine Anwältin aber, die einen Mandanten verteidigt, dem die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung vorgeworfen wird, ist deshalb genauso wenig »Terroristin«, wie ein Journalist, der über ein Verbrechen berichtet, deshalb ein Verbrecher ist. Wo diese einfache Feststellung nicht gilt, da gibt es auch kein rechtsstaatliches Verfahren.

Nicht weniger besorgt den Strafverteidigertag die weitgehende Tatenlosigkeit der Bundesregierung. Das Verhältnis zur Türkei ist von besonderer Bedeutung für die gesamte deutsche Gesellschaft - nicht nur für die Exportindustrie. Wenn in der Türkei Anwälte, Richter, Journalisten, Künstler und Schriftsteller zusammen mit Politikern der Opposition zu tausenden als vermeintliche »Terroristen« verfolgt werden, kann dies weder uns noch der Bundesregierung egal sein. Weder der fragwürdige Flüchtlingsdeal noch die Inhaftierung deutscher Staatsbürger als Geiseln können das Schweigen rechtfertigen.

Konkret fordern die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des 42. Strafverteidigertags daher

- die sofortige Einstellung des polizeilichen und nachrichtendienstlichen Informationsaustauschs zwischen Deutschland und der Türkei.
- die Überprüfung der Erteilung von Verfolgungsermächtigungen gegen sog. »ausländische terroristische Organisationen« aus der Türkei, denen nicht strafbare Handlungen in Deutschland, sondern in der Türkei zur Last gelegt werden. Der Schutz eines Staates, der in derart umfassender Weise Menschenrechte missachtet, kann keine Strafverfolgung rechtfertigen.

Die Bundesregierung wird gefordert, sich wirkungsvoll einzusetzen für

- die sofortige Freilassung der inhaftierten Rechtsanwält*innen sowie
- aller anderen unter rechtsstaatswidriger Beschneidung ihrer Beschuldigtenrechte inhaftierten Personen,
- die umgehende Einstellung der gegen sie geführten Ermittlungsverfahren und
- die Aufhebung der Verbote gegen die Anwaltsvereinigungen in der Türkei.

AUTOR*INNEN

- DR. KATHARINA BENNEFELD-KERSTEN ist Psychologin, war u.a. Anstaltsleiterin einer JVA in Celle, leitete den Kriminologischen Dienst des Bildungsinstituts des niedersächsischen Justizvollzugs. Sie ist Gründerin der ›Bundesarbeitsgruppe Suizidprävention im Justizvollzug‹ und Autorin zahlreicher Texte und Bücher zum Thema Strafvollzug und Suizid.
- TIM BURKERT IST STRAFVERTEIDIGER in Hamburg und Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Hamburger Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger.
- PROF. DR. MARC COESTER lehrt Kriminologie an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin.
- STA PD DR. JENS DALLMEYER ist Privatdozent an der Goethe-Universität Frankfurt/Main und Staatsanwalt.
- RIAG LENA DAMMANN ist Richterin am Amtsgericht in Hamburg.
- PROF. DR. FRIEDER DÜNKEL ist Strafrechtler und Kriminologe, Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie der Universität Greifswald und Präsident der ›European Society of Criminology‹.
- SIMON EGBERT ist Kriminologe und Sozialwissenschaftler und Wissenschaftlicher Arbeiter am Institut für Kriminologische Sozialforschung der Universität Hamburg.
- PROF. DR. ROBERT ESSER lehrt deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau.
- DR. UWE EWALD ist Strafverteidiger und ist zertifizierter Sachverständiger für Digitale forensische Big Data Analyse und Mitglied des Deutschen Gutachter und Sachverständigen Verband e.V..
- DR. THOMAS GALLI arbeitet als Rechtsanwalt in Augsburg. Zuvor war er im Strafvollzug tätig. Er ist Autor u.a. der Bände ›Die Schwere der Schuld‹ und ›Die Gefährlichkeit des Täters‹.

- PROF. DR. JÖRG KINZIG ist Kriminologe und Strafrechtler und Direktor des Instituts für Kriminologie der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.
- PROF. DR. RALF KÖLBEL ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie der Ludwig-Maximilians-Universität München.
- RI LG DR. MARKUS LÖFFELMANN ist Richter am Landgericht München.
- PROF. DR. BERND-DIETER MEIER lehrt Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie am Fachbereich Rechtswissenschaften der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover.
- PD. DR. CHRISTINE MORGENSTERN ist ›Research Fellow‹ am Trinity College Dublin, Irland und gleichzeitig Privatdozentin an der Universität Greifswald.
- PROF. DR. INGO MÜLLER lehrte zuletzt Straf- und Strafprozessrecht an der Fachhochschule für Öffentliche Verwaltung in Hamburg und ist Autor zahlreicher Veröffentlichung, u.a. ›Furchtbare Juristen – die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz.‹
- DR. TOBIAS MÜLLER-MONNING ist Pfarrer, Kriminologe und promovierter Sozialwissenschaftler. Er ist evangelischer Gefängnisseelsorger der JVA Butzbach und Vorsitzender der Ev. Konferenz für Gefängnisseelsorge in Hessen.
- DR. FRANK NOBIS arbeitet als Strafverteidiger in Iserlohn und Mitglied im Vorstand der Strafverteidigervereinigung NRW.
- DR. JAN OELBERMANN arbeitet als Strafverteidiger in Berlin und hat zum Thema ›Wahlrecht und Strafe‹ promoviert.
- OSTA DR. MARTIN SCHACHT ist Oberstaatsanwalt an der Jugendabteilung der Staatsanwaltschaft Karlsruhe.
- PROF. DR. SEBASTIAN SCHEERER ist Kriminologe und Soziologe und lehrte zuletzt Kriminologie an der Universität Hamburg.
- PROF. DR. SABINE SWOBODA lehrt Strafrecht, Strafprozessrecht und internationales Strafrecht an der Ruhr-Universität Bochum.
- DR. ANNE ULRICH (zuvor Dr. Anne Bräuchle) ist Mitarbeiterin am Institut für Kriminologie der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Sie hat zum Thema elektronische Aufenthaltsüberwachung promoviert.

